



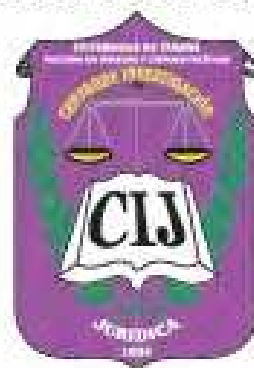
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro de Investigación Jurídica

ANUARIO DE DERECHO

2019

ISSN: 0553-0814



Año XXXIX, No. 48

Órgano de Información de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Revista Especializada de Derecho

INDEXADA EN LATINDEX

ANUARIO
DE DERECHO
2019

Centro de Investigación Jurídica
ISSN: 0553-0814

A. DERECHO ADMINISTRATIVO

PROPUESTA PARA REESTRUCTURAR LA CAJA DE SEGURO SOCIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

AMILCAR ELIECER BONILLA MORALES

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Escuela

E-mail: dr_abonilla@yahoo.com

RESUMEN

Esta propuesta ha sido elaborada con el fin de aportar solución y encontrar el origen de los problemas que presenta la administración de la Caja de Seguro Social.

Se habla que la Caja de Seguro Social es la caja menuda del Estado, falso. El Estado le suministra millones anualmente a esta entidad, para el pago de planillas y otros gastos, aun así y debido a la pésima administración de estos recursos no es suficiente y afecta directamente a todos los programas que desarrolla, como el de vejez, invalidez y muerte que es considerado el más deficitario.

PALABRAS CLAVES

Productos originales, productos genéricos, productos bioequivalentes, representantes gremiales.

SUMMARY

This proposal has been developed in order to provide a solution and find the source of the problems presented by the Social Security Fund.-

There is talk that the Social Security Fund is the petty cash of then State, false. The State provides millions annually to this entity for the payment of payrolls and other expenses. Even with that, and due to the terrible administrations of these resource, it is not enough and directly affects all the programs that it develops, such as the aging, disability and death, which is considered the most deficient.

KEYWORDS

Original products, generic products, bioequivalent products, trade representatives.

INTRODUCCIÓN

En este esfuerzo hemos querido puntualizar las medidas urgentes que se deben tomar para rescatar a la Caja de Seguro Social del empantanamiento financiero y administrativo en que se encuentra desde hace muchas décadas y ningún director ha podido llevar a buen término su gestión.

La injerencia política y gremial en esa institución, la ha llevado a un desastre que no hay manera que se pueda mejorar con la composición administrativa y financiera como se lleva a cabo con las leyes vigentes por lo que estoy de acuerdo con lo que manifiesta el periodista Álvaro Alvarado, cuando manifiesta que pueden nombrar de Director General al genio empresarial Bill Gate, quien es uno de los empresarios más exitosos y ricos del mundo y fracasa en su gestión como Director General, si se mantiene la mafia institucional que opera en esa institución dominada por gremios empresariales y gremios laborales del sector público y privado que solo buscan proteger intereses empresariales y sindicales, sin prestar interés en la administración y en las finanzas de la Caja de Seguro Social.

Recomendamos hacer un revolcón administrativo en cuanto a la administración de la Caja de Seguro Social que pueda satisfacer las necesidades de bienes y servicios sin compromisos ni ataduras más que el bienestar de todos los asegurados que dependen de esa entidad pública.

1. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS EN LA ORGANIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Proponemos modificar la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social para eliminar los once miembros de la Junta Directiva, representantes de sindicatos o gremios de empresas e Industrias privadas y de sindicatos de trabajadores públicos o privados que solo buscan defender a sus organizaciones, perjudicando el desarrollo integral de la Caja.

Que una vez desarticulada esa Junta Directiva se instale una nueva Junta Directiva formada preferiblemente por banqueros públicos y privados que sean emprendedores y con capacidad de proyectar los ingresos a largo plazo que se mantengan creciendo sin recurrir al aumento de cuotas obreros patronales.

Que a la Junta Directiva se le asignen funciones muy específicas, que no le permita entorpecer la buena labor que debe llevar a cabo su Director General, quien debe ser un profesional creativo y emprendedor que no responda a ningún gremio y que tenga libertad de hacer los cambios administrativos para tener un rendimiento excelente.

Que el cargo de Director General sea sin compromisos previos de ningún tipo y que rinda cuentas a la Junta Directiva y al país de los logros obtenidos y si no funciona se le pueda remover del cargo por incapacidad administrativa debidamente comprobada.

2. QUE SE REFORME LA LEY ORGÁNICA DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL PARA PERMITIRLE CREAR SOCIEDADES PRIVADAS, CUYAS ACCIONES SEAN NOMINATIVAS Y LOS ACCIONISTAS SOLO PUEDAN SER CORPORACIONES PÚBLICAS COMO LA CAJA DE SEGURO SOCIAL Y EL MINISTERIO DE SALUD.

2.1 Que la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Salud constituyan una Sociedad Anónima que se llame: “Proveedora de Medicamentos al Sector Público, S.A.”, cuyos dueños de la totalidad de las acciones sean éstas dos entidades públicas que se encargue de abastecer de los medicamentos e insumos que se requieran para su entrega oportuna en los lugares señalados por la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Salud.

En la actualidad el Ministerio de Salud en los últimos ocho años contrata algunos medicamentos de primer mundo, originales, que vienen en sus envases individuales y dice: MINSA-PANAMÁ y que el gobierno desde el año 2010 había abastecido en forma eficiente y oportuna a todo el sector público centralizado, cuya responsabilidad está a cargo del Ministerio de Salud. Esto lo ha hecho el Ministerio de Salud en muchas ocasiones y ha resultado un éxito. Aquí se presentó hace dos años el problema con la influenza que estaba matando a pacientes, principalmente viejos y no había en los proveedores locales del Ministerio de Salud ni a la Caja de Seguro Social, por los que el Presidente Varela solicitó el abastecimiento de las vacunas directamente de Francia por transporte aéreo a un costo de B/3.00 puesta en Panamá cada vacuna y en el mercado local costaba esa vacuna 80.00 y 90.00 la unidad.

2.2 Que esa sociedad tenga un Call center para monitorear a nivel mundial el precio de los medicamentos originales o bioequivalentes, pues muchas veces los bioequivalentes resultan ser copias sin control de calidad ni sanidad que no reaccionan ante los diferentes síntomas de los pacientes.

La Caja de Seguro Social con mucha frecuencia tiene que estar cerrando hospitales o clínicas afectadas por virus, ya que los productos comprados localmente no tienen las especificaciones hospitalarias técnicas para reaccionar ante las diferentes enfermedades o bacterias que afectan el ambiente de sus instalaciones.

3. ELIMINAR TODO TIPO DE FIANZAS EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN Y SUMINISTRO DE BIENES Y SERVICIOS A LA CAJA DE SEGURO SOCIAL Y EL MINISTERIO DE SALUD

Las diferentes fianzas en los tipos de contratos tanto en la Caja de Seguro Social como en el Ministerio de Salud le ahorrarían millones de dólares al ser eliminadas y prohibir a estas instituciones hacer adelantos por obras y servicios de ninguna naturaleza. Hacer contratos de obras solo bajo la modalidad “LLAVE EN MANO” en la cual el contratista asume el financiamiento de la obra y cobra una vez recibida a satisfacción. Como garantía de cumplimiento de contrato la institución retendrá de cada pago un 10% que será devuelto cuando el período de garantía haya terminado. Esta medida crea seguridad de cumplimiento y las instituciones ahorrarían millones de dólares en éstos gastos que se le cargan finalmente a las entidades públicas.

4.- FACULTAR A LA CAJA DE SEGURO SOCIAL PARA QUE PUEDA INVERTIR O COMPRAR EMPRESAS PÚBLICAS, S.A.

Tales como ENA, S.A. que es una sociedad anónima privada en la cual el Estado es dueño absoluto de todas sus acciones nominativas. Esta es una empresa con una rentabilidad comprobada que no tiene riesgo que no sea recolectar dinero y solo gastar en mantenimiento, pues no necesita ni cajeros para su cobro, debido al desarrollo de la inteligencia artificial.-

Puede invertir como accionista en otras empresas públicas sólidas como Tocumen, S.A. y ENSA, S.A., cuya rentabilidad en generación eléctrica y en administración de aeropuertos no es cuestionable.

5.- La Caja de Seguro Social podría explorar la posibilidad de crear financieras privadas con sucursales en todo el país como “Financiera de la Caja de Seguro Social, S. A.” en la cual la Caja solo le preste a pensionados o jubilados, pero que no contrate seguros de vida a otras entidades privadas, sino que sea ella misma la que asume el riesgo. De esta manera puede dar mejores ventajas a bajos intereses a sus beneficiarios y nunca va a perder el dinero. Por ejemplo, si una persona con una pensión de B/1,500.00, solicita un préstamo por B/40,000.00, para B/20,000.00 y muere. El seguro en principio perdería B/20,000.00, pero en realidad no los va a perder porque el beneficiario dejó de pagar al morir, pero el Seguro dejará de pagar su pago vitalicio anual en el cual recupera con creces su préstamo.

En el momento que se tomen estas medidas la Caja de Seguro Social incrementará sus ingresos en tal forma que no tendrá tantos beneficiarios con pensiones bajas y podrá cumplir con otorgar medicamentos de primer mundo para satisfacción de todos los usuarios de esa Institución de Seguridad Social Pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República de Panamá, artículos 109-117.
- Ley 134 de 27 de abril de 1943, Orgánica de la Caja de Seguros Social.
- Decreto Ley No.114 de 27 de agosto de 1954
- Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social.

Amílcar Eliécer Bonilla Morales

El autor es Doctor en Ciencias Empresariales, con Maestrías en Derecho Público con énfasis en Responsabilidad Patrimonial, Maestría en Derecho Administrativo, Maestría en Desarrollo del Sector Marítimo, especialidades en Derecho Administrativo, Entornos virtuales de aprendizaje y Docencia Superior. Es Profesor Titular en Derecho Público y Privado en la Universidad de Panamá y ha ejercido diversos cargos en el sector Público y en el sector privado tales como Consultor del Banco Mundial. Correo electrónico: dr_abonilla@yahoo.com

Artículo recibido: 9 de diciembre de 2018

Aprobado: 15 de diciembre de 2018

A. DERECHO ADMINISTRATIVO

LA COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN SU PAPEL CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Camilo Rodríguez Quirós

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Metodología y Ciencias del Derecho

E-mail: camilorg@gmail.com

RESUMEN

La presente investigación, sobre “**LA COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, EN SU PAPEL CONTRA LA CORRUPCIÓN**”, tiene como objetivo divulgar la evolución histórica, desde las Constituciones políticas, las leyes, que han regulado con el objetivo de sancionar a los funcionarios públicos, como a los particulares, que cometen irregularidades al sustraer fondos del erario público, bienes muebles e inmuebles, equipos, maquinarias y otros servicios de propiedad del Estado.

Iniciando desde la época Colonial, después “El Estado Federal de Panamá, de 27 de febrero de 1855”, hasta las Constituciones políticas de 1904 y 1972. De igual forma analizamos al Tribunal de Cuentas, a la Fiscalía General de Cuentas, con las facultades que le otorga la Ley 67 de 2008, de 14 de noviembre de 2008. Que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, como la Competencia para combatir la Corrupción.

Finalizamos con una recopilación de jurisprudencia, sobre la Competencia y Jurisdicción del Tribunal de Cuentas, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, de la Corte Suprema de Justicia.

Palabras claves

Corrupción, funcionarios públicos, Tribunal de Cuentas, Fiscalía General de Cuentas, Justicia, Competencia y Jurisdicción.

SUMMARY

The present investigation, about “**THE COMPETENCE AND JURISDICTION, OF COURT AUDITORS IN THEIR ROLE AGAINST CORRUPTION**”, has as objective to disclosed and bring the historical evolution, from the Political Constitution, laws, that have regulated with the objective of penalize public officials or private individuals, committing irregularities by taking funds away from the public treasure, moveable and immoveable assets, equipment, devices and other services propriety of the State.

Beginning from the Colonial Age, after “The federal state of Panama”, February 27 of 1855”, till the political Constitution of 1904 and 1972. The same way we analyze the Court Auditors, to the Public Prosecutor of General Accounts, with the faculties conferred upon the Law 67 of 2008,

November 14 of 2008. That develop the, Court Auditors Jurisdiction, with the competence to combat against corruption.

Ending up with the recompilation of jurisprudence, about the Competence and Jurisdiction of the Court Auditors, from the Third Chambered of Contentious-Administrative and Labor matter, of the Supreme Court of Justice

Keywords

Corruption, public officials, Court Auditor, Public Prosecutor of General Accounts, justice, competence and jurisdiction

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene como objetivo describir la evolución histórica de los Tribunales Cuentas, donde le han dado diferentes nombres como: Casa de Cuentas, Examen de Cuentas, Jurisdicción de Cuentas y Tribunal de Cuentas, iniciando en la época colonial; después “El Estado Federal de Panamá de 1855”, las Constituciones Políticas de la República de Panamá, de 1904 a 1972.

A nivel internacional la Corrupción de los funcionarios públicos, está afectando a todos los países del mundo. La misma es objeto de Reuniones, congresos, convenciones, estudios y análisis de las normas para ser incorporadas a las leyes de cada país para combatirla. Ejemplo de estas iniciativas son: La Convención Interamericana contra la Corrupción, celebrada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas, contra la Corrupción, llevada a cabo en Nueva York, el 31 de octubre de 2003, las que buscan los mecanismos a través de instrumentos jurídicos internacionales para erradicarla.

En nuestro país, el Tribunal de Cuentas, tiene Competencia y Jurisdicción, debidamente facultada por la Constitución Política de la Republica de 1972 y la Ley 67 de 2008, para sancionar a los funcionarios públicos, como a los particulares, que cometen irregularidades al sustraer fondos del erario público, bienes muebles e inmuebles, equipos, maquinarias, como otros servicios de propiedad del Estado y sus características principales son: Tiene rango constitucional; es una institución pública, es eminentemente jurisdiccional; es independiente de los otros órganos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; es un Tribunal colegiado; los fallos que profiere hacen tránsito a cosa Juzgada; y es un Tribunal que salvaguarda la Hacienda Pública y lucha contra la Corrupción.

El planteamiento del problema radica en que los fondos sustraídos al erario público, por los funcionarios públicos, como los particulares, afectan directa e indirectamente a los ciudadanos del país, al ser privados de los derechos sociales básicos que el Estado debe suministrarles a través de los proyectos y programas. Una vez detectadas las irregularidades por las autoridades competentes, de acuerdo a la Competencia y la Jurisdicción los trabajos quedan inconclusos y las obras no llegan a su ejecución final, siendo afectadas la población como las instituciones de: Salud, Educación, Seguridad, Obras Públicas, instalaciones Deportivas, caminos, carreteras, los puentes, viviendas, el transporte público, el suministro de agua potable, los alcantarillados, medicinas y otros servicios. En resumen el Estado, ante las deficiencias de los programas y proyectos de las obras, se pierden por la falta de: Fiscalización, seguimiento, malos controles y en consecuencia las Instituciones

afectadas tienen que volver a gastar el doble o más, porque tienen que iniciar otro programa, presupuesto, licitación pública para poder terminar las obras inconclusas.

La Corrupción afecta desde el punto de vista de la ética, los valores humanos, la economía, la armonía, la equidad social y la paz de la sociedad. Derechos establecidos en las normas Internacionales y Nacionales sobre los Derechos Humanos.

La presente investigación está dividida en Capítulos, de la siguiente forma:

En el Capítulo I describimos las generalidades sobre las normas en contra de la Corrupción a nivel Internacional y nacional.

En el Capítulo II señalamos los conceptos de Competencia, Jurisdicción. Corrupción y funcionarios públicos.

En el Capítulo III, se desarrollan las funciones de la Fiscalía de Cuentas. Y

En el Capítulo IV, incorporamos fallos de la Sala Tercera Contencioso Administrativo y Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, sobre la Competencia y Jurisdicción del Tribunal de Cuentas. Finalmente presentamos nuestras Conclusiones.

CAPÍTULO I.

GENERALIDADES SOBRE NORMAS CONTRA LA CORRUPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL

I. ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL.

En el ámbito internacional se han realizado convenios internacionales, con el fin de erradicar la Corrupción, que afecta a todos los países del mundo, en el que señalamos los siguientes:

1. La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, es uno de los primeros convenios, ratificados por la República de Panamá, mediante la Ley 42 de 1 de julio de 1998, el mismo entró en vigencia el 6 de noviembre de 1998. Por medio de esta norma jurídica, se acuerda promover y fortalecer el desarrollo, de los Estados partes, a través de los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la Corrupción.

2. La Convención de las Naciones Unidas.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, el 31 de octubre de 2003, fue ratificada por Panamá, por medio de la Ley 15 de 2005, de 10 de mayo de 2005. En el Capítulo 1 sobre las Disposiciones Generales, artículo 1 establece la finalidad de la Convención, de la siguiente forma:

Artículo 1. Finalidad

La finalidad de la presente Convención es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Seguidamente el artículo 36 de ésta Convención estableció que cada Estado parte debe crear Autoridades especializadas, para combatir la Corrupción, de la siguiente manera:

Artículo 36. Autoridades especializadas

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su Ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

El Tribunal de Cuentas tiene su historia, iniciando desde la época Colonial, después el Estado Federal de Panamá, del Doctor Justo Arosemena, las Constituciones Políticas de la República de Panamá, de 1904 a 1972, donde la Competencia y la Jurisdicción de Cuentas, es regulada.

1. ÉPOCA COLONIAL.

Los antecedentes se remonta a la Real Orden de Contaduría, promulgada en la ciudad de Burgos en 1605, por el Rey Felipe II, quien fundó el Tribunal de Contaduría. En el siglo XIX, el Rey Fernando VII, creo el Tribunal Mayor de Cuentas, que atesoraba el contenido y las facultades de dicho Tribunal de Contaduría, precisando sus dos objetivos: una autoridad gubernativa y una autoridad judicial.

En la América Colonial, el Rey Felipe III, en 1605 estableció en las nuevas tierras conquistadas de América, tres Tribunales de Contadores de Cuentas, cuyas sedes fueron la ciudad de México, la ciudad de los Reyes del Perú (Lima) y la ciudad de Santa Fe del Nuevo Reino de Granada.

El Rey Felipe IV, en 1639, fundó otro Tribunal de Cuentas con sede en Cuba y con jurisdicción en la propia Cuba, en Santo Domingo, en Puerto Rico, en Jamaica, y en la Florida, territorios sometidos bajo la jurisdicción del Tribunal de Cuentas -de México, debido a los errores y los fraudes en perjuicio de la Corona.

En el siglo XVIII, tras la Constitución del Virreinato de la Nueva Granada, Panamá fue supeditada a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas de Santa Fe, la que funciono poco tiempo en el Istmo.

2. EL ESTADO FEDERAL DE PANAMÁ DE 1855.

El Estado Federal de Panamá, es creado por el Doctor Justo Arosemena, el 27 de febrero de 1855. El Tribunal de Cuentas, vuelve a tener su vigencia y la Asamblea Constituyente aprobó la Ley de 28 de septiembre de 1855, instauró el Tribunal, el mismo estaba regido por el Juez de Cuentas, con un procedimiento detallado de la rendición de Cuentas, con reglas referidas al finiquito, los reparos y las responsabilidades contables.

La Constitución de 1863, elevó este Tribunal de Cuentas a nivel constitucional, perfeccionándolo con el Código Administrativo del Estado Soberano de Panamá elaborado por el Doctor Justo Arosemena y se mantuvo en funciones hasta 1886, cuando entra a regir la Constitución política colombiana de 1886 y el país pasó a ser “Departamento de Panamá”.

Durante el periodo de vigencia del Estado Federal de Panamá, de 27 de febrero de 1855, se aprobaron varias leyes sobre el Tribunal de Cuentas a saber:

- 2.1. La Ley de 28 de septiembre de 1855, Sobre examen de cuentas.
- 2.2. La Ley 12 de octubre de 1857, adiciona y reforma 28 de septiembre de 1855, sobre Administración de Justicia.
- 2.3. La Ley 2 de octubre de 1858, se adiciona y reforma la Ley 28 de septiembre 1855 y
- 2.4. La Ley 22 de octubre de 1859, adicional a la Ley de 28 de septiembre de 1855, sobre examen de Cuentas y la Ley de 8 de julio de 1863, se refiere a los Juicios de Cuentas.

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DE 1904.

Al darse la separación de Panamá de Colombia, el 3 de noviembre de 1903, la Constitución Política de 1904, desarrolló normas a favor del Tribunal de Cuentas. El artículo 67, en el punto 5, se le incluye como una de las funciones administrativas de la Asamblea Nacional, de la siguiente forma:

Artículo 67.

Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional:

1. ...

5. Nombrar los Jueces del Tribunal de Cuentas.

Durante la vigencia, de la Constitución Política, de la República de Panamá de 1904, se expidieron leyes a favor del Tribunal de Cuentas, entre ellas:

- 3.1. La Ley 56 de 1904, de 25 de mayo de 1904, en la que se crea el Tribunal de Cuentas de la República señalando su organización, composición y requisitos que deben reunir los funcionarios de esta entidad.
- 3.2. Ley 9 de 1907, de 29 de enero de 1907, por la cual se reforma y adiciona la ley 56 de 1904.
- 3.3. Ley 34 de 1908, de 24 de noviembre de 1908. Esta Ley, reforma la Ley 56 de 1904, sobre la organización del Tribunal de Cuentas de la República.

- 3.4. La Ley 7 de 1912, de 3 de octubre de 1912, con esta Ley, se estableció la forma de elección, el período para el cual serían nombrados y los requisitos que debían reunir los Contadores del Tribunal de Cuentas de la República.
- 3.5. La Ley 2 de 1916, de 22 de agosto de 1916, por la cual se aprueban los códigos penal, de comercio, de minas, fiscal, civil y judicial.
- 3.6. La Ley 33 de 1917, de 14 de febrero de 1917. Sobre reformas fiscales y se elimina el Tribunal de Cuentas, el cual fue creado por la ley 56 de 1904, y en su lugar se crea un Tribunal Unitario a cargo de un Juez de Cuentas.
- 3.7. Ley 30 de 1918, de 30 de diciembre de 1918. Sobre reformas fiscales y se crea la figura del Agente Fiscal, subordinado al Presidente de la República.
- 3.8. Decreto N° 36 de 1919, de 31 de marzo de 1919. Por el cual se dicta una medida de carácter fiscal.
- 3.9. Ley 84 de 1930, de 29 de diciembre de 1930, por la cual se crea una oficina de contabilidad y contraloría que se denominara Contraloría General de la República.

4. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1941.

La Constitución Política de la República de 1941 no se le dedicó ningún artículo, capítulo y título al Tribunal de Cuentas.

5. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1946.

La Constitución Política de la República de Panamá, de 1946, tampoco hizo ninguna regulación al Tribunal de Cuentas. Sin embargo, en el Título X, sobre la Hacienda Pública, Capítulo 2, desarrolló las funciones, control de los fondos públicos, a través de la Contraloría General de la República, artículos 239 y 240.

6. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1972.

La Constitución Política de la República de Panamá, de 1972 y sus reformas introducidas por los Actos reformativos de 1978; por el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994, describe la responsabilidad de los particulares ante las autoridades en el artículo 18; las infracciones, en el artículo 34; las funciones de la Contraloría General en el artículo 280 y las facultades del Tribunal de Cuentas, en el artículo 281, de la siguiente manera:

Artículo 18: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas”.

Artículo 34: En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional o legal, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Se exceptúan los miembros de la Fuerza Pública cuando estén en servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre el superior jerárquico que imparta la orden.

En el Título IX, La Hacienda Pública, Capítulo 3, La Contraloría General de la República, en el artículo 280 de la Constitución política de 1972, con sus reformas en el numeral 13, establece:

Artículo 280: Son funciones de la Contraloría General de la República, Además de las que establece la Ley, las siguientes:

1....

13. Presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo, cuando surjan reparos de las mismas por razón de supuestas irregularidades.

En el artículo 281 de la Constitución Nacional, están desarrolladas las facultades otorgadas al Tribunal de Cuentas de la siguiente forma:

Artículo 281: Se establece la Jurisdicción de Cuentas, con competencia y jurisdicción nacional, para juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de estas por razón de supuestas irregularidades. El Tribunal de Cuentas, se compondrá de tres Magistrados, los cuales serán designados para un período de diez años así:

Uno por el órgano legislativo, otro por el órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia.

La Ley determinará la creación y funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

A. EL CÓDIGO FISCAL.

El Código Fiscal en sus artículos 10, 1089 y 1090 establece lo siguiente respecto a la jurisdicción de Cuentas:

“Artículo 10. Las personas que tengan a su cargo la administración de bienes nacionales serán responsables por su valor monetario en caso de pérdidas o de daños causados por negligencia o uso indebido de tales bienes, aun cuando éstos no hayan estado bajo el cuidado inmediato de la persona responsable al producirse la pérdida o el daño.

De tal responsabilidad no se eximirán aun cuando aleguen haber actuado por orden superior al disponer de los por cuyo manejo son directamente responsables, pero el empleado superior que haya ordenado la disposición será solidariamente responsable de la pérdida que la Nación hubiere sufrido a causa”.

“Artículo 1089. Los empleados o Agentes de Manejo que reciban o paguen o tengan bajo su cuidado, custodia o control, fondos del Tesoro Nacional, rendirán cuentas de conformidad con las reglas que establezca la Contraloría General de la Republica.

Artículo 1090. Todas las personas que tengan a su cuidado, o bajo su custodia o control fondos del Tesoro Nacional, serán responsables de ellos y de todas las pérdidas que ocurran a causa de su negligencia o uso ilegal de tales fondos.

Leyes expedidas a favor del Tribunal de Cuentas, señalamos las siguientes:

- 6.1. Ley 32 de 1984, de 8 de septiembre de 1984. Por la cual se adopta su ley orgánica, desarrollo esta jurisdicción encaminada a juzgar las cuentas de los empleados y los agentes de manejo. El objetivo de esta Ley es fiscalizar, regular, controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos.

- 6.2. El Decreto de Gabinete 36 de 1990, de 10 de febrero de 1990, es una de las primeras normas que crea la Dirección de Responsabilidad Patrimonial dentro de la Contraloría General de la República, y la que ejercerá la actividad jurisdiccional de Cuentas.
- 6.3. Decreto 65 de 1990, de 23 de marzo de 1990. a través de este decreto, se aprobó el reglamento de determinación de responsabilidades, tal como lo dispuso la ley número 32 de 8 de noviembre de 1984, que adoptó la ley orgánica de la Contraloría General de la República. temas relacionados: bienes públicos, Contraloría General de la República, Decreto, Reglamento, responsabilidad patrimonial, fondos públicos.
- 6.4. Sobre la Carrera Administrativa, están las leyes: 9 de 1994, de 20 de junio de 1994; 24 de 2007, 2 de julio de 2007; 14 de 28 de enero 2008 y la 43 de 30 de julio 2009.
- 6.5. Ley 6 de 2002, de 22 de enero de 2002, se refiere a que todos servidores públicos, están obligados a rendir cuentas y a responsabilizarse individualmente de sus actos en el ejercicio de sus funciones y en la comunicación de los resultados de su gestión ante la sociedad.
- 6.6. Decreto Ejecutivo 179 de 2004, de 27 de octubre de 2004, crea el Consejo Nacional de Transparencia, contra la Corrupción, con el objetivo de asesorar al Órgano Ejecutivo, en la ejecución de políticas de transparencia y prevención de la Corrupción.
- 6.7. Decreto Ejecutivo 232 de 2009, de 21 de julio de 2009, modifica el Decreto Ejecutivo 179 de 2004, en el cual se establece las funciones del Consejo Nacional.
- 6.8. Ley 67 de 2008, de 14 de noviembre de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, regula su proceso y reforma la Ley 32 de 1984, dando cumplimiento al mandato constitucional previsto en los artículo 280, numeral 13 y 281 del texto fundamental, por medio del cual se elevó a rango constitucional la jurisdicción de Cuentas, con el objetivo, de velar por el buen uso del patrimonio del Estado.
- 6.9. Ley 65 de 2011, de 9 de septiembre de 2011, modifica artículos de la Ley 67 de 2008. Sobre la Jurisdicción de Cuentas.
- 6.10. Ley 81 de 2013, de 22 de octubre de 2013, se realiza modificaciones a la Ley 67 de 2008, donde la Jurisdicción de Cuentas se instituye para investigar y juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las Cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y bienes públicos.

CAPÍTULO II. DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS DE COMPETENCIA JURISDICCIÓN, CORRUPCIÓN Y FUNCIONARIO PÚBLICO

1. CONCEPTO DE COMPETENCIA.

Etimológicamente la palabra Competencia se deriva del latín *competere* “aspirar”, “ir al encuentro de, buscar o pretender algo al mismo tiempo que otros”. Se relaciona con la aptitud, capacidad, disposición. Una persona apta o capaz, es útil para determinado trabajo, servicio o función.

La Competencia, de acuerdo al Glosario de la Ley 38 de 2000, de 31 de julio de 2000, de la Asamblea Legislativa en su artículo 201 la define como el conjunto de atribuciones que la Constitución Política, la ley o el reglamento, asignan a una dependencia estatal o a un cargo público.

Para el tratadista Guillermo Cabanellas, la Competencia es:¹

“En sentido jurisdiccional, incumbencia, atribuciones de un Juez o Tribunal; capacidad para conocer de un juicio o de una causa”.

La Competencia, para el Profesor Jorge Fábrega Ponce, es:²

“La facultad de ejercer la jurisdicción en un caso determinado.
La facultad de ejercer la jurisdicción en determinada
Extensión Territorial”.

Consideramos que la Competencia. Son las funciones establecidas dentro de la estructura de las normas: Constitución política, Ley, Decretos, Reglamentos, Contratos, Resoluciones, donde se señalan: Los deberes, derechos, el orden, las funciones administrativas, la disciplina, los controles, las sanciones y que se ejercen con autoridad en nombre de las instituciones públicas.

La Competencia del Tribunal de Cuentas, está desarrollada en el artículo 3 de la Ley 67 de 2008.

Artículo 3. La Jurisdicción de Cuentas se ejerce de manera permanente en todo el territorio nacional para juzgar las causas siguientes:

1. Por los reparos que surjan en las cuentas que rindan los empleados de manejo ante la Contraloría General de la República, en razón de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de administración, del cuidado, de la custodia, de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos.
2. Por los reparos que surjan en las cuentas que rindan los agentes de manejo ante la Contraloría General de la República, con motivo de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de la administración, del cuidado de la custodia de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos.
3. Por los reparos que surjan en las cuentas de los empleados y los agentes de manejo, en razón de examen, auditoría o investigación realizada de oficio por la Contraloría General de la República o en vista de información o denuncia presentada por cualquier particular o servidor público.
4. Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos, recaudados, pagados o confiados a la administración, cuidado, custodia, control, distribución, inversión, autorización, aprobación o fiscalización de un servidor público.
5. Por menoscabo o pérdida, de fondos o bienes públicos, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de dichos fondos o bienes, en

¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. C-CH, Tomo II, 16 Edición, Editorial Heliasta, S.R.L. 1983, pág. 229.

² Fábrega Ponce, Jorge. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editores Colombia, S.A. 1 Edición, 2004, pág. 215.

una empresa estatal o mixta o en cualquier empresa en la que tenga participación económica el Estado o una institución autónoma o semiautónoma, municipio o junta comunal.

6. Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos, recaudados, manejados o confiados a la administración, inversión, custodia, cuidado, control, aprobación, autorización o pago de una persona natural o jurídica.

2. CONCEPTOS DE JURISDICCIÓN.

Etimológicamente el término Jurisdicción, se deriva del *latin* “jus”, derecho y “*dicere*” declarar. “*Jurisdictio*”, dictar derecho. Que significa administrar el Derecho, no de establecerlo. La función de dictar “Derecho” es específico de los Jueces. El Estado imparte Justicia por medio de los Tribunales y/o Jueces.

Para algunos estudiosos la Jurisdicción, guarda relación, con la forma de aplicar el Derecho. El tratadista, Guillermo Cabanellas, al referirse a la Jurisdicción expresa:³

“La palabra jurisdicción, se forma de jus y de *dicere*, aplicar o declarar el Derecho, por lo que se dice, *jurisdictio* o jure *dicendo*. A toda jurisdicción va agregada el mando, el imperio, con objeto de que tengan cumplido efecto sus prescripciones; pues sin el serían únicamente fórmulas o disposiciones vanas y sin la eficacia las determinaciones de la Justicia. Por lo tanto, por Imperio se entiende la potestad o parte de fuerza pública necesaria para asegurar la ejecución de las decisiones y mandatos de la Justicia”.

Para el Profesor Jorge Fábrega Ponce, sobre la jurisdicción expresa al respecto:⁴

“La Jurisdicción constituye la función pública de Administrar Justicia, que es encomendada por el Estado, fundamentalmente, al Órgano Judicial”.

La Jurisdicción, de acuerdo al Glosario de la Ley 38 de 2000, de 31 de julio de 2000, de la Asamblea Legislativa en su artículo 201 lo define en sentido lato, es la facultad que la Ley asigna a una autoridad administrativa para conocer y decidir en derecho una actuación o proceso administrativo.

Considero que la Jurisdicción, son las facultades que tiene el Estado, en el ámbito territorial ya sea a nivel nacional, regional o local, al momento de poner en vigencia una determinada jurisdicción llámese: Civil, penal, Constitucional, Agrario, Laboral, de Cuentas, Contenciosa administrativa, Comercial, y otras.

En tanto, la Ley 67 de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, en el Título I, Capítulo I, sobre Jurisdicción y Competencia, en su artículo 1, establece:

³ Cabanellas Guillermo. Op. cit. pág. 48.

⁴ Fábrega Ponce, Jorge. Op. cit., pág. 640.

Artículo 1: La Jurisdicción de Cuentas se instituye para juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de La República a las cuentas de los Empleados y agentes en el manejo de los fondos y bienes públicos.

La Jurisdicción de Cuentas se aplica en todo el territorio nacional, para juzgar las responsabilidades patrimoniales derivadas de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República en contra de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y los bienes públicos.

Para el jurista, Oscar Vargas Velarde, al referirse a la Competencia y la Jurisdicción establecido en el artículo 1 de la Ley 67 de 2008, expresa lo siguiente:⁵

“La Jurisdicción de Cuentas se ejerce de manera permanente en todo el territorio Nacional y su esfera de competencia comprende el juzgamiento por las irregularidades, que impliquen apropiación, pérdida o menoscabo de los fondos y los bienes públicos, en vista de acciones u omisiones de todos aquellos servidores Públicos o particulares que, en su caso, los reciban, los recauden, los manejen, los inviertan, los paguen, los administren, los cuiden, los custodien o los controlen, los aprueben, los autoricen, los paguen o los fiscalicen. Se advierte que la competencia versa en torno a las conductas irregulares de los Empleados (servidores públicos) y los agentes de manejo (particulares)”.

3. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.

El delito de corrupción es especial, pues solo puede ser cometido por aquel que se desempeña en el marco de una función estatal.

El termino corrupción, proviene del vocablo latino “*corrumpere*”, que quiere decir echar a perder, descomponer, podredumbre o desintegración. También se entiende como el proceso degenerativo de las normas y de los valores que se establece en la sociedad.

La Real Academia Española define la Corrupción como la acción y efecto de corromper o corromperse; alteración o vicio de un libro o escrito; vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.

La corrupción según la definición de Guillermo Cabanellas de Torres dice que:

“Se estimaba tal el acto de quienes, estando revestidos de autoridad pública, sucumbían a la seducción, como los realizados por aquellos que trataban de corromperlos. En realidad, la corrupción venía a confundirse con el soborno o

⁵ Vargas Velarde Oscar. El Tribunal de Cuentas y el proceso Patrimonial en Panamá. 2009.

el cohecho. Pero en el presente, corrupción equivale a destruir los sentimientos morales de los seres humanos”.

Según nuestra opinión la Corrupción es todo acto contrario a los valores éticos, morales, en que incurren los funcionarios públicos, como los particulares con fines económicos, en beneficio propio, por acción u omisión, y en contra del Estado.

4. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

La Convención Interamericana contra la Corrupción define en su artículo 1 el término funcionario público de la siguiente forma:

Artículo 1. “Funcionario público”, “Oficial gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Somos de la opinión que el Funcionario público es toda persona que ejerce funciones o cargo en cualquiera de los órganos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los Municipios, en las entidades autónomas, semi - autónomas y que por razón de su cargo maneja fondos públicos del Estado.

La Constitución Política de la República de Panamá, de 1972, en el Título XI, Capítulo 1. Disposiciones fundamentales, en el artículo 299, se ocupa de los servidores públicos de la siguiente forma:

Artículo 299: “Las personas nombradas temporalmente o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo, y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas y, en general las que perciban remuneración del Estado”.

Es importante señalar, que el Decreto Ejecutivo No. 246, de 15 de diciembre de 2004, dicta el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos que laboran en las entidades del Gobierno Central.

Este Código de Ética inicia señalando una serie de principios generales (principios de probidad, prudencia, justicia, templanza, idoneidad, responsabilidad, etc.) y particulares (principio de capacitación, legalidad, evaluación, veracidad, discreción, obediencia, etc.), para luego dictar las prohibiciones y los impedimentos por razón de las funciones.

Finalmente, nuestro Código Administrativo, en su artículo 551, define lo que es funcionario o servidor público, señalando lo siguiente:

Artículo 551. “Son empleados públicos, todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en la Constitución o en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por acuerdos municipales y decretos ejecutivos válidos.”

CAPÍTULO III. FUNCIONES DEL FISCAL GENERAL DE CUENTAS.

La Fiscalía General de Cuentas, creada por la Ley 67 de 2008, de 14 de noviembre de 2008, con sede en la ciudad de Panamá, con jurisdicción en todo el territorio nacional, desarrolladas en el artículo 26.

Artículo 26: Corresponderá al Fiscal General de Cuentas el ejercicio de la acción de cuentas para lo cual tendrá las siguientes funciones:

1. Instruir la investigación patrimonial correspondiente, una vez la Contraloría General de la República formule reparos en las cuentas de los agentes y empleados de manejo o detecte irregularidades que afecten fondos o bienes públicos.
2. Practicar las pruebas y las diligencias que sean necesarias para comprobar o esclarecer los hechos contenidos en los reparos de las cuentas o en las investigaciones que haya realizado la Contraloría General de la República sobre irregularidades que perjudiquen fondos o bienes públicos.
3. Solicitar a la Contraloría General de la República, cuando sea necesario, la ampliación o la complementación del examen, del informe o de la auditoría que fundamentó los reparos.
4. Remitir al Tribunal de Cuentas, luego de concluida la investigación patrimonial, una Vista Fiscal en la cual explique razonadamente los motivos de hecho y de Derecho que justifiquen la medida procesal que recomiende.
5. Ejercer la acusación pública en la etapa plenaria del proceso patrimonial que se surta ante el Tribunal de Cuentas.
6. Asegurar que en la investigación se cumpla con la garantía del debido proceso de cuentas.
7. Promover las acciones cautelares ante el Tribunal de Cuentas.
8. Promover las acciones o los recursos constitucionales o legales que sean procedentes de acuerdo con la ley.
9. Dar aviso al Ministerio Público, si no lo ha hecho antes la Contraloría General de la República, de la posible comisión de delitos por el empleado o el agente de manejo, cuyas cuentas fueron objeto de reparos por parte de la Contraloría General de la República, o por cualquier persona o servidor público en contra de los fondos o bienes públicos.

CAPÍTULO IV. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TRIBUNAL DE CUENTAS.

Los funcionarios públicos, como los particulares condenados por las Resoluciones de Descargos, del Tribunal de Cuentas, pueden promover su acción Contencioso Administrativa ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia. A continuación presentamos algunos fallos.

1. Fallo de 5 de julio de 2016. Delia Lineth Rodríguez Gutiérrez vs Asamblea Legislativa.

La existencia de la lesión patrimonial se puede comprobar mediante el informe de antecedentes 040-2001-001-DGA-DAAG y el informe de complementación 248-001-2009/DINAG-DESAAG, relacionados con los pagos de los contratos de servicios profesionales 228 y 917 celebrados con la Asamblea Legislativa.

En virtud de las irregularidades plasmadas en dichos informes, el Tribunal de Cuentas emitió la resolución de reparos 12-2010 de 18 de mayo de 2010, por medio de la cual se ordenó el inicio del trámite para establecer la responsabilidad patrimonial que frente al Estado le pudiese corresponder a Delia Lineth Rodríguez Gutiérrez, Fabián J. Castillo Rodríguez y Luis A. Mendoza Soto.

En resumen, al tener esta funcionaria (Delia Lineth Rodríguez) la potestad de elaborar contratos de servicios profesionales dentro de la Asamblea Nacional la misma le hizo contratos a su empleada doméstica y a su hija, sin que éstas prestaran algún tipo de servicio en la Asamblea Nacional, cobrando los cheques que a éstas les correspondían para beneficiarse ilícitamente de fondos Estatales, razón por la cual le es aplicable el artículo 17 de la Ley 32 y 1984 y se descartan las infracciones a los artículos 1089 y 1090 del Código Fiscal.

En virtud de lo antes expuesto y considerando que el proceso realizado en el Tribunal de Cuentas se realizó en cumplimiento de las garantías del debido proceso y en base a las facultades que tenía el Tribunal para declarar la responsabilidad patrimonial de la Señora Delia Lineth Rodríguez, así como de otros particulares por lesión a los fondos estatales, esta Superioridad procederá a declarar la legalidad de la Resolución impugnada.

2. Fallo de 28 de marzo de 2016. Distribuidora Xtra S.A. vs Dirección General de Ingresos. Ministerio de Economía y Finanzas.

En el Informe de Antecedentes No.456-015-2003-DAG-DAFP se determinó que los señores Carlos Garcerán, Mario Jiménez, Antonia Garcerán, Víctor Castillo, Ricardo Reina y Próspero Jiménez surgieron en su contra señalamientos directos por parte de los representantes legales de las empresas vinculadas, quienes aseguran les confiaron la tramitación de sus créditos fiscales. En el caso, de Distribuidora Xtra S.A., los tramitadores que le realizaron los supuestos pagos de impuestos de la demandante fueron los tramitadores Prospero Constantino Jiménez y Carlos Eduardo Garcerán García, a quienes tras realizar los pagos irregulares de impuestos, éstos les entregaban los recibos a los contribuyentes que contrataron sus servicios.

Por otra parte, se determinó que la sociedad Distribuidora Xtra S.A., liberó de manera irregular mercancía de los recintos aduaneros, amparada por resoluciones que otorgaban créditos fiscales, y que dichos créditos fiscales no le correspondían, y no contaba con expediente en la Subsección de Incentivos Tributarios, por lo que no le correspondía utilizar los mismos para el pago de impuesto de importación, es decir, no tenía derecho legítimo.

En el presente caso, se observa que cuando los tramitadores les entregaron los recibos de pago como contribuyente, Distribuidora Xtra S.A. conocía que no tenía ese beneficio fiscal, por lo tanto, no puede alegar que presumió que las actuaciones de la Administración eran legítimas cuando se le aplicó el mismo a su favor un beneficio fiscal al cual no tenía derecho.

En consecuencia, se desestiman los cargos de violación de los artículos 34, 36, 52 y 145 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000.

3. Fallo de 20 de diciembre de 2013. BERTILDA GARCÍA VS AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ.

Consta en autos que la Licenciada Bertilda García Escalona fue designada por el Órgano Ejecutivo como Representante Permanente de la República de Panamá ante la Organización Marítima Internacional (O.M.I.), mediante Decreto N° 194 de 22 de julio de 2003, adquiriendo con esa designación la condición de Jefa de la Misión. Adicionalmente, consta que al momento en que se hizo la designación de la Licenciada García Escalona como Jefa de la Misión, esta se desempeñaba como Administradora de la Autoridad Marítima de Panamá y residía en la República de Panamá y no en la Sede de la Misión que es Londres, Inglaterra. La Oficina Permanente de Panamá ante la OMI, ubicada en Londres, es una dependencia del Ministerio de Relaciones Exteriores que conforma el Servicio Exterior, de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 28 de 1999.

La Sala observa que mediante sentencia de 13 de enero de 2009, este Tribunal se pronunció sobre la legalidad de la nota 1087-DCC-CMM de 30 de agosto de 2004, enviada por el ex Contralor General, Licenciado Alvin Weeden Gamboa a la Licenciada Bertilda García Escalona, que tenía como propósito que esta última reintegrara la suma de B/.30,000.00, que en concepto de viático contingente le había sido depositada a su cuenta bancaria en el Riggs Bank de Londres, señalando: "DECLARA QUE NO ES ILEGAL la NOTA 1087-DCC-CMM de 30 de agosto de 2004, emitida por el Contralor General de la República, ni su acto confirmatorio y NIEGA las pretensiones de la demandante, BERTILDA GARCIA ESCALONA".

Por otra parte, la actora sustenta la ilegalidad de la Resolución N° 2-2009 de 21 de abril de 2009, emitida por el Tribunal de Cuentas, alegando la supuesta falta de competencia de la antigua Dirección de Responsabilidad Patrimonial, hoy Tribunal de Cuentas.

Esta Superioridad estima que contrario a lo alegado por el apoderado judicial de la actora y tal como se desprende de las pruebas adjuntadas a la demanda y del expediente administrativo remitido a esta Corporación de Justicia, el Tribunal de Cuentas no ha infringido las normas invocadas, toda vez que el acto administrativo impugnado fue dictado por autoridad competente, en estricto cumplimiento de las normas que regulan la materia; luego de haberse comprobado la existencia de una evidente lesión patrimonial, atribuible a la hoy demandante; y que la hoy demandante, tuvo la oportunidad de interponer los recursos que la ley establece y de recurrir en demanda de plena jurisdicción ante esta Sala de la Corte, como en efecto lo hizo. En atención a lo antes indicado, lo procedentes es no acceder a las pretensiones de la parte actora.

4. Fallo de 2 de marzo de 2015. Rafael Vega Miranda vs Ministerio de Educación.

Que se ha identificado, a través de un informe de antecedentes elaborado por la Contraloría General de la República, la existencia de una lesión patrimonial contra el Estado, producto de las irregularidades detectadas en el manejo de ingresos y pérdida total por la caída de una torre de almacenamiento de agua y ejecución del Proyecto Agropecuario denominado "Ampliación de Galera de Pollos" en el Instituto Profesional y Técnico Pablo Pinzón Carrizo, Corregimiento de Ponuga, Distrito de Santiago, Provincia de Veraguas.

Que el monto de la afectación económica al patrimonio del Estado se estableció en la suma de B/.1,579.39, siendo señalado el señor RAFAEL VEGA MIRANDA, como el único responsable directo de la lesión en virtud de que el mismo figuraba como profesor de Agropecuaria en el Instituto y bajo esta condición presentó un Proyecto para la Ampliación de la Galera de Pollos.

Observa esta Sala que a fojas 126 del antecedente administrativo 1, aparece el análisis jurídico valorativo que llevó a cabo la Contraloría General de la República de los hallazgos encontrados en la presente investigación patrimonial.

El citado análisis señala como responsable de la pérdida total de los materiales en la instalación del tanque de reserva de agua y del faltante de materiales en el proyecto de mejoras a las galeras de pollos, al profesor RAFAEL VEGA MIRANDA, puesto que, a su entender, esta responsabilidad le cabe por el incumplimiento de las normas de aprobación de proyectos de ingeniería del Ministerio de Educación.

En este punto, esta Sala, difiere de la opinión expuesta por los responsables de elaborar el informe de antecedentes citado, en cuanto a la vinculación del profesor VEGA MIRANDA, como único responsable de la lesión patrimonial causada al Estado por la implementación del proyecto de ampliación de la Galera de Pollos en el Instituto Profesional y Técnico Pablo Pinzón Carrizo. Esta Sala, puede apreciar que le asiste razón al demandante, cuando indica que la propuesta de remodelación para la galera del Instituto que él elaboró recibió el aval y aprobación de las autoridades del Ministerio de Educación competentes.

Este aval, incluía la autorización para el uso de los dineros del Fondo Agropecuario para la ejecución de las obras y el respectivo visto bueno para la propuesta, tanto técnica como económica, por lo cual la ejecución de la obra debió ser supervisada hasta su conclusión por los funcionarios responsables de su aprobación.

Considera la Sala que le asiste razón al demandante al indicar que el Informe de Antecedentes A - 361 - 007 - 2006 - DAG - REVER, de abril de 2007, de la Dirección de Auditoría General, de la Contraloría General de la República, no se realizó conforme a las Normas de Auditoría Gubernamental para la República de Panamá, puesto que en el mismo saltan a la vista una serie de irregularidades, omisiones y errores en la valoración de los elementos probatorios para la determinación de todos los funcionarios vinculados con la lesión patrimonial denunciada. Así mismo, observa esta Sala, que la Resolución de Cargos demandada mantiene como sustentos de hecho y de derecho las apreciaciones y valoraciones erróneas plasmadas en el mencionado Informe de Antecedentes, por lo cual la misma deviene como ilegal, reconociéndole su pretensión al demandante, en el sentido de declarar como probados los cargos de ilegalidad que pesan sobre la misma.

CONCLUSIONES.

- La Corrupción a nivel internacional es objeto de reuniones, congresos, seminarios, estudios y análisis, entre ellas: La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela, del 29 de marzo de 1996; La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Nueva York, el 31 de octubre de 2003. Estas convenciones tienen la finalidad de: Promover, fortalecer el desarrollo de los Estados, para prevenir, detectar y erradicarla. Ambas convenciones fueron ratificados por la República de Panamá, por las Leyes: 42 de 1998 de 1 de julio de 1998 y 15 de 2005, de 10 de mayo de 2005.

- El Tribunal de Cuentas, ejerce la Competencia y la Jurisdicción para recuperar los fondos públicos del Estado, que han sido sustraídos por funcionarios públicos y cualquier persona que haya manejado directa o indirectamente. Reguladas en la Ley 67 de 2008, de 14 de noviembre de 2008, para juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las irregularidades, contenidas en los reparos por la Contraloría General de la República a las cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y bienes públicos.
- El Fiscal General de Cuentas, es el funcionario que representa a la sociedad, ejerciendo la autoridad para realizar las investigaciones patrimoniales, una vez la Contraloría General de la República, formule los reparos o detecte las irregularidades que afectan los fondos o bienes públicos de propiedad del Estado y llevará el proceso que se tramita ante el Tribunal de Cuentas

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, V y VIII, 1983.
2. Código Administrativo del Estado Soberano de Panamá. Preparado por el Dr. Justo Arosemena, Edición Jorge Fábrega P., Panamá, 1973.
3. Código Judicial de la República de Panamá. Edición Actualizada 2011. Sistemas Jurídicos 2011.
4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, DE 1972. Sistemas Jurídicos, S. A. 2004.
5. FÁBREGA, Jorge. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editores Colombia, 2004.
6. VARGAS VELARDE, Oscar. Los Principios de la Nueva Jurisdicción de Cuentas en Panamá. Editor: Dirección de Responsabilidad Patrimonial, Contraloría General de la República de Panamá. 2005.
7. VARGAS VELARDE, Oscar. El Tribunal de Cuentas. Editor: Tribunal de Cuentas, Panamá, 2011.
8. VARGAS VELARDE, Oscar. Enfoques sobre la Jurisdicción de Cuentas, Panamá. 2013.
9. VARGAS VELARDE, Oscar. El Tribunal de Cuentas. Del Estado de Panamá, (1855) Hasta la República de Panamá, en nuestros días.

LEGISLACIÓN PAMAMEÑA.

Ley 32 de 1984. De 8 de noviembre de 1984.

Decreto de Gabinete No. 36 de 1990. De 10 de febrero de 1990.

Decreto 65 de 1990, de 23 de marzo de 1990.

Leyes: 9 de 1994, de 20 de junio de 1994

Ley 24 de 2007, 2 de julio de 2007

Ley 14 de 28 de enero 2008.

Ley 43 de 30 de julio 2009.

Ley 6 de 2002, de 22 de enero de 2002.

Decreto Ejecutivo 179 de 2004, de 27 de octubre de 2004,

Decreto Ejecutivo 232 de 2009, de 21 de julio de 2009, modifica el Decreto Ejecutivo 179 de 2004. Ley 67 de 2008. De 14 de noviembre de 2008. que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, regula su proceso y reforma la Ley 32 de 1984, dando cumplimiento al mandato constitucional previsto en los artículos 280, numeral 13 y 281 del texto fundamental, por medio del cual se elevó a rango constitucional la jurisdicción de Cuentas, con el objetivo, de velar por el buen uso del patrimonio del Estado.

Ley 65 de 2011, de 9 de septiembre de 2011, modifica artículos de la Ley 67 de 2008. Sobre la Jurisdicción de Cuentas.

Ley 81 de 2013. De 22 de octubre de 2013, se realiza modificaciones a la Ley 67 de 2008, donde la Jurisdicción de Cuentas se instituye para investigar y juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las Cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y bienes públicos.

SITIOS WEB

1. www.tribunaldecuentas.gob.pa
2. www.fiscaliadecuentas.gob.pa
3. www.organojudicial.gob.pa
4. www.infojuridica.gob.pa
5. www.asamblea.gob.pa
6. www.etimologias.de chile.net/competencia, jurisdicción.

Recibido: 14 de agosto de 2018
Aprobado: 24 de agosto de 2018

B. DERECHO AMBIENTAL

Las acciones urbanísticas: Ordenamiento Territorial y Zonificación en la Jurisprudencia Panameña

Vanessa Campos Alvarado
Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica
E-mail: vanecampalva@gmail.com

RESUMEN

La jurisprudencia ha desarrollado fórmulas didácticas, mecanismos para la comprensión y aplicación de la Ley. No solo emanan de personal con vasta experiencia y formación, sino que tienen a mano una diversidad de situaciones que sirven para el desarrollo de la investigación, el razonamiento lógico, tomando de lo fáctico el evento que ha de someterse a la jurisdicción. En el caso que se analiza, la Corporación de Justicia Panameña, se ha pronunciado sobre acciones urbanísticas como el ordenamiento territorial y la zonificación, que cada vez son más frecuentes debido al denominado desarrollo inmobiliario. Con el tiempo, se determinará a su vez la necesidad de una especialidad académica en esa área en el país. Debiendo exigirse con toda rigurosidad los requisitos formales para el cumplimiento de la norma de los aspectos abordados.

Palabras clave:

Jurisprudencia, acciones urbanísticas, ordenamiento territorial, zonificación, ambiente, uso de suelo, participación ciudadana, derechos humanos.

ABSTRACT

Jurisprudence has developed mechanisms for understanding and applying the Law as didactic formulas. Not only do they emanate from personnel with vast experience and training, but they have at hand a diversity of situations that serve for the development of research, reasoning logical taking the event that has to be submitted to the jurisdiction from the factual. In the case analyzed by the Panamanian Justice Corporation, it has ruled on urban actions such as land use planning and zoning, which are becoming more frequent due to the so-called real estate development. Over time, the need for an academic specialty in that area in the country will be determined in turn. And the formal requirements for compliance with the norm of the aspects addressed must be rigorously demanded.

Keywords:

Jurisprudence, urbanistic actions, territorial ordering, zoning, environment, land use, citizen participation, human rights

INTRODUCCIÓN

Se comenta de forma frecuente que el desarrollo urbano del país se está produciendo de forma desordenada lo que puede ser el causante de afectaciones en la calidad de vida de los ciudadanos. Esta desorganización es atribuida a los cambios de zonificación que modifican densidad de población, edificaciones y extensiones de lotes para el desarrollo de proyectos. ¿La pregunta es si toman en cuenta la capacidad de las infraestructuras que se encargan de la canalización de las aguas residuales, suministro de agua y energía eléctrica? La capacidad de asimilación de estos suelos está siendo superada y sus efectos ya son visibles.

Los remedios utilizados tienen como objetivo normar las actividades atendiendo al uso de suelo. Los aspectos valorados en esta tarea de construcción de instrumentos legales van desde la actividad a realizarse, la extensión en la cual se realizará, el tipo de construcción, la densidad de población y que se ubiquen con cierta relación las que se dediquen a las actividades similares. Lo anterior significa que debe haber planificación en el desarrollo urbano. No obstante, la ciudadanía manifiesta su desaprobación ante estos cambios en el uso de suelos. Las razones alegadas son diversas desde la insatisfacción de servicios básicos, fuentes de contaminación entre otras. Toda persona aspira a un lugar tranquilo donde poder convivir armónicamente, en donde la calidad de vida no se vea afectada por situaciones externas al ámbito familiar, pero que ejercen una influencia significativa y perjudicial.

Algunas de las herramientas utilizadas son el ordenamiento territorial y la zonificación con el objeto de optimizar la utilización del recurso suelo.

El suelo tiene una gran importancia toda vez en él se desarrollan mayormente las actividades humanas. Es el sitio de asentamiento humano, donde se produce los alimentos, las actividades económicas, donde se construye las habitaciones que nos resguardan, las instituciones que organizan la sociedad. Es por esto que debe existir organización en sus espacios, equidad en su distribución, coordinación para el desarrollo de sus actividades tomando en consideraciones las cualidades del suelo.

La tierra cumple una función social que se materializa en la satisfacción de las necesidades humanas. En ocasiones la satisfacción de estas necesidades se ve postergada a un segundo plano por la explotación de los sectores de capital. En el país los ciudadanos protestan cuando su bienestar y el de su familia se condicionan al desarrollo económico de los inversores y promotores de proyectos. Muchos de las acciones que transforman el entorno aun cuando la norma exige la participación de la ciudadanía mediante foros, audiencias, encuestas y otras no se realizan desconociendo el impacto que puedan ocasionar sobre ellos.

El argumento es el interés social que debe ser mayoritario. Pero al final es para el que invirtió mayor capital.

La tierra cumple una función aun cuando esta se convierta en una propiedad privada razón por la cual el Estado puede expropiarla. Pero su prioridad debe ser siempre la sociedad.

La tierra además de la función social cumple una ambiental. Esto significa que aun cuando sea utilizada para el desarrollo su aprovechamiento no debe poner en peligro el ambiente. En síntesis son esenciales los propósitos de la tierra desde el punto de vista social en el cual *“...sirva a la sociedad, es decir; que sea productiva con el fin de proveer suficientes bienes con los que la población satisfaga sus necesidades; mientras que el sentido de la función ambiental apunta a que*

la producción o explotación de la tierra no afecte en manera alguna al medio ambiente, con el único fin de mantener una biósfera saludable y sustentable; es decir, que el balance natural no se vea afectado” (MUÑOZ, Daniel. 2010)

I. CONCEPTOS

El uso de suelo es: *El uso de suelo se refiere a la ocupación de una superficie determinada en función de su capacidad agrológica y por tanto de su potencial de desarrollo, se clasifica de acuerdo a su ubicación como urbano o rural, representa un elemento fundamental para el desarrollo de la ciudad y sus habitantes, ya que es a partir de éstos que se conforma su estructura urbana y por tanto se define su funcionalidad* (Procuraduría Ambiental y de Ordenamiento Territorial D. F. 2003.p. 1).

En tanto la legislación nacional en la Ley 6 de 1° de febrero de 2000, Que reglamenta el ordenamiento territorial para el desarrollo urbano y dicta otras disposiciones, en su artículo 5 numeral 17 en el cual desarrolla el glosario expresa en torno **al uso de suelo**: *“Propósito específico, destino o actividad que se le da a la ocupación o empleo de un Terreno”*.

Precisando conceptos, también se hace necesario aclarar el **de zonificación** contenido en la misma norma, numeral 18: *“División territorial de un centro urbano o un área no desarrollada con el fin de regular los usos del suelo por áreas de uso homogéneas”*.

La zonificación además de organizar las actividades y espacios debe procurar el alcance de todos los asociados a los servicios básicos para su bienestar que se traduce en una mejor calidad de vida lo cual es una aspiración de todos los grupos humanos para su desarrollo. Se busca un desarrollo equitativo de todas las regiones del país.

La ley de Ordenamiento Territorial Ley 6 de 1° de febrero de 2000 en su artículo 2 expone el concepto diciendo que *“...para el desarrollo urbano es la organización del uso y la ocupación del territorio nacional y de los centros urbanos, mediante el conjunto armónico de acciones y regulaciones, en función de sus características, físicas, ambientales, socio económicas, culturales, administrativas y político-institucionales con la finalidad de promover el desarrollo sostenible del país y de mejorar la calidad de vida de la población”*.

En primera instancia se observa que el concepto de zonificación es aplicable para centros urbanos o espacios no desarrollados. En tanto que el ordenamiento territorial se dirige al desarrollo urbano. Además de velar por el uso del territorio nacional y la ocupación.

Como vemos todas estas acciones urbanísticas están orientados a un mejor aprovechamiento de los espacios y promover una mejor calidad de vida.

“La calidad de vida es el resultado de una interacción constante entre los factores económicos, sociales, necesidades individuales, libertad emocional, entornos ecológicos, condiciones de salud – enfermedad ya sea en forma individual y social” (BONILLA GALVAN, María)

BONILLA GALVAN, María da la significación que debe tener los recursos naturales para el desarrollo de los asociados y la repercusión que tienen en su calidad de vida.

Debemos ser conscientes que la forma de convivencia actual es en comunidades donde debemos aprender a coexistir con otras personas y con lo que se encuentra en nuestro entorno. Esto se traduce en un respeto a los semejantes y a otras formas de vida con un fin garantizar la existencia de los recursos, su permanencia y que a su vez permita un estilo de vida armónico. El uso de los espacios debe reflejar esa armonía y equidad con otros seres humanos y otras formas de vida.

En la actualidad es un evento que se presenta con frecuencia, que algunas actividades que se ubican en una zona sean incompatibles con otras. Esto puede pasar si los propietarios que venden a otros sus bienes no les advierten sobre la zonificación del área y realicen actividades que no pueden efectuarse. Aunque algunos a sabiendas igualmente las realizan omitiendo voluntariamente el obediencia que deben a las normas. Derivando de estas situaciones perjuicios por alteraciones en la convivencia y armonía social.

Respecto a este tema hay que ser cauteloso, ya que el derecho de propiedad no es absoluto al punto de considerarse que este es una facultad que sobrepasa las leyes nacionales, el orden público.

“La calidad de vida orienta a un estilo de vida, donde permitan tener facilidades a una vida saludable que favorezca la existencia plena de todos. Dichos estilos de vida dependerán de un cuidado consciente de los recursos naturales que permitan que los seres que habitamos en este planeta, contemos con lo necesario para la existencia agradable y fortalezcamos en todos los valores sociales”. (BONILLA GALVAN, María).

Los recursos naturales son la materia prima para la satisfacción de las necesidades de los grupos humanos. Por una planificación y cautela además de respecto a los derechos de las generaciones estamos en la obligación de tutelarlos pues, estos tienen igual derecho a una vida digna.

I. IMPACTO DE LAS ACCIONES URBANÍSTICAS

En la sociedad hay una pugna por una prevalencia de derechos desestimándose la igualdad de todos ante la ley y por la condición de seres humanos. A todos les es inherente la dignidad, la igualdad, las condiciones para desarrollarse. Sin embargo, no es esto lo que domina en el sentido positivo a la sociedad. Sino el hecho de obtener mayores beneficios o riquezas a costa de aquellos con menores recursos. Los sectores que poseen el capital son los que siguen explotando los recursos naturales para obtener mayores utilidades. Las acciones que ejercen para tales fines se hacen en los espacios desentendiéndose de los asentamientos humanos que pueden ser anteriores a los proyectos que hoy pretenden desarrollar. En este proceso los promotores modifican el entorno urbano sin considerar las necesidades de los que prexisten. Por esto se origina el desacuerdo de los ciudadanos cuando se produce un cambio de zonificación por los efectos que esta origina que van desde la reducción de servicios básicos, falta de espacios para la circulación peatonal, vial, saturación de infraestructuras de alcantarillados y aguas servidas, disminución del recurso agua, contaminación visual, pocos espacios para estacionamientos, pérdida de la flora, degradaciones de suelos, filtraciones de aguas servidas y escasez de energía eléctrica.

Cuando se produce un cambio de zonificación puede introducirse otros tipos de construcciones distintas a las que ya existen en el área de proyecto, se pueden presentar variaciones en la densidad de población y también en las extensiones de los proyectos en áreas. Todo esto puede ocasionarse por el cambio de zonificación. Lo anterior tiene una incidencia directa en los grupos que habitaron de forma primigenia cuyo estilo de vida era el habitual y que ahora es impuesto por una decisión de una institución que promueve un cambio que puede ser cuestionado sobre todo si este ha sido

inconsulta a través de las diversas formas de participación ciudadana, que es un requisito sine qua non de la zonificación. Estas formas a su vez deben tener la debida publicidad para que se logre una participación efectiva.

Estos cambios pueden debido a la proximidad de las construcciones pueden originar un impacto psicológico por la ausencia de paisajismo necesario para la relajación del individuo. Algunos autores se han referido a ese estado de confusión y ansiedad que puede presentarse debido a la saturación de las vías de la ciudad en general, por la contaminación visual. En algunos lugares que eran áreas eminentemente residenciales que pasan a centros comerciales aumenta el tráfico vehicular y se originan fuentes de ruido. En algunos casos hay actividades incompatibles cercanas una a la otra, escasez de agua, situaciones de tanques sépticos cuya capacidad ha llegado al límite, poca capacidad de infraestructuras con fines sanitarios.

Tales eventos han sido objeto de protesta de personas afectados por los impactos de la sobrecarga ambiental ocasionada por la saturación de áreas debido a cambios de zonificación. Estas se han realizado en instituciones como el Municipio de Panamá que también interviene en los procesos de construcción y otorgamientos de permisos:

“María Chávez, Presidenta de la Red Urbana de Panamá, solicitó al Municipio poner un alto a la construcción de edificios en zonas residenciales de la ciudad. Esto ha afectado la calidad de vida en más de 20 comunidades”, reclamó. Los manifestantes también denunciaron que las constructoras realizan el despojo de los desechos en áreas que no son permitidas durante la noche” TRUJILLO, Yazmina. Diario El Siglo, 2016).

Realmente hubo un cambio de construcciones que vario de las que tradicionalmente se hacían en el área. Siendo esto así y atendiendo a las normas de zonificación es muy probable que los cambios de zonificación sean el origen de los mismos.

En igual sentido en el sector de Paitilla moradores se quejan por los cambios de zonificación:

“Residentes del sector de Paitilla protestaron ayer en el Consejo Municipal de Panamá por el cambio de zonificación en el área que permite levantar un edificio con 180 apartamentos. Rodrigo Mejía Andrión, vocero de los quejosos, advirtió que “este cambio aprobado tiene que haber representado un pago importante, pues se pretende cambiar de forma indebida una zona donde había una sola vivienda, y se autoriza construir 180 apartamentos” (GUTIERREZ, SANJUR, Jorge. Diario La Crítica, 2017)

En las protestas atribuyen a las instituciones con competencia los cambios de zonificación con tendencia a favorecer a los sectores de capital más que a los ciudadanos que requieren un ambiente de tranquilidad para vivir:

“Algunos ciudadanos atribuyen el caos que se produce por los cambios de zonificación a las instituciones que tienen competencia en esta materia que deben ser las primeras llamadas a corregir:

No sólo se trata de Coco del Mar y Punta Paitilla, todo San Francisco ha sido afectado por los cambios de zonificación de manera arbitraria que en la práctica han favorecido a negociantes

inescrupulosas: comerciantes, constructores, empresarios, etc. Las “consultas ciudadanas” se han convertido en un mero trámite, de allí que sea una FARSA vaciada de consulta y de la presencia de ciudadanos.

El MIVIOT en vez de promover el “ordenamiento territorial” fomenta el CAOS URBANO. (sanfranciscopanama.wordpress.com)

El problema de la zonificación puede ser el factor desencadenante de otros eventos debido no solo a la acumulación de residuos por aumento de densidad de población, sino ambientales como la tala de manglares, deforestación para utilizar espacios para edificaciones. Sin tomar en cuenta el impacto de estas actividades. A esto debe sumarse las situaciones de aquellos desechos de las construcciones que no se disponen debidamente obstruyendo los drenajes ocasionando inundaciones y daños que no podrán reclamar los propietarios por pérdidas cuantiosas:

“Si las calles se inundan, la culpa es de nosotros, por desaseados y perezosos. Por tirar colchones, estufas, refrigeradoras, equipos de sonido, aparatos de aire acondicionado, muebles e infinidad de basura en los drenajes, quebradas, etc. Pero las autoridades no hablan de la cantidad de edificios que se construyen, sin aumentar la capacidad del drenaje. Ni de las promotoras inescrupulosas que construyen, a diestra y siniestra, sin respetar los estudios ambientales, y vierten desechos en cualquier lado. Tampoco de la deforestación, la destrucción de los humedales ni cuando pecan, de omisión o ceguera, para favorecer intereses privados” (sanfranciscopanama.wordpress.com).

Por otra parte residentes ciudadanos relacionan el aumento de edificaciones con los derrames de aguas residuales lo cual ha proliferado en todo el país. Existe oposición por parte de las Autoridades Municipales de San Miguelito:

“El Alcalde de San Miguelito Gerald Cumberbatch, escribió este miércoles, 15 de noviembre, en su cuenta de Twitter que no avalará cambio de zonificación en el sector de Villa Lucre. Esto se debe a que el pasado lunes, 13 de julio de 2017, la empresa Ventaviv, solicitó a la Junta de Planificación Municipal (JPM), el cambio de uso de suelo de un terreno de su propiedad ubicado en Villa Lucre, con una categoría o zonificación RE (residencial especial), la cual quieren elevar a zonificación RM2 (residencial de alta densidad) para desarrollar edificios de apartamentos.” (Diario La Estrella de Panamá, 2017)

Los ciudadanos de este sector temen que la saturación del suelo de este sector pueda ocasionar mayores derrames de aguas residuales producto del cambio de zonificación y otras actividades en el sector. Además de aumentarse la densidad de población lo que puede hacer colapsar las infraestructurales de alcantarillados.

De las situaciones descritas se desprende una tremenda preocupación de la ciudadanía por el impacto del cambio de zonificación. Esto conlleva una mayor concentración de personas en un sector, aumento en el consumo de servicios que pueden sobrecargarlos y producir una escasez por superarse la disponibilidad de estos servicios.

II. CÓDIGOS DE ZONIFICACIÓN

Es oportuno conocer sobre la misma para tener mayores elementos al momento de tomar una decisión. Es la Resolución N° 169-2004 de 8 de octubre de 2004” Por la cual se aprueban los códigos de zonificación residencial para la ciudad de Panamá en sus diferentes modalidades.

La legislación Nacional ha desarrollado codificaciones para identificar las distintas zonas y a su vez determinar la población que puede habitarlas (densidad), las edificaciones, las extensiones de estos proyectos. Pero como se observa hay una gran oposición de sectores por los impactos que ya se están observando.

El Ministerio de Vivienda y Ordenamiento territorial tiene a su cargo la elaboración y creación de las zonificaciones del país.

Cada vez que una persona natural o jurídica adquiere una propiedad debe informarse debidamente del uso que puede dar a su propiedad para que la actividad que desea desarrollar el propietario sea compatible con los usos de la zona. De forma anticipada igualmente, el interesado debe conocer las clasificaciones de las zonas que pudiera adquirir

La zonificación es clasificada de acuerdo a ciertos códigos cuya significación está ligada al tipo de construcción que puede ser unifamiliar, familiar y dentro de esta puede ser: una sobre otra o bien adosada. También están aquellas en fila o bien departamentos. Así mismo se distinguen por la extensión de terreno que ocupan en metros cuadrados y por la densidad de población por metros cuadrados los que se encuentran regulados en la Resolución N° 169-2004 de 8 de octubre de 2004” Por la cual se aprueban los códigos de zonificación residencial para la ciudad de Panamá en sus diferentes modalidades.

Las denominaciones que presenta y codificaciones son:

Residencial de Baja Densidad	(R-R)
Residencial de Baja Densidad	(R1-A)
Residencial de Baja Densidad	(R1-B)
Residencial de Mediana Densidad	(R2-A)
Residencial de mediana Densidad	(R2-B)
Residencial de mediana Densidad	(R-3)
Residencial de mediana Densidad Especial	(RE)
Residencial de Alta Densidad	(RM)
Residencial de Alta Densidad	(RM-1)
Residencial de Alta Densidad	(R-M2)
Residencial de Alta Densidad	(R-M3)
Residencial de Conjunto	(RC)

La cantidad de habitantes por hectáreas aumenta en las zonas de Alta Densidad. Esto tiene una significación especial debido al consumo de servicios por personas. A mayor densidad mayor cantidad de servicios.

Los cambios de zonificación han tenido un fuerte impacto en la comunidad precisamente por la explicación anterior. De allí que es de suma importancia que medidas como estas involucren a los ciudadanos en las modalidades de participación ciudadana acogidas por la Ley 6 de 22 de enero de 2002 “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de habeas data y dicta otras disposiciones”. Toda vez que se trata de modificaciones que afectan los intereses de los asociados independientemente de que el cambio de zonificación se realice en una propiedad privada.

III. PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y LA ZONIFICACIÓN

La Corte Suprema de Justicia de Panamá se ha manifestado en torno a aspectos relativos a la zonificación y uso de suelo. Algunos han sido obviados por constructoras, promotoras y autoridades lo cual es imperdonable dada su importancia.

Los especialistas en la materia y para aquellos que se inician deben validarlos de forma tal que, no se incurra en las mismas omisiones y sobretodo porque no solo se encuentran involucrados los derechos exclusivamente de los sectores que poseen el capital sino aquellos de la mayoría de la ciudadanía. No debe olvidarse el fin primordial de la administración pública que es el beneficio de las mayorías que se traduce en un bienestar social (Art. 201 numeral 8 de la Ley 38 de 2000 sobre Procedimiento Administrativo en General).

Aun cuando la normativa regula un procedimiento para realizar los cambios de zonificación como la participación ciudadana y estudios técnicos para tomar decisiones variando las codificaciones estas han sido obviados por promotores y autoridades originando la suspensión de proyectos. La norma atribuye competencia para cesar aquellas actividades distintas a aquellas que fueron previstas en los usos de suelo y zonificación dando competencia para la suspensión de ellas a la Alcaldía de Panamá mediante Acuerdos Municipales.

Por otra parte es interesante ver como la jurisprudencia valora la importancia de la zonificación para el acceso a los servicios y conservación y eficiencia de las infraestructuras. Aun siendo una materia regulada desde hace algún tiempo, el auge inmobiliario está provocando una desatención a las normas y los efectos se están observando en las inundaciones, en la contaminación visual y acústica, en la falta de espacios de circulación, estacionamientos, la saturación de las capacidades de los tanques sépticos, en la disminución de la cobertura boscosa despoblando de manglares las costas, por deforestación que impacta la calidad del suelo y el equilibrio hídrico como la calidad del aire.

V. PRESENTACIÓN DE LOS EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA.

En los siguientes párrafos podrán observarse extractos de jurisprudencia en torno a los temas de acciones urbanísticas fundamentales para su perfeccionamiento en los que antecedente la descripción de los fallos en los que hubo pronunciamientos relativos a los temas principales que pueden ser de gran utilidad para los investigadores, docentes, abogados litigantes y estudiantes. Los fallos se presentan describiendo las partes tipo de proceso y el magistrado ponente seguidos de las respectivas figuras de las actividades urbanísticas extraídas de la jurisprudencia panameña.

1. DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR LA FIRMA ALVARADO, LEDEZMA & DE SANCTIS, EN REPRESENTACIÓN DE OCTAVIO GARCIA, PATRICK DILLON, ALLAN BAITEL, TETL DE CONTRERAS, SHANINA CONTRERAS, JULIO CONTRERAS, JOSE CHIRINO, MARIA DE CHIRINO, SOUHILA CHIRINO, LUIS CHIRINO, FRANCISCO ALVARADO, MARIELA CALDERON, AVELINA DE CALDERON, RICARDO SOTO, CECILIA ALMENGOR, ROSA DE ALVARADO, JAVIER ROMERO, ANNETTE DE ROMERO, YOLANDA MARCO SERRA, LUIS CASCANTE, RAQUEL DE CASCANTE, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL RESUELTO NO. 123 DE 20 DE MAYO DE 1998, PROFERIDO POR LA DIRECCIÓN DE DESARROLLO URBANO DEL MINISTERIO DE VIVIENDA. PONENTE: VICTOR L. BENAVIDES. -PANAMÁ, VEINTIOCHO (28) DE JULIO DE DOS MIL SEIS (2006). Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá.

ZONIFICACIÓN (FIN)

Como ya se ha explicado, la zonificación tiene como fin la división del territorio, tomando en cuenta el desarrollo de cada sector. Este mecanismo del desarrollo urbano, que persigue el crecimiento ordenado o planeamiento de los poblados o ciudades para atender las necesidades materiales de la vida humana, aboga por la mejor calidad de vida de los habitantes.

ZONIFICACIÓN (CRITERIOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA)

Vale la pena reiterar lo dicho por esta Sala en la resolución de 15 de julio de 2002 que declaró nulo el Resuelto No.122 de 20 de mayo de 1998, dictado por el Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda:

"No escapa a la percepción de esta Sala el rápido crecimiento demográfico en la urbe metropolitana y sus consecuentes necesidades habitacionales, pues la zonificación es un proceso dinámico que atiende justamente al crecimiento, necesidades y desarrollo de las comunidades. También conocemos de la tendencia a aminorar el crecimiento horizontal, por ser limitado y ocasionar diversos perjuicios, especialmente ecológicos. No obstante, los cambios de zonificación deben acoplarse a la normativa vigente, en favor del mejor desarrollo urbanístico, no de un sector, sino de toda la ciudad. Y, para ello, la zonificación debe atender a criterios técnicos y racionales de sectorización o división de la ciudad, de acuerdo a su desarrollo vial y demás infraestructuras de servicios públicos, lo que no se hizo en el negocio de marras, como ha quedado ampliamente acreditado."

LA ZONIFICACIÓN (IMPACTO EN LAS INFRAESTRUCTURAS QUE BRINDAN SERVICIOS PÚBLICOS)

La zonificación o rezonificación debe atender a las infraestructuras en materia de abastecimiento de servicio público, pero sobretodo de desarrollo vial, y si bien es cierto, en el negocio sub júdice la aprobación de cambios de zonificación se otorgan a una finca en particular, éstos son de medular significación por las repercusiones que tales cambios conllevan para el sector donde se ubica la finca."

ZONIFICACIÓN (IMPORTANCIA DE INFORMES TÉCNICOS PARA EL CAMBIO)

Una vez efectuado un análisis del expediente, la Sala concluye que en este caso en particular, la aprobación de la segunda petición de cambio de código de zona para desarrollar el Proyecto Vista

Park, ha desatendido las disposiciones que ordenan su apego a los conceptos que sustentan el informe técnico.

De la lectura del material incorporado al expediente se desprende que los informes técnicos que preceden la aprobación del cambio de código de zona a RM3, no recomendaban su aplicación, tal como lo muestra el Informe Técnico No. 134-94, donde se deja establecido que se aprueba como un caso único.

Vale destacar que si bien en el proceso se ha mantenido que el código que regía al momento de solicitar el cambio era RM2, no es menos cierto que entre la solicitud primaria que fue negada y entre el acto impugnado sólo media un período de un año y cuatro meses y las recomendaciones de los técnicos no variaron durante ese lapso.

ZONIFICACIÓN (SUSTENTA CON INFORME TÉCNICO)

Tal como se dijo en párrafos anteriores, la normativa en materia de zonificaciones ha mantenido el criterio de que la aprobación o rechazo debe sustentarse en las recomendaciones del Informe Técnico que debe levantarse previamente. No obstante, esto no ocurrió, pues se observa una intromisión de los dirigentes de la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de la Vivienda para aquella época, en la decisión objeto del presente recurso. Al respecto, esta Sala en el Auto de 7 de septiembre de 2000, expresó lo siguiente cuando conoció de la solicitud de suspensión provisional del acto demandado:

"...la Sala considera que el acto impugnado infringe lo dispuesto en el literal C.1 del numeral 2 de la Resolución N°8-86 de 28 de julio de 1986 del Ministerio de Vivienda que indica que la aprobación o negación de los cambios solicitados deben realizarse con base al informe técnico realizado por los funcionarios especializados de la Dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda. Esto es así, pues dicho informe técnico fue relegado a un segundo plano al momento de efectuarse el cambio de zonificación, tal como se infiere del anexo al informe técnico No. 134-98 en el que se señaló lo siguiente:

"DE ACUERDO CON INSTRUCCIONES EMANADAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DESARROLLO URBANO, DESPUES DE REITERADAS REUNIONES SE NOS SOLICITÓ QUE SE APROBARA EL CAMBIO REQUERIDO DE RM2 A RM3 CON TOLERANCIA DE UN 49.8%" (f.41)

.....

De igual forma, el "Informe General del caso El Cangrejo" (f.43) indica que "por instrucciones de la administración a través de la Dirección General de Desarrollo Urbano se acordó aprobar el cambio solicitado de RM2 a RM3, con tolerancia de un 48.9% en densidad."

En el mismo sentido, las propias autoridades técnicas del Ministerio de Vivienda expresaron en su informe de 20 de mayo de 1998, elaborado con motivo de la segunda petición de cambio de zona planteada por el promotor, la siguiente conclusión:

"EN CONCLUSIÓN CONSIDERAMOS QUE NO ES FACTIBLE EL CAMBIO DE CÓDIGO DE ZONA DE RM2 A RM3 + TOLERANCIA DE 49.8% DE TOLERANCIA EN DENSIDAD, EL CUAL REPRESENTA UN AUMENTO DE DENSIDAD DE 1000 PERS/HAS. A 2,237.03 PERS/HAS. (RM3 + 49.8%)." (Véase foja 41 del expediente).

ZONIFICACIÓN (DESVIACIÓN DE PODER)

De lo antes expuesto, la Sala considera que las autoridades del Ministerio de Vivienda incurrieron en una situación de desviación de poder, al aprobar un cambio de zonificación, que no sólo contravenía todos los informes y opiniones técnicas levantadas, sino los objetivos y fines de las normas urbanísticas.

El fenómeno conocido como desviación de poder ha sido advertido por la Sala Tercera en ocasiones anteriores, donde ha sido invocado como causal para demandar la nulidad de un acto administrativo. En tal sentido, la Sala indicó en la resolución de 26 de julio de 1999 lo siguiente:

"Estos hechos se enmarcan en el motivo de ilegalidad que nuestra legislación y la doctrina ha denominado desviación de poder. Este concepto jurídico ha sido definido por Hauriou en los siguientes términos: "Es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con la observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales les fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio". (Hauriou en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo VII, pág. 333).

Por lo tanto, existe desviación de poder cuando no hay concordancia entre la actuación administrativa y el fin perseguido por la ley, como se aprecia en este caso.

2 .*DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL BUFETE DE SANCTIS, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE ANTONIO F. ENRÍQUEZ KELLETH, BROOKE ALFARO, MARÍA SOLEDAD MIRÓ DE BODART, DOLORES RIANDE, RICARDO DÍAZ, FERNANDO ELETA CASANOVAS, RAÚL BARRAZA, JOAQUÍN MENDEZ, IVANHO DE ROUX, MIGUEL BROSTELLA, RODRIGO GUARDIA, JORGE ZARAK Y MARTHA ARIAS DE LINARES, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL ACUERDO NÚMERO 43 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1986, DICTADO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DE LA CHORRERA; Y DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL BUFETE DE SANCTIS, EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL PERMISO DE CONSTRUCCIÓN NO. 360-05 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2005, DICTADO POR EL INGENIERO MUNICIPAL DEL DISTRITO DE ANTÓN (DEMANDAS ACUMULADAS MEDIANTE RESOLUCIÓN DE 9 DE JULIO DE 2009). PONENTE: NELLY CEDEÑO DE PAREDES PANAMÁ, CUATRO (4) DE AGOSTO DE DOS MIL QUINCE (2015)*

ORDENAMIENTO TERRITORIAL (ASPECTOS QUE INFLUYE Y JUSTIFICAN LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ACTIVIDADES URBANÍSTICAS)

La función pública de ordenación del territorio y el desarrollo urbanístico es una competencia administrativa orientada hacia la organización del uso del suelo y la ocupación del territorio a través del reconocimiento y limitación de actividades y derechos urbanísticos. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 6 de 1 de febrero de 2006, la formulación de políticas y por ende las actuaciones públicas sobre el ordenamiento territorial para el desarrollo urbano, deben estar fundamentadas en la función social y ambiental de la propiedad, en la prevalencia del interés

general sobre el particular, en la conveniencia de una distribución equitativa de obligaciones y beneficios (igualdad), y en la mejora de la calidad de vida de los habitantes.

Los principios de derecho urbanístico que recoge el referido artículo 3 de la Ley 6 de 2006, inciden en tres aspectos fundamentales en el ordenamiento de la ciudad: la garantía de los intereses sustentadores de los derechos colectivos e intereses difusos, de los derechos subjetivos inmobiliarios de los propietarios, la prevalencia del interés público y la conservación de la calidad de vida de los individuos en el medio urbano.

ORDENAMIENTO TERRITORIAL (FUNDAMENTO DE LA POLÍTICA NACIONAL DE VIVIENDA)

En ese marco, el fundamento constitucional del ordenamiento territorial y el desarrollo urbanístico como función pública se encuentra en las distintas disposiciones que hacen referencia a las obligaciones y objetivos del Estado en materia de la política nacional de vivienda, que al efecto de los artículos 109 y 118 del Texto Fundamental ha de estar enmarcada en el ámbito de la protección de la salud pública y ambiental. Así, el artículo 117 constitucional señala que "El Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso". En tanto, que el artículo 109 prescribe que "Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social". Y el artículo 118 constitucional impone que "Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana".

ORDENAMIENTO TERRITORIAL (PARTICIPACIÓN CIUDADANA)

En paralelo, la Ley 6 de 2006 y su reglamentación establece los procedimientos y trámites para la formulación y aprobación de los distintos instrumentos de planeamiento del ordenamiento territorial y urbanístico, bajo estándares de sostenibilidad y transparencia. A tal fin, la Ley 6 de 2006 impone como mecanismo para la garantía de la legalidad urbanística que las actuaciones públicas, que afecten los intereses y derechos de grupos ciudadanos, "quedan obligadas a permitir su participación a través de representantes idóneos, con el propósito de promover la concertación de los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante las modalidades de participación ciudadana que establece la Ley 6 de 2002 y conforme a la reglamentación de la presente Ley" (art. 35).

La participación pública o ciudadana en materia urbanística se entiende entonces como un derecho subjetivo o interés legítimo de los individuos, tal y como lo determina nuestro ordenamiento territorial y se desprende de lo establecido en el 23 literal a) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 15 de 28 de octubre de 1977), que al efecto dispone que: "Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos".

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos [...] impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención)" (Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Párr. 156).

ORDENAMIENTO TERRITORIAL (ACTORES DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA)

Como vemos, las disposiciones anteriores, son claras al establecer la obligación de las autoridades urbanísticas de permitir y garantizar la participación ciudadana (de la población y de asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad, que incluye propietarios, residentes, usuarios, inversionistas privados, gremios y sociedad civil en general) a través de las modalidades previstas en la ley. Es decir, que la legislación impone a la autoridad urbanística la carga de garantizar la participación pública mediante las modalidades y procedimientos establecidos en la Ley.

ACTUACIONES URBANÍSTICAS (EN LAS QUE SE DEBE PRODUCIR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA)

En desarrollo de lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico prevé expresamente cuáles de aquellas actuaciones urbanísticas deben cumplir con la garantía de participación ciudadana, estas son: a) al establecerse normas sobre zonificación, consultando con los organismos nacionales, regionales y locales pertinentes (artículo 2 literal k) de la Ley No. 9 de 25 de enero de 1973); b) cuando afecten los intereses o derechos de grupos ciudadanos (art. 24 Ley 6 de 2002 y art. 35 Ley 6 de 2006; c) en todos los actos de la administración pública relativos a la construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios (art. 24 Ley 6 de 2002); y d) en el diagnóstico estratégico y la propuesta final de los planes programas y proyectos de desarrollo urbano (art. 21 Decreto Ejecutivo 23 de 2007).

ACTUACIONES URBANÍSTICAS (MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA)

En la misma línea, la ley, además, concreta el modo en que debe ejercitarse la señalada garantía de participación. Así, el artículo 35 de la Ley 6 de 2006 y el Decreto Ejecutivo 23 de 16 de mayo de 2007, remiten a la Ley 6 de 2002, de Transparencia en la Gestión Pública, a los efectos de determinar los mecanismos de participación pública. Dicha Ley 6 de 2002, en su artículo 25 establece entre las modalidades de participación ciudadana en los actos de la administración pública: 1) la consulta pública; 2) audiencia pública; 3) foros o talleres; y 4) participación directa en instancias institucionales.

En términos generales, los mecanismos de participación señalados representan la vía idónea y principal para la operatividad de la garantía de participación, sin embargo, a la luz de nuestro ordenamiento positivo, no constituyen los únicos medios. En otras palabras, desde la perspectiva del principio de transparencia y concertación que promueve la Ley 6 de 2002, los supuestos previstos en su artículo 25, no agotan la actividad administrativa dirigida a garantizar la

efectividad de las modalidades de participación de los individuos en las decisiones que puedan afectar sus derechos e interés, pues, de acuerdo con el numeral 5, literal a, b y c del artículo 21 del Decreto Ejecutivo 23 de 2007, además de lo anterior, la autoridad urbanística deberá "Adelantar concertaciones con los propietarios, residentes, usuarios e inversores privados para los proyectos que promueva, gestione, lidere o coordine en cumplimiento de sus funciones" (literal a); "Establecer mecanismos que informen a la ciudadanía sobre los avances que se logren en la aplicación del Plan de Ordenamiento Territorial y permitan su medición" (literal b); y "Facilitar la participación de la comunidad en el control del cumplimiento de las normas urbanas (literal c).

ZONIFICACIÓN (SUSTENTACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA POR AFECTACIÓN DE INTERESES COLECTIVOS)

Como queda visto, el Resuelto 186 de 8 de julio de 2005, supone la asignación de uso de suelo, de unas fincas que si bien generan derechos subjetivos personalismos del propietario, también incide en la afectación de intereses colectivos y difusos, pues, siendo esta acción urbanística dirigida al consentimiento de ulteriores emprendimientos de infraestructura de cierta envergadura, desde luego que la comunidad, entre ellos residentes, vecinos y usuarios, ostentan intereses y derechos que han de ser atendidos mediante la participación y concertación de los ciudadanos, frente a las consecuencias que pueda producir tal asignación con respecto al valor de sus propiedades, los efectos paisajísticos y ambientales y la plusvalía que pueda generar en ese medio urbano.

ZONIFICACIÓN (USO DE SUELO NO ES INDEPENDIENTE DE ESTA)

A la par, el principio urbanístico relativo a la participación democrática, que consiste en que la acción urbanística debe fomentar la concertación entre los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante la participación de los pobladores y organizaciones. La Sala es del criterio que las decisiones urbanísticas constituyen un asunto de interés colectivo o general, como lo señala Jaime Orlando Santofimio en su obra Derecho Urbanístico, Legislación y Jurisprudencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala es del criterio que el cambio de uso de suelo implica zonificar, toda vez que la zonificación de un área se hace en función del uso de suelo, por lo cual la Administración no puede alegar que éstos son elementos independientes.

En ese sentido, y basados en el principio de legalidad que según la clásica fórmula de George Vedel, "es la cualidad de lo que es conforme a la ley. Pero en esta definición hay que entender el término de "ley" en su sentido más amplio, el de "derecho"". (VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, trad. De la 6ª ed. Francesa, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 219)

ZONIFICACIÓN (Marco legal)

Desde esta perspectiva, debe tenerse presente entonces que si bien el artículo 24 de la Ley 2 de 2002 como el artículo 2 literal k de la Ley 9 de 25 de enero de 1973, hacen expresa alusión a la participación en actividades como la zonificación, no menos cierto es que bajo el razonamiento sostenido por esta Sala la asignación de uso de suelo no es un elemento aislado de la zonificación, y menos aún una actividad administrativa exenta del marco de legalidad establecido en la Ley 6 de 2006, en la que se señala en correspondencia con el artículo 50 del Texto Fundamental como principio básico de la actividad urbanística la prevalencia del interés público sobre el particular.

ZONIFICACIÓN (SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS COLECTIVOS HACE NECESARIA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA)

Cabe considerar, además, que las actuaciones urbanísticas no están limitadas a procesos de zonificación o elaboración de planes de ordenamiento territorial, la autoridad urbanística también ejecuta otro tipo de actividades y procedimientos administrativos a través de los cuales se adoptan decisiones que inciden o afectan "intereses y derechos de grupos ciudadanos", a los que, como se dijo antes, se refiere expresamente el artículo 24 de la Ley 6 de 2002 y el artículo 35 de la Ley 6 de 2006. Entre estas, no cabe la menor duda que la asignación de uso de suelo incide por sí sola en los intereses y derechos de la colectividad que forma parte del entorno urbano en el que se ha establecido tal uso de suelo.

3. DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA FORENSE LAMBRAÑO, BULTRÓN & DE LA GUARDIA, EN REPRESENTACIÓN DE INVERPARK, S. A. Y VIPASA, S.A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N 350-2007 DE 8 OCTUBRE DE 2007, DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO PANAMÁ, TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE DOS MIL QUINCE (2015).

ZONIFICACIÓN (PUBLICIDAD DE LA MEDIDA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA)

Las normas citadas ponen de manifiesto claramente que previo a la expedición de actos como el que nos ocupa, en virtud de que afectan los intereses y derechos de un grupo de ciudadanos en este caso particular por construcción de infraestructuras y zonificación, las instituciones están obligadas a permitir la participación de todos los ciudadanos mediante las modalidades de participación ciudadana; y publicar el acto a través de esta última modalidad antes de expedirlo. De ese cotejo resulta, que es parte del procedimiento para expedir un acto que guarde relación con la construcción de infraestructuras o zonificación que todos los ciudadanos tengan participación por medio de las modalidades de participación ciudadana ellas son: Consulta pública, Audiencia pública, foros o talleres y Participación directa o instancias institucionales.

Planteado lo anterior, teniendo que el acto objeto de este examen está sujeto de un procedimiento especial a efecto de darse a conocer por medio de las modalidades de participación ciudadana, en virtud precisamente de que pudieran afectar intereses y derechos de un grupo de ciudadanos, lo que nos lleva a referirnos al cargo de ilegalidad del artículo 75 de la Ley 38 de 2000, considerando las demandantes que la entidad demandada debió correrle traslado como tercero interesado.

En ese sentido importa acotar que de conformidad con el artículo 37 de la Ley 38 de 2000, de Procedimiento Administrativo General dispone que esta ley aplica a todas las instituciones públicas, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materia específicas.

En razón de todo lo expuesto, esta Sala considera que la entidad demandada para emitir el acto cuya ilegalidad se pide, no estaba sujeta para su emisión aplicar el artículo 75 de la Ley 38 de 2000. De allí entonces, que queda descartado el cargo de ilegalidad de la norma en mención.

4. DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO ROY AROSEMENA, EN REPRESENTACIÓN DE ROXANA MENDEZ, (EN SU CONDICIÓN DE ALCALDESA DE PANAMÁ) PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN NO. C.CO.048-12 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2012, DICTADA POR LA GOBERNACIÓN DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO. PANAMÁ, VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE (2017).

ORDENAMIENTO TERRITORIAL (COMPETENCIA DE LA ALCALDÍA PARA DICTAR ACUERDOS MUNICIPALES SOBRE ESTA MATERIA)

En este orden de ideas, también es preciso indicar que el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 6 de 2006 citado, estipula que en materia de ordenamiento territorial para el desarrollo urbano, los Municipios tendrán competencia para: "Dictar los acuerdos municipales sobre materia de ordenamiento territorial y urbanístico de carácter local, con sujeción a las leyes, a los reglamentos y a los planes nacionales y regionales." En concordancia con esta competencia asignada a los Municipios, al expedirse la citada Ley, el Consejo Municipal de Panamá ya había dictado el Acuerdo 116 de 9 de julio de 1996, vigente al momento en que se emitió el acto acusado de ilegal, contenía disposiciones sobre la construcción, adiciones de estructuras, mejoras, demoliciones y movimientos de tierra en el distrito capital, en el que se establecen una serie de infracciones con sus respectivas sanciones y efectos.

ZONIFICACIÓN Y USO DE SUELO (SUSPENSIÓN DE OBRA POR SER AJENA A USO DE SUELO QUE PERMITE LA ZONIFICACIÓN)

De acuerdo con lo citado, la explotación de una actividad distinta a la establecida en las normas de desarrollo urbano que regulan la zonificación y uso de suelo, faculta al Alcalde del distrito de Panamá para ordenar el cese de la actividad u operación en aquellas edificaciones de carácter comercial o industrial que se encuentren en este supuesto, por lo que en el caso bajo examen, en el cual, según se expone en la Resolución C. Co. 048-12 de 3 de septiembre de 2012, la mencionada empresa realizaba una actividad ajena al uso de suelo permitido por la zonificación asignada por el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, resulta claro que, de acuerdo con lo dispuesto en la norma reproducida, la autoridad municipal estaba plenamente facultada para ordenar el cese de la misma.

Lo anterior pone de manifiesto que los Municipios, como autoridad urbanística, en atención a su facultad de controlar los planes locales de ordenamiento territorial para el desarrollo urbano, los cuales incluyen la definición de los usos de suelo, son competentes para conocer de los conflictos que surjan al llevarse a cabo una actividad distinta a las establecidas en las normas de desarrollo urbano que regulan la zonificación y uso de suelo.

CONCLUSIONES

Tanto el ordenamiento territorial como los cambios de zonificación son instrumentos relacionados con el uso de suelos tendientes a dar un mejor uso de este recurso tendiente a procurar una mejor calidad de vida de los ciudadanos y procurar un desarrollo equilibrado de todos los sectores. Estos procesos no pueden ser inconsultos tienen su procedimiento, requisitos competencias, fines debidamente normados que deben ser atendidos tanto por las instituciones correspondientes con competencia en estos temas, como por los promotores.

La participación ciudadano tiene el sentido de consulta y consenso con aquellos sectores que pueden recibir el impacto de un proyecto. Si el Estado a través de la administración pública debe procurar un bienestar general obviamente debe cumplir con la consulta necesaria además de la debida sustentación de informes técnicos para sustentar o desaprobado los cambios de zonificación.

En un país con un sistema que se precia de ser democrático debe existir la participación ciudadana que tiene un sustento constitucional y por ley. Si bien todo país quiere progreso y desarrollo en esta tarea los que tiene la facultad de tomar decisiones deben mantener una posición equilibrada que de beneficios a la mayoría independientemente de quien sea el que acumule mayores capitales. Las autoridades están para cumplir y hacer cumplir las leyes. Por tanto como servidores públicos debemos darle el debido acatamiento y cumplir con todas las etapas que exigen estos procedimientos urbanísticos que como se observa en la norma han sido omitidos en ocasiones. Los servidores públicos tienen responsabilidad por la prestación de sus servicios que puede ser civil, penal o administrativa. El propósito de este cumplimiento es garantizar los derechos de los ciudadanos que son los primordial en todo estado de derecho y la seguridad jurídica

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de la República de Panamá. Liberia y Editora Interamericana.2004.
Ley 38 de 31 de julio de 2000.
Ley 6 de 22 de enero de 2002.
Resolución 6 de 1 de febrero de 2000.

JURISPRUDENCIAS:

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR LA FIRMA ALVARADO, LEDEZMA & DE SANCTIS, EN REPRESENTACIÓN DE OCTAVIO GARCIA, PATRICK DILLON, ALLAN BAITEL, TETL DE CONTRERAS, SHANINA CONTRERAS, JULIO CONTRERAS, JOSE CHIRINO, MARIA DE CHIRINO, SOUHILA CHIRINO, LUIS CHIRINO, FRANCISCO ALVARADO, MARIELA CALDERON, AVELINA DE CALDERON, RICARDO SOTO, CECILIA ALMENGOR, ROSA DE ALVARADO, JAVIER ROMERO, ANNETTE DE ROMERO, YOLANDA MARCO SERRA, LUIS CASCANTE, RAQUEL DE CASCANTE, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL RESUELTO NO. 123 DE 20 DE MAYO DE 1998, PROFERIDO POR LA DIRECCIÓN DE DESARROLLO URBANO DEL MINISTERIO DE VIVIENDA. PONENTE: VICTOR L. BENAVIDES. -PANAMÁ, VEINTIOCHO (28) DE JULIO DE DOS MIL SEIS (2006).Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL BUFETE DE SANCTIS, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE ANTONIO F. ENRÍQUEZ KELLETH, BROOKE ALFARO, MARÍA SOLEDAD MIRÓ DE BODART, DOLORES RIANDE, RICARDO DÍAZ, FERNANDO ELETA CASANOVAS, RAÚL BARRAZA, JOAQUÍN MENDEZ, IVANHO DE ROUX, MIGUEL BROSTELLA, RODRIGO GUARDIA, JORGE ZARAK Y MARTHA ARIAS DE LINARES, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL ACUERDO NÚMERO 43 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1986, DICTADO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DE LA CHORRERA; Y

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL BUFETE DE SANCTIS, EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL PERMISO DE CONSTRUCCIÓN NO. 360-05 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2005, DICTADO POR EL INGENIERO MUNICIPAL DEL DISTRITO DE ANTÓN (DEMANDAS ACUMULADAS MEDIANTE RESOLUCIÓN DE 9 DE JULIO DE 2009). PONENTE: NELLY CEDEÑO DE PAREDES PANAMÁ, CUATRO (4) DE AGOSTO DE DOS MIL QUINCE (2015)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA FORENSE LAMBRAÑO, BULTRÓN & DE LA GUARDIA, EN REPRESENTACIÓN DE INVERPARK, S. A. Y VIPASA, S.A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N 350-2007 DE 8 OCTUBRE DE 2007, DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO PANAMÁ, TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE DOS MIL QUINCE (2015).

DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO ROY AROSEMENA, EN REPRESENTACIÓN DE ROXANA MENDEZ, (EN SU CONDICIÓN DE ALCALDESA DE PANAMÁ) PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN NO. C.CO.048-12 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2012, DICTADA POR LA GOBERNACIÓN DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO. PANAMÁ, VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE (2017).

OBRAS.

MUÑOZ, Daniel.” Función social de la tierra” Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia, octubre 27,2010, actualizado a diciembre 21 de 2016 http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/funcion_social.pdf

GALVAN BONILLA; María Antonieta. ¿Qué es calidad de vida?
Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
<https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/prepa2/n2/m2.html>.

TRUJILLO, Yazmina .Red urbana Protesta contra la Zonificación. El Siglo. Jueves 28 de julio de 2016 - 12:00 a.m.
<http://elsiglo.com.pa/panama/urbana-protesta-contra-zonificacion/23953286>

San Francisco. Panamá. Word Press.
Incubando una explosión social.
<https://sanfranciscopanamá.wordpress.com/2015/09/29/incubando-una-explosion-social/>.

Alcaldía de San Miguelito no avalará cambio de zonificación en Villa Lucre
15 de noviembre de 2017

<http://laestrella.com.pa/panama/nacional/alcaldia-miguelito-avalara-cambio-zonificacion-villa-lucre/24033529>

Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial DF. Uso de Suelo

INFORME ANUAL 2003. APÉNDICE TEMÁTICO. Documentos de referência
<http://paot.org.mx/centro/paot/informe2003/temas/suelo.pdf>

VANESSA M. CAMPOS ALVARADO

La autora es Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, egresada de la Universidad de Panamá, Especialista en Docencia Superior de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Panamá, con Postgrado en Gerencia Estratégica y de la Investigación Social de la Universidad Especializada de las Américas (UDELAS). Es Diplomada en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, Derecho Ambiental e Investigación en el Nivel Superior por la Universidad de Panamá. Labora en el Centro de Investigación Jurídica desde hace 23 años desempeñándose como Asistente de Investigación, Investigadora Jurídica, Directora encargada y actualmente Jefa de Sala de Consulta de Legislación Delia U. de Brenes. Ha escrito en diversas revistas nacionales e internacionales. Correo electrónico: vanecampalva@gmail.com

Artículo recibido: 29 de junio de 2018

Aprobado: 11 de julio de 2018

C. DERECHO CIVIL

EL MANDATO Y LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO CIVIL PANAMEÑO

LIDIA KARINA MERCADO *
Universidad de Salamanca (España)
E-mail: lkmercadob@gmail.com

SUMARIO. I. Introducción II. Origen y distinción del mandato y la representación III. Concepto y características del mandato. 3.1 Precisiones en torno a mandato civil y mandato mercantil IV. La representación V. Poder, Acto de apoderamiento y Poder de representación. VI. La cuestión del mandato y la representación en el Código Civil Panameño VII. Jurisprudencia VIII. Conclusiones

RESUMEN

El presente estudio se centra en ofrecer un análisis acerca del valor práctico jurídico que para el Derecho privado contractual moderno, reviste la distinción entre la figura del mandato y la representación.

Si bien se trata de un tema clásico, en la actualidad, en muchas ocasiones persiste la confusión entre la noción de mandato y el concepto de representación brindándoles un tratamiento indistinto, dificultad esta que probablemente tenga su causa, en la carencia de una regulación normativa vigente que destaque las particularidades de ambas instituciones jurídicas.

Palabras claves

Contrato de mandato, Representación, Poder, Acto de otorgamiento, Alcance y eficacia jurídica de los actos representativos, El negocio de apoderamiento.

ABSTRACT

The present study focuses on offering an analysis about the legal practical value that for modern contractual private law has the distinction between the mandate and representation.

Although it is a classic theme, at present, in many cases the confusion between the notion of mandate and the concept of representation persists, giving them an indistinct treatment, a difficulty that probably has its cause, in the absence of a current regulation that highlights the particularities of both legal institutions.

Keywords

Contract of mandate, Representation, Power of Attorney, Act of granting, Scope and legal effectiveness of representative act.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de mandato se incardina en el ámbito de la gestión de negocios ajenos, lo mismo que la representación sin embargo, cabe llamar la atención acerca de la delimitación entre mandato y representación como figuras independientes.

Con la presente comunicación hemos procurado alejarnos, de aquellas cuestiones de índole estrictamente doctrinal aunque con carácter preliminar, se realice una necesaria aproximación al origen histórico de la confusión entre mandato y representación a partir del Derecho Romano, hasta llegar al aporte realizado por el Derecho Canónico y más tarde, por los pandectistas alemanes quienes en el ámbito de la administración patrimonial y la gestión de negocios ajenos, contribuyeron a dilucidar que el mandato puede ir vinculado al concepto de representación, pero no es un elemento esencial de aquel y no toda representación es un mandato.

Realizar esta reflexión desde un punto de vista legal, práctico y jurisprudencial, contribuye a resaltar el alcance y esfera de las atribuciones jurídicas de cada figura como cuestión capital en el ámbito forense, fiduciario, civil y comercial.

Se concluye, con una revisión de algunos fallos sobre mandato y representación a la luz de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, cuyo contenido resulta útil a nuestro análisis.

II. ORIGEN Y DISTINCIÓN DEL MANDATO Y LA REPRESENTACIÓN.

Para dilucidar el porqué de la confusión entre mandato y representación, hemos de remontarnos al Derecho Romano clásico, donde el principal mecanismo jurídico utilizado para la realización de un encargo, gestión de un negocio ajeno o administración patrimonial, era el contrato de mandato.

El mandato figura jurídica por excelencia en el ámbito de la colaboración jurídica, fue concebido en el ordenamiento jurídico romano como un acto de «confianza», razón por la que en aquella época, se asimiló incluso a un “acto de amistad” en virtud del cual una persona confiaba a otra la ejecución de un encargo, teniendo como característica propia de la transacción que realizarlo no implicaba remuneración alguna.

Es decir, el mandato era esencialmente gratuito, no como sucede en la actualidad donde casi todos los códigos civiles modernos presumen el contrato de mandato, como un contrato de gestión con carácter oneroso, salvo pacto en contrario, lo que viene a significar que para llevarlo a cabo se ha debido fijar un precio. En otras palabras, no hay impedimento alguno para que sea retribuido.

De esta forma, para los romanos el fundamento práctico del contrato de mandato, consistía en que una persona llamada mandante, confiaba a otra persona denominada mandatario, el efectuar un negocio con un tercero y una vez que el mandatario aceptaba ejecutar el encargo, quedaba revestido de la obligación de concluirlo sin tener un interés particular sobre los efectos económicos derivados de esa negociación.

En otras palabras, el mandatario tan sólo adquiriría los derechos emanados del negocio privado que efectuaba con el tercero, obrando sin declarar el nombre de su mandante y posteriormente, a través de un acto jurídico distinto, transmitía a este último todo aquel beneficio producido a raíz de las negociaciones efectuadas.

A consecuencia de lo anterior, la utilización del término «mandato» en el Derecho Romano, se mezclaba perfectamente con los rasgos propios de una colaboración jurídico - privada en negocios ajenos donde se ocultaba la identidad del mandante, y a esta idea de colaboración, es lo que algún sector de la doctrina llama «representación indirecta o mediata».

Ahora bien, desde el punto de vista de la clásica distinción entre mandato y representación, hemos de empezar señalando que la mayoría de los autores están de acuerdo en que si bien el mandato y la representación son figuras similares en el sentido de que responden a un idéntico fin siendo este, celebrar un acto o negocio jurídico en interés ajeno, hemos de precisar que el mandato, puede ser la “relación originante” de la representación, pero también puede originar esa facultad de representación, un contrato de servicios de trabajo, un contrato de obra, un contrato de gestión de negocios, un contrato de sociedad, entre otras modalidades contractuales.

Un ejemplo claro, es el abogado actuando en favor de su cliente, donde se han originado múltiples debates acerca de la naturaleza jurídica de esta relación por los diversos matices que envuelve.

Al respecto, el profesor Fernando REGLERO CAMPOS contribuye a aclarar que:

“dependiendo de la tarea que se encomiende al abogado, la relación que le une con su cliente podrá calificarse como contrato de arrendamiento de servicios, como contrato de obra o, incluso, como contrato de mandato. (...) el ejercicio libre de la profesión de abogado, normalmente se concibe como un contrato de prestación de servicios, que en ocasiones se aproxima al contrato de mandato, sustentado en la buena fe y, sobre todo, en una relación de confianza entre abogado y cliente. Pero debe calificarse como contrato de obra cuando la prestación del abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión depende de su exclusiva voluntad, tal como la redacción de determinados documentos, etc. En consecuencia, para determinar el régimen de las obligaciones del abogado y, en concreto, el canon de diligencia que le es exigible, ha de acudir al Código Civil; concretamente a las normas sobre contrato de arrendamiento de servicios, sobre contrato de mandato o, en su caso, sobre contrato de obra. En cuanto al régimen de responsabilidad, debe buscarse en el propio de la específica modalidad contractual de que se trate, en el general de las obligaciones contractuales (...) (Reglero-Campos, 2007)

Por otra parte, al considerar el ámbito de la representación, esta traspasa realizar un simple “encargo” y por lo tanto, la representación se debe identificar como la «facultad» que emana no precisamente de un contrato (v. gr. contrato de mandato), sino de un *acto de apoderamiento* cuyo fin consiste en que una persona sustituya a otra en un acto o negocio jurídico frente a terceros.

En otras palabras, el mandato siempre debe ser entendido como un [«acuerdo entre dos personas»] (mandante - mandatario) entrañando así una relación jurídico bilateral que genera derechos y obligaciones para ambas partes. No sucede lo mismo con la representación, donde estamos frente a un acto jurídico unilateral, que por su carácter voluntario (carácter voluntario del poderdante)

consiste en “designar” a una persona para que nos represente, de ahí que ese “acto de apoderamiento” o de “designación” con el que revestimos de poder a un individuo signifique un acto de legitimación para que este pueda celebrar actos con terceros en interés nuestro.

Ahora bien, si estas primeras diferencias entre mandato y representación a simple vista parecen tan claras, ¿A partir de qué momento se empiezan a desdibujar las características distintivas de ambas figuras, motivo por el cual, los juristas alemanes precisarían la esfera de las atribuciones de cada institución en el ámbito contractual?

De hecho actualmente, el Código Civil Alemán sigue innovando al dedicar una sección aunque muy breve, a la figura de la representación distinguiéndola del mandato y por lo tanto evitando equívocos en el lenguaje técnico jurídico acerca de estas dos figuras.

Por otro lado, frente a quienes defienden la idea de que el mandato y la representación responden a un mismo fin y por lo tanto son figuras semejantes ¿Merece la pena enfocarnos en hacer una diferenciación en la actualidad? cuando en la práctica a decir de muchos, parecen ser dos caras de una misma moneda constituyendo una herramienta material útil al servicio de la gestión de negocios ajenos.

Buscando una respuesta a estas interrogantes, resulta conveniente retroceder históricamente hasta el Derecho Romano, donde sólo se utilizaba el contrato de mandato para gestionar intereses ajenos, pero aun así, no se desconocía del todo la idea de la representación. Lo que ocurre es que dicha figura, no recibió un tratamiento jurídico por razón del concepto de dignidad personal que se propugnaba en aquella época en que se prohibía la idea de “sustituir a alguien” en un negocio jurídico, por tal motivo, se negó reconocimiento jurídico a la representación.

Como apunta Max KASER, en Roma “el principio de la no representación se asentaba sobre la hipótesis de que los actos jurídicos producen efectos solo en quien los realiza y no en un tercero, por lo que tampoco se admitió el contrato en favor de terceros” (Vid. *Kaser, 1974*).

Así el obstáculo al reconocimiento de la representación, se basaba en que esta sólo acontecía por vía indirecta, es decir, “la eficacia directa de lo actuado por el gestor sobre el *dominus negotii* fue extraña al *ius civile*, dada la reticencia propia del personalismo romano de imputar a una persona los efectos realizados por otra. Esta eficacia indirecta responde al sentir, en cierto modo natural, de que sólo las personas que intervienen en un acto pueden quedar afectadas por él” (Gómez-Blanes, 2016).

Frente a ese panorama, fue gracias al Derecho Canónico, que se introducirían aportes significativos al ámbito de la colaboración jurídica privada que luego le dotarían de un mayor dinamismo y consecuentemente, se aceptaría la figura de la representación de forma individualizada, es decir, separada completamente del contrato de mandato.

Tal es el caso de las disposiciones de los papas que admitían de forma general la idea de la representación como una solución práctica a muchas situaciones.

Por ejemplo, en el Código canónico, se resolvía a través de la figura de la representación el problema del clérigo ausente a quien se le tuviera que realizar la investidura del cargo. La

investidura se efectuaba por intermedio de otra persona que le “*sustituyera*” en el acto, aunque si bien de todas formas, era necesaria la ratificación del titular ausente, y antes de que se realizara tal ratificación, el obispo que confería el beneficio no podía transmitir esa investidura a otra persona (Saggese, 1933).

Otro ejemplo de los avances introducidos por el Código Canónico en materia de representación, se refleja en “los cánones 1081, 1088 y 1089 que admitían la celebración del matrimonio *-por medio de representante-*, pudiendo celebrarlo válidamente a través de un procurador mediante poder especial firmado por el poderdante y el párroco u ordinario del lugar donde se otorgará el poder” (Sánchez- Urite, 1986).

De forma tal, que con esta forma de proceder de la iglesia católica y sobre todo, ante la necesidad de contribuir a la agilización del tráfico jurídico de aquella época, se fue rompiendo gradualmente la regla del Derecho Romano, de no admitir la representación en las transacciones jurídicas.

Posteriormente, tras los aportes del Derecho Canónico, comenzaron a perfilarse nuevas orientaciones jurídicas que con el pasar del tiempo darían lugar a la consolidación de la gestión representativa y originarían ciertas precisiones de carácter teórico que darían por admitida la idea de representación.

Serían las costumbres germánicas en el ámbito procesal las que originarían valiosas aportaciones por parte de los alemanes PUCHKA, IHERING, WINDSCHEID, PUFFENDORF, y sobretudo LABAND quienes esclarecieron que no debe confundirse ni identificarse mandato y representación como figuras semejantes.

A guisa de ejemplo, en el Código Civil Alemán, la representación es una institución general que comprende tanto los casos de representación legal como los que derivan de la voluntad de las partes. Su campo de aplicación, no coincide pues, con el del mandato en sentido estricto, porque la representación puede descansar tanto en la ley como en el contrato de mandato, un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de sociedad como lo hemos dicho anteriormente.

El Código Civil alemán, consagra la representación en el título 5° (párrafos 164 al 181) donde sólo la reglamenta, entendiéndose bien, la representación directa ya que la indirecta, pese a la opinión de ciertos autores, es todo lo contrario de la representación” (Barrera-Graf, 1967).

Por todo ello, es partir de la contribución de la doctrina moderna alemana, que nos iremos refiriendo a las diferencias puntuales entre mandato y representación, ofreciendo valoraciones críticas de carácter práctico que nos permitan resolver ciertas confusiones que predominan en los estudiantes y abogados litigantes quienes en su lenguaje técnico jurídico, utilizan los términos mandato y representación como si se tratase de una misma figura.

Ciertamente “la representación, esquema funcional del mandato, puede escindirse o separarse del esquema estructural de esta figura y combinarse con otros diversos esquemas estructurales” (Ferrari, 1962).

Lo anterior significa, que si bien el contrato de mandato puede servir de relación causal para que surja una representación, no siempre ocurre de esta manera.

El acto de representar a alguien se puede ejercer de forma autónoma sin que exista necesariamente un contrato de mandato que le anteceda.

Tal como lo explica, Luís DÍEZ-PICAZO “el mandato puede ser la base que sustente el poder dado al mandatario precisamente para la realización de un encargo, en modo alguno se excluye que la fuente de la representación la constituya otra relación jurídica (v.gr., contrato de sociedad, contrato de trabajo. etc.)” (Díez-Picazo, 2015)

De lo anterior se desprende, que el tratamiento indistinto que suele darse al mandato y la representación, responde al criterio erróneo de que la representación es un elemento intrínseco del mandato, es decir de la esencia de este, cuestión ya superada en la doctrina moderna.

Por tal motivo, se comprende la necesidad de estudiar las generalidades del contrato de mandato por separado como lo haremos a continuación.

III. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL MANDATO

El contrato mandato, es un contrato consensual consistente en que una de las partes denominada *mandante*, confía a la otra llamada *mandatario*, la «gestión» de uno o varios de sus negocios para que se haga cargo de ellos por cuenta y riesgo del primero. Es decir, se trata de encomendar al mandatario la ejecución de actos jurídicos específicos cuyos efectos recaerán en el ámbito patrimonial del mandante.

El análisis típico de su diferencia frente a la figura de la representación, consiste en que si bien el mandatario realiza negociaciones o actos con terceros en beneficio del mandante, la relación jurídica contractual en este ámbito atañe exclusivamente a las personas que constituyeron el acuerdo, estos son: mandante y mandatario.

De lo anterior se desprende, que el mandato es una relación *intuitu personae* que se vinculará con la figura de la representación dependiendo de la modalidad que adopte el mandato, es decir si se fija un «mandato con representación» o se celebra un contrato de «mandato sin representación».

La falta de distinción entre los tipos de mandato como instrumento de gestión de negocios ajenos, origina inconvenientes para delimitar su alcance sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil. Veámoslo a continuación:

1. Representación sin mandato
 2. Mandato con representación
 3. Mandato simple o sin representación.
1. **Representación sin mandato.**

Hay representación sin mandato, cuando es la Ley la que confiere a una persona la facultad de representar y realizar actos por otra. El representante queda facultado para actuar en nombre de otro, por circunstancias relacionadas a la falta de capacidad de obrar.

Por ejemplo, la representación que ejercen los padres en virtud de la patria potestad, la tutela o cuando se trate de la designación de un abogado de oficio para que realice una defensa judicial.

Como vemos, no se trata de una representación voluntaria que nace en virtud de un *acto de apoderamiento* que realiza una persona y tampoco tiene su nacimiento en un contrato de mandato, sino que es la ley propiamente la que ante la incapacidad de obrar de un individuo o ante la existencia de bienes sin un titular, legitima a una persona para que actúe en favor de aquella legalmente incapaz.

2. Mandato con representación

Por su parte, en el mandato representativo no sólo se realiza un encargo por parte del mandatario, sino que además, este último debe ejercer funciones de representante frente a terceros, actuando siempre en nombre y por cuenta de su mandante.

Considerando lo anterior, en el *mandato con representación*, no se oculta la identidad del mandante al tercero con quien el mandatario negocia; esto implica que los efectos derivados de los contratos o los actos jurídicos celebrados por el mandatario; recaerán exclusivamente sobre la esfera jurídico patrimonial del mandante, no influyen de manera alguna en el patrimonio del mandatario.

El mandato con representación no se encuentra regulado expresamente en el Código Civil panameño, no obstante se adecua al tenor del **artículo 1416** del Código Civil que reza: “el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”. (El subrayado es nuestro).

La acotación que hace el Código civil panameño, se aproxima al hecho de que si el mandatario actúa en nombre y representación de su mandante y no oculta la identidad de este no responde frente al tercero por daño o incumplimiento contractual.

Al respecto, observamos también el artículo **1405** del Código Civil “el mandatario no puede traspasar los límites del mandato”.

3. Mandato simple o sin representación

En nuestro Derecho Positivo, el mandato simple o sin representación, se ejerce cuando el mandatario “actúa en su propio nombre, por cuenta, interés o encargo de su mandante. En este caso no se producirá vinculación entre el mandante y terceros, los cuales tendrán acciones exclusivamente contra el mandatario” (Valencia-Moreno, 2012).

Teniendo en cuenta, el Derecho comparado, un antiguo fallo de la **Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 17 de mayo de 1976**, contribuyó a observar claramente en que consiste el mandato sin representación. Al tenor de la sentencia:

“Cuando el mandato no es representativo, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrata, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados a tener al mandante como parte en el pacto, *puesto que, no habiendo representación, es el mandatario quien en éste es realmente parte*. Los efectos del mandato se reducen entonces a los que todo contrato produce, que para el caso son: el mandatario queda obligado a transferir al mandante todo el beneficio que de los negocios con terceros derive (arts. 2182 y 2183 Código Civil); y el mandante, por su parte, debe proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del encargo, y reembolsarle los gastos razonables que la comisión le imponga (artículo 2184 *ibídem*). En el mandato sin representación, entonces, el mandante no tiene derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario. Como lo ha dicho la Corte, "la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al permitir el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato corresponden al mandante y a él lo benefician exclusivamente ..." (LXXI, 358 y XC, 545) (Subraya la Sala).”

Algunos autores, han llamado al mandato sin representación o mandato oculto, *representación indirecta* como lo mencionamos al inicio, que consiste en que el mandatario no contrata, ni obra en nombre y por cuenta de su mandante, aunque, si lo hace en interés de este último.

Del examen de esta modalidad de mandato, observamos que el mandatario actúa procurando que los terceros piensen que está actuando en su propio nombre, de ahí que los actos jurídicos que lleve a cabo surtirán efectos únicamente sobre él, pero más tarde los beneficios deberá traspasarlos a su mandante. El objetivo de este tipo de mandato es precisamente: *ocultar la identidad del mandante*.

El **artículo 1408** del Código civil panameño, dispone “cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. (...) Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”.

Siguiendo esta línea, ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, prestan atención a dos situaciones:

- Quien contrata con el mandatario sabe que éste está actuando a nombre de un tercero, como sucede con el contrato de comisión (Derecho comercial). Por ejemplo, yo me dirijo a un corredor de frutos del país a comprar una partida de trigo: sé que el trigo no es del

comisionista, sino de un tercero; pero en realidad el contrato se celebra entre el comisionista y yo.

- *En otros casos el mandato se oculta. El que contrata con una persona cree que contrata directamente con ella, cuando en el fondo no es sino un mandatario que obra por cuenta ajena. El mandante aquí, por diversas razones, puede tener interés en no dar a saber a terceros que la operación se celebra por su cuenta* (Alessandrini-Rodríguez & Somarriba-Undurraga, 1992).

En el Derecho francés, el mandato sin representación, es conocido como convención de «prête-nomo» que según Philippe le TOURNEAU, consiste en que “alguien le promete a otra persona que actuará en su nombre ocultando ese hecho, y sugiriendo que contrata para sí mismo. Esta convención se usa cuando la persona está realmente interesada en no aparecer en la operación prevista (o no tiene derecho a aparecer: (si no tiene derecho a aparecer: en este caso, el mecanismo es fraudulento)” (Le Tourneau, 2006)

Como se ve, el mandato sin representación como figura dinámica en el ámbito de los negocios jurídicos, suele ser utilizada para instrumentar aquello que Mario A. ZINNY denomina “*finis non sanctos*” de quien pretende defraudar a sus acreedores” (Zinny, 2011).

Sin embargo, correspondería distinguir si existe un objeto lícito o no, ya que esta modalidad de mandato, puede ser utilizada para eludir el cumplimiento de una obligación, u ocultar el mandato por acontecimientos familiares, evitar el pago de impuestos, u otras situaciones que puedan viciar el contrato y hacerlo anulable. Todo depende de la circunstancia específica en la que se plantee.

En cambio si el objeto carece de ilicitud, se preservan las acciones que el ordenamiento jurídico pone a disposición del mandante y el mandatario. Cabría analizar las acciones con las que cuenta el tercero ante la dificultad de identificar en favor de quien realmente se ha hecho la operación o negocio, e incluso si se actuó de mala fe.

Finalmente, hay quienes señalan que existe mandato sin representación, por ejemplo en el ámbito comercial, es el supuesto de los representantes de casas comerciales a quienes se les conoce como comisionista propio.

3.1 PRECISIONES EN TORNO A MANDATO CIVIL Y MANDATO MERCANTIL

En la esfera del mandato civil, es importante distinguirlo del mandato mercantil o comisión como realmente debe llamársele.

Ambos pretenden la gestión de un negocio ajeno, pero hay que detenerse a evaluar los siguientes aspectos:

1. El mandato civil, es celebrado para ejecutar actos de carácter civil o procesal; en cambio el contrato de comisión tiene como objeto actos de comercio.

2. El contrato de mandato de civil puede ser gratuito u oneroso, en cambio el contrato de comisión siempre se presume oneroso, pues quien realiza la gestión de un negocio ajeno siempre será una persona que se dedica habitualmente a ello.

IV. LA REPRESENTACIÓN

Centrando ahora nuestra atención en la representación, es la actuación de una persona denominada representante quien actúa en nombre y por cuenta de otra persona llamada representado, otorgándosele total eficacia para llevar a cabo actos o negocios jurídicos con terceros.

La representación es una figura amplia que permite más que realizar un encargo como acontece en el mandato, la posibilidad de emitir una declaración de voluntad frente a terceros.

Sobre su utilidad práctica, “permite no sólo actuar jurídicamente en varios lugares a la vez a través del “apoderado” o “representante”, sino que en el caso de las personas incapaces, “les permite actuar válidamente a través de sus representantes legítimos, pues a las personas físicas sin capacidad de ejercicio, en el supuesto de que no existieran sus representantes, equivaldría al desconocerles su calidad de sujetos de derechos y obligaciones” (Barrera- Zamorrategui, 1994).

La representación se clasifica de la siguiente forma:

- **Representación legal:** opera para los supuestos incapacidad de obrar, en que la ley permite actuar por intermedio de otra persona que le sustituya. Es el caso de la patria potestad y la tutela, o en el ámbito de judicial, aquel defensor de oficio o defensor de ausente nombrado por autoridad competente, con miras a que el proceso se realice con fundamento a los principios de contradictorio y debido proceso.
- **Representación voluntaria o representación directa:** esta modalidad, ocurre cuando el representado, voluntariamente designa a una persona para que actúe en su nombre frente a terceros. Este tipo de representación emana del acto de apoderamiento que se materializa en un documento denominado *poder* el cual no sólo delimita el alcance de las atribuciones con las que cuenta el representante, sino que constituye el contenido mismo de la representación.

V. PODER, ACTO DE APODERAMIENTO Y PODER DE REPRESENTACIÓN.

Si tan sólo nos limitásemos a hablar de representación, sin precisar de donde emana la misma, no sería fácil visualizar el alcance de las atribuciones que implica para el apoderado, ni determinar si habría o no solidaridad de este frente a las responsabilidades que emanen de las negociaciones o actos jurídicos que efectuó con terceros a nombre ajeno.

Como fundamento de lo anterior, debemos comprender que el “*acto de apoderamiento*”, como acto unilateral y discrecional del poderdante recae sobre la persona a quien este ha seleccionado y le faculta para que le represente en un negocio, salvo en aquellos casos en que la representación no

derive de un acto de voluntad de la persona, sino de la propia ley, tratándose pues, como lo señalamos anteriormente de una representación legal que se da en circunstancias muy específicas como la representación del hijo que por ser menor es incapaz.

Una vez efectuado el acto de apoderamiento y sobretodo materializado a través de un escrito denominado poder, nace entonces lo que se conoce como “poder de representación”.

No obstante, puede suceder que no se haya designado al representante mediante un poder, pero lo actuado por este con los terceros luego sea ratificado por el poderdante otorgando plena validez a su actuación.

Creemos necesario, aportar las consideraciones de Luís DÍEZ-PICAZO en torno al carácter recepticio del poder otorgado al representante al señalar que “en materia de apoderamiento, hay que llegar a la conclusión de que el carácter recepticio no es condición de la existencia, sino condición de la eficacia. El apoderamiento existe desde que el poderdante emite su declaración de voluntad y puede, por consiguiente, ser eficaz, con tal que llegue a ser conocido, y en principio, cualquiera que sea el modo o el medio por el que se este conocimiento se produzca” (Díez-Picazo, 1992)

Así pues, en defensa de las diferencias entre mandato y representación, a continuación indicaremos otras razones de carácter práctico por las que no conviene confundir dichas nociones a pesar de que muchas veces estas figuras suelen coincidir.

1. El mandato a diferencia de la representación, tiene su origen en el plano contractual, de ahí que si observamos el **artículo 1400** del Código Civil define al mandato como aquel “*contrato*” que obliga una persona.

No sucede lo mismo en la representación, que deviene de un acto “voluntario” de apoderamiento, un poder otorgado a una persona para que actúe frente a terceros. También la representación puede tener su origen en la misma ley (representación legal) y de igual forma se habla de la representación judicial, que emana de sentencia judicial. El mandato por ser un contrato, nunca tendrá como fuente directa la ley o una sentencia judicial como sucede en la representación.

2. La representación tiene mayor alcance que el mandato dado que interesa a la *Teoría general del acto jurídico*, mientras que el mandato queda siempre rezagado a la esfera clásica del Derecho contractual.
3. Otro aspecto de especial atención, es que el mandato es tan solo la obligación que tiene el mandatario de cumplir un encargo de acuerdo a los términos señalados en el contrato. En cambio, el acto apoderamiento del cual deviene la figura de la representación, confiere al apoderado la “potestad de representar” los intereses del poderdante frente a terceros, con la facultad de emitir incluso una declaración de voluntad. La representación conlleva, un acto de facultamiento unilateral que ejerce el poderdante y que legitima al apoderado para

traspasar las fronteras de una relación estrictamente interna como la que acontece entre el mandante y el mandatario.

4. Otra nota distintiva, consiste en que el mandato es un contrato de contenido obligacional, el “apoderamiento” en cambio es un negocio no vinculante. Esto significa, que el fin del mandato es crear obligaciones, en cambio en la representación es otorgar una “potestad” (poder de representación). De ahí que en el contrato de mandato, si el mandatario no desempeña en debida forma sus funciones se hable de incumplimiento contractual y en la representación en cambio, se trata de abuso de los poderes atribuidos al representante que pueden llegar a originar en determinadas circunstancias responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de sus funciones.
5. Otra diferencia es que la figura de la representación, no requiere como causa manifiesta el contrato de mandato; se trata de un negocio independiente del mandato, que puede estar desligado de esa relación básica.

VI. LA CUESTIÓN DEL MANDATO Y LA REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO.

Desde un punto de vista normativo, nuestro Código civil no despeja la confusión entre mandato y representación, sino que a partir del artículo 1400, regula el contrato de mandato, pero no dedica ninguna de sus secciones al tratamiento específico de la representación.

Lo anterior, es debido a que el legislador, siguió el modelo del Código Civil Español, que a su vez, tomó como guía las orientaciones trazadas por el Código Napoleónico, que consideraba a la representación no como un elemento de la naturaleza del mandato, sino como un elemento esencial de este, es decir el mandato no podía desligarse de la representación.

Para Wendell H. HOLMES, es precisamente este aspecto, lo que distingue al Código Civil Alemán frente a los códigos civiles como el nuestro, que no han contemplado esta diferenciación práctica.

El autor señala que como “resultado de la influencia del trabajo de Paul LABAND, un erudito alemán del siglo XIX, el Código Civil alemán y todos los códigos civiles influenciados por este adoptan una clara distinción entre la atribución del poder de representación (Vollmacht), por un lado, y la relación subyacente entre el representante y el representado, por otro lado. El primero es un acto jurídico unilateral, mientras que el segundo es un acto jurídico bilateral: un contrato. Ese contrato puede ser un mandato, que en estos códigos no implica por sí solo poderes representativos, una sociedad, un contrato de trabajo, un contrato de servicios o cualquier otro contrato similar. Esta separación de la representación del mandato es considerada por algunos autores alemanes como uno de los mayores logros del derecho civil moderno” (Wendell & Symeonides,, 1999).

Tratándose de la representación, destacamos los señalamientos de Angelo NATTINI, quien observando las doctrinas pandectistas desde LABAND hasta HUPKA, expresa que “la ciencia

jurídica alemana en aquel gran proceso de revisión que realizó en el siglo pasado, anatomizando las relaciones que nos interesan, llegó a individualizar los conceptos de representación y de mandato, y el código civil del imperio respondía a las exigencias doctrinales consagrando párrafos distintos a la representación en general, al poder y al mandato” concluyendo que “no se debe “confundir el acto de otorgamiento de poder de representación con la relación jurídica que constituye su lado interno” (Ranieri, 2015).

Nos será preciso, en cambio, observar el Código Civil panameño, que brinda un tratamiento indistinto al mandato y la representación, pues cuando nada se establezca en el contrato de mandato acerca de si conlleva o no representación en la práctica se entiende implícita.

Según el civilista panameño Dulio ARROYO CAMACHO se evidencia que “de varias de las disposiciones del Código civil panameño (v.gr. los arts. 1,404, 1416, 1418, 1424, 1425, 1429, etc.) resulta que por el solo ministerio de la ley, y salvo pacto el mandatario tiene poder de representación, de manera que puede actuar en representación del mandante, *sin que sea necesario que éste expresamente le otorgue dicho poder como dispone el C.C soviético (art.264)*. En nuestro ordenamiento jurídico, basta con que el mandatario pruebe la existencia del mandato, para que se entienda que por ley está facultado para representar al mandante, a no ser que haya pacto expreso en contrario”.

A pesar de que el Código Civil panameño, fija el contrato de mandato con una implícita representación, establece límites muy claros.

Por ejemplo en el marco del Derecho sucesoral panameño, el artículo 702 del CC dice: “el testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

VII. JURISPRUDENCIA.

De la mano de la jurisprudencia, vamos a identificar algunos presupuestos prácticos del contrato de mandato frente a la figura de la representación que nos permitirá observar los errores más frecuentes que se comenten en su tratamiento jurídico.

Como hemos visto, Panamá posee una clara regulación del mandato a partir del artículo 1400 del Código Civil sin embargo, en el ámbito bancario en algunas ocasiones, en vez de utilizar las normas establecidas en el Código de Comercio suele invocarse el Código Civil. Observamos *l'affaire* Banco Cafetero Panamá, S.A recurriendo en casación contra el Banco Exterior De los Andes y de España, S.A, **Sentencia de 27 de febrero de 1996** de la Sala de lo Civil.

En este caso, a propósito de la validez del *-telex* -como forma de pago internacional asimilable al contrato de mandato; analizamos un litigio que inicia cuando EXTEBANDES afirma que una transacción de *telex*, es equivalente un mandato irrevocable que genera derechos y obligaciones para las partes en el contrato, ya que por instrucciones del Banco Cafetero de Panamá expidió el 26 de noviembre de 1986, una transferencia por conducto de BANKERS BANK-NEW YORK al BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S. A. por la suma de US \$140,000.00

para el crédito final de la cuenta N° 3030.429Z, a nombre de la empresa RIBIAK, S. A. Madrid-España."

En base a estos hechos, la parte actora califica esta operación como obedecer una "orden de pago" o "mandato" cuando el 28 de noviembre de 1986 EXTEBANDES procede a abonar la suma indicada a la cuenta de la empresa RIBIAK, S. A. Madrid-España."

Frente a ello la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá señaló claramente: "Se debe hacer notar que el banco receptor (del beneficiario) excedió las prácticas y costumbres bancarias haciendo un acreditamiento a la cuenta de su cliente, RIVIAK, S. A., antes que tuviera la obligación de hacerlo, incurriendo en un riesgo que no se encuentra respaldado por relaciones de orden contractual con el banco remitente o iniciador ni por las prácticas o costumbres bancarias. Como consecuencia debemos concluir que el banco EXTEBANDES-MADRID, al acreditar la suma de B/.140,000.00 a la cuenta de su cliente RIVIAK, S. A., lo hizo otorgándole un crédito a su propio riesgo por el que no tiene que responder el banco expedidor del iniciador, o sea el BANCOCAFETERO PANAMÁ, S. A. (...) A propósito del **artículo 1400** en que la parte actora buscaba aplicar las normas del Código Civil alegando que ese "telex" constituía un mandato irrevocable que generaba derechos y obligaciones; la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá sostiene que por la particularidad de esta operación se aplican la costumbre y los acuerdos interbancarios no el Código Civil al decir que en primera y segunda instancia:

"esta norma, reguladora del mandato fue aplicada analógica y equivocadamente a una relación distinta de la que regula". Se acusa al tribunal de primera y segunda instancia, de confundir dicho mandato con la relación mercantil que se produjo en este caso, verificada entre banco y banco, que guarda relación con la transferencia bancaria que es en nuestro ordenamiento jurídico un contrato innominado y que requiere para su realización un contrato de corresponsalía entre bancos, en el cual necesariamente se exige que las instituciones establezcan claves. Es decir, que estas transferencias son una forma de remesas de fondos al extranjero, que implican corresponsalía entre el banco ordenante y el banco receptor. Lo anterior parte del supuesto de que las relaciones para tal efecto, entre banco y banco, se rigen por los contratos de corresponsalía. Y, a nivel internacional, por la práctica bancaria incorporada al Documento 400 de la Cámara de Comercio Internacional.

En este caso también se quiso aplicar lo normado en el **artículo 1419** del Código Civil que señala:

"El mandante debe anticipar al mandatario si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación."

Sin embargo, la Corte fue enfática al decir: "que no se aplica lo señalado en este artículo relacionado al mandato, a una relación compleja que implica su ejecución por medios modernos, como es la que se ventila en este caso, (...) Son relaciones distintas; de allí que no se pueden aplicar las reglas simplistas del mandato, que involucra a sólo dos partes, a la transferencia bancaria que requiere más de dos: el cliente, el Banco ordenante, el Banco receptor y el cliente de éste último y, en el caso bajo estudio, adicionalmente a dos bancos corresponsales." Y añade que en Panamá "no

existe una ley específica o un conjunto de disposiciones dentro de un Código de Derecho Privado que tipifique y regule los contratos bancarios y las operaciones que ellos generan. En principio se piensa, como lo hizo el Ad-quem, en la aplicación de la legislación común como el Código Civil que regula los arquetipos fundamentales y el Código de Comercio que apenas se refieren a algunos.

Por ello, como en otros países, algunos de estos contratos y operaciones bancarias han sido regulados y reglamentados por ciertas entidades, especialmente cuando media la internacionalización en el respectivo negocio jurídico, debido a lo cual se hace necesario asimilar e invocar reglas y usos uniformes que constituyen una costumbre internacional, recopilados por la Cámara de Comercio Internacional y que han sido prohijadas y difundidas por organismos internos como lo es, en nuestro medio, la Asociación Bancaria de Panamá que emite Acuerdos al respecto, pero que aún no han sido incorporados formalmente a la legislación interna nacional. El fenómeno, en términos generales, ha sido recogido en nuestro Código de Comercio cuando se refiere en su artículo 5° a las fuentes del derecho mercantil, estableciendo que si las cuestiones relativas a derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas por la ley comercial ni por casos análogos en ella previstos, "serán decididos con arreglo a los usos de comercio observados generalmente en cada plaza"; y en defecto de ello se estará a lo que preceptúa el derecho civil. (Énfasis subrayado de la Corte).

Por otro lado, observamos los problemas en torno a la concurrencia de formalidades legales para la validez del contrato de mandato.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá ha tenido oportunidad de contribuir a dilucidar este problema práctico. En **sentencia de 25 de febrero de 2014**, se discute el presunto delito que cometió el mandatario contra el patrimonio del mandante, en la modalidad de estafa y apropiación indebida ya que supuestamente había incumplido, las obligaciones que emanaban del contrato de mandato.

La parte demandante aportó como prueba el contrato de mandato donde se señalaba cada una de las obligaciones del mandatario, ante lo cual, el mandatario decidió atacar la validez de ese contrato asumiendo que para integrarse como prueba en el proceso, debía cumplir con los procedimientos que establece la Ley y por lo tanto carecía de validez. Al respecto la corte señaló:

En este tipo de contratos no se requiere para su validez, ser expedidos en una notaría, pueden ser emitidos en forma tácita, o expresa. El querellante aportó el original del contrato para que se cotejara con la copia reproducida, y, el mandatario, reconoció el documento, y no negó la existencia del mismo. Encuentra la Sala, que en efecto la sentencia de segunda instancia hace mención de los testimonios de la querellante, no obstante a eso, la sentencia se apoya en el Contrato de Mandato celebrado entre la querellante y el mandatario en el informe de auditoría y en la propia declaración del mandatario quien sólo excepcionó en su favor el "haber usado parte del dinero que se le entregó con un propósito distinto...sin embargo no aportó constancia alguna que probara sus excepciones".

En relación a este fallo, hay que observar el artículo 1401 del Código Civil ya que el contrato de mandato puede ser expreso, es decir puede darse por instrumento público o privado, o incluso puede ser palabra. En este sentido, el contrato de mandato no requiere, para su perfeccionamiento que sea otorgado mediante una escritura pública, pues basta el consentimiento del mandatario y la

aceptación del mandante, para que surta efectos legales como lo señala el artículo 1131 del Código Judicial.

Otra de los aspectos, acerca del cual la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse, es lo concerniente al derecho del mandante, de recibir del mandatario, una rendición de cuentas clara, sustentada y específica; y también saber lo que ocurre ante al fallecimiento del mandante.

Así observamos la **Sentencia de 14 de diciembre de 2000**, de la Sala de lo civil, donde la Corte dijo: “la obligación producto del mandato no se extinguió en este caso al ocurrir la muerte del mandante, debido a que los mandatarios no se enteraron y desconocían ese suceso, entonces, la obligación se mantuvo también vigente con todas sus consecuencias y efectos, entre los cuales resulta primordial el de rendir cuentas a la heredera del mandante por toda la gestión que realizaron mientras el contrato de mandato estuvo vigente”.

7. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, se puede advertir que en el contrato de mandato las facultades de gestionar intereses ajenos nacen de la esfera contractual, en la representación la facultad de actuar en interés ajeno deriva de un acuerdo entre las partes (poderdante- apoderado), pero también de la Ley o incluso emanar de una decisión judicial. Así podemos afirmar, que es incorrecto identificar que la fuente de la representación es siempre un contrato de mandato pues son negocios de gestión distintos.

El mandato se limita a la esfera de quienes suscribieron el contrato, en cambio la actuación del representante se da con y frente a terceros por lo cual resulta una *relación no contractual* que deriva de un “*acto de apoderamiento*” materializado en un poder por lo cual su espectro de actuación es más amplio.

8. Bibliografía

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. & SOMARRIBA UNDURRAGA, M. 1992. *Derecho Civil, Contratos*, Tomo I, Imprenta Universal, Santiago de Chile. Pág.538.

BARRERA GRAF, J. 1967. *La representación voluntaria en derecho privado, representación de sociedades*, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM, Instituto de Derecho Comparado, México. Pág. 15.

DÍEZ-PICAZO, L. & Gullón, A. 2015. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*, Editorial Tecnos, Madrid. Pág. 421.

FERRARI, S. 1962. *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano.

GÓMEZ BLANES, P. 2016. “Efectos de la actuación en interés ajeno: una aportación a la doctrina de la representación jurídica, Persona y derecho”, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N°. 74. Pág. 356.

- LE TOURNEAU, P. 2006. *Mandat*, Rép. civ. Dalloz. Pág. 17.
- SAGGESE, F. *La rappresentanza*, núm. 3, Imprenta Napoli, N. Jovene, 1933. Pág.7.
- SÁNCHEZ URITE, E. A. 1986. *Mandato y Representación*, Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina. Pág.16.
- RANIERI, F. 2015. “Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico” en *Revista de derecho privado*. N. ° 28, enero – junio. Págs. 13 a 43
- REGLERO CAMPOS, L. F. 2007, *La responsabilidad civil de los abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña, N° 11, págs. 788-789.
- VALENCIA MORENO, A. 2012. Los Principales contratos civiles, Tercera edición, Editora Novo Art, S.A. Pág. 212.
- KASER, M. 1974. Stellvertretung und notwendige, Entgeltlichkeit” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Volume 91. Publicado Online en: <https://doi.org/10.7767/zrgra.1974.91.1.146>
- ZINNY, M. A. 2011 “Mandato, apoderamiento y poder de representación” en *Revista del Notariado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo, año 114, 903, Págs. 21 y 22.
- WENDELL, H. & Symeonides, S.C. 1999 "Representation, Mandate, and Agency: A Kommentar on Louisiana's New Law". *Journal Articles*. Louisiana State University Law Center LSU Law Digital Commons: http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/268 Pág. 1107

Lidia Karina Mercado:

(*) *Magíster en Derecho Privado Patrimonial*
Doctoranda en Derecho Privado, Universidad de Salamanca (España)
Abogada por la Universidad de Panamá
Correo electrónico: lkmercadob@gmail.com

Recibido: 12 de octubre de 2018

Aprobado: 22 de octubre de 2018

D. DERECHO COMERCIAL

*Análisis de la Escisión de Sociedades desde su aprobación en la Ley 85 de 2012,
como forma de reorganización empresarial.*

Arelis Eliana Ureña Castillo

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Derecho Privado

E-mail: arelis.urenac@up.ac.pa

i Resumen

ii Palabras claves

- I. DESCRIPCIÓN DE LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES
- II. ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA ESCISIÓN DE LA FIGURA DE ESCISIÓN SOCIETARIA
- III. FORMAS DE ESCISIÓN
- IV. REGULACIÓN DE LA ESCISIÓN EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ
- V. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES
- VI. CONCLUSIONES

RESUMEN

La escisión de sociedades mercantiles consiste en una modalidad de reestructuración de la persona jurídica en la que una sociedad denominada escidente decide tomar la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social para hacer nacer con el mismo una, dos o más sociedades nuevas denominadas escindidas. Siendo una forma de reestructuración societaria, es considerada como una estrategia financiera que puede resultar positiva para la renovación de la dinámica mercantil. Sin embargo no fue hasta el año 2012 que dicha modalidad de reestructuración societaria se regula de forma puntual en la República de Panamá y se hace necesario hacer un breve pero concisa exposición de la figura de gran fama pero no muy conocida.

Palabras clave: Escisión, sociedades, reestructuración, modificación, activos, bloque, regulación.

ABSTRACT

The spin-off of mercantile companies consists in a restructuring of the legal entity in which a company denominated as a spin-off decides to take all or part of its assets, liabilities and social capital in order to create with it one, two or more new companies called split. Being a form of corporate restructuring, it is considered as a financial strategy that can be positive for the renewal

of the commercial dynamic. However, it was not until 2012 that this type of corporate restructuring is regulated in a timely manner in the Republic of Panama and it is necessary to make a brief but concise presentation of the figure of great fame but not very well known.

Keywords: *Splitting, companies, restructuring, modification, assets, block, regulation.*

I. DESCRIPCIÓN DE LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES

Previo a entrar a analizar la figura consistente en la escisión de sociedades como estrategia financiera, es preciso aclarar que la misma corresponde a la actual y ya reconocida especialidad jurídica denominada Derecho Societario, el que fue así denominado desde ya varios años, pues se puede apreciar como en 1993, Guillermo Cabanellas en su obra “Derecho societario: Sociedades anónimas. Conceptos fundamentales. Constitución, cambios estructurales, disolución y liquidación”, hace expresa mención de esta especialidad mercantil.

El derecho societario se puede definir como aquella rama del derecho comercial o mercantil, que estudia y regula, las personas jurídicas o morales constituidas con la específica y estricta finalidad de ser personas de comercio o entes mercantiles, denominándose como sociedades mercantiles, y todas aquellas figuras y gestiones relacionadas y derivadas de su actividad, abarcando los distintos regímenes jurídicos, tanto nacionales, como internacionales. En resumen el derecho positivo societario es el conjunto de normas jurídicas o de legislación que regula la actividad de las sociedades y de los contratos celebrados dentro de la actividad societaria.

El anterior pre-ambulo se hace en razón de que resulta saludable ubicar en un área de estudio jurídico el tema a tratar, ya que la escisión de sociedades es un tema puramente societario financiero, que se utiliza como forma de reestructuración de personas jurídicas mercantiles, y este tratamiento le otorga la Ley N° 85 de jueves 22 de noviembre de 2012, Que modifica y adiciona artículos al código de comercio para establecer la escisión como forma de reorganización empresarial y la reactivación de sociedades cuya disolución haya sido voluntaria.

La palabra escisión procede de la voz latina *scissō, -ōnis*, que significa partición; en términos generales el vocablo alude al rompimiento, división, partición o separación de alguna cosa. En el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, define que escindir significa: “cortar, dividir, separar” y que escisión es un “rompimiento, desavenencia”¹.

Actualmente la palabra escisión es un término de más de un significado (polisémico), pues se trata de una locución que se encuentra descrita según el área del conocimiento en que se utilice (medicina, física, química, biología, y derecho). En el ámbito jurídico mercantil, se utiliza para

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición digital del Tricentenario | Actualización 2018 Entrada “escindir”. Recuperado 25/12/2018: <https://dle.rae.es/?id=GEBq7jT>

denominar a la división de una sociedad mercantil, nombrándose como escisión de sociedades. Aida Rojas C. utiliza lo atinadamente expuesto por el Diccionario jurídico mexicano que define “que es una forma de desconcentración por la cual una sociedad madre engendra a manera de partenogénesis una o más filiales y le trasmite su patrimonio a título universal”².

En el derecho comparado se encuentra, específicamente en la normativa española una definición de esta figura (entre otras formas de reestructuración societaria) en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, definiendo desde el artículo primero que la escisión es una de las formas en que pueden darse las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, empero aclarando previamente en el preámbulo de dicha Ley expuesto por Juan Carlos Primero Rey de España, que las modificaciones estructurales son entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo³.

Para entender mejor esta figura se puede visualizar de forma análoga al proceso biológico de la mitosis que consiste, palabras más, palabras menos, en la división total de una célula (de los cromosomas, del núcleo y del citoplasma con su contenido); dando como resultado dos células hijas; de igual forma, La escisión de sociedades, entonces consiste en la división o más bien fragmentación de una sociedad comercial con el fin de crear una o varias sociedades nuevas, y a partir de ese momento a la sociedad original o primaria se la denominará como sociedad escidente (la que cede parte de sus activos y pasivos, es decir, parte de su patrimonio para formar una o más sociedades nuevas), y a las sociedad o sociedades nuevas se las denominará escindida o escindidas, dependiendo de cuantas sociedades nuevas surjan. Para llevar a cabo este proceso, previamente se debe formalizar el nacimiento de las nuevas sociedades partiendo de una reforma estatutaria formal de la sociedad escidente.

En resumen, la escisión de sociedades mercantiles es aquella estrategia jurídico financiera por la cual una sociedad comercial decide y opta por partirse o dividirse de modo tal que da lugar al nacimiento de una o más sociedades nuevas cuyo patrimonio nace a partir del patrimonio de la primera, la cual puede o no disolverse.

II. ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA ESCISIÓN DE LA FIGURA DE ESCISIÓN SOCIETARIA

² Rojas C., Aida. Escisión de las sociedades mercantiles. Universidad Autónoma Metropolitana de México. Revista ALEGATOS 76, No.137-2011 Voz: Escisión / Diccionario Jurídico Mexicano, t. D-H, 4ª. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 1299-1301.

Recuperado 27/12/2018: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/318/309>

³ España. Órgano de la JEFATURA DEL ESTADO. BOE núm. 82 de 04 de Abril de 2009 Vigencia desde 04 de Julio de 2009. Revisión vigente desde 02 de Octubre de 2014. Recuperado 20/12/2018: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2009.tp.html#tp

Tal como expresa Enrique Elías Laroza “La escisión es una institución jurídica de reciente aparición en el Derecho Mercantil. Su primer antecedente legislativo, al menos en el ámbito estrictamente mercantil, fue la ley francesa de sociedades de 1961; sin embargo, cierto sector de la doctrina ha pretendido encontrar el origen de la escisión en el tratamiento que se otorga a la «*scorporazione*» en la jurisprudencia italiana”⁴

Ya desde 1978 Horacio Fargosi expuso textualmente que la escisión de sociedades, como otras instituciones jurídicas de incorporación relativamente reciente al Derecho Mercantil, es el producto -moderno y no deseado- de la evolución del fenómeno de la concentración empresarial.⁵ Dicha afirmación, si bien data de hace caso cuatro décadas, sigue siendo acertada y oportuna jurídica y financieramente expuesto.

En la República de Panamá esta figura no había sido expresamente regulada y era considerada un contrato atípico, pero legal por el cual las sociedades mercantiles podían llevar a cabo reestructuraciones o transformaciones societarias que les permitiera diversificar su patrimonio. En líneas posteriores a estas se apreciará la actual normativa con más detalle.

No obstante todo lo anteriormente señalado, coincidimos en la explicación que brinda el conocido portal de información jurídica IBERLEY que sobre la figura al plasmar: “*La escisión constituye el proceso inverso al de fusión, esto es, en lugar de una concentración empresarial, se trata de una disgregación de fuerzas económicas consistente en la separación del patrimonio de una sociedad mercantil inscrita en dos o más partes. En este proceso se persiguen objetivos como la descentralización o separación de actividades, consiguiendo estructura personal autónoma, con personalidad jurídica independiente. En ocasiones la escisión evita el crecimiento excesivo de una entidad, adaptándola así a particularidades sectoriales*”⁶

El mismo portal de informaciones jurídicas también deja plasmado que esta estrategia de uso de los operadores económicos, también es un método indirecto de solución de conflictos entre socios con criterios distintos sobre los medios a través de los cuales se quieren alcanzar los fines sociales y se encuentra regulado en los Art. 68 a Art. 80 de la Ley 3/2009 de 3 de Abril sobre Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles⁷

⁴ Laroza, Enrique E. *LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES*. Pontificia Universidad Católica del Perú. THEMIS: Revista de Derecho, N° 36, 1997. Pag.273. Recuperado 30/11/2018:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109715.pdf>

⁵ Fargosi, Horacio. *Estudio de Derecho Societario*. Buenos Aires. Editorial De Palma, 1978, pág. 161

⁶ IBERLEY, Portal de información jurídica. La escisión de sociedades. Recuperado 11/1/2019 de: <https://www.iberley.es/temas/escision-sociedades-40991>

⁷ Ídem

En cuanto a la naturaleza de la escisión, no está de más tomar en cuenta lo expuesto por Enrique Laroza⁸, al expresar que la escisión no es la suma de distintas operaciones, sino un procedimiento de reorganización con caracteres propios, cuya utilidad e importancia justifican una regulación como la propuesta en la Ley General de Sociedades (refiriéndose a la Ley No. 26887 de 1997 de Perú).

III. FORMAS DE ESCISIÓN

Las diferentes pero no divergentes formas de escisión que pueden existir se describen tanto en la doctrina, como en el derecho positivo. En la doctrina se le menciona de diversas formas. Laroza menciona la existencia de dos modalidades que puede adoptar la escisión: la denominada propia y la llamada impropia; así mismo por otra parte en España, José Morales plasma que la escisión tal cual lo describe la norma es total, parcial o la segregación, y que aunque no lo regule de forma expresa también podemos asimilar a todo esto a la filialización.⁹

La escisión como mecanismo de modificación estructural de sociedades básicamente se puede dar en dos modalidades, una es cuando la sociedad principal sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades nuevas, y no desaparece, por el contrario subsiste y sigue operando independiente; otra modalidad es cuando la sociedad principal o escidente se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades, que serán las que operarán como entes nuevos, disuelta la original.

Haciendo un paréntesis, según la explicación que nos brindan Ramírez y Velarde *se entiende por bloque patrimonial el conjunto de bienes y derechos organizados por personas naturales o jurídicas para el desarrollo de una actividad empresarial, siendo susceptible de valoración económica*¹⁰.

Cabe resaltar que cuando se habla de transferencia en bloque se alude a que el traspaso del patrimonio se ha realizado y recibido con la misma posición jurídica que mantenía en la sociedad madre a la o las sociedades hijas.

⁸ Ob. Cit.

⁹ Morales R. José. Modificaciones estructurales, la escisión de sociedades. Notas sobre el proceso de Escisión de las Sociedades de Capital; en Especial la Tutela de los Acreedores. Tesis de grado de doctor en derecho. Universidad de La Laguna, 2016.

¹⁰ Ramírez Z, Jorge L, y Velarde K. Luis F. La escisión: sus aspectos societarios y tributarios. Revista Doctrina, No.25, Universidad de Lima. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/402/384>

La escisión logra que una empresa se convierta en dos o más entidades separadas, y esto ha sido considerado por muchos autores como una estrategia negentrópica¹¹ es decir actuación dirigidas a no anquilosarse como consecuencia normal de realizar las mismas actividades por mucho tiempo, dirigida a la renovación o resurgimiento (tipo ave fénix) de los operadores económicos y de sus operaciones. Carlos Urbina expone como ejemplo el caso de Guidant que consistió en la escisión de Eli Lilly en 1994, surgiendo una nueva compañía de equipos y diagnósticos médicos. Hewlett-Packard también separó a su división de prueba de equipos digitales formando Agilent Technologies en 1999.

Otro ejemplo de esta figura es el que trae a colación Economipedia, (Enciclopedia digital de informaciones de gestiones económicas), y que fue de sonado renombre es la que se da en el año 1984, en que la empresa telefónica estadounidense AT&T (American Telephone & Telegraph) fue obligada a una escisión para conformar siete compañías de telefonía local más pequeñas (apodadas Baby Bells). La empresa escidente (apodada Mama Bell) quedó encargada de la telefonía de larga distancia y de los laboratorios Bell. El objetivo de la escisión en este caso fue romper el monopolio de AT&T y fomentar la competencia.¹² Con esta estrategia al fomentar la competencia se refuerzan cada una de las nuevas compañías quedando obligadas a producir más y mejores productos en telecomunicaciones.

A la escisión de sociedades mercantiles esta figura en el ámbito empresarial y en particular anglosajón, también se le denomina con el término *spin-off*, para referirse al proceso por el cual surge una nueva empresa u organización nacida como extensión de otra mediante la separación para el nacimiento de una subsidiaria. Se suele hablar de la escidente como la madre o incubadora y de la escindida como de la hija que adquirirá independencia comercial y jurídica.

La doctrina y la mayoría de las legislaciones reconocen tres formas fundamentales de escisión:

- Total o pura: una sociedad divide su patrimonio social: sus activos, sus pasivos y el capital social en dos o más partes y los transfiere a otras sociedades sean nuevas o preexistentes beneficiarias.¹³ La sociedad original desaparece o se disuelve sin atravesar por el proceso de liquidación.
- Parcial: cuando una sociedad entrega parte de su patrimonio social a una o más sociedades (nuevas o existentes). La sociedad original no desaparece, no extingue o disuelve. Los puntos característicos son que no existe disolución de la sociedad escindida, continúa

¹¹ Término filosófico aplicado de forma polisémica. En economía es adoptado para referirse a estrategias encaminadas a no desgastarse. Torres, Zacarías. Planeación y Control. Grupo Editorial Patria. México D.F. Pag.303

¹² <https://economipedia.com/definiciones/escision.html> Recuperado 2 de diciembre de 2018

¹³ Sergio Lagunas Altamirano et al., “Escisión de sociedades”, Nuevo Consultorio Fiscal, Jurídico, Laboral y Contable-Financiero, año 9, núm. 152, México, 1995, p. 37. “De este tipo de escisión se desprenden dos subclasificaciones: escisión perfecta, cuando todos los accionistas de la escidente participa en la misma proporción en la empresa de nueva creación (escindida), y escisión imperfecta, cuando la participación en el capital social de la escindida es diferente en proporción a la participación que se tenía en la escidente”.

existiendo, y se traspasa únicamente una parte del patrimonio social, a una o más sociedades escindidas.

- De participaciones mayoritarias: ocurre cuando una sociedad que cuenta con una participación mayoritaria en el capital social de otra sociedad, transmite estos valores o derechos a otra sociedad distinta. También es conocida como Escisión por incorporación, por absorción o escisión parcial como la llama la doctrina francesa. Es aquella en la cual la sociedad escidente aporta parte de su patrimonio a otra u otras sociedades que no son necesariamente de nueva creación, subsistiendo y conservando parte de su patrimonio.¹⁴

En todos estos casos, la transferencia de patrimonio o derechos implicará que los socios originales sean compensados con la entrega de derechos sobre las sociedades beneficiarias.

IV. REGULACIÓN DE LA ESCISIÓN EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

La operación de escindir se ha dado con regularidad dentro del movido mundo financiero que se desenvuelve en la República de Panamá. Esta ha consistido en la partición de los activos y pasivos de la sociedad y con la división de estos, se procede a la constitución de una nueva o nuevas sociedades con los activos fraccionados. Tan conocida y utilizada ha sido esta figura, que se fue perfeccionando al incluir los acuerdos y decisiones, debiendo también contar por mera lógica con la anuencia por parte de la Asamblea General de Accionistas, por ser una acción tendiente a la "división de patrimonio" de la empresas, ya que por muchos años no existió regulación especial sobre la materia.

Anterior a la expedición de la regulación en Panamá, esta operación de dividir sociedades, si bien no existía en la normativa formal, tampoco existía prohibición, ni tácita, ni expresa, de llevarlas a cabo, de tal forma que como la Ley general del comercio establece que en el ámbito de las relaciones privadas y comerciales se pueden llevar a cabo todas aquellas actividades mercantiles que la ley vigente expresamente no prohíba, las escisiones, entonces, se hicieron una forma de modificar una sociedad por usos del comercio, cerrando el acto de formalización con la debida inscripción o registro reglamentario de los cambios estatutarios.

Es entonces que el 22 de noviembre de 2012, se aprueba la Ley 85 de 2012 que modifica y adiciona artículos al Código de Comercio para establecer a escisión como forma de reorganización empresarial y la reactivación de sociedades cuya disolución haya sido voluntaria, modificando el Código de Comercio, (que poco había variado desde su promulgación en 1917), para conseguir una definición apropiada y la ampliación de las figuras de modificación estructural o reestructuración societaria que hasta dicha fecha solo comprendía la fusión y la adquisición. Así la normativa existente adquiere o más bien se va adecuando a los actuales tiempos mercantiles e incluso se

¹⁴ Rodríguez R., Joaquín. Derecho mercantil, 23^a. ed., México, Porrúa, 1998. Pág. 228

sintoniza con la normativa internacional sobre las denominadas modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

La ley ofrece una definición de la figura con la adición al Código de Comercio del artículo 505-A el que plasma lo siguiente:

“Una sociedad comercial de cualquiera clase o naturaleza podrá escindirse mediante la división de todo o parte de su patrimonio y su traspaso a una o más sociedades ya constituidas o la creación de nuevas sociedades, denominadas beneficiarias, que cuentan con los mismos socios o accionistas de la sociedad escindida o que tanga a esta como su socio o accionista. El efecto de la escisión será la segregación y traspaso de activos de la sociedad escindida a la sociedad o sociedades ya constituidas o por constituirse y la emisión de cuotas de participación o acciones por estas a socios o accionistas de la sociedad escindida....”

La Ley 85 de 2012 viene a convertirse en un ente unificador al establecer que toda empresa comercial de cualquier tipo o naturaleza (entendiéndose aplicable a sociedades comandita, de responsabilidad limitada, o sociedades anónimas indistintamente), puede dividirse fragmentando en todo o en parte los activos y pasivos; y transfiriéndolos a la o las sociedades nuevas. En ese sentido se aprecia como uno de los puntos trascendentales e innovadores es la unificación de la normativa sobre transformación de sociedades mercantiles, cuyo régimen, dividido hasta ahora entre la Ley de Sociedades Anónimas y la más moderna Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se actualiza, y expande el radio desde el paraguas legal de las transformaciones posibles.

Otra de las innovaciones de la Ley 85 es que introduce procedimientos legales para la autorización, registro y notificación de las escisiones, las que deben pasar por una revisión para ser aprobadas por los accionistas de la sociedad que sufre la modificación estructural; así, el acta en que se apruebe la escisión debe estar refrendada por quien actuó como secretario, para ser llevada a protocolizar en Escritura Pública ante Notario Público Autorizado, y posteriormente registrarse en el Registro Público de la República de Panamá, y que pueda nacer a la vida jurídica la nueva o nuevas sociedades.

Las actas que aprueban la subdivisión deben contener al menos: La transferencia total o parcial de activos, individualmente o por bloque, el régimen de limitación de responsabilidad de la sociedad que se divide y de la empresa o empresas beneficiarias, la transferencia o no de los pasivos de la sociedad objeto de la subdivisión, de la transmisión de las participaciones o acciones correspondientes a las sociedades beneficiarias, de la cuantía de los intereses o acciones correspondientes a cada socio o accionista de la sociedad dividida, en proporción a su participación de capital, aprobación de los Estatutos Sociales de la sociedad o de las nuevas sociedades que se constituyan.

V. CARACTERÍSTICAS, EFECTOS FISCALES, VENTAJAS Y DESVANTAJAS DE LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES

A. Características

Las características básicas que diferencian la escisión de otras figuras que se aprecian como estrategias negentrópicas, se pueden enlistar así:

- La sociedad divide sus activos, pasivos y capital social en dos o más partes que se aportan a otras sociedades (escindidas).
- Los socios de la sociedad original, lo son también de las sociedades tras la operación.
- En la operación se les entregan acciones de las sociedades beneficiarias a cambio de las acciones de la sociedad escidente.
- La sociedad original puede o no desaparecer.
- La sociedad original generalmente cambia de nombre o denominación.
- Las compañías beneficiarias serán solidariamente responsables ante los acreedores (sin término para esta posible obligación).

Por último, en cuanto a la reactivación de sociedades mercantiles en Panamá, la Ley 85 de 2012, establece que esta reactivación puede darse de manera retroactiva, siempre que se cumpla con el cumplimiento de lo siguiente:

- aprobación por parte de la mayoría de los socios o accionistas (también puede ser aprobada por la mayoría de los socios o accionistas en el caso de que los activos o que parte de los activos no hayan sido objeto una liquidación);
- La decisión de reactivación debe constar en acta suscrita por quienes fungían previamente como Presidente y Secretario de la sociedad, y dicha acta deberá ser inscrita en el Registro Público de la República de Panamá; y,
- La reactivación debe ser notificada ante las mismas autoridades competentes que fueron informadas de la liquidación.

Una vez reactivada la sociedad se suspende cualquier proceso de liquidación de haberse iniciado, y podrá ejercer nuevamente el lícito comercio sobre la base de la capacidad jurídica nuevamente habilitada permitiéndole ser sujeto de derechos y obligaciones según las leyes de la República.

B. Efectos y Razones para llevar a cabo una escisión.

Existen varias razones que pueden explicar la decisión de una sociedad para realizar una escisión, entre ellas:

- Desacuerdos graves entre los socios, herederos o fundadores que no logran consensuar el manejo de la empresa.
- Decisiones estratégicas que incluyen: diversificación de riesgos, focalización en un área o actividad, sortear barreras a la entrada, imagen ante la sociedad. Esta suele ser la razón más común.

- Búsqueda de mayor apalancamiento de capital. Los nuevos accionistas minoritarios de las empresas escindidas aportan recursos pero no tienen derecho sobre la sociedad original. Esta es una razón meramente negentrópica para mantener vigencia y competitividad en el entorno.
- Requerimiento de la autoridad de Libre Competencia. Cuando se estima que existe un riesgo importante a la libre competencia, arrojando la actividad como un monopolio, o incurrir en prácticas monopolísticas. Esto conlleva un fuerte análisis de gobierno corporativo y sanas prácticas de libre competencia para lograr un “*fair play*” en la actividad mercantil.

C. Efectos fiscales de la escisión.

La Ley 85 introduce un requisito previo para que se produzca la escisión. Este requisito consistente en un aviso previo de la operación 30 días que debe darse a la Dirección General de Ingresos (DGI) del Ministerio de Economía y Finanzas. Este requisito se constituye en una condición previa e inevitable para iniciar un proceso de escisión.

Pese a lo anterior, las transferencias de activos resultantes de la escisión no se consideran un incremento de las rentas, por lo que no genera impuesto resultante, pero el texto de la ley no parece contemplar que parte de las razones de una escisión está en el traspaso de activos no registrados o cuyo costo no es identificable (marca comercial, propiedad intelectual, cartera de clientes, etc.). Tampoco contempla la norma que la transferencia no es el único hecho generador en nuestro país, dejando abierta la posibilidad de efectos fiscales no intencionados por el legislador, lo que también incide sobre la no tributación, a pesar de que si existe transferencia de bienes financieros.

D. Diferencia entre fusión y escisión de sociedades.

La fusión y escisión ambas formas de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, por lo tanto ambas figuras se han utilizado como instrumentos de reiterado uso, no solo en Panamá, sino también a nivel mundial y entre empresas nacionales e internacionales que les permite un crecimiento acelerado como se exige en los tiempos que corren. Si bien encontramos algunas semejanzas que pueden llevar a confundir una figura con otra, en realidad existen diferencias sustanciales.

La diferencia básica para distinguir a una de la otra se puede definir de acuerdo a que la escisión es cuando una sociedad se divide para transmitir parte o la totalidad de sus activos y pasivos, y la fusión es la unión de dos o más sociedades que combinan sus recursos y patrimonio, y como resultado de esa integración o absorción se fortalece una sociedad o se crea una nueva. Desapareciendo una o varias de ellas, y naciendo una nueva (solo de forma, pues quedaron incorporadas). Por lo tanto como ya se dijo en líneas anteriores la escisión viene a ser la operación inversa a la fusión, pues mientras la primera divide produciendo el nacimiento de una o varias

nuevas sociedades, la segunda une o integra, que puede dar como resultado una nueva sociedad o la sola subsistencia de una de las fusionadas.

Entre las semejanzas se pueden mencionar:

- Son formas de reorganización de empresas.
- En cuanto a los accionistas, no se excluye a ningún de los socios de participar en las operaciones de fusión y/o escisión, de subsistir en las mismas.
- Las sociedades resultantes entregan a su vez acciones o partes sociales a los accionistas de las sociedades fusionadas o escindidas.
- Se puede dar la extinción o disolución sin que se dé la liquidación.

Diferencias

- La escisión supone la separación de un patrimonio en varias partes sociales, es decir, se da una reducción del capital social de la sociedad que se escinde. La Fusión implica la unión de dos o más patrimonios, pero la sociedad fusionada se queda sin capital, ya que desaparece.
- La escisión no implica necesariamente tal transmisión completa o con otras, y la fusión requiere en esencia una transmisión total de la fusionada a la fusionante.
- La sociedad escindida no necesariamente se extingue. La sociedad fusionada siempre se extingue.
- La escisión puede realizar a partir de una sola sociedad. La Fusión requiere la concurrencia de dos sociedades.
- La escisión supone la separación de un patrimonio en varias partes sociales, y la fusión implica la unión de dos o más patrimonios.

VI. CONCLUSIONES

La legislación como medio de ordenación justo, razonable y equilibrado en todos los ámbitos, y en el caso que nos ocupa en el comercial, por tanto como medio de garantizar un marco de institucionalidad a una actividad considerada pilar de la economía las sociedades deben hoy por hoy adecuarse a las condiciones de mercado y ser competitivas. Por lo tanto la figura jurídica de la escisión que ha sido muy utilizada por la utilidad que proporciona, si bien fue acertadamente regulada de forma puntual por primera vez dentro de nuestro ordenamiento jurídico, también consideramos que aún falta ultimar detalles al respecto, pues en la búsqueda y descripción de esta estrategia jurídico financiera, nos pudimos percatar que la normativa no hace una distinción expresa de las diferentes modalidades en que puede darse la escisión, y se limita a nombrar de forma taxativa las maneras de transmitir el patrimonio, lo que no es igual distinguir modalidades de escisión, lo que sí se puede apreciar en la Ley General de Sociedades de 1997 de Perú o en la Ley de Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles de 2009 de España.

BIBLIOGRAFÍA

- IBERLEY, Portal de información jurídica. La escisión de sociedades. Recuperado 11/1/2019 de: <https://www.iberley.es/temas/escision-sociedades-40991>
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición digital del Tricentenario | Actualización 2018 Entrada “escindir”. Recuperado 25/12/2018: <https://dle.rae.es/?id=GEBq7jT>
- Rojas C., Aida. Escisión de las sociedades mercantiles. Universidad Autónoma Metropolitana de México. Revista ALEGATOS 76, No.137-2011 Voz: Escisión /
- Diccionario Jurídico Mexicano, t. D-H, 4ª. ed., México, Porrúa, 1991. Recuperado 27/12/2018: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/318/309>
- España. Órgano de la JEFATURA DEL ESTADO. BOE núm. 82 de 04 de Abril de 2009 Vigencia desde 04 de Julio de 2009. Revisión vigente desde 02 de Octubre de 2014. Recuperado 20/12/2018: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-2009.tp.html#tp
- Laroza, Enrique E. LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES. Pontificia Universidad Católica del Perú. THEMIS: Revista de Derecho, N°. 36, 1997. Recuperado 30/11/2018: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109715.pdf>
- Fargosi, Horacio. Estudio de Derecho Societario. Buenos Aires. Editorial De Palma, 1978.
- Morales R. José. Modificaciones estructurales, la escisión de sociedades. Notas sobre el proceso de Escisión de las Sociedades de Capital; en Especial la Tutela de los Acreedores. Tesis de grado de doctor en derecho. Universidad de La Laguna, 2016.
- Ramírez Z, Jorge L, y Velarde K. Luis F. La escisión: sus aspectos societarios y tributarios. Revista Doctrina, No.25, Universidad de Lima. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/402/384>
- <https://economipedia.com/definiciones/escision.html> Recuperado 2 de diciembre de 2018.
- Sergio Lagunas Altamirano et al., “Escisión de sociedades”, Nuevo Consultorio Fiscal, Jurídico, Laboral y Contable-Financiero, año 9, núm. 152, México, 1995.
- Rodríguez R., Joaquín. Derecho mercantil, 23ª. ed., México, Porrúa, 1998.

ARELYS E. UREÑA C.: *Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Magister en Derecho Comercial, Diplomado en Negociación y Cooperación Técnica Internacional, Universidad de Panamá, con enfoque de género. Post-Grado en Técnicas de perfeccionamiento en Didáctica del Nivel Superior, ICASE, Universidad de Panamá. Formación en Supervisión y Liderazgo por la Universidad de Panamá, Capacitación en Formación de Capacitadores, Universidad de Panamá. Se ha desempeñado laboralmente como tutora de estudiantes practicantes en el Consultorio de Asistencia Legal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (1998-2012), Gerente Ejecutivo Jurídico en el Banco Hipotecario Nacional, participando en proyectos normativos exitosos como la Ley 123 de 31 de diciembre de 2013, la - Modificación del Reglamento del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo para la Vivienda (SINAP). Docente y actualmente Directora del Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Correo electrónico: arelis.urenac@up.ac.pa*

Artículo recibido: 7 de diciembre de 2018

Artículo aceptado: 15 de diciembre de 2018

E. FILOSOFÍA DEL DERECHO

LA SUPERVENIENCIA Y CONTENIDO LEGAL

(Basado en la lectura de Enrique Villanueva)

BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO

*Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Privado
magistrabelquis@gmail.com*

SUMARIO. Índice. Superveniencia. Concepto. 2. Superveniencia del derecho. 3. La teoría del positivismo jurídico. 4. Teoría del moralismo legal. 5. Teoría de Mark Greenberg. 6. Posición de Enrique Villanueva. 7. Diferencia entre las teorías. Conclusiones. Recomendaciones. Bibliografía.

RESUMEN

La epistemología del derecho es sumamente variada. Actualmente existen muchas corrientes de pensamiento y formas de concebir el derecho, que realmente nos hace pensar que hay que renovar la concepción tradicional o la teoría de Kelsen sobre el ordenamiento sistemático del derecho, donde existe una norma por excelencia que es la constitución.

La superveniencia es un concepto metafísico en donde existe dependencia en la relación de factores de alto y bajo orden. Puede existir superveniencia fuerte o débil o parcialmente débil. De allí que la superveniencia es el (...) conjunto de propiedades de un tipo y el conjunto de propiedades de otro tipo. Si bien han sido propuestas una buena variedad de tesis sobre la superveniencia, todas ellas convergen en una interpretación determinada de la noción de dependencia. (Rodrigo, 2015) Este trabajo de investigación está basado en la lectura de la monografía titulada superveniencia y contenido legal de Enrique Villanueva, un artículo científico muy denso e interesante.

Palabras claves

Superveniencia, contenido legal, moralismo, ética.

ABSTRACT

The epistemology of law is extremely varied. Currently there are many currents of thought and ways of conceiving the law, which really makes us think that we must renew the traditional conception or Kelsen's theory about the systematic ordering of law, where there is a rule par excellence that is the constitution.

Supervenience is a metaphysical concept where dependence exists on the relationship of high and low order factors. There may be strong or weak or partially weak supervenience. Hence, supervenience is the (...) set of properties of one type and the set of properties of another type. While a good variety of theses on supervenience have been proposed, they all converge on a given interpretation of the notion of dependence. ((Rodrigo, 2015) -

This research work is based on the reading of the monograph entitled supervenience and legal content of Enrique Villanueva, a very dense and interesting scientific article.

Keywords

Supervenience, legal content, moralism, ethics.

Introducción

La epistemología del Derecho es sumamente amplia y variada. Actualmente existen muchas corrientes de pensamiento y formas de concebir el Derecho, que realmente nos hace pensar que hay que renovar la concepción tradicional o la teoría de Kelsen sobre el ordenamiento sistemático del derecho, donde existe una norma por excelencia que es la Constitución. De allí que han surgido por ejemplo principios de interpretación constitucional que ponen a la persona por encima de todo. (Pro Homini)¹. Y la necesidad de hacer extensiva la interpretación de garantías constitucionales que han permitido junto al desarrollo de derechos humanos fundamentales realizar ciertas variaciones en el positivismo jurídico y acoger postulados del derecho natural como es la protección de la vida humana.

Este trabajo lo hemos dividido en cuatro partes; la primera es la fundamentación de la teoría positiva del derecho, comprendiendo obviamente que es el sistema que ha imperado durante siglos. La segunda es la teoría moralista del Derecho; con la cual me identifico en el sentido de que considero que el ser humano debe tener un espacio donde no este regulado y puede decidir de acuerdo con sus propios principios como debe actuar, específicamente considero que en el tema de divorcio esto debe ser así; porque el ser humano debe elegir cuando divorciarse. Ya muchos países tienen esta posición, tal es el caso de México, Francia, etc. Luego tenemos la posición de Mark Greenberg que está dentro de la teoría normativista del Derecho, pero ha manifestado que el derecho debe ir acompañado de valores. De lo contrario, tenemos situaciones horribles que han ocurrido en el mundo (caso Hitler).

Posteriormente exponemos la opinión del autor Enrique Villanueva, un estudioso de la supervenencia del Derecho, quien se opone a la posición de Mark Greenberg, estableciendo que la norma jurídica es eminentemente imperativa y, por consiguiente, no necesariamente va acompañada de los valores.

El Principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional. En efecto, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, eso es, estar siempre a favor del hombre. (Ver a Rodolfo Ariza Clerici, en Interpretación Constitucional. Principio Pro Homini disponible en <http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2966>)

Esperamos satisfacer los propósitos de nuestro trabajo, que no es otro que la de comprender, la epistemología del Derecho actual, que ha evolucionado al punto de que la teoría de Han Kelsen ha sido objeto de grandes críticas.

1. Superveniencia². Concepto.

En primer lugar, debemos decir que la superveniencia es un concepto metafísico en donde existe dependencia en la relación de factores de alto y bajo orden. Puede existir superveniencia fuerte o débil o parcialmente débil. De allí que la superveniencia es el (...) conjunto de propiedades de un tipo y el conjunto de propiedades de otro tipo. Si bien han sido propuestas una buena variedad de tesis sobre la superveniencia, todas ellas convergen en una interpretación determinada de la noción de dependencia. En consecuencia, la noción de dependencia también resultará vital para especificar la relación de superveniencia entre los estados conceptuales y «lo dado». Por lo tanto, A depende de B si A no puede ser concebido sin B; lo cual no tiene por qué implicar necesariamente que A y B se encuentren unidos, sino, simplemente, que si se piensa en A, entonces se infiere el todo o una parte de B, en tanto que A pertenece –está incluido– en B. Asimismo, un concepto depende de «lo dado», cuando el primero no puede ser concebido sin el segundo, aunque esto no implique que ambos se encuentren unidos (como sucede con el conceptualismo⁴). Esta noción general de dependencia puede descomponerse en dos. En una asociada a la reducción (DR) y en otra al contrafáctico (DC). (Rodrigo, 2015). Ahora en lo que respecta al positivismo el derecho superviene a los valores. Siendo en esta el contenido legal el hecho de alto orden y los valores el hecho de bajo orden.

De manera que existen autores que también han estudiado la superveniencia desde el punto de vista de los pensamientos externos del individuo. (...) “De acuerdo con una concepción externista, los contenidos de algunos acontecimientos mentales son amplios; es decir, su especificación pasa necesariamente por la mención de objetos, en el sentido antes expuesto, y nos compromete por consiguiente con su existencia, y por ende también con la existencia de ejemplificaciones de propiedades objetiva” (Carpintero, Revista de Filosofía.3 Epoca. Numero 16.).

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, (...) superveniencia es un acontecimiento o hecho que cambia una situación jurídica previa (Lengua, 2016). Por ejemplo, si se hace una donación de una persona a un hermano pero esa persona va a tener un hijo. La existencia de ese hijo modifica la situación jurídica previa de esa donación. De manera que hay una superveniencia. El diccionario de la Real Academia de la Lengua dice que (...) supervenir es suceder, acaecer, sobrevenir”. (<http://dle.rae.es/?id=Yl6sx1w>).

De manera que la superveniencia deriva de la voz supervenir que significa suceder, acaecer, sobrevenir, es decir, acaecer o suceder una cosa además o después de otra (Lengua D. d) Definitivamente aquí veremos la superveniencia con respecto al derecho.

2. Superveniencia del Derecho.

En filosofía, la **superveniencia** es una *relación de dependencia* entre propiedades de 'alto nivel' y de 'bajo nivel'. Un grupo de propiedades X *superviene de* un grupo de propiedades Y cuando las

² La relación que se da en la superveniencia es de dependencia; por tanto, se trata de una relación asimétrica. Las propiedades subvencientes tienen algún tipo de primacía respecto de las supervinientes. (ver a Manuel García Carpintero. Superveniencia y determinación del contenido amplio.)

propiedades del grupo X están determinadas por las del grupo Y. Formalmente, un grupo de propiedades X superviene de un grupo de propiedades Y *si y sólo si*, para todos los objetos *a* y *b* se cumple cualquiera de las siguientes condiciones: ▪ *a* y *b* no pueden diferir en las propiedades de su grupo X sin diferir también de las propiedades del grupo Y. ▪ Si *a* y *b* tienen propiedades idénticas a las del grupo Y, entonces también tienen propiedades idénticas a las del grupo X. ▪ Si *a* y *b* no tienen propiedades idénticas al grupo X, entonces tampoco tienen propiedades idénticas a las del grupo Y. Si las propiedades de A supervienen las propiedades de B, las propiedades de B son las propiedades base y las de A son llamadas propiedades supervenientes. Si dos cosas difieren en sus propiedades supervenientes, esto quiere decir que deben diferir de sus propiedades de base. (Enrique, 2003)

Los valores como la justicia, la equidad, la igualdad deben tomarse en cuenta bajo el concepto de superveniencia. Y son además factores que dependen en menor o mayor grado para la existencia del derecho; ya sea desde el punto de vista del normativismo, del derecho natural o la concepción metafísica del derecho.

3. La teoría del positivismo jurídico³.

La epistemología del Derecho⁴ ha sido sumamente amplia, pero dentro de ella se encuentra (...) “el positivismo jurídico que está íntimamente ligado al desarrollo del Estado contemporáneo, y aunque con precedentes en los legistas medievales o en los juristas de Estado absoluto, surge a principios del siglo XIX. El punto de partida es la reducción del objeto de la Ciencia Jurídica al conocimiento del conjunto de normas que constituyen el Derecho vigente o positivo” (Bernal, 2015). Ahora, lo mejor dentro de la gran cantidad de teorías que existen en el positivismo jurídico es hablar de generalidades del sistema.

Así tenemos que entre las generalidades podemos mencionar los siguientes; (...) 1. El rechazo, por algunos, o la no consideración, por otros, de las teorías metafísicas dentro del discurso científico del derecho, ii) la opinión generalizada de que el derecho válido no está necesariamente relacionado con el derecho justo; iii) el énfasis en la consideración del Estado como única o principal, según el caso, fuente del derecho válido; iv) la aceptación del monismo (solo un derecho válido) en vez del dualismo jurídico (un derecho positivo y un derecho natural, ambos con validez); y V) la reivindicación de la expresión lingüística determinable en especial de la palabra escrita, como la forma propia del derecho, para así diferenciar lo jurídico de lo moral, que no se agota en el lenguaje, y precisar los alcances de la norma (Bernal, 2015).

³ Excluyendo a Inglaterra e Irlanda, países que siguen el sistema llamado del common-law que también se aplica en Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelandia, etc., el derecho europeo continental que básicamente comprende a Francia, Alemania, Italia, España, Austria, y los países de Europa oriental, tiene, al igual que nosotros, la parte más importante de sus normas dictada por órganos legislativos, y las principales leyes redactadas en cuerpos llamados códigos en donde las normas no están “amontonadas” sino sistematizadas de acuerdo a la materia que tratan, según su grado de generalidad, etc. Predominantemente las normas son normas escritas, y esto ha hecho que la tradición jurídica de esos países y también la de los países latinoamericanos, que heredaron esa forma de producir derecho, incurra en la suposición de que ese conjunto es un sistema coherente, homogéneo, pleno y autónomo con un sentido ya determinado establecido por un legislador racional. Esto ya es todo un mito porque las normas provienen de distintos gobiernos, de legislaturas con diferentes composiciones y además suelen ser resultado de acuerdos políticos entre pensamientos contradictorios, lo que conlleva inconsistencias por decir lo mínimo.

⁴ El **positivismo jurídico** culmina en la gran obra de Hans Kelsen, la “**Teoría pura del Derecho**” publicada en 1911. Parte de las tesis formalistas de la escuela del Derecho Público, pero da un paso más para separar radicalmente del ser (“sein”) y del deber ser (“sollen”), de la realidad natural y la norma.

La verdad es que el positivismo jurídico, es una construcción de la dogmática jurídica y por consiguiente también es una labor del ser humano. Su máximo exponente es Hans Kelsen, “influenciado por el racionalismo e idealismo y que deriva en un positivismo normativo. Pertenece a la época en que el Idealismo y Racionalismo, principalmente con Descartes, Malebranche, Leibniz, Kant, Fichte, Schelling, Hegel, habían quedado arrinconados ante el auge del positivismo. El Positivismo, esa doctrina que según Augusto Comte parte de los hechos, de la experiencia inmediata de la realidad, es decir la experiencia objetiva y que en el campo del derecho fue desarrollada por el gran estudioso del derecho León Duguit, el decano de la Facultad de Derecho de Burdeos. Esa tendencia positivista de Hans Kelsen fue influenciada también, sin duda, por la Fenomenología de Edmund Husserl y el Existencialismo de Heidegger.” (Choque, 2014). De allí que la vinculación de la teoría de Hans Kelsen es básicamente con la ciencia de espíritu y nada tiene que ver con la axiología.

Sin embargo, el Código Civil de Panamá, pertenece a la teoría normativista del Derecho, pero tiene valores insertos en la norma, tal es el caso del artículo 13 del Código Civil que dice lo siguiente:

Artículo 13. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho, y la costumbre, siendo general y conforme con la moral⁵ cristiana.

De manera que esta norma del Código Civil panameño reconoce el valor de la moral cristiana dentro de las reglas de hermenéutica legal. Ahora bien, (...) para Kelsen, el Derecho es exclusivamente un conjunto de normas coactivas. Para Marx, es un instrumento de dominación y control social, y para Tomás de Aquino, es la ordenación de la razón encaminada al bien común (S/A, 2008.). Hay distintas concepciones de concebir el normativismo jurídico. Lo que podemos afirmar es el hecho de que hemos funcionado por espacio de muchos años de esta forma e iniciar un nuevo orden mundial resulta difícil.

Pero también a pesar de que el normativismo ha tenido grandes defensores ha tenido sus detractores y es que según sus críticos (...) el normativismo, supone que hay algo así como dos realidades. Una es la realidad social, la de los hechos, la de las conductas efectivas de la gente, la realidad de la sociología, la economía, las ciencias sociales descriptivas, y otra es una realidad diferente que es la realidad de las normas.” (Salgado, 2001) Y es que muchos autores como Hobbes decían que las personas en estado de naturaleza tenían una libertad absoluta de hacer lo que quisieran pero esa misma libertad llevaba a que todos fueran enemigos entre sí, puesto que cada hombre se transformaba en un “lobo del hombre” y desaparecía la seguridad. Entonces las personas, los sujetos individuales, para poder tener una vida más segura acuerdan perder una parte de su libertad e instituir un poder soberano por encima de todos ellos que dicte las normas para asegurar la convivencia social. (Salgado, 2001).

También suele argumentarse, como lo hacía Eduardo García Máynez, que “la diferencia entre las normas morales y los preceptos jurídicos radica en que las primeras son unilaterales y los segundos son bilaterales unilateralidad significa que “frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes”. En cambio, “las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones”; así por ej., frente a la obligación del deudor de pagar lo que debe, está el derecho del acreedor de exigirle el pago. (ver a [www. filosofía y derecho. c o m / r t f d](http://www.filosofia-y-derecho.com/rtd). Moral y derecho positivo (comparación y relaciones)

De manera pues que el normativismo tiene sus defensores, pero también detractores como es el caso de la escuela realista del derecho, la teoría moralista y también la posición de Mark Greenberg, que veremos posteriormente.

4. Teoría del moralismo legal.

Antes de iniciar con los principales postulados de esta teoría debemos aclarar en primer lugar la diferencia fundamental entre ética y moral, que generalmente son confundidas. Veamos:

4.1. Moral⁶. Concepto.

Podemos decir que (...) “la moral viene a ser la práctica comúnmente aceptadas y repetitiva, por generaciones de individuos, donde todas sus acciones o inacciones les han sido impuestas, a cada uno de los miembros de dicho grupo social, sin necesidad de represión física o castigo alguno; derivada del señalamiento o la amenaza de no ser aceptado o de ser excluido de dicho grupo. Circunstancias suficientes que obligan a las personas a practicar éstas y también con ello se comprometen a transmitir dichas conductas a los suyos. (Prado-Carrera, 2016). De manera que de esta definición podemos extraer varias características.

1. Es una conducta aceptada por un grupo de personas.
2. Es impuesta sin necesidad de que exista una sanción o pena.
3. Si no se cumple la persona tiene a ser excluida del grupo social.

Es precisamente por estas características que se confunde con la ética, pero como veremos en adelante, son conductas totalmente distintas. Igualmente, la moral es clasificada (...) en actos morales positivos y negativos y atribuyen esto a que el objeto de la moral son las costumbres y la conducta humana y que, partiendo de estos objetos constitutivos de la moral, definen a la moral como la “ciencia de las leyes ideales y de la actividad libre del hombre” Paul Faulquié define a la moral como: “...es la teoría razonada del bien y del mal”. Y Bruno Rychlowski concluye que la

⁶ Kant explica en el siguiente texto la noción de moralidad como la relación que tienen las acciones con la autonomía de la voluntad y la legislación universal. Si la acción es compatible con dicha autonomía, entonces es permitida, en caso contrario prohibida. Distingue también la voluntad santa de la voluntad humana: la primera es una voluntad cuyas máximas concuerdan necesariamente con la ley; la segunda no, por lo que en nuestro caso las máximas dan lugar a la constrictión moral, la obligación, que trae consigo la noción de deber. Kant relaciona en el texto la dignidad de la persona con su capacidad no tanto de someterse a la ley moral como de que sea ella misma (su voluntad) legisladora universal. Continúa Kant señalando que el **valor moral** de una acción no puede ser ni el miedo ni la inclinación, sino solamente que su **resorte** sea el **respeto a la ley**. La autonomía de la voluntad se cifra en el hecho de que ella misma sea una ley y da lugar al **principio de autonomía**: elegir que las máximas de la elección, en el querer mismo sean al mismo tiempo incluidas como ley universal. Cuando la voluntad no busca la ley que la debe determinar, en la aptitud de sus máximas para ser ley universal, sino que sale de sí misma para buscarlas en la constitución de alguno de sus objetos, tenemos la heteronomía. La voluntad no se da la ley a sí misma sino el objeto y su relación con la voluntad, relación que puede descansar en la inclinación o en representaciones de la razón, y hace posibles imperativos hipotéticos, que señalan la necesidad de una acción por querer el sujeto alguna otra cosa. Sin embargo, el imperativo categórico manda una acción de modo incondicionado. Finalmente pone el ejemplo de la necesidad fomentar la felicidad ajena, y ello, aunque en ello no encuentre ningún interés sino simplemente porque la máxima que la excluye no puede ser ley universal. (Ver Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Capítulo Segundo.

(Mare Nostrum Comunicación. Traducción: Manuel García Morente disponible en Historia de la Filosofía. Volumen 2: Filosofía Medieval y Moderna. Javier Echegoyen Olleta. Editorial Edinumen.

moral es normativa, porque establece las normas que determinan lo que es el bien y lo que es el mal. En otras palabras, la moral establece lo que se debe y lo que no se debe hacer. Lo que se permite y lo que se prohíbe (Prado-Carrera, 2016). De manera que en mi opinión la moral es el conjunto de normas sociales, practicadas y aceptadas por la sociedad.

4.2. Ética⁷. Concepto.

Para Sánchez-Vázquez la ética es (...) “la teoría o ciencia del comportamiento moral de los hombres en sociedad. O sea, es una ciencia de una forma específica de conducta humana”. Y continúa señalando que “la ética es la ciencia de la moral, es decir, de una esfera de la conducta humana, Gutiérrez-Sáenz señala que la ética se refiere al origen de los actos humanos, es decir que esta estudia la bondad o la maldad de éstos. Y Sanabria refiere que la ética “es la ciencia normativa de la actividad humana en orden al bien”. Para Vasconcelos la ética viene a ser toda la disciplina de vida”. (Prado-Carrera, 2016).

De allí que según García Maynes la principal diferencia es (...), la ética es una voluntad propia del individuo que en lo personal elige hacer o no hacer cierta actividad o tener o no cierto comportamiento. Ello por la simple razón de su autoaceptación y no porque un grupo social se lo exija (García-Máynez, 1959). La moral entonces es extrínseca al individuo y la ética es intrínseca, porque es el propio individuo quien elige hacer o no hacer algo según sus propios criterios de formación ética.

4.3. La Ciencia del Derecho.⁸

De allí que como el Derecho lo que regula particularmente es la vida del hombre en sociedad, son tremendamente importante los conceptos de moral y ética. El derecho regula todas las actividades del ser humano (derecho penal, civil, administrativo, fiscal, internacional, agrario, etc.). Precisamente porque el derecho regula a la actividad del hombre en sociedad es cambiante y hay que ir adecuado a las nuevas realidades. (...) Por lo cual el derecho debe ser estudiado desde su origen y sobre todo pensando que quien lo estudia debe estar en real contacto con los problemas sociales y necesidades de desarrollo del país, para ir adecuando las normas del derecho para ayudar al crecimiento y desarrollo económico del mismo; pero sobre todo, quien lo ejerce debe practicarlo con toda ética, ya que de sus actos depende la vida, el patrimonio y/o las relaciones de quien representa.” (Prado-Carrera, 2016). He aquí la importancia de que los operadores de justicia tengan principios éticos y morales.

⁷ La ética kantiana pretende responder dos problemas históricos estrechamente relacionados, que se le presentan al pensamiento moral y político europeo desde el siglo XVI: en primer lugar, la pérdida de la fuerza convocante de la moral religiosa; y, en segundo lugar, la coexistencia de diversas comunidades con sus ideales de vida buena diferente, al interior de un territorio y con unas instituciones comunes. El primer problema viene dado por el desarrollo mismo de la Ilustración se debe a uno de los aportes más significativos decisivos para la cultura de Occidente, se trata de que el descubrimiento de que las normas morales que orientan el buen actuar y la vida recta, no tienen su fuente y justificación en un orden natural de las cosas en una providencia divina, sino que son el resultado de la voluntad de los hombres (Ver Hernán Martínez Ferro en Emanuel Kant. Antropología. Alianza Editorial Madrid, 1991, página 183 y siguientes.)

⁸ La ciencia del derecho tiene por objeto el estudio del conjunto de las normas jurídicas positivas de un Estado. Tiene por cometido conocer del modo más completo el sistema jurídico vigente y sus instituciones, y luego precisar el contenido de cada norma, determinando el alcance del deber que impone, las condiciones que lo hacen nacer o extinguirse, las personas a quienes toca cumplirlo y a quienes corresponde exigirlo. Además, se ocupa de fijar el espacio dentro del cual se aplica, el tiempo que ordena la conducta humana y, por último, las consecuencias que acarrea su incumplimiento. (ver <http://www.laultimaratio.com/24-introduccion-al-derecho/30-cual-es-el-objeto-de-la-ciencia-del-derecho>)

4.4. Los postulados de la teoría moralista.

El positivismo jurídico ha tenido sus críticos como manifestamos anteriormente y es que “a mediados del siglo XX, se comenzó a reconocer por teóricos y filósofos del derecho la crisis del positivismo jurídico. Esta crisis se presentó a partir del análisis del mismo y la constatación de que ya no ofrecía un marco de referencia adecuado para abordar el estudio de la ciencia jurídica, en la aplicación del derecho carecía de fuerza legitimadora y como teoría resultaba insuficiente para explicar el fenómeno jurídico, para autores como Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Nino, Atienza, Ruiz Manero, Aguilo y Rodolfo Vázquez entre otros, la teoría positivista tiene serias limitaciones.” (Rio, 2015). De allí que durante los últimos años han existido otras corrientes de pensamiento, que si bien no han logrado cambios significativos si han constituido planteamientos jurídicos distintos, que en gran parte de los ordenamientos jurídicos han influenciado, por lo menos a la dogmática jurídica.

Esta teoría (moralismo legal) se ha puesto nuevamente en vigencia y es básicamente el papel que juega el derecho o la norma jurídica en el mantenimiento de las normas morales de una comunidad. De manera que (...)” el reciente debate que se ha producido en España sobre los contenidos morales que deben incluir u omitir los espacios televisivos a raíz de la proliferación de los llamados «Reality shows» ha puesto de relieve, de nuevo, la importancia del problema del moralismo legal” (Páramo, S/F). De allí que la base moral de la sociedad es importante y la teoría del moralismo legal viene a sostener que las normas jurídicas deben incorporar las pautas de la moral positiva, esto es, las creencias morales de la mayoría social. La opinión moral de la mayoría debe ser reforzada jurídicamente, de modo que sus contenidos pueden ser protegidos mediante la imposición coactiva (Páramo, S/F).

El planteamiento principal de esta teoría es que debe existir un espacio en la vida del individuo en el que pueda desenvolverse sin regulación específica. Que pueda hacer lo que considere conveniente sin que el derecho lo regule. Tal es el caso de la homosexualidad, la prostitución, el alcoholismo, el fumar por ejemplo una sustancia nociva. (...) De allí que si un alcoholico incumple sus deberes familiares será responsable jurídicamente por sus omisiones, no por su afición. En el ámbito de las relaciones sexuales sucede algo similar: el principio de Mill debe tolerar todas las conductas sexuales heterodoxas libres mantenidas entre adultos. Otra cosa es que se transgredan en su ejercicio los derechos de otras personas” (Bayles, 1992)- Pero hemos consultado al Dr. Julio Lombardo y plantea que esto va en contra de disposiciones constitucionales claras en el Derecho. Por ejemplo, el Estado debe proteger la vida de los nacionales donde se encuentren. Veamos el contexto del derecho constitucional panameño.

En el derecho constitucional panameño esta norma nace en la Constitución de 1904, que en aquel cuerpo normativo era el artículo 15 y decía:

Las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas, residente y transeúntes, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar respeto recíproco de los derechos naturales, constitucionales y legales, previendo y castigando los delitos.

De manera que la Constitución de 1904 incluía un valor en la norma que era evidentemente el respeto entre todos los asociados. Y la protección de la vida honra

de todos los asociados se ha mantenido en todo el Derecho Constitucional panameño. Veamos el contenido de la norma en la Constitución vigente.

ARTICULO 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona

(...) De manera que desde el punto de vista de esta teoría sólo las acciones inmorales que perjudican a terceros deben producir sanciones jurídicas, aunque el carácter ofensivo e indecente de algunas prácticas sexuales públicas, pueden servir de base para la coerción. Ahora bien, del hecho de que la sociedad condene moralmente a determinadas conductas no se deriva la justificación de su prohibición o sanción legal. La moralidad o inmoralidad privada no es asunto del Derecho. De manera que la práctica de la prostitución -aunque debieran llevarse a cabo fuera de lugares públicos, no debían ser consideradas delito, al igual que la práctica de la prostitución -aunque debieran llevarse a cabo fuera de lugares públicos. (Páramo, S/F). Si es necesario que el ser humano cuente con un espacio en donde pueda decidir qué es lo más correcto para su vida. Ya que el individuo cuenta con una ética interna que debe servir como control para regir sus decisiones. Igualmente es importante que toda epistemología del derecho considere que las normas son aplicables a seres humanos. Aquí nos planteamos, por ejemplo, cual es la diferencia entre las actuaciones de Hitler y el proceder de muchos países con miles de inmigrantes que han perdido su vida buscando un trabajo y mejores días para su familia.

5. Teoría de Mark Greenberg

La lectura también desarrolla la teoría de Mark Greenberg quien introduce (...) dos tipos de superveniencia, a saber, una que va de los hechos físicos a los hechos legales (s1) y otra que va de los hechos legales (las decisiones o practicas legales) al contenido legal (s2). Por transitividad inferimos que el contenido legal superviene de los hechos físicos subvenientes (Enrique, 2003). Es por ejemplo el caso de un divorcio, en que se dan los hechos físicos (separación, violencia doméstica, o también una relación extramatrimonial). De esta situación entonces vamos a los hechos legales y finalmente las decisiones legales o la jurisprudencia va al contenido legal. De manera que Mark Greenberg propone que, (...) “en lugar de esa tesis positivista, que las decisiones legales junto con los valores determinen cuales elementos de las decisiones legales son relevantes y como se conjugan para lograr un contenido legal determinado. Ni las decisiones legales ni los valores, por si mismos, independientemente uno del otro, pueden determinar el contenido legal (Enrique, 2003)”. Esta es una posición mixta entre el positivismo jurídico y el moralismo legal. Pero el derecho depende necesariamente de los valores.

El derecho es también un ámbito en el cual existe una práctica jurídica, muy institucionalizada, y el contenido del derecho depende de formas sistemáticas de lo que acontezca con aquella práctica. Sobre todo, en áreas del derecho que son casuísticas como es el caso del derecho de familia, en donde las reglas hay que aplicarlas dependiendo de cada proceso y cada realidad que se lleva a los

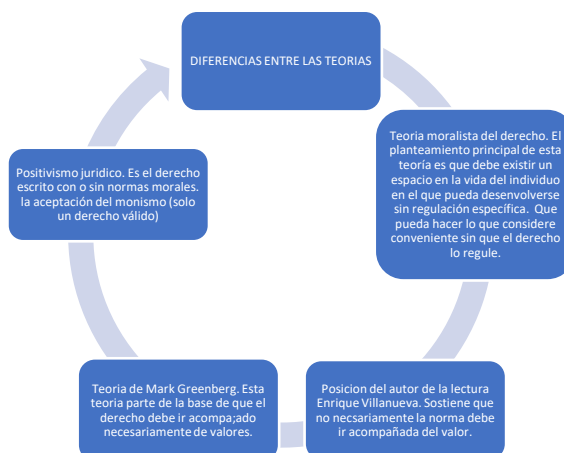
tribunales. Pero se hace necesario que esas decisiones legales sean dadas por órganos totalmente independientes, en donde sus miembros sean nombrados por su capacidad académica.

6. Posición del autor de la lectura Enrique Villanueva.

Enrique Villanueva manifiesta que (...) “resumiendo en este segundo punto pienso, que hay dos situaciones en los casos legales, a saber, una de acuerdo con lo cual no hay ningún valor intrínseco en la determinación del contenido legal, solamente el texto invocado y otra, de acuerdo con la cual hay algunos valores involucrados. Esta segunda posibilidad se ramifica en otras dos posibilidades, a saber, que los valores invocados se encuentran ya contenidos en las decisiones legales o en las normas generales y otra más según la cual los valores se importan desde afuera del texto de la ley” (Enrique, 2003). En realidad, el planteamiento de Mark Greenberg, es una posición mixta en la cual se requiere que los valores sean extraídos externamente a la ley. Ahora Villanueva, deja al lector una posición en el sentido de que (...) “en los casos legales hay un hiato entre razonamiento, ofrecer razones y apelar a hechos de valor; que no hay una conexión necesaria o conceptual obvia entre ambos y que, por lo tanto, es menester ofrecer un argumento adicional que establezca una relación necesaria entre razones, valores y contenido legal. Que se puede razonar válidamente un caso legal y alcanzar un contenido legal determinado sin recurrir necesariamente a algún hecho (intrínsecamente) valioso (Enrique, 2003)”. Este vestigio que menciona Villanueva entre razonamiento, ofrecer razones y los hechos de valor, es precisamente lo que plantea el normativismo, no importa que la norma no tenga un valor debe imponerse porque es el derecho escrito. Pero recordemos también que la norma es redactada por personas con intereses propios. A mi juicio, lo más importante es que el ser humano sea el centro o la razón de ser de la norma jurídica.

7. Diferencias entre las teorías.

Como manifestamos anteriormente lo más importante de este aporte realizado por Enrique Villanueva, es precisamente presentar hipótesis, presunciones y nuevas posiciones sobre la concepción filosófica del Derecho. Vamos hacia un nuevo enfoque de la ciencia jurídica y en este contexto es sumamente interesantes las posiciones planteadas. Veamos las diferencias principales.



CONCLUSIONES

1. La conducta humana ha evolucionado. La forma de concebir el derecho también ha experimentado cambios sustanciales y debemos adecuar, estudiar y analizar todas las posiciones a efectos de determinar la mejor aplicabilidad para la convivencia en sociedad.
2. La moral y la ética son principios fundamentales para el desarrollo del hombre en sociedad. Si estos dos complementos son adecuadamente desarrollados por el ser humano la aplicabilidad de la norma sería mucho más eficaz. La moral es una conducta impuesta por la sociedad como grupo social. La ética es individual, es la conducta interna del hombre.
3. El espacio permisivo que establece la teoría moralista del derecho es importante para el individuo. Porque es necesario que las personas cumplan la norma por su propia convicción y no impuesta como lo plantea el sistema normativo.
4. El aporte de los filósofos antiguos (Hans Kelsen, Savigny, etc.) es indiscutiblemente la fundamentación de todo el sistema normativo. Pero se hace necesario una filosofía latinoamericana, que aborde los problemas de nuestra región. Ya que en el plano del derecho internacional, más que ningún otro doctrinario, Scelle –bajo la influencia de Duguit y Durkheim– entendió que la comunidad mundial (“société internationale globale ou œcuménique”) consiste en una miríada de subsistemas particulares, en una pluralidad de entidades humanas colectivas que van desde la familia, los grupos locales y regionales, las asociaciones y agrupaciones de ámbito nacional, la sociedad estatal, hasta las agrupaciones internacionales especiales o regionales (Clément, 2016)”. Y que no son homogéneas y que tienen realidades distintas, que ameritan ser estudiadas.
5. Si bien el derecho y el sistema positivista ha estado rigiendo por siglos, tiene sus propios críticos. Y también una gran cantidad de situaciones que en muchas ocasiones no son justas pero que hay que aplicarlas.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario la lectura de estas teorías a efectos de plantear críticas al sistema normativo, sobre todo en los cursos de doctorado en donde existe una conciencia crítica y con experiencia en la aplicabilidad del sistema positivo y en variadas corrientes filosóficas.

BIBLIOGRAFÍA.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf> . Página visitada el 30 de junio de 2018

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10145/1/doxa25_09.pdf . Página visitada el 30 de junio de 2018

ECHEGOYEN-Olleta, J., (1996). Historia de la Filosofía, Volumen 2; Filosofía medieval y moderna. España. Obtenido de: <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-lafilosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/KantAutonomiaLeyMoral.htm> consultado el [27/08/2016](#). Página visitada el 25 de junio de 2018

GARCÍA-Máynez, E., (2000). *Introducción al Estudio del Derecho*. México. Porrúa. 50° Ed.

GROS-ESPIELL., (2005). *Ética, Bioética y Derecho*. Bogotá - Colombia. Editorial TEMIS S.A.

RYCHLOWSKI, B., en: “Lecciones de Ética”. Consultado en <http://www.apocatastasis.com/moral-etica-conceptos.php> el 03/06/2016. Pagina visitada el 29 de junio de 2018.

SANABRIA, J. R. (2001). *Ética*. México. Décimo Séptima Edición. Editorial Porrúa. SANCHEZ Vázquez, A., (1978). *Ética*. Barcelona: Editorial Crítica, Grupo Editorial Grijalbo.

VASCONCELOS, J., (1939). *Ética*. México. Segunda Edición. Ediciones Botas.

Bayles. (1992). *Hart’s Legal Philosophy*. S/P: , Klower Academic Publishers.

Bernal, A. B. (2015). *Positivismo Jurídico en la Historia. Las Escuelas del positivismo Jurídico en el siglo XIX y Primera Mitad del siglo XX*. Mexico: Biblioteca Virtual de la Unam.

Carpintero, M. G. (Revista de Filosofía.3 Epoca. Número 16.). *Superveniencia y determinación del*. Barcelona: Servicio de publicaciones.

Choque, V. F. (2014). La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y las constituciones. *La Gaceta Jurídica*, 2.

Enrque, V. (2003). *Que son las propiedades psicológicas*. México: UNAM. <http://dle.rae.es/?id=Yl6sx1w>. (s.f.).

Lengua, D. d. (s.f.). <http://www.wordreference.com/definicion/sobrevenir>.

Lengua, D. d. (2016). Diccionario de la Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 1234-1236-.

Páramo, J. R. (S/F). *El moralismo cotraataca*. México: S/E.

Prado-Carrera, G. J. (2016). La moral y la ética: Piedra Angular en la Enseñanza del Derecho. *Opción, Año 32, Especial No.13* , : 369-390.

Rio, M. d. (2015). La tesis de la separación del Derecho y la moral y su Impacto en la Formación Ética de los abogados. *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo* , 6.

Rodrigo, L. (2015). Hacia un modelo de superveniencia conceptual. *Revista Laguna*, 36;, 41.

S/A. (2008.). *La Norma Jurídica*. México: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

Salgado, J. M. (2001). *Teoría de las normas y del orden jurídico*. México: .uncoma.edu.ar/.

Belquis Cecilia Sáez Nieto:

Investigadora Titular del Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Catedrática en Derecho de Familia. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho Privado. Especialista en Docencia Superior. Autora de Compendio Legislativo del Código de Familia. Legislación de Seguridad Social. Derecho de Familia. Doctorando en Derecho Civil por la Universidad de Panamá. Correo electrónico: magistrabelqui@gmail.com

Recibido: 10 de marzo de 2018

Aprobado: 30 de abril de 2018

F. DERECHO DE FAMILIA

LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS Y LAS PENSIONES ALIMENTICIAS DE LOS HIJOS

Wilfredo A. Gómez Muñoz

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro de Investigación Jurídica

E-mail: wgoomezgomez@gmail.com

SUMARIO

Introduction. Definition on the conception of extraordinary spending (*allowances) and alimony attributed to under age children. Needed spinning or superfluous no necessary.

Conclusion and recommendations. Bibliographic.

RESUMEN

En el caso de las complejas situaciones que surgen en el hogar, por las pensiones alimenticias que, de forma obligatoria, tienen los padres con sus hijos menores y mayores de edad según el caso, se presenta en la actualidad cada vez con mayor relevancia, producto de las políticas y convenios internacionales, interesados en garantizar los derechos de los niños, ya que son ellos los más débil dentro de familia. Muchos son los peligros y amenazas a que están expuestos los menores de edad, por ejemplo: en los conflictos armados, el pandillerismo, drogas; entre otros y la necesidad en la que se ven obligados a trabajar a temprana edad por situaciones económicas muy difíciles a lo interno del hogar y en consecuencia terminan abandonando los deberes escolares.

La responsabilidad de garantizar los alimentos de la prole, elemento indispensable para la supervivencia del menor, nos preocupa en particular, por el hecho de que cada vez es mayor la necesidad de establecer normativas que aseguren dicho cumplimiento de forma continua y permanente. En este nuevo apartado trataremos con especial atención, los gastos extraordinarios que van surgiendo a medida que ellos van creciendo, al margen del compromiso enmarcado en lo que es la pensión alimenticia, definiremos cuáles son sus características.

PALABRAS CLAVES

Los gastos extraordinarios, los gastos superfluos, los gastos necesarios

SUMMARY

The subject we have to deal, with, this time, becomes a reality that is taking such an important role nowadays. This is affecting directly the polemic problem of alimonies attributed to under age children. We'll make allusion to those extraordinary spending (on allowances) the come out in such an unpredictable way, parallel to observance of statutory provisions concerned with Alimony and its real intention. It's an obligation, that is presumed, has to be fulfilled by the feeders in a permanent and continuous way. Extra spending occurs, nevertheless, this can't be contemplated as

extraordinary one, due to the fact that they are generated in a fortuitous process, they have no periodicity as the ones set up into conventional and consuetudinary Alimony's Law.

¿which is considered as extraordinary spending concerned allowances? To emphasize on the fact, then, we must first of all set up or make a list of real spending that are included and considered into Alimony. Those that a parent (or feeder) should defray or cover every single month. Extra spending that are predictable and precise concerned with the periodical pay making part of the right of foods attributed to under age children. Extra spending or Alimony, as they are known commonly, include necessities and spending of under age children. These are generated since the very moment of its conception, it means, immediately before to the children (or confined). This right of a child is also known as "prenatal feeding Alimony" Lots of legislations consider this really important due to the mother's halt conditions during the pregnancy. The feeding right for under age children will include usually: foods, clothes, education, halt support and housing.

KEYWORDS

Extraordinary spending (*allowances), Alimony, Superfluous spending, needed (or necessary) Spending.

Introducción

A medida que las sociedades modernas van evolucionando, debido a los factores que surgen de la propia dinámica del desarrollo tecnológico y de la transformación de las relaciones de producción, la familia como base fundamental del Estado está inmersa en esas transformaciones. El núcleo familiar no está exento de estas transformaciones, razón por el cual, la familia es objeto de ese desarrollo, causándole alteraciones cíclicas, a lo interno del ceno familia. Tal es el caso de las obligaciones que tienen los padres para con sus hijos hasta los 25 años, responsabilidad que surge de la relación biológica, ya sea *paterno filial o materno filial*, según el caso con los hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio.

La responsabilidad, para con los hijos menores de edad es de origen romano, el respeto y el aseguramiento de los derechos de los niños dentro del cuadro familiar es una figura creada por el Emperador romano, hoy esos derechos persisten y más aún se han ido desarrollando y ampliando a otros estadios, debido a la evolución y transformación de las sociedades modernas y de la familia.

Por esta razón la familia moderna está sujeta a constante altibajos, en su mayoría relacionados con el factor económico que incide directamente, desde esta óptica es importante comprender que el fraccionamiento del núcleo familiar trae como consecuencia el desequilibrio económico, situación está el no poder sufragarse las necesidades básicas de los hijos menores de edad al, que por ser menores de edad solo dependen de sus padres.

También es importante reiterar lo que hemos señalados anteriormente sobre los peligros que amenazan a la familia y en especial a los hijos menores de edad, muchos de ellos de carácter internacional como lo son, los conflictos regionales, el tráfico de droga, el terrorismo y el pandillerismo entre otros. Todas estas amenazas inciden en el camino al desarrollo y crecimiento del menor, que al no contar con sus padres como representante y autoridad del hogar optan por el abandono de los deberes escolares.

La responsabilidad de garantizar los alimentos de los hijos, elemento indispensable para la supervivencia del menor, nos preocupa en particular, por el hecho de que cada vez es mayor la necesidad de establecer normativas que aseguren dicho cumplimiento de forma continua y permanente.

Los alimentos, la educación, la salud y la vivienda son los principales deberes que los padres deben garantizar a sus hijos menores, esta responsabilidad de los padres es obligatoria, razón por el cual se ha creado toda una legislación orientada a que los menores en el caso del fraccionamiento del hogar no queden expuestos a situaciones que pongan en peligro su crecimiento y desarrollo psicomotor.

A partir de la constitución de 1904, se planteó la necesidad de establecer constitucionalmente el aseguramiento de la familia panameña, a pesar de que lo hemos reiterado en otras investigaciones, el carácter individualista de nuestra primera constitución. Pero es a partir de allí que se inicia el desarrollo y la implementación de legislaciones dirigidas a garantizar el *matrimonio* como elemento fundamental en la conformación de la familia, velar por el derecho y las obligaciones que tienen los padres con los hijos, de suplir las necesidades básicas.

Por otro lado, es importante reiterar que a pesar que, la constitución de 1904, abordó de forma muy general la cuestión familiar, no podemos soslayar, que esta constitución, allanó el camino, que a la postre permitió abordar los temas de familia con mayor seriedad y precisión, en el Código Civil de 1916-17 y luego las constituciones que le precedieron, como lo fue la constitución de 1941, que precisó con amplitud, los derechos y deberes individuales y sociales de la familia panameña. De allí que la constitución de 1941 sienta las bases del derecho familiar en Panamá.

Ya para 1946, la constitución de ese entonces estableció “los Derechos y Deberes de la Familia, mientras que la constitución de 1972, surgida del gobierno de facto, este, mantuvo los derechos a la maternidad, el matrimonio y los derechos de los menores, como lo son los alimentos, seguridad social y la educación. Sin embargo, consideramos que a pesar de los avances que hemos logrado, en nuestras legislaciones, en materia de pensiones alimenticias para los hijos menores de edad, los conflictos familiares son una realidad surgida de la propia relación conyugal, producida por diversos factores, que al final incide en la disolución del vínculo conyugal, es decir en el divorcio.

Esta disolución, trae como consecuencia inmediata, el colapso económico de ambos cónyuges, esta separación, le origina un mayor daño económico al cónyuge inocente y en especial a los hijos menores nacidos dentro del matrimonio o de la relación conyugal, por ello es importante reiterar. La responsabilidad que le deben los padres a sus hijos, en especial el de garantizar las necesidades básicas en especial el de los alimentos, al momento de darse la disolución del vínculo conyugal.

Ha sido, en nuestro medio, objeto de diversos debates y de distintas legislaciones, garantizar ese derecho, incluso, Panamá es signatario de diversos convenios internacionales que buscan el aseguramiento de los derechos de los menores, como la alimentación, elemento indispensable para la supervivencia y desarrollo de los hijos.

En la actualidad, la Asamblea Nacional de Diputados aprobó la ley Número 42 de 7 de agosto de 2012, Gaceta Oficial número 27095 de 8 de agosto de 2012, y sus posteriores modificaciones, contemplan todo lo concerniente a las pensiones alimenticias, regulando como por ejemplo: quienes están obligados a responder por los alimentos de los menores, quienes son los beneficiarios de las pensiones alimenticias, cuales son los Tribunales competentes, entre otros temas.

Está claro que en Panamá, en materia de pensiones alimenticias se ha avanzado mucho; sin embargo todavía falta mucho por hacer, como por ejemplo: la necesidad de crear mecanismos, que obliguen a los padres a cumplir con los deberes que tienen con sus hijos menores de edad. Ante esta situación, son los tribunales en la mayoría de los casos, los que al final tienen la responsabilidad de establecer mecanismos que obliguen al alimentante a responder por dichas obligaciones a través de resoluciones judiciales, de manera que la prestación o el suministro de los alimentos sean garantizados. Sin embargo, a pesar de los pronunciamientos de los tribunales, persiste la negativa de un gran número de padres que se rehúsan a cumplir con esta obligación.

Por otro lado es importante señalar que el problema que nos ocupa en esta ocasión, son los **gastos extraordinarios** que surgen a lo largo del desarrollo y crecimiento de los menores, objetos de los alimentos, estos gastos son fortuitos e imprevisibles ya que no se encuentran contemplados en el contrato de la pensión alimenticia ordenado por el Juez, donde el alimentante se compromete a sufragar esos gastos de alimentos, son muchos los comentarios y debates que han surgido en torno a este tema, situación que nos invita a escribir y a plantear nuestro punto de vista.

Los Gastos Extraordinarios y los hijos menores de edad

El tema que nos ocupa en esta ocasión, se trata de una realidad que en los últimos tiempos ha venido tomando vigencia y que incide de manera directa en el polémico problema de las llamadas pensiones alimenticias de los hijos menores de edad, en esta ocasión nos referimos a los **gastos extraordinarios** que surgen de manera impredecible y de forma paralela al cumplimiento de lo que es realmente las pensiones de alimento, para los hijos menores de edad, obligación, que se presume que, el alimentante está cumpliendo de forma permanente y continua.

Estos gastos se van presentando y no están ni pueden ser contemplados como gastos ordinarios, debido a que estos gastos extraordinarios son fortuitos, no tienen una periodicidad como los establecidos de manera consuetudinaria en la pensión de alimentos convencional. Para comprender con mayor claridad, cuáles son los gastos extraordinarios, primero debemos definir, cuáles son los gastos que comprenden en la actualidad la pensión de alimento, el contrato de alimento que deberá sufragar periódicamente el alimentante, son gastos precisos y predecibles, es su periodicidad lo que los hace parte de los derechos de alimento que tienen los hijos menores de edad.

Los gastos ordinarios o pensión de alimentos, como comúnmente se les conoce, comprenden una serie de necesidades que surgen desde que el menor está en gestación en el claustro materno. Es decir mucho antes del alumbramiento, ese derecho también se les conoce como, “pensión de alimento prenatal” en la mayoría de las legislaciones la consideran tan importante, porque se tiene que considerar las condiciones de salud de la madre que está gestando al no nacido, generalmente estos derechos de alimento para los hijos menores suelen ser los siguientes: alimentos, vestido, vivienda y educación, en el caso de los estudios esta obligación requiere de ciertos criterios debido

a que la educación si bien es cierto, es una obligación de los padres, asegurar la escolaridad en instituciones educativas públicas, garantizadas por el Estado, sin embargo muchas veces los padres discrecionalmente y en acuerdo mutuo deciden financiar los estudios del menor en centros educativos particulares, en cuyo caso, el costo, de esta educación privada debe ser consensuada entre el padre y la madre.

Un aspecto importante, dentro de la pensión alimenticia es la salud de los hijos menores de edad, esta obligación de los padres se encuentra tipificada como una de las responsabilidades de los progenitores, sin embargo este aspecto pasa por lo general a ser una obligación, garantizada por la seguridad social, de manera que la salud de los hijos de forma indirecta está bajo la responsabilidad del alimentante, sin embargo, es importante resaltar que la seguridad social, por razones de falta de equipo o recursos se ve en la imposibilidad de cubrir algunas atenciones médicas que requiere el menor, por ejemplo: los frenos dentales, que los odontólogos recomienda para corregir defectos en la dentadura, los lentes o la necesidad de corregirle algún defecto que le impide caminar correctamente y se necesita la compra o la confección de zapatos especiales, e incluso los casos fortuitos o de emergencia que por alguna razón deben ser atendido por centros hospitalarios privados, estos gastos que no los alcanza la seguridad social, deben ser sufragados por los padres en mutuo acuerdo, de no ser así el Juez deberá decidir en virtud del principio de la proporcionalidad, es decir tomando en cuenta el poder adquisitivo de cada uno de los padres, esta realidad se enmarca dentro de los gastos extraordinarios.

Hecha esta aclaración sobre cuáles son los aspectos que debe cubrir la pensión de alimento hoy día, pasamos a plantear cuáles son los gastos extraordinarios que no están comprendidos en el deber de alimentos de los padres. Pero que requieren de una especial atención y tratamiento para el mejor desarrollo y crecimiento de los menores. Es importante comprender cuál ha sido la clasificación de los gastos para con el menor y así tener una visión más clara de cómo se clasifican los gastos de los hijos menores de edad.

Calificación de los Gastos

- Gastos necesarios. Estarán incluidos en el deber de alimentos los gastos necesarios e indispensables
- Gastos convenientes. Los que resultan de utilidad atendiendo a su nivel económico familiar y de lo que ha sido acostumbrado a lo largo de su vida.
- Gastos superfluos. Aquellos gastos que no son necesarios.
- Gastos voluntarios. Aquellos que no son necesarios sino potestativos y de realización consensuada por ambas partes. Su obligación de pago se corresponde con su aceptación.
- Gastos extraordinarios. Son aquellos que siendo necesarios son imprevisibles y no periódicos. Deben ser acordes y asumibles por el obligado a los alimentos y no estar cubiertos por gastos ordinarios.
- <http://www.lexdir.com/mensaje/abogado/gauzy-sterling-abogados-38541> (visitado el 4 de abril del 2017)

Los gastos extraordinarios y su clasificación

Los gastos extraordinarios, *“su concepto los define como aquellos que no están contemplados dentro de la pensión de alimentos que debe cumplir el alimentante, pero que son de vital importancia para los hijos menores que dependen de los aportes de los padres, es decir que no están previstos, por lo tanto no pueden ser previsibles.”* Sin embargo hay que aclarar que los gastos extraordinarios se clasifican en dos grandes grupos:

- a- Los gastos extraordinarios necesarios y*
- b- Los gastos extraordinarios no necesarios o superfluo*

Es importante señalar que en ambos casos, los gastos extraordinarios se caracterizan por qué no son predecibles, tampoco mantienen una periodicidad y su cuantía por lo general no se equipara con la capacidad económica de los alimentantes.

Sáez Nieto, B. C. (2014) nos dice al respecto:

Los gastos extraordinarios están caracterizados por su imprevisibilidad y en algunas ocasiones por una elevada cuantía, en que muchas ocasiones los padres logran ponerse de acuerdo en la forma en que deben ser cubiertos. Sin embargo, a pesar de que existe un acuerdo entre las partes, el juez por estar en juego el interés de los menores que es obviamente de orden público y que rige un principio inquisitivo, puede no estar vinculado por los pactos previos al divorcio, o a los acuerdos extrajudiciales en proceso de mediación, pudiendo fijar una cuantía mayor a la acordada, si la capacidad económica de los progenitores así lo establecen. (P. 90).

Los gastos extraordinarios necesarios

En otras palabras, los gastos extraordinarios, como parte vital para el bienestar de los hijos menores de edad requiere de un análisis mucho más preciso, de manera que podamos, con mayor precisión, discernir cuándo estamos en presencia de gastos extraordinarios necesarios o superfluos. Por lo general, los gastos extraordinarios necesarios son aquellos que en la mayoría de los casos no se pueden precisar o predecir, pero que tampoco se puede eludir la responsabilidad obligatoria de sufragarlos, ya que los mismos surgen como necesidad inherente al desarrollo y crecimiento de los hijos menores de edad y son por lo general de carácter excepcional, como también deben estar al alcance económico de quién los va a sufragar. Por otro lado, cabe destacar que los gastos extraordinarios necesarios no son números clausus, por el contrario son números apertus precisamente porque son imprevisibles es esa la razón fundamental que los hace números apertus y van surgiendo de forma espontánea a través de los años.

En consecuencia, los gastos extraordinarios necesarios requieren de ciertos requisitos como condición para que los mismos sean considerados y aceptados como tales.

- 1- Ha de ser un gasto necesario de manera que no pueda existir la posibilidad de eludirlo en perjuicio del alimentista.

- 2- Ha de ser un gasto que no está revestido de la periodicidad, es decir que es un gasto que se presenta de forma fortuita o esporádicamente.
- 3- Es un gasto que se hace imposible predecir en tiempo y espacio, es decir que es imprevisible.
- 4- Que sea asumible económicamente, quien tenga la responsabilidad de sufragar dichos gastos.
- 5- Que dichos gastos no estén contemplados en la pensión de alimentos que sufraga el alimentante.
- 6- Otros gastos considerados extraordinarios necesarios, son los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social.
- 7- Existen otros gastos extraordinarios que se derivan de la propia dinámica educativa del alimentista, entre las que se podemos mencionar tutorías, seminarios u otros eventos académicos que son de interés para la formación y la escolaridad del menor
- 8- reforzamiento académico extra curricular, el carnet de estudiantes, la matricula en la universidad.
- 9- En el caso de los hijos mayores de edad, los gastos extraordinarios serán necesarios siempre y cuando la condición de sufragarse por el alimentante la demuestre que el aprovechamiento y rendimiento académico es favorable y de buen provecho

Como se puede observar de manera general, los factores o características que deben revestir los gastos extraordinarios para que sean estrictamente necesarios, se pueden resumir en nueve puntos muy bien definidos, sin embargo es importante señalar, que en nuestro medio, la ley 42 de 7 de agosto de 2012, publicada en Gaceta Oficial No. 27095 de 8 de agosto de 2012, que regula todo lo relativo a las pensiones de alimentos para los hijos menores de edad, fue objeto de modificaciones a través de la **ley No. 45 de 14 de octubre de 2016, publicada en Gaceta Oficial N0. 28140-A** dichas modificaciones introducen por primera vez regulaciones que tienden a darle un ordenamiento jurídico a los polémicos gastos extraordinarios: Artículo 4. El artículo 11 de la Ley 42 de 2012 queda así:

Artículo 11. Causas graves o necesidad notoria y urgente.

En caso de los gastos extraordinarios de alimentos, se entenderá por causas graves o de necesidad notoria y urgente los siguientes:

- 1- Gasto por enfermedad grave o urgente, cirugías urgentes o programadas, por enfermedad o accidentes. Los gastos debidamente prescritos por medico idóneo que requiera una atención especializada, sin el cual afectaría el desarrollo integral del alimentista.
- 2- Gastos de culminación de estudios.
- 3- Cualquier otro debidamente comprobado que reúna las característica de notorio y urgente

Estos gastos serán determinados de acuerdo con el principio de proporcionalidad que rige la materia. (Ley 45 de 14 de octubre de 2016, Gaceta Oficial No. 28140-A de 17 de octubre de 2016). Si observamos detenidamente este artículo, establece claramente cuáles son los criterios que se han de tomar en cuenta para determinar si son o no gastos extraordinarios, en primer lugar define como causas grave a los gastos extraordinarios que se requieran por razones de salud, en segundo lugar necesidad notoria y urgente, en este caso tipifica el gasto extraordinario por razones de necesidad para el logro de un objetivo de gran transcendencia en la vida del alimentista, como por ejemplo

los gastos de graduación universitaria, sin embargo pareciera que esta norma restringe o limita el número de gastos, que pueden ser gastos extraordinarios necesarios, En lo personal considero, se puede personalizar que no es así, lo que se colige de este artículo es que en la práctica los gastos extraordinarios deben ser tratado ante las autoridades Judiciales, de forma individual es decir caso por caso y por otro lado nos podemos encontrar con gastos que no siendo extraordinarios necesarios, pero que el alimentante no tiene ninguna objeción de cubrirlos, por la afectividad que puede tener con el hijo o porque se encuentra en una situación económica que le permite sufragarlo, de ser así estos gastos extraordinarios no tipificado como necesarios pasarían a ser necesario por la solvencia o el afecto del padre hacia el vástago.

Los Gastos Extraordinarios no Necesarios o Superfluos

Hasta ahora hemos hablado, sobre los gastos extraordinarios necesarios, veamos entonces todo lo relativo a los gastos extraordinarios no necesarios o superfluos, es nuestro interés, definir el concepto de gastos extraordinarios no necesarios o superfluo, las distintas doctrinas consultadas definen como, *los gastos superfluos como aquellos que no tienen mayor relevancia en el desarrollo y crecimiento de los hijos*. Durante el matrimonio los padres no se incomodaron en definir los gastos extraordinarios en los que podía incurrir con sus hijos, esto se debe a que en el seno del matrimonio, reinaba la paz y el amor, pero al darse el rompimiento conyugal se inicia una controversia entre los padres producto de los gastos extraordinarios que van surgiendo en el devenir y desarrollo de los hijos, estos gastos se deben definir de manera que el alimentante tenga claro que la pensión de alimento es un compromiso para con los hijos, pero que la misma no es definitiva y por el contrario la lógica nos señala que los hijos en su desarrollo y crecimiento le van a ir surgiendo otros gastos que requieren de la atención de los padres, estos pueden ser o no gastos necesarios, pero que en la práctica deben ser atendidos de forma inmediata ya sea para sufragarlos o para definirlos como gastos superfluos.

La polémica se centra en los gastos extraordinarios no necesarios o superfluos, ya que, por lo general, es la madre la que se queda en casa al cuidado de los hijos del matrimonio, por lo tanto es la responsable de administrar los recursos dirigidos al cuidado y bienestar de los hijos menores de edad, por lo tanto debe la madre precisar con mucho cuidado y así evitar caer en los gastos superfluo. Situación está que provoca a menudo conflictos entre el alimentante y quien tiene la guarda y crianza de los hijos, ya que siempre será el factor económico el que va a determinar cómo resolver los gastos extraordinarios no necesarios. No olvidemos que la solvencia de quien tiene la responsabilidad de sufragarlos puede no estar en condiciones de afrontar nuevos gastos, mucho menos si son gastos innecesarios.

Dijimos anteriormente que mientras exista la armonía en el hogar conyugal los gastos extraordinarios para con los hijos no producen ningún efecto o alteración a la paz reinante en el seno familiar, solo basta con que la relación llegue a su final y se produce el divorcio, para que surjan los conflictos por los gastos extraordinarios que generan los hijos, son precisamente estos gastos extraordinarios los que presentan conflictos a la hora de establecer quién se hará responsable de sufragar los gastos superfluo.

“Para dar la solución a un problema, lo primero que hay que hacer es determinar e identificar dónde está la raíz de ese problema y me parece que muchas veces proviene, de no tener claro, cuál es el

concepto de gastos extraordinario. En lo que se refiere a los alimentos de los hijos”. (<http://www.Am-Abogados.com>) Visitado el 4 de abril de 2017.

Veamos un típico caso de gastos extraordinarios que le presentan la abogada Patricia Álzate Monroy en su Blog. “Tengo una hija y hace la comunión con 10 años y la madre se ha gastado para la comunión 800 euros en ropa, bisutería, un reloj, pendientes y un anillo y me exige la mitad, yo le pago 240 de mensualidad más unos 60 de extras-escolares, es obligatorio también pagar eso? (<http://www.Am-Abogados.com>) visitado el 4 de abril de 2017. Es evidente que estamos frente a un típico caso de gastos extraordinarios no necesarios.

Como podemos ver se colige de este citado ejemplo que de un gasto extraordinario necesario, se llega a incurrir en gastos superfluos, que no ameritan excesivos gastos y mucho menos cuando el alimentista está cumpliendo con el pago de la pensión de alimento y de un pago extra por los gastos extraescolares del alimentista, por lo de la primera Comunión de un hijo como parte importante en su formación, no deja de ser un gasto que hay que sufragar, pero sin menoscabo del poder adquisitivo de quien los tenga que solventar.

Para ir concluyendo es importante señalar que podríamos elaborar una lista de cuáles serían los posibles gastos superfluos que a mi juicio serían gastos innecesarios, sin embargo podríamos caer en una discusión estéril, ya que para unos serían gastos no necesarios mientras que para otros los considerarían necesarios. Esto es posible simple y llanamente porque por un lado es la capacidad económica del alimentista la que en muchos casos va a determinar si estamos frente a un gasto no necesario o si por el contrario es un gasto ordinario o necesario y, por el otro lado si el alimentante acepta sufragar los gastos, ya sea compartidos o no, el mismo deja de ser un gasto superfluo.

Pero en todo caso los gastos extraordinarios están sujetos a los acuerdos a los que lleguen los padres. De no ser así, en el caso de nuestra realidad es el Juez que, en busca del interés superior de los hijos menores de edad, es el que al final va a determinar cómo se deben sufragar los gastos extraordinarios y orientado Asia el principio de la proporcionalidad, es decir que el padre o la madre que ante estos gastos este en desventajas económicas, su aporte será proporcional.

Por otro lado si uno de los padres por razones de identidad con su prole y por el amor que les tiene, accede al pago de los gastos en su totalidad; entonces estaremos frente a unos gastos no necesarios que pueden pasar a ser gastos ordinarios, por eso queremos reiterar, que en el análisis o estudio de los gastos extraordinarios se recomienda que esos estudios sean individualizados, es decir caso por caso, esto es así por la complejidad que presenta cada caso, como también por la posición variada que asumen los padre según el caso.

En conclusión, los gastos extraordinarios según el caso, responden a una realidad que muchas veces no va a determinar el estado de seguridad del menor, pero que encierra un deseo caprichoso del padre o de la madre, sin tomar en cuenta el factor económico de quien en su momento no está en condición de afrontarlos.

Para mayor comprensión veamos cuáles son las características que deben reunir los gastos extraordinarios:

- 1- **Son imprevisibles.** Porque la persona no sabe en qué momento le llega una enfermedad (por ejemplo, botas ortopédicas, silla de rueda, frenos; entre otros).
- 2- **Indeterminados.** Porque no se sabe cuánto es el gasto o la cantidad que se va a establecer.
- 3- **Necesarios o imprescindibles.** Porque en muchos casos son gastos médicos de operaciones quirúrgicas que se deben hacer.
- 4- **Convenientes.** Los gastos son convenientes para la salud de los menores o para su desarrollo integral.
- 5- **Accesorios.** En muchas ocasiones una persona tiene que realizarse una operación, pero está cubierto por el sistema de seguridad social, aunque pudiera realizarse en centros médicos privados.
- 6- **Complementarios.** Los gastos complementarios son viajes, estudios clases particulares, etc. Sáez Nieto; Belquis Cecilia: "La Pensión Alimenticia en Panamá", Editorial Universitaria, 2014, p.91

Conclusiones

- Los gastos extraordinarios no son previsibles
- Los gastos extraordinarios son números apertus
- Los gastos extraordinarios pueden ser necesarios o superfluos
- Los gastos extraordinarios deben ser consensuados entre los padres del menor

Recomendaciones

- Los gastos extraordinarios para los hijos menores de edad deben ser consensuados entre los padres.
- Los gastos extraordinarios deben regirse de manera estricta por lo que establece el artículo 11 de la Ley 45 de 14 de octubre de 2016, publicada en la gaceta No. 28140-A, que determina que los gastos extraordinarios solo son viables, si la necesidad está dentro de una causa grave o necesidad notoria y de urgencia.
- Los padres deberán en común acuerdo y sin necesidad de una orden judicial, establecer cómo y cuáles serán los gastos extraordinarios y
- Los padres deberán procurar por el bienestar de los hijos menores no insistir en gastos extraordinarios superfluos.

Bibliografía

- Sáez Nieto; Belquis Cecilia: "La Pensión Alimenticia en Panamá" Editorial Universitaria, Universidad de Panamá, Panamá, 2015.
- Anuario de Derecho; No. 46, Editorial Universitaria, 2016,
- Constitución Política de la República de Panamá; 1904, 1941, 1946, 1978, 1982.

- Lexdir (<http://www.lexdir.com>)
- Busca información legal(<http://www.lexdir.com/pregunta/busca-informacion/>)
- Gauzy-sterlingabogados(<http://www.lexdir.com/abogado/gauzy-sterling-abogados-38541/>)

Wilfredo A. Gómez M.:

Asistente de Investigador, Profesor asistente, Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad de Panamá, Postgrado en Estudios Internacionales en la Academia Diplomática, Madrid, España. Postgrado altos Estudios Internacionales en la Academia de Altos Estudios Internacionales, Madrid España. Especialista en Docencia Superior, por la Universidad de Panamá., Experiencia Docente por más de diecisiete años. E-mail: wgomezygomez@gmail.com

Recibido en: 12 de octubre de 2018

Aprobado en: 28 de octubre de 2018

G. DERECHO INDÍGENA

DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS TIERRAS INDÍGENAS

ARESIO VALIENTE LÓPEZ

Colegio Nacional de Abogados de Panamá

E-mail: diwigdi@gmail.com

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 1. RÉGIMEN JURIDICO DE TIERRAS INDIGENAS - 1.1. Las Tierras Indígenas en las Constituciones de Panamá - 1.2. Tierras Indígenas en las Leyes Comarcales - 1.2.1. Comarca Gunayala - 1.2.2. Comarca Emberá-Wounaan - 1.2.3. Comarca Kuna de Madungandi - 1.2.4. Comarca Ngäbe-Buglé - 1.2.5. Comarca Kuna de Wargandi - 2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE TIERRAS INDÍGENAS - 2.1. Control de Convencionalidad - 2.2. Instrumentos Internacionales - 2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos - 2.2.2. Convenio 107 de la OIT de 1957 - 2.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos - 2.2.4. **Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas - 2.2.5.** Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas - 2.3. Jurisprudencia Internacional - 2.3.1. Awas Tingui - 2.3.2. Caso de Bayano - 2.3.4. Caso Kaliña y Lokono - 2.3.4. Caso Xucuru - 3. LEY DE TIERRAS COLECTIVAS - 3.1. Antecedentes - 3.2. Procedimiento - 3.3. Títulos Colectivos Indígenas - 4. JURISPRUDENCIA PANAMEÑA SOBRE TIERRAS COLECTIVAS INDÍGENAS - 4.1. Fallo de Demanda de Inconstitucionalidad de 24 de septiembre de 1993 - 4.2. Fallo de Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad de 12 de abril de 2017 - 4.3. Fallo de Demanda de Inconstitucionalidad de 28 de diciembre de 2017 - 4.4. Fallo de la Demanda Contencioso Administrativa de Protección de Humanos de 15 de marzo de 2018 - CONCLUSIONES - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMEN

Las leyes nacionales e internacionales reconocen que los pueblos indígenas tienen derecho a titular en forma colectiva las tierras que han ocupado tradicionalmente. La jurisprudencia nacional e internacional, han decidido que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras que han utilizado tradicionalmente.

Palabras Claves

Constitución, Derecho Indígena, Leyes Indígenas, Tierras Indígenas, Jurisprudencia sobre Tierras Indígenas, Tratados Internacionales.

ISSEGUAD

Igargan we nada ggine ggem eneganbalid, magdagdo dulemar napa eggised anna bular, esergan obesad. Galumar we nada ggine gueb eneganbali sogmardo dulemar egangued niggye napa eggised anna bular.

Dulegayaba Bibiguad

Igar Dummad, Dulemar Igar, Igargan Dule, Dule Napamar, Galu dummagan sogsad, Igargan Eneganbalid.

INTRODUCCIÓN

La República de Panamá a nivel constitucional en materia del Derecho Indígena, como normas que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, fue de gran avance en su momento histórico. En la actualidad es la más atrasada si comparamos con las Constituciones latinoamericanas modernas como la Constitución de la República de Ecuador de 2008, Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2009, entre otras.

Son a través de las Leyes secundarias como las Leyes comarcales, Leyes nacionales y Decretos Ejecutivos, los que han permitido el desarrollo de los pocos artículos que se encuentran en la Constitución panameña sobre los derechos de los pueblos indígenas. Panamá ha suscrito instrumentos internacionales relacionados con los Derechos de los Pueblos Indígenas y también ha reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo tanto, las autoridades y los Tribunales panameños tienen que tomar en cuenta dichas normativas internacionales y las decisiones y opiniones que emitan los organismos internacionales.

Los Tribunales panameños específicamente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y sus Salas especializadas, han conocido y pronunciado sobre la materia de tierras indígenas. La Jurisprudencia constituye en las ciencias jurídicas como fuente del Derecho, a través de la cual el Juez o los Tribunales interpretan las normas y las aplican en los casos concretos, a través de un razonamiento lógico: praxis jurídica.

1. RÉGIMEN JURIDICO DE TIERRAS INDIGENAS

1.1. Las Tierras Indígenas en las Constituciones de Panamá

La Constitución de un país es la Ley Fundamental de una sociedad, parafraseando a Jean Jacobo Rousseau es el Pacto Social o El Contrato Social. Las primeras leyes en materia indígena que la nueva República emitió, tenía como objetivo civilizar a las tribus salvajes, refiriéndose a los pueblos indígenas, e “integrar a la cultura nacional”.

En la vida constitucional de Panamá, la temática indígena se incluyó por primera vez después de la Revolución Guna o Dule de febrero de 1925. Después de los hechos históricos que establecieron la nueva relación entre el pueblo Guna y el Estado panameño, aparece por primera vez en el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley Fundamental panameña (segundo párrafo del artículo 5 de la Constitución de 1972), que estableció **la Asamblea Nacional podrá crear comarcas, regidas por leyes especiales, con territorio segregado de una o más provincias** (Acto Legislativo de 20 de Marzo de 1925 y 25 de Septiembre de 1928).

De acuerdo a los constitucionalistas panameños la Constitución de 1946 ha sido la mejor Carta Magna panameña. La Tercera Constitución de Panamá, incluye por primera un capítulo especial sobre las comunidades indígenas o los pueblos indígenas. El artículo 94 de la Constitución de 1946 estableció lo siguiente:

Artículo 94. El Estado dará protección especial a las colectividades campesinas e indígenas con el fin de integrarlas de manera efectiva en la comunidad nacional en cuanto a sus normas de vida, lo económico, lo político y lo intelectual. La acción relativa a los indígenas se efectuará conservando y desarrollando al mismo tiempo los valores de la cultura autóctona.

La norma transcrita tenía la idea que los pueblos indígenas (comunidades indígenas), hay que darle *protección especial a fin de integrarlas de manera efectiva en la comunidad nacional en cuanto a sus normas de vida (Derecho), lo económico, lo político y lo intelectual. La acción relativa a los indígenas se efectuará conservando y desarrollando al mismo tiempo los valores de la cultura autóctona.* Hasta el día de hoy todavía se mantiene casi integralmente esta normativa constitucional en el artículo 124, que *el Estado dará atención especial a las comunidades campesinas e indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional.*

El literal *a* del artículo 95 de la Constitución de 1946 previó que para cumplir con los fines de la integración económica de dichas colectividades, el Estado debe dotar gratuitamente a los indígenas las tierras de labor necesarias, expidiéndoles el título de propiedad correspondiente. Además, se establecía que *cuando falten tierras baldías nacionales en estas condiciones, se expropiarán las tierras particulares incultas u ociosas. Dichas expropiaciones sólo se llevarán a efecto cuando se trate de terrenos incultos que excedan de cien hectáreas o que siendo de menor extensión pertenezcan a personas que no se dediquen exclusivamente a la agricultura o a la ganadería como medio de subsistencia.* Las tierras de las comunidades indígenas no podían ser adjudicadas a cualquier título (propiedad privada), y *se reconoce la existencia de las reservas indígenas ya establecidas* (literal b del artículo 95).

La Constitución actual de Panamá en el artículo 126 para el cumplimiento de los fines de la política agraria, el Estado realizará varias actividades, una de ella es *dotar a los campesinos de las tierras de labor necesaria y regular el uso de las aguas. La Ley podrá establecer un régimen especial de propiedad colectiva para las comunidades campesinas que lo soliciten.*

A pesar que la normativa antes cita no establece en forma expresa como la de otorgar tierras a favor de los pueblos indígenas, la última parte del articulado dice que *la política establecida para el desarrollo de este capítulo será aplicable a las comunidades indígenas (pueblos indígenas) de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural.* Es decir, el artículo 126 es aplicable a los pueblos indígenas, por ende, el Estado también tiene que dotar a los pueblos indígenas de las tierras de labor necesarias y la Ley podrá establecer un régimen especial de propiedad colectiva para los pueblos indígenas que lo soliciten.

El artículo 127 de la Constitución actual es más clara sobre el compromiso del Estado de dotar tierras colectivas a favor de los pueblos indígenas y prevé lo siguiente:

Artículo 127. El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.

La norma constitucional antes transcrita fue incluida en la Constitución de 1972, recordemos que se constituyó en esa Carta Magna la nueva institución política llamada Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, y en ella es la primera vez los pueblos indígenas participaron directamente, a través de sus propios Representantes de Corregimiento, los cuales son elegidos por ellos mismos. El artículo 127 de la Constitución prevé un compromiso en materia de tierras indígenas, al establecer que el Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de tierras indígenas, las cuales estarán bajo el sistema de propiedad colectiva y en ella se prohíbe la apropiación privada y la Ley que regulará el procedimiento para constituir la propiedad colectiva de tierras indígenas. La norma en análisis es parte del *Capítulo 8º Régimen Agrario, Título III Derechos y Deberes Individuales y Sociales*, es decir, es parte de las normas de las políticas agrarias que el Estado panameño debe crear, y a nivel de doctrina constitucional se le conoce como los Derechos Sociales.

1.2. Tierras Indígenas en las Leyes Comarcales

1.2.1. Comarca Gunayala

La Ley No. 16 de 19 de febrero de 1953, que organiza la Comarca de San Blas (Kuna Yala-Gunayala), reconoce las tierras a favor de los Gunas a fin de utilizarlas en la agricultura (Parágrafo 3º del artículo 1). Además, en el artículo 21 establece que éstas tierras no serán adjudicadas por los no indígenas, al menos que la solicitud de adjudicación sea aprobada por dos Congresos Generales Gunas. En la actualidad existe una norma interna del Congreso General Guna que prohíbe en forma expresa la adjudicación de tierras por parte de los no indígenas.

El *Parágrafo 4º del artículo 1* de la Ley 16 de 1953, reconoce los derechos de los no indígenas al establecer que *también quedan excluidos de los efectos de este artículo todos los derechos legalmente adquiridos por personas naturales o jurídicas antes de la vigencia de esta Ley*. Es decir, las personas naturales o jurídicas que adquirieron tierras antes de la Ley 16 de 1953, se les va respetar sus derechos ya adquiridos sobre las tierras indígenas.

La Ley de la Comarca Gunayala, Ley 16 de 1953, ha previsto la situación de abandono de las tierras que fueron adquiridos legalmente. El Artículo 22 de la Ley 16 de 1953 dice que *las tierras situadas dentro de las zonas reservadas para los indígenas, que fueran abandonadas por más de cinco años, se reintegrarán a las reservas, aun cuando hubieran sido adquiridas por adjudicación, posesión o cualquier otro título de concesión*. Eso significa, las tierras que tenían títulos o derechos posesorios, no tendrán valor jurídico si son abandonadas por más de cinco años, y las cuales serán revertidas automáticamente como parte de la propiedad colectiva de la Comarca Gunayala.

1.2.2. Comarca Emberá -Wounaan

La Ley No 22 de 8 de noviembre de 1983, crea la Comarca Emberá-Wounaan, la cual cuenta con dos porciones de globos de terrenos, área de Cémaco y área de Sambú. En esta Comarca habitan dos pueblos indígenas, los Emberá y los Wounaan, éstos últimos son la minoría.

El Artículo 2 de la Ley 22 de 1983 establece que *las tierras delimitadas en esta Ley, con excepción de las que sean propiedad privada, constituyen patrimonio de la Comarca Emberá para el uso colectivo de los grupos indígenas Emberá y Wounaan, con objeto de dedicarlas a las actividades agropecuarias e industriales, así como a otros programas con que se promueva su desarrollo integral; por lo tanto se prohíbe la apropiación privada o enajenación de dichas tierras a cualquier título.* Es decir, las tierras dentro de esa comarca es patrimonio colectivo de los pueblos Emberá y Wounaan, además, se reconoce la propiedad privada de tierras de los no indígenas que se constituyó antes de la Ley de la Comarca Emberá-Wounaan.

También en el artículo 5 de la Ley 22 de 1983 establece que *se respetarán los derechos posesorios que cualquier persona tenga sobre parte de las tierras de la Comarca Emberá, siempre que el poseedor demuestre ante la Reforma Agraria, que ha estado desarrollando actividades del sector primario en forma pacífica y continua.* Además, prevé que *estos derechos posesorios serán transmisibles por causa de muerte a los herederos del colono que estén trabajando la tierra, a quienes se les reconocerá el mismo mediante procedimiento ante la Reforma Agraria, y con traslado al Alcalde Comarcal. La enajenación de los derechos posesorios por actos entre vivos se ajustará al derecho de opción preferencial a favor de la Comarca establecido en el artículo tercero.*

Al igual que la Ley de la Comarca Gunayala, la Ley de la Comarca Emberá-Wounaan, reglamenta el abandono de tierras, y el Parágrafo del artículo 5 estableció que *el abandono en el uso de la tierra por parte del poseedor, durante un término mayor de dos (2) años, dará lugar a que esas tierras se integren al uso colectivo de la Comarca, mediante procedimiento administrativo que el Alcalde Comarcal promoverá ante la Reforma Agraria, la cual resolverá con traslado a los presuntos afectados, y mediante previa investigación.* El artículo 3 de la Ley 22 de 1983 regula la venta de fincas privadas, así como de las mejoras existentes dentro de la Comarca, pero podrá realizarse siempre y cuando se ofrezca, en opción preferencial, a la Comarca Emberá.

1.2.3. Comarca Kuna de Madungandi

La Comarca Kuna de Madungandi fue creada a través de la Ley No. 24 de 12 de enero de 1996, y como todas las leyes comarcales, reconoce la propiedad colectiva de tierras a favor de los pueblos indígenas que han habitado, y su artículo dice que *las tierras descritas en el artículo anterior son de propiedad colectiva de la Comarca Kuna de Madungandi, cuya tenencia, conservación y uso, se reglamentará de acuerdo con la Constitución Política, las leyes nacionales vigentes y las disposiciones de la presente Ley.*

La Ley 24 de 1996 no establece en forma expresa el reconocimiento de la propiedad privada ni los derechos posesorios de los no indígenas, constituidos antes de la Ley de la Comarca. Pero el artículo 21 dice que *se respetará el Acuerdo del 31 de marzo de 1995, suscrito entre indígenas y campesinos que habitan la Comarca Kuna de Madungandi y refrendado por las autoridades del Gobierno*

nacional. Hoy en día este acuerdo sigue siendo como uno de los puntos conflictivos, ya que permite la permanencia de los no indígenas en la Comarca Kuna de Madungandi.

1.2.4. Comarca Ngäbe-Buglé

Mediante la Ley No. 10 de 7 de marzo de 1997 se reconoció la Comarca **Ngäbe-Buglé**. El artículo 9 de la Ley 10 de 1997 establece que *las tierras delimitadas mediante esta Ley, constituyen propiedad colectiva de la Comarca Ngäbe-Buglé, con el objeto de lograr el bienestar cultural, económico y social de su población; por lo tanto, se prohíbe la apropiación privada y enajenación de dichas tierras a cualquier título. Los modos de transmisión, adquisición y modalidades de uso y goce de la propiedad, se realizarán conforme a las normas y prácticas colectivas del pueblo Ngäbe-Buglé*. Además, *se reconocen los títulos de propiedad existentes y los derechos posesorios, certificados por la Dirección Nacional de Reforma Agraria. Las personas que ostenten dichos derechos posesorios, podrán adquirir títulos de propiedad sobre esas tierras*.

Es decir, la Ley 10 de 1997 legaliza en forma colectiva las tierras a favor de los pueblos indígenas Ngäbe y Buglé, que han estado ocupando tradicionalmente, además, reconoce la propiedad privada y los derechos posesorios de los no indígenas, que fueron constituidos antes de la creación de la Comarca. El artículo 12 de la Comarca Ngäbe-Buglé dice que *el Estado y las autoridades indígenas garantizarán y respetarán el derecho al uso y usufructo de las tierras privadas, los derechos posesorios indígenas y no indígenas, así como la propiedad colectiva, dentro de la Comarca Ngäbe-Buglé, y promoverán la convivencia pacífica dentro y fuera de esa jurisdicción*.

También la Ley 10 de 1997 regula la venta de fincas privadas, la cual debe ofrecer en primera opción a la Comarca Ngäbe-Buglé (artículo 10), además, establece que los derechos posesorios serán transferibles por causa de muerte (artículo 11). También regula sobre el abandono de tierras en el parágrafo del artículo 11 que dice *el abandono voluntario y sin apremio o causa justificada del uso de las tierras con derechos posesorios durante un término mayor de dos años, dará lugar a que esas tierras puedan ser reclamadas para que se incorporen al uso colectivo de la Comarca Ngäbe-Buglé. La autoridad tradicional promoverá dicha solicitud ante el alcalde comarcal correspondiente, quien la gestionará ante la Reforma Agraria, la que se resolverá previa investigación con traslado a los afectados. Una vez resuelta dicha reclamación, con concepto favorable, esas tierras se integrarán a la propiedad colectiva de la Comarca Ngäbe-Buglé, previo cumplimiento de los trámites legales. La Carta Orgánica establecerá dicho procedimiento*.

También la Comarca *Ngäbe-Buglé* reconoce y respeta la propiedad privada y los derechos posesorios de los no indígenas y de esta manera, les da seguridad jurídica a las personas que no son miembros Ngäbe ni Buglé.

1.2.5. Comarca Kuna de Wargandí

La Comarca Kuna de Wargandí fue constituida con la Ley No. 34 de 25 de julio de 2000, está ubicada entre la Comarca Gunayala y la provincia de Darién. El artículo 2 de la Ley de la Comarca Kuna de Wargandí establece que *las tierras descritas en el artículo anterior son de propiedad colectiva de la Comarca Kuna de Wargandi, reservadas para lograr el bienestar cultural, económico y social de su población y no podrán ser adjudicadas, enajenadas ni arrendadas a ningún título*. Adicionalmente, ha previsto que *la Reforma Agraria reconocerá los derechos*

posesorios de los habitantes no indígenas que tengan estos derechos, dentro de los límites de la Comarca Kuna de Wargandi, al momento de entrar en vigencia la presente Ley. Las tierras reconocidas a los no indígenas no forman parte de la propiedad colectiva de la Comarca.

La Ley 34 de 2000 también reconoce la propiedad colectiva de tierras a favor de los Gunas, con el fin de lograr el bienestar cultural, económico y social de ellos, las cuales no podrán ser enajenadas ni arrendadas a ningún título, y protege los derechos posesorios y la propiedad privada de los habitantes no indígenas que habían sido reconocida antes de la Ley de la Comarca Kuna de Wargandi.

2. Instrumentos Internacionales sobre Tierras Indígenas

2.1. Control de Convencionalidad

Panamá es parte de las Naciones Unidas, por ende, ha firmado Tratados o instrumentos internacionales de Derechos Humanos. La Constitución panameña establece en su artículo 4 que *la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional*. Siguiendo la normativa constitucional antes menciona el segundo párrafo del artículo 17 establece que *los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona*.

La República de Panamá, a través de sus instituciones como los Tribunales y las entidades administrativas, deben aplicar el Control de Convencionalidad. Los Jueces y los funcionarios administrativos, deben basarse en las normas de los Tratados Internacionales que Panamá ha ratificado y en los fallos de los Tribunales Internacionales que el Estado panameño ha reconocido su jurisdicción.

2.2. Tratados Internacionales

2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Uno de los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue el jurista panameño Ricardo J. Alfaro, el cual fue miembro de la Corte Internacional de Justicia de Haya y de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. La Declaración Universal de Derechos Humanos en el numeral 1 del artículo 17 reconoce tanto la propiedad individual como la propiedad colectiva, además, se respeta la propiedad privada.

Los pueblos indígenas protegen sus tierras en forma colectiva, por ende, el numeral 1 del artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual debe ser entendido que incluye la propiedad colectiva indígena sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente.

2.2.2. Convenio 107 de la OIT de 1957

La República de Panamá ratificó el Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo de 1957, sobre los Pueblos Indígenas, mediante el Decreto de Gabinete No. 53 de 26 de febrero de 1971, por lo tanto, los Tribunales y las autoridades deben tomar en cuenta en la resolución de conflictos que se presenten en su despacho.

El artículo 11 del Convenio 107 de la OIT, previó en el artículo 11 que *se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas*. Es decir, no solamente los pueblos indígenas pueden tener las tierras a través del sistema de propiedad colectiva, sino también pueden obtener las tierras en forma privada.

Además, el artículo 13 del Convenio 107 de la OIT de 1957, ha previsto que *los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social*. Por otro lado, *se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan*.

2.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

El Estado panameño ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la Ley No. 15 de 28 de noviembre de 1977, por lo tanto, es Ley de República. En el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la protección de la propiedad privada y dice así:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce de interés social.**
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.**
- 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.**

En base a la interpretación evolutiva de la normativa transcrita la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la propiedad colectiva a favor de los pueblos indígenas. En el presente trabajo analizaremos algunos fallos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido en materia de tierras indígenas.

2.2.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Panamá en el momento de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiembre de 2007, votó a favor de la misma. Este instrumento internacional ha sido citado por la Corte Suprema de Justicia en los fallos sobre la temática indígena.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contiene normas sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente y su relación espiritual con los pueblos indígenas (artículo 25). También establece que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido (numeral 1 del artículo 26). Igualmente prevé que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección

jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (numeral 2 del artículo 26).

2.2.5. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, fue aprobada el 14 de Junio de 2016, y también tuvo voto favorable de Panamá. El artículo XXV de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, contiene normativa sobre el derecho a la tierra a favor de los pueblos indígenas y los modos tradicionales de propiedad que es la colectividad.

También ha previsto que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos. Además, prevé que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido.

Se estableció compromisos a los Estados como el de asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos, y debe respetar las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, y para eso se debe establecer regímenes especiales apropiados, para el reconocimiento y efectiva demarcación o titulación de tierras colectivas indígenas.

2.3. Jurisprudencia Internacional

2.3.1. Awas Tingui

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, fue la primera vez que realizó una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual en forma expresa solo prevé la propiedad privada. En la sentencia antes descrita la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 148, consideró que mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

En el párrafo 149 de la Sentencia de 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad, además, la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo de Awas Tingui incluyó en su análisis el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, el cual establece un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas.

El tercer párrafo del Artículo 5 de la Constitución de Nicaragua dice lo siguiente:

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.

Sí analizamos y comparamos la norma antes cita con los artículos 5, 90 y 127 de la Constitución panameña, llegaremos a la conclusión que son iguales en materia de reconocimiento de la autonomía indígena, la identidad étnica y la propiedad colectiva de tierras a favor de los pueblos indígenas.

2.3.2. Caso de Bayano

En el caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros V.S. Panamá, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 14 de octubre de 2014, condenó al Estado panameño por no cumplir con el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al no asegurar legalmente las tierras que han estado ocupando tradicionalmente los pueblos indígenas y obligó a Panamá a otorgar títulos colectivos a favor de ellos.

Uno de los puntos relevantes es el párrafo 233 de la Sentencia de 14 de octubre de 2014, que dice:

233. Además, el Estado debe realizar las medidas necesarias para dejar sin efecto el título de propiedad privada otorgado al señor C.C.M. dentro del territorio de la Comunidad Emberá de Piriati en el plazo máximo de 1 año desde la notificación de la presente Sentencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia anuló el título de propiedad privada que fue otorgado sobre las tierras de la comunidad emberá de Piriati, que en su momento no tenía título colectivo, por lo tanto, el Estado debe tomar medidas necesarias para cumplir con el párrafo 233 de la sentencia antes mencionada.

2.3.3. Caso Kaliña y Lokono

En el caso Pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del día 25 de noviembre de 2015, analizó el tema de derecho de reivindicación de las tierras tradicionales indígenas que tengan títulos privados sobre los mismos, por los no indígenas. En los párrafos 143, 149 y 151 de la sentencia del día 25 de noviembre de 2015, la Corte determinó lo siguiente:

143. En el presente apartado, corresponde al Tribunal analizar las alegadas afectaciones con motivo de la titulación a terceros en el territorio reclamado como tradicional por los Pueblos Kaliña y Lokono y con ello determinar sí, en su caso, les asiste el derecho a la reivindicación en su favor. Por ello, el Tribunal considerará la existencia de dichos títulos, la posesión de las tierras reclamadas, la vigencia del derecho de reivindicación, así como la ponderación entre los derechos a la propiedad privada y colectiva.

149. De igual manera, tal cómo se estableció en los casos de las comunidades indígenas de *Moiwana*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* y *Xákmok Kásek*, la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales, por lo que mientras esa relación exista, el derecho a solicitar la reivindicación de dichas tierras permanecerá vigente. Si esta relación hubiera dejado de existir, también se extinguiría ese derecho¹. En este sentido, la Corte analizará el derecho de los Pueblos Kaliña y Lokono a solicitar la reivindicación de sus territorios tradicionales.

151. Para determinar la existencia de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que: i) ésta puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura². El segundo elemento implica que los miembros de los pueblos indígenas no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales³.

En resumen, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del día 25 de noviembre de 2015, determinó que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación holística con las tierras que han ocupado tradicionalmente en forma colectiva, y al mantener dicha relación los pueblos indígenas tienen el derecho a solicitar la reivindicación de las tierras, aunque tenga título o esté bajo el régimen de propiedad privada, y la Corte concluyó que los Pueblos Kaliña y Lokono, tienen derecho a solicitar la reivindicación de sus territorios tradicionales.

¹ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra*, párrs. 131 y 133; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párrs. 131, 135, 137 y 154; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra*, párrs. 127, 130 y 131, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párr. 112.

² Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 154, y *Caso Pueblo Indígena Sarayaku*, *supra*, párr. 148.

³ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra*, párr. 132, y *Caso Pueblo Indígena Sarayaku*, *supra*, párr. 148.

2.3.4. Caso Xucuru

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros contra Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018, además, de ratificar la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la propiedad privada y los derechos territoriales de los pueblos indígenas, y decidió lo siguiente:

125. Lo anteriormente señalado no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, deben prevalecer los últimos por sobre los primeros⁴. Ya esta Corte se ha pronunciado sobre las herramientas jurídicas necesarias para resolver estas situaciones⁵. La Corte reitera su jurisprudencia en el sentido que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad colectiva de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana⁶. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, o cuando el derecho a la propiedad colectiva indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁷ (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro⁸, sin que la limitación a este último, implique la denegación de su subsistencia como pueblo⁹. El contenido de cada uno de estos parámetros ha sido definido por el Tribunal en su jurisprudencia (*Caso Comunidad indígena Yakye Axa*¹⁰ y en adelante).

126. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado¹¹, sin discriminación alguna y tomando en cuenta los criterios y circunstancias anteriormente señaladas, entre ellas, la

⁴ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 149, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 158.

⁵ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párrs. 149, 151 y 217 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 158.

⁶ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 143, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 155.

⁷ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 144 y 146, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 155. **Sobre el juicio de proporcionalidad puede verse en el mismo sentido: *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 51, y *Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 127*.**

⁸ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 143, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 155.

⁹ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 143, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 155.

¹⁰ El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social”. La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido. Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párrs. 145 y ss, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 155.

¹¹ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, párr. 136 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 156.

relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus tierras¹². No obstante, la Corte estima pertinente hacer una distinción entre la ponderación de derechos que en ocasiones resultará necesaria durante un proceso de reconocimiento, demarcación y titulación de los derechos territoriales de los pueblos interesados; y el proceso de saneamiento. Éste último normalmente requerirá que los derechos de propiedad colectiva ya hayan sido definidos.

En síntesis, la Sentencia de 5 de febrero de 2018, determinó cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, o cuando el derecho a la propiedad colectiva indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, hay que analizar cada caso, buscar la proporcionalidad, basándose en la utilidad pública e interés social, sin afectar el derecho a las tierras tradicionales por parte de los pueblos indígenas, sino sería la denegación de su subsistencia como pueblo.

3. LEY DE TIERRAS COLECTIVAS

3.1. Antecedentes

Muchas comunidades indígenas Emberá y Wounaan quedaron fuera de las comarcas, especialmente de la Comarca Emberá-Wounaan, por lo que sus tierras no tenían seguridad jurídica frente a las invasiones ilegales producto de la expansión de las fronteras agrícolas, y para asegurar las tierras de las comunidades emberá que fueron trasladadas por la construcción de la Represa de Bayano, se aprobó la Ley No. 72 de 23 de diciembre de 2008, *Que establece el procedimiento especial para la Adjudicación de la Propiedad Colectiva de Tierras de los Pueblos Indígenas que no están dentro de las Comarcas*.

El Estado panameño a través del Acuerdo Mutuo, firmado el 15 de agosto de 1984, con los representantes de las comunidades emberá, por el desplazamiento de sus tierras ancestrales, era la demarcación de la reserva emberá en las áreas de Ipetí y Piriati (Alto Bayano, Corregimiento de Tortí, Distrito de Chepo, Provincia de Panamá). Basándose en el Acuerdo Mutuo y fundamentando en el artículo el suscrito el día 13 de junio de 1995 en representación de la comunidad Emberá de Ipetí presentó una solicitud de demarcación y adjudicación de tierras colectivas a título gratuito ante el Presidente de la República.

Después de varios años de cabildeo legislativa y de discusión, se aprobó la Ley No. 72 de 23 de diciembre de 2008, *Que establece el procedimiento especial para la Adjudicación de la Propiedad Colectiva de Tierras de los Pueblos Indígenas que no están dentro de las Comarcas*, su primer artículo estableció que esta Ley tiene como objetivo establecer el procedimiento especial para la adjudicación gratuita de la propiedad colectiva de tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas, en cumplimiento del artículo 127 de la Constitución Política de la República de Panamá.

¹² Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural. *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 146, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname*, párr. 156.

3.2. Procedimiento

Según el artículo 4 de la Ley 72 de 2008 que el Estado, a través de la Dirección Nacional de Reforma Agraria del Ministerio del Desarrollo Agropecuario, reconocerá las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas y les adjudicará el título de propiedad colectiva, según procedimiento establecido en la presente Ley. Mediante la Ley No. 59 de 8 de octubre de 2010, conocida como la Ley de Autoridad Nacional de Administración de Tierras, unifica las competencias de la Dirección General de Catastro, la Dirección Nacional de Reforma Agraria, el Programa Nacional de Administración de Tierras y el Instituto Geográfico Nacional Tommy Guardia y dicta otras disposiciones.

Mediante el literal d del numeral 3 del artículo 8 de la Ley 59 de 2010, creó la *Dirección Nacional de Tierras Indígenas y Bienes Municipales*, como uno de los órganos operativos, la cual sería la entidad encargada del trámite de la solicitud de título colectivo gratuito de tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblo indígenas de parte de las comunidades indígenas que quedaron fuera de las Comarcas, como lo establece el artículo 4 de la Ley 72 de 2008.

En el artículo 6 de la Ley de Procedimiento Especial para la Adjudicación de la Propiedad Colectiva de Tierras de los Pueblos Indígenas que no están dentro de las Comarcas, ha enumerado los requisitos para solicitar título colectivo de tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas, y son los siguientes documentos:

- Plano o croquis del área que es objeto de la solicitud;
- La certificación de las Contraloría General de la República del censo poblacional de la comunidad;
- La certificación de la Dirección Nacional de Política Indígena del Ministerio de Gobierno y Justicia de la existencia de la comunidad o comunidades solicitantes, fundamentada en informes y estudios previos;

El último párrafo del artículo 6 de la Ley antes citada, previó que las respectivas instituciones del Estado expedirán los documentos señalados en un término no mayor de treinta días y de forma gratuita.

3.3. Títulos Colectivos Indígenas

En base a la Ley No. 72 de 23 de diciembre de 2008, Que establece el procedimiento especial para la Adjudicación de la Propiedad Colectiva de Tierras de los Pueblos Indígenas que no están dentro de las Comarcas, la Autoridad Nacional de Administración de Tierras ha otorgado cinco títulos colectivos de tierras a favor de las comunidades indígenas: Puerto Lara, Resolución 5-0727 de 29 de mayo de 2012; Caña Blanca, Resolución 5-0728 de 29 de mayo de 2012, Piriati, Resolución ADMG-164-2014 de 30 de abril de 2014, Ipetí, Resolución ADMG-012-2015 de 19 de enero de 2015, Arimae, Resolución ADMG-229-2015 de 12 de octubre de 2015.

El artículo 10 de la **Ley No. 72 de 23 de diciembre de 2008**, *Que establece el procedimiento especial para la Adjudicación de la Propiedad Colectiva de Tierras de los Pueblos Indígenas que no están dentro de las Comarcas*, también incluyó que las adjudicaciones que se realicen de

acuerdo con esta Ley no perjudicarán los títulos de propiedad existentes y los derechos posesorios certificados por la Dirección Nacional de Reforma Agraria, hoy la Autoridad Nacional de Tierras. Más adelante analizaremos fallos sobre los conflictos entre Propiedad Privada y las Tierras Colectivas Ancestrales.

4. JURISPRUDENCIA PANAMEÑA SOBRE TIERRAS COLECTIVAS INDÍGENAS

4.1. Fallo de Demanda de Inconstitucionalidad de 24 de septiembre de 1993

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante el fallo del día 24 de septiembre de 1993¹³, aunque la temática de la demanda de inconstitucionalidad no era sobre la temática indígena, ya que se trataba sobre Asentamientos Campesinos, los cuales siguen la filosofía de las tierras colectivas, el Magistrado Ponente Arturo Hoyos incluyó sobre las tierras indígenas. El fallo antes mencionado fue el primer pronunciamiento sobre tierras colectivas indígenas. Para la mejor comprensión del análisis del fallo, las normativas que aparecen entre paréntesis se refieren a las normas vigentes en la actualidad, ya que fueron corridas en la última reforma constitucional que fue en 2004 y el pronunciamiento del Pleno de la Corte fue en 1993.

En su análisis el Magistrado Arturo Hoyos dice que la Constitución contiene tres clases de propiedad: **la primera**, la propiedad privada, la cual está garantizada en el artículo 44 de la Constitución (*artículo 47*) **la segunda**, la propiedad del Estado, en sentido amplio, a la cual se refieren los artículos 254, 255 (257 y 258) y siguientes de la Constitución y en cuanto a otras modalidades tales como las entidades autónomas, semiautónomas o empresas de utilidad pública, los artículos 281 y 282 (286 y 287) de la Constitución. En el plano municipal se refieren a este tipo de propiedad los artículos 243 (246) y 244 (247) de la Constitución; y, **tercera**, la propiedad colectiva a la cual se refieren los artículos 122, numeral 1ro. (*Numeral 1ero del artículo 126*) y 123 (127) de la Constitución.

Siguiendo con su análisis el Magistrado Arturo Hoyos menciona que a nivel constitucional existen dos clases de propiedad colectiva: para las comunidades campesinas están previstas en el artículo 122 de la Constitución (*artículo 126*) y, para las comunidades indígenas a fin de que estas logren su bienestar económico y social (*artículo 127*); que la propiedad colectiva es distinta tanto de la propiedad privada como de la propiedad del Estado y la misma Carta Magna ha previsto que esta categoría de propiedad (propiedad colectiva) esté sujeta a un régimen legal diferente de las otras. Para la mejor comprensión de la importancia de la Propiedad Colectiva de Tierras, a favor de las comunidades indígenas y pueblos indígenas, vamos transcribir una parte del primer fallo en materia de tierras colectivas indígenas y dice así:

...

Cuando la Constitución consagra, de manera excepcional, la institución de la propiedad colectiva para las comunidades indígenas y campesinas lo hace en interés de una colectividad, de un grupo social, cuyo bienestar, en cuanto grupo, se quiere preservar. No persigue aquí la Constitución proteger al individuo sino en la medida en que sea parte de un grupo y es la supervivencia de este último la que se quiere

¹³ Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Demanda de Inconstitucionalidad propuesta por el Licdo. Luis Huerta Dávalos en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley No. 23 de 21 de octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, Veinticuatro (24) de septiembre de Mil Novecientos Noventa y Tres (1993).

asegurar a través de un tipo de propiedad que le otorgue continuidad a las comunidades indígenas y campesinas.

Es evidente que ese propósito de asegurar el bienestar y la continuidad de las comunidades campesinas e indígenas se desvirtuaría si los individuos que integran estos grupos pudieran individualmente disponer de la propiedad colectiva. Igualmente resultaría ilusorio ese objetivo del ordenamiento constitucional, de asegurar el bienestar y la continuidad de comunidades indígenas y campesinas, si éstas pudieran arrendar o vender las tierras que les ha transferido la Nación precisamente para el logro de la finalidad citada.

Si la nación se impone un sacrificio al transferir determinadas propiedades a las comunidades indígenas y campesinas porque la permanencia de éstas es un valor protegido en la Constitución, carecería de sentido que la propiedad colectiva se sujetara a las mismas normas legales que la propiedad privada, cuyo reconocimiento constitucional obedece a otras razones distintas de las que han impulsado el establecimiento, en estos dos casos excepcionales, de la propiedad colectiva.

Hay que enfatizar que el artículo 123 de la Constitución al referirse a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas establece una prohibición de apropiación privada de las tierras.

...

El Estado panameño ha reconocido a nivel constitucional la propiedad colectiva a favor de las comunidades campesinas y pueblos indígenas, para reconocer a favor de ellos sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente, a fin de proteger los intereses colectivos de ellos, por ende, la propiedad privada es limitada frente a ese institución colectiva agraria, ya que la norma constitucional se encuentra en el Capítulo 8° Régimen Agrario, Título III Derechos y Deberes Individuales y Sociales. El fin de la propiedad colectiva es garantizar la supervivencia de la cultura indígena y campesina, para asegurar la continuidad y bienestar de dichos grupos humanos, la filosofía de vida ellos están interconectados con la tierra, sobre todo su relación holística con la naturaleza.

El Pleno de la Corte en el fallo del día 24 de septiembre de 1993 también analizó el artículo 287 (artículo 292), el cual señala que no habrá bienes que no sean de libre enajenación ni obligaciones redimibles, salvo lo dispuesto en los artículos 58 y 123 (artículo 127) de la Constitución. El mismo artículo prevé un término máximo de veinte (20) años para las limitaciones temporales al derecho de enajenar. De acuerdo al Magistrado Ponente, que existe el principio de interpretación constitucional que la doctrina conoce como el principio de la unidad de la constitución¹⁴, el cual es aplicable al analizar el artículo 287 (292). Es decir, que no se puede interpretar o aplicar las normas constitucionales en forma aislada *sino que debe entenderse de manera armónica con el resto del ordenamiento constitucional.*

La Corte en su sentencia del día 24 de septiembre de 1993, siguió determinando lo siguiente:

...

En ese sentido es evidente que el artículo 287 de la Constitución es aplicable fundamentalmente a los bienes de propiedad privada y que no se refiere a los

¹⁴ Para mayor información pueden consultar la obra del Magistrado Ponente Arturo Hoyos llamada *La interpretación constitucional.*

bienes de propiedad del Estado ni a los de propiedad colectiva. Así, por ejemplo, los bienes del Estado previstos en el artículo 255 de la Constitución que son bienes de uso público, no pueden ser objeto de apropiación privada y, por lo tanto, no pueden ser vendidos por el Estado a los particulares. Asimismo, el artículo 123 de la Constitución señala que las tierras de propiedad colectiva de las comunidades indígenas tampoco pueden ser objeto de apropiación privada, por lo que también son inalienables. (Los subrayados son nuestros)

...

Los artículos 287 y 123, son los artículos 292 y 127 de la Constitución actual. El fallo de la Corte es claro que no puede haber apropiación privada sobre los bienes que se encuentran mencionados en el artículo 255 ni las tierras que están parte del artículo 127 de la Carta Magna panameña actual. Las tierras colectivas están bajo un régimen especial a fin de proteger los intereses colectivos de un grupo social y cultural, y en el artículo 127 de la Ley Fundamental panameña, ha previsto las tierras colectivas a favor de los pueblos indígenas y sobre éstas tierras se prohíben la apropiación privada, por ende, son inalienables.

Pero la Propiedad Colectiva de Tierras que está plasmada en el artículo 127 de la Constitución no puede afectar la propiedad privada, la cual que se encuentra en el artículo 47, por eso al aplicar éstos dos derechos constitucionales se deben analizar e interpretar basándose en el principio de la unidad de la constitución. Siguiendo este principio constitucional en todas las leyes comarcales se han establecido que se reconocen los derechos posesorios y propiedad privada reconocidos por la entidad de reforma agraria previamente a las leyes comarcales.

4.2. Fallo de Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad de 12 de abril de 2017

En la Sentencia del día 12 de abril de 2017, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, se analizó sobre la legalidad del artículo 15 del Decreto Ejecutivo No. 194 de 25 de agosto de 1999, por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Ngäbe Buglé. Para mejor comprensión del presente trabajo, el artículo 15 de la Carta Orgánica Ngäbe Buglé, dice lo siguiente:

Artículo 15. El área de Zapotal, en el Distrito de San Lorenzo, donde los compañeros Ngäbe del Distrito de Besiko, usufructúan, desde hace muchos años, la actividad de explotación salinera, estará vinculado al territorio de la Comarca Ngäbe-Buglé.

Esta área comprende una superficie de treinta y tres (33) hectáreas, según acuerdo sostenido entre el General Omar Torrijos Herrera (q.e.p.d.), los hermanos Gilberto y Nicolás Álvarez, la dirigencia Ngäbe-Buglé de 1972, ubicada en el Litoral Pacífico, su uso y administración se determinará en sus reglamentos internos, elaborados por una comisión bajo la Dirección del Congreso Local del Distrito de Besikó.

De acuerdo a la parte actora de la demanda de ilegalidad del artículo 15 del mencionado Decreto Ejecutivo, en su alegato planteaba que existía una finca, la cual está registrada en el Registro Público como propiedad privada de una empresa, que dicha finca no forma parte de las delimitaciones del territorio comarcal y áreas anexas de la Comarca Ngäbe-Buglé, que se encuentran definidas en la Ley No.10 de 7 de marzo de 1997. El conflicto era entre la propiedad privada de la empresa y la alegación de que dicho terreno constituye tierras tradicionalmente ocupadas y usufructuadas por la comunidad indígena Ngäbe-Buglé.

En su análisis la Sala Tercera en su fallo día 12 de abril de 2017, ratifica que la Comarca Ngäbe-Buglé, constituye una división política especial en el territorio de la República de Panamá, cuya organización, administración y funcionamiento están sujetos al régimen especial establecido en esta Ley, a la Carta Orgánica y a la Constitución Política. Además, del cumplimiento del derecho interno, también Panamá debe cumplir con los compromisos adquiridos al ser partícipe de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 13 de septiembre de 2007; es *deber del Estado, a través de sus entidades, de garantizar a través de sus leyes y de sus autoridades, la participación, la participación en todos los aspectos de relevancia nacional, y más aún cuando se trata de temas que puedan impactar su mundo, sus tradiciones y costumbres y su relación con la tierra y los recursos, que es esencial para su existencia física, cultural y colectiva.*

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en su fallo del día 12 de abril de 2017, cita el escrito del jurista ecuatoriano Osvaldo Ruíz Chiriboga, titulado Propiedad Comunal vs Propiedad Privada e Intereses Estatales¹⁵, a continuación dice así:

...

El siguiente paso tiene que ver con la posibilidad de que las tierras de una comunidad indígena o tribal estén en manos de terceros inocentes -que actuaron de buena fe al adquirirlas- y que el derecho de tal comunidad a reclamarlas permanezca vigente.

Lo primero que se debe tener presente es que ambos derechos gozan del mismo nivel de protección de la CADH y, por ello, no puede alegarse sin más que siempre que se presenta esa colisión de derechos uno prevalezca sobre el otro. Así lo señaló el Tribunal cuando expuso que

...el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo 'objetivo y fundamentado' suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales.

Asimismo señaló la Corte que no siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalecen los últimos sobre los primeros.

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta es que en ciertos casos, otros bienes, derechos o principios pudiesen estar acompañando al derecho a la propiedad privada o al derecho a solicitar la devolución de las tierras tradicionales, de tal forma que sea un conjunto de derechos el que esté en pugna con otro conjunto de derechos, o uno contra varios. Por ejemplo, podría darse el caso de que en las tierras que la comunidad reclama se encuentren cementerios, lugares sagrados o de culto o bienes culturales indispensables para el ejercicio de su libertad religiosa y el mantenimiento de su cultura. Asimismo, podría ser que en las tierras tradicionales esté asentado un centro de atención a niños que recibe

¹⁵ RUIZ CHIRIBOGA, Osvaldo. PROPIEDAD COMUNAL VS PROPIEDAD PRIVADA E INTERESES ESTATALES. En *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pág. 239-259. En la sentencia del día 12 de abril de 2017, la Sala Tercera cita páginas 245-547.

un gran número de enfermos, quienes quedarían sin atención de entregarse las tierras a los indígenas.

...

La Sala Tercera Corte Suprema de Justicia hace suya la opinión del jurista ecuatoriano Osvaldo Ruíz Chiriboga, y resumiendo, determinó cuando las tierras de las comunidades indígenas estén en poder de terceras personas, que adquirirlas lo realizó de buena fe, el derecho de los pueblos indígenas a reclamarlas no pierden; *el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo 'objetivo y fundamentado' suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales.* Es decir, aunque la tierra objeto de la solicitud de titulación colectiva a favor de los pueblos, esté bajo el régimen de propiedad privada o tenga título, no es óbice para negar automáticamente la solicitud indígena, ya que sino *el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales.*

4.3. Fallo de Demanda de Inconstitucionalidad de 28 de diciembre de 2017

En su momento se presentó una Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 10 y 17 de la Ley No. 72 de 2008, y a través del fallo del Pleno de la Corte del día 28 de diciembre de 2017¹⁶, bajo la ponencia del Magistrado Jerónimo E. Mejía, se determinó lo siguiente:

..

En este sentido, la Corte observa que el art. 10 lex. cit. pretende brindar una solución al supuesto en el cual, bajo el amparo de la Ley 72 de 2008 alguna comunidad indígena solicite el reconocimiento y adjudicación de tierras sobre las cuales otra persona que no es miembro de esa comunidad tenga un título de propiedad o derecho posesorio certificado por la Dirección Nacional de Reforma Agraria. A juicio del Pleno, esta disposición per se, no tiene la entidad de afectar la propiedad colectiva indígena que resguarda el artículo 127 de la Constitución y tampoco desconoce la identidad étnica de los pueblos indígenas, protegida en el artículo 90 de la Norma Fundamental ya que, como bien señala la Procuraduría de la Nación, es una disposición dirigida a resolver un problema actual, reconociéndole a los pueblos indígenas que no se encuentran dentro de Comarcas, los derechos consagrados constitucionalmente en los artículos 90 y 127 de la Norma Fundamental, pero sin afectar otros derechos que puedan afectar constituidos y que se encuentran igualmente tutelados por el artículo 47 de la Constitución, que establece la obligatoriedad de garantizar la propiedad privada, previamente constituida. (Los subrayados son nuestros)

...

La Corte determinó que la solicitud de adjudicación de tierras colectivas basado en la Ley No. 72 de 2008, no puede afectar la propiedad privada y los derechos posesorios constituidos previamente; lo que buscan tanto las leyes comarcales, el artículo 10 de la Ley 72 de 2008 y el Fallo de la Corte

¹⁶ Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Demanda de Inconstitucionalidad presentadas por el Licenciado Héctor Huertas, contra los artículos 10 y 17 de la Ley 72 de 2008, publicado en la Gaceta Oficial No. 26193 del 30 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Jerónimo E. Mejía E. Panamá, 28 de diciembre de 2017.

del día 28 de diciembre de 2017, es proteger la seguridad jurídica de las personas que han cumplido los trámites legales para constituir su propiedad privada y los derechos posesorios.

Pero el Fallo de la Corte del día 28 de diciembre de 2017 aclaró como tiene que ser resuelto, cuando existe conflicto entre la propiedad privada y la propiedad tradicional de los pueblos indígenas, y pronunció lo siguiente:

...

El Pleno estima que lo importante es que, de suscitarse situaciones en las que haya conflicto entre los derechos de los miembros de una comunidad indígena a la propiedad tradicional y el derecho de propiedad de terceros o viceversa, las autoridades que deban aplicar el procedimiento de reconocimiento y adjudicación de tierras examinen cuidadosamente las circunstancias del caso concreto a fin de determinar si se trata de un terreno que está en un territorio ancestral sobre el cual la comunidad indígena mantiene la posesión o si se trata de un territorio sobre el cual la comunidad indígena ha perdido la posesión así como si existe relación ancestral o cultural de la comunidad indígena de que se trate con dicho territorio.

...

Es decir, la Corte en el fallo del día 28 de diciembre de 2017, determinó cuando existe conflicto de intereses entre la propiedad de terceros y la solicitud de adjudicación gratuita de tierras colectivas, a favor de las comunidades indígenas que quedaron fuera de las Comarcas, las autoridades estatales, llámese ANATI y los Tribunales, que deban la Ley 72 de 2008, deben estudiar cada caso en particular, tomando en cuenta si se trata de tierras que tradicionalmente los pueblos indígenas han estado poseyendo o mantiene su posesión, o si se trata de un terreno o territorio sobre la cual el pueblo indígena ha perdido la posesión. También tiene que verificar la relación ancestral o cultural, la cual debe ser entendida la relación espiritual que tenga los pueblos indígenas con ese territorio que es parte de la petición, como parte del proceso de adjudicación de título gratuito de tierras a favor de los pueblos indígenas, sobre el territorio que han estado ocupando tradicionalmente.

Es a través del peritaje cultural que se debe probar cual es la relación que tienen los pueblos indígenas sobre las tierras que están solicitando están bajo el título privado o derechos posesorios. Los pueblos indígenas en su uso tradicional deja a la tierra a descansar por muchos años, a fin de regenerar para que la producción sea efectiva; recordemos siempre para los pueblos indígenas la Tierra es su Madre Naturaleza, por lo tanto, ella necesita descansar para engendrar buenos productos, por eso ellos dejan años sin utilizarla, lo que no significa que abandonada estas tierras, sino todavía se mantiene esa relación espiritual y cultural con ella.

En el mundo occidental sí deja a la tierra sin producir o utilizarla, eso significa que dejó de poseer, por ende, pierde la tenencia, y comienza a correr el término de prescripción adquisitiva. En el mundo indígena dejar de utilizar la tierra es parte de su filosofía y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas sobre la Madre Tierra, ya que ella también debe descansar para alimentar sus hijos, a través de los productos de la naturaleza, y para entender esa relación espiritual, filosófica y holística, el Tribunal o la institución debe valerse de peritaje cultural o antropológico.

Es decir, los operadores del procedimiento de la solicitud de título gratuito colectiva sobre las tierras que los pueblos indígenas han estado ocupando tradicionalmente, a pesar que ellas tengan

títulos o propiedad privada o derechos posesorios reconocidos por las autoridades competentes, no pueden negar automáticamente dicha solicitud, sino deben estudiar caso, a fin de determinar si los pueblos indígenas están poseyendo o mantenido esa relación cultural o espiritual, al momento de la petición de parte de ellos.

4.4. Fallo de la Demanda Contencioso Administrativa de Protección Derechos Humanos de 15 de marzo de 2018

El fallo de la Sala Tercera de 15 de marzo de 2018, resolvía el problema jurídico que se había planteado, que era determinar si la entidad demandada que era la Dirección Nacional de Reforma Agraria del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, al emitir una resolución que reconocía los derechos posesorios a favor de una persona que no es indígena en la tierra de la comunidad de Arimae y Emberá Purú, infringió las normas protectoras de derechos humanos, específicamente el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 11 y 13 del Convenio 107 y el artículo 74 de la Ley General de Ambiente. Además, la Dirección Nacional de Reforma Agraria negaba la oposición presentada por la comunidad indígena a la solicitud de posesión a favor de no indígena.

Las normas antes citadas anteriormente están dirigidas a cumplir el objetivo dispuesto en la Constitución y las leyes que regulan la materia, respecto a garantizar el derecho que tienen las comunidades indígenas sobre las tierras colectivas, lo cual no fue realizado por la autoridad demandada cuando emitió la resolución impugnada.

En esa misma línea de pensamiento, consideramos importante resaltar a manera de conclusión, que ha quedado acreditado en el proceso que las demandantes tenían todo el derecho de oponerse a la solicitud de reconocimiento de derechos posesorios presentada por el señor..., y que a las mismas la asistía el derecho sobre dichas tierras, lo cual fue así reconocido posteriormente y que también quedo acreditada mediante los informes tenenciales a los que nos hemos referido en párrafos anteriores, lo cual nos permite determinar que en el presente caso le asiste la razón a las demandantes.

En vista de lo antes planteado, debemos concluir que en el caso que nos ocupa, la autoridad demandada no adoptó las medidas tendientes a garantizar la protección de los derechos humanos que le asisten a las comunidades indígenas demandantes, específicamente los que se refieren a su derecho sobre tierras colectivas, por lo que se ha incurrido violación del ordenamiento jurídico nacional así como a los derechos reconocidos internacionalmente a las comunidades indígenas, contenidos en los artículos 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Panamá, mediante la Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977, los artículos 11 y 13 del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado en Panamá, por el Decreto de Gabinete No. 53 de 26 de febrero de 1971, publicado en la Gaceta Oficial No. 16,812 de 17 de marzo de 1971 y el artículo 74 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente, en consecuencia lo que procede es declarar que es nula, por ilegal la resolución impugnada, así como actos administrativos.

El Fallo de la Demanda Contencioso Administrativa de Protección de Humanos de 15 de marzo de 2018, determinó que los pueblos indígenas de las comunidades de Arimae y de Emberá Purú, tienen derecho a oponerse a la solicitud de proceso de posesión de tierras que presentó el no indígena en el territorio indígena, además, la autoridad de la Reforma Agraria *no adoptó las medidas tendientes a garantizar la protección de los derechos humanos* a favor de los pueblos indígenas, *específicamente los que se refieren a su derecho sobre tierras colectivas*, el cual está plasmado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 11 y 13 del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por Panamá mediante el Decreto de Gabinete No. 53 de 26 de febrero de 1971.

CONCLUSIONES

Las leyes comarcales crean divisiones políticas especiales a favor de los pueblos indígenas, basándose en el Segundo Párrafo del artículo 5 de la Constitución, que establece *la ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público*, y en el artículo 127 de la Constitución. Por ende, las leyes comarcales legalizan las tierras que los pueblos indígenas han estado ocupando tradicionalmente y en ellas obtienen sus alimentos y las plantas medicinales.

La Ley 72 de 2008 desarrolla el artículo 127 de la Constitución, al crear un procedimiento especial para solicitar títulos colectivos a favor de los pueblos indígenas, sobre las tierras que han estado ocupando tradicionalmente. Se han reconocido en base a la Ley mencionada varios títulos colectivos a favor de los Emberá y Wounaan.

En los instrumentos internacionales de derechos humanos se han reconocido que los pueblos indígenas tienen derechos a titular en forma colectiva las tierras que han ocupado tradicionalmente. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido varios fallos reconociendo los derechos de los pueblos indígenas al reconocimiento legal colectivo de las tierras que han ocupado históricamente.

Tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, a través del Pleno y la Sala Tercera, han reconocido los derechos de los pueblos indígenas a solicitar en forma colectiva las tierras que tradicionalmente han ocupado.

Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, han analizado sobre los conflictos entre los títulos privados y los derechos posesorios con la solicitud de adjudicación tierras colectivas, a favor de los pueblos indígenas.

Los fallos han resuelto que se debe estudiar caso en particular y determinar sí los pueblos indígenas están poseyendo o utilizando éstas tierras que es parte de la solicitud de adjudicación colectiva, pero para eso se tienen que tomar en cuenta relación espiritual y cultural que tengan los pueblos indígenas tenga las tierras del objeto de la solicitud.

Se debe practicar el peritaje cultural-antropológico, a fin de entender o comprender esa relación holística y cosmológica, que existe entre la naturaleza con los pueblos indígenas. La Tierra para los pueblos indígenas es su Madre Naturaleza, por ende, se necesita descansar varios años para

seguir produciendo los alimentos, y eso significa dejar por años a ella, los pueblos indígenas mantiene esa relación espiritual y cultural, por lo tanto, no pierde la posesión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni V.S. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros V.S. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblos Kaliña y Lokono V.S. Surinam Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros V.S. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018.

PLENO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Demanda de Inconstitucionalidad propuesta por el Licdo. Luis Huerta Dávalos en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley No. 23 de 21 de octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos y tres (1993).

PLENO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Héctor Huertas, contra los artículos 10 y 17 de la Ley 72 de 2008, publicado en la Gaceta Oficial No. 26193 del 30 de diciembre 2008. Magistrado Ponente: Jerónimo E. Mejía E. Panamá, 28 de diciembre de 2017.

REPÚBLICA DE PANAMÁ. Ley No. 72 de 23 de diciembre de 2008, Que Establece El Procedimiento Especial para la Adjudicación de la Propiedad Colectiva de Tierra de los Pueblos Indígenas que No están Dentro De Las Comarcas. Gaceta Oficial No. 26193 de 30 de diciembre de 2008.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad propuesta por Producción de Granos Sociedad Anónimo para que se Declare Nulo por Ilegal el Artículo 15 del Decreto Ejecutivo Número 194 del 25 de agosto de 1999 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Ngäbe Buglé. Ponente: Abel Augusto Zamorano. Panamá, Doce (12) de abril de Dos Mil Diecisiete (2017).

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTITICA. Demanda Contencioso Administrativa de Protección de Humanos, presentada por el Licenciado Alexis Oriel Alvarado Ávila en representación de la Comunidad de Arimae y Emberá Purú, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. D.N.2165-08 de 31 de octubre de 2008, emitida por Dirección Nacional de Reforma Agraria y para que se hagan otras declaraciones. Magistrado Ponente Efrén C. Tello C. Panamá, quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. PROPIEDAD COMUNAL VS PROPIEDAD PRIVADA E INTERESES ESTATALES. En *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena.* Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

VALIENTE LÓPEZ, Aresio (compilador). DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE PANAMÁ. Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena. Organización Internacional del Trabajo-Centro de Asistencia Legal Popular. Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad de Defensa Legal de los Pueblos Indígenas en América Central. Gossesstra Intl. Costa Rica. 2002.

ARESIO VALIENTE LÓPEZ

Abogado del pueblo guna. Profesor de materia de Derecho Agrario y Ambiental, Derechos Humanos y Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Cuenta con estudios superiores en Derechos Humanos, Propiedad Intelectual y Métodos Alternos de Resolución de Conflictos. Ha participado en la elaboración de las Leyes Indígenas. Ha sido consultor en materia indígena para BID, PNUD, Ministerio de Ambiente, entre otros. Es Vicepresidente del Instituto Panameño de Derecho Agrario, Ambiental e Indígena, Director Ejecutivo del Centro de Asistencia Legal Popular, miembro del Colegio Nacional de Abogados y ha sido Presidente de la Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá. Cuenta con publicaciones en la temática de Derecho Indígena, Jurisdicción Indígena, Propiedad Intelectual Indígena, Derechos Humanos Indígenas y Tierras Indígenas. Asesor de los Congresos y Organizaciones Indígenas y miembro de Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU) y Pluralismo Jurídico Latinoamérica (PRUJULA). Correo electrónico: diwigdi@gmail.com

Recibido: 10 de abril de 2018

Aprobado: 30 de abril de 2018

H. DERECHO INTERNACIONAL

Sobre las Causales de Denegación de Restitución Internacional del Menor en la Convención de La Haya de 1980.

Linda Estrada Castellero.

*Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Consultorio de Asistencia Legal
Email: lestrada09@hotmail.com*

RESUMEN

La Restitución Internacional del menor es una figura internacional que en ésta ocasión vemos su regulación en la Convención de la Haya de 1980 y que a su vez encierra su denegación, las causales de esta denegación enunciadas en la Convención in comento; siendo un tema muy amplio y con muchas aristas, pero muy bien regulado, propiamente contencioso en donde el bienestar del menor es la prioridad, tomando en cuenta deberes y derechos de los progenitores.

PALABRAS CLAVES

Sustracción. Traslado, ilícito, retención ilícita, custodia, visitas, denegación de restitución, derechos humanos, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The International Restitution of the child is an international figure that on this occasion we see its regulation in the Hague Convention of 1980 and which in turn contains its denial, the grounds for this denial stated in the Convention in comment; being a very broad issue and with many edges, but very well regulated, properly contentious where the welfare of the child is the priority, taking into account duties and rights of the parents.

KEYWORDS: Subtraction. Transfer, illicit, illegal retention, custody, visits, denial of restitution, human rights, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN:

En efecto La Convención de la Haya de 1980, relativa a los aspectos civiles de la Sustracción de menores es de gran importancia dentro del Derecho Internacional Privado de la familia así como en el dominio de Cooperación Judicial Internacional. (1) Es por esta razón que haremos un primer acercamiento sobre los lineamientos generales de la Convención y luego abordar las causales

jurídicas de denegación propiamente hablando y las causales de corte político y de Derechos Humanos.

El examen de las causales de denegación de restitución internacional fundado en la Convención de La Haya de 1980, evoca una serie de problemas relativos a la aplicación de ¹dicha convención en torno a los lineamientos de dicho instrumento jurídico internacional por un lado, y luego el examen de la particularidad de las causales suministrada por dicha convención universal de derecho internacional privado de la familia.

Por ello, es pertinente describir al lector, algunas particularidades de dicha convención previo al examen causalístico como primera parte y luego adentrarnos al meollo de las tipologías de rechazo a toda reivindicación del menor.

1. Lineamientos relativos de la Convención.

Podemos señalar que se trata de una convención universal y no regional propio de los tratados elaborados por La Haya.

Por otro lado, se trata de una Convención cerrada y no abierta es decir solamente puede ser invocada entre Estados ratificantes de la misma.

Se trata de una Convención de Derecho Procesal basada en una acción sumaria del titular del derecho perturbado en el ejercicio de la custodia del menor. El ideal de la Convención pretende fijar emblemático término de seis semanas para evacuar, término que la naturaleza del conflicto no lo facilita.

El dominio central de la convención, respecto al tema en mención, pretende regular el ejercicio de Guarda y Crianza, además del derecho de Visitas cuando dicho ejercicio se encuentra repartido entre dos titulares que ejercen el derecho de custodia y de visitas en jurisdicciones distintas, en el supuesto de una relación disfuncional entre una madre Panameña que ostenta el derecho de custodia de su menor hijo nacido en Panamá y cuya residencia habitual del menor es en Panamá y el padre del menor el cual reside en Costa Rica.

La primera aproximación observamos la tipificación suministrada por el artículo 13 de la Convención en comento.

Se trata de una convención de naturaleza procesal internacional, que provee al demandante una acción sumarísima, para la devolución o rescate del menor, como consecuencia ya sea: de un trasladado o retención ilícita, en el claro espectro de una relación familiar disfuncional o fracturada, que trae como consecuencia la distribución del ejercicio de la patria potestad entre padres domiciliados en jurisdicciones distintas. A modo de ejemplo un matrimonio mixto o

¹ Boutin Gilberto Derecho Internacional Privado IV Edición Maitre Boutin , 2018 p. 920

internacional entre una panameña y un norteamericano cuyo último domicilio fue en la ciudad de los Ángeles, Estados Unidos de América. Dicha relación matrimonial se ve truncada por un divorcio sobreviniente. En este sentido, la decisión del juez de California, decide que el derecho de custodia- guarda y crianza – en la jerga de nuestro derecho de familia es otorgado a la madre de nacionalidad panameña, que se establece con el menor en la ciudad de Panamá, República de Panamá, mientras que el derecho de visita temporal es otorgado a su padre de nacionalidad norteamericana cuyo domicilio es en el Estado de California.

En otros términos, solo opera dicha convención dentro de las relaciones familiares cuya autoridad parental se encuentra repartida en dos jurisdicciones distintas. A contrario sensu, no opera, cuando se trate de una causa estrictamente doméstica, es decir que se dé todo dentro de un solo país. Dos elementos congénitos son: la concurrencia de dos jurisdicciones que regulan prerrogativas distintas pero referentes al ejercicio de la patria potestad internacional.

(2) La convención en comento, se trata de una convención cerrada no abierta, en la cual solo es aplicable o invocable entre Estados signatarios. Si fuese el caso de una restitución entre una relación familiar fracturada entre una madre cubana y un padre panameño y en la hipótesis que Cuba no fuese signatario, en caso de retención de la madre del menor que se encuentra de visita en dicho país, el padre no podría ampararse en dicha convención. La razón de ello, es obligar a los Estados a suscribir, dicha Convención para que sea derecho positivo como es el caso en el derecho panameño.²

Además de los lineamientos evocados, se une a estos, que es una **acción sumarísima** en principio que aspira a que dicha restitución sea practicada al término de seis semanas luego de la petición acogida por las autoridades competentes.

Dentro del proceso en principio no debe discutirse el fondo sino el acto infractor que vicia el ejercicio del derecho de custodia o de visitas Sin embargo, veremos cómo esta acción sumarísima se convierte en proceso de cognición cuando la mediación y la dilación del tiempo engendran otros resultados.

Otras de las particularidades de dicha convención de derecho procesal internacional es que introduce una institución de cooperación innovadora para la época. Se trata de la Autoridad Central. Anteriormente, la cooperación procesal mediaba a través de exhortos o comisión rogatoria, que tenía por misión no frenar los procesos evacuados en el extranjero, a falta de notificación en el extranjero al demandado o bien una obtención de pruebas dentro de otra jurisdicción cuyo medio probatorio era parte indispensable al acervo probatorio de una de las partes. A partir de la Convención de La Haya de 1980, se introduce la cooperación procesal internacional mediante Autoridad Central; hito judicial que vemos de igual suerte en algunos tratados internacionales

² Gaceta Oficial N° 22,433 de 15 de diciembre de 1993

como el TALM, tratado a asistencia legal entre los Estados Unidos y Panamá en materia de cooperación penal internacional.

La Autoridad Central, en el caso de la República de Panamá, la asume la dirección jurídica de asuntos internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, ella se ocupa de la localización del menor y de trasladar a la contraparte la solicitud de restitución así como la materialización de la devolución del menor. Esta puede ser una fase no adversaria, en donde se busca la mediación a una ruptura del equilibrio de la administración distributiva del menor, entre padres o entre padre u organismos que ejercen al poder sobre la subordinación del menor.³

⁴Dentro del material internacional que suministra la Convención de La Haya de 1980, observamos que el derecho material es gozar de la titularidad del ejercicio de custodia o visita de la Convención. Ella opera sobre derechos adquiridos de quienes ejercen la real y efectiva tutela o, bien que de aquellos que por vía de ellos fueron arrebatados o violentados de dicho ejercicio.

Se trata de preservar la serenidad y el status quo del menor, en donde el demandante pruebe prima facie, la titularidad de dicho derecho, derivado de una decisión judicial, administrativa o acuerdos, homologados ante autoridad competente. El demandante desprovisto de dicha titularidad o reconocimiento no podría acogerse a la protección y acción internacional que faculta dicha convención a uno de los padres que fuese víctima del traslado o retención ilícita.⁵

Luego de esta síntesis acertada, concerniente al particularismo de la Convención de La Haya de 1980 y su recta comprensión, abordamos en nuestro segmento a seguir, las causas de denegación del acto de restitución internacional.

II. Causales jurídicas convencionales de rechazo a la restitución

Artículo 13.

Un examen de cerca del extensivo artículo 13 de la convención señala claramente que, la demanda de restitución no opera de manera automática cuando se demuestren determinadas excepciones.

El régimen de excepción o de defensa contra la demanda de restitución introduce un tríptico de posibilidades que podemos resumir así:

- a) cuando la parte que invoca la restitución carece de todo derecho que lo ampare al momento del traslado del menor o bien de la retención del mismo. En otros términos, cuando el petente carezca del derecho de custodia al momento de sobrevenir, el desplazamiento del menor o su retención internacional. Y es congruente dicha hipótesis pues, solo puede invocar la devolución del menor aquel sujeto que goza del ejercicio real y efectivo. Se tiene como sujeto amparado en dicho derecho adquirido, cuando la persona

³ Boutin Gilberto, Derecho Internacional Privado, IV Edición, Maitre Boutin, P.1082

⁴ González Campo Julio D. y Alegría Borrás. Recopilación de convenios de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1951-1993, p.301.

⁵ González Campo Julio D. y Alegría Borrás. Recopilación de convenios de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1951-1993, p.302

que reivindica está investida del derecho de custodia fundado en una resolución judicial o administrativa que lo fundamente. Podríamos incluir cualquier acuerdo homologado suscitado entre las partes reconocido ante la autoridad competente.

Nos ocuparemos de las causas convencionales que permiten al juez del foro denegar la restitución internacional consignada en el presente instrumento diplomático internacional.

De las 45 disposiciones convencionales que contiene la convención en cuestión nos detendremos en las normas convencionales que intervienen para excepcional al demandado frente a la devolución internacional del menor.

Hay que señalar que la convención como tal pese a la aparente centralización de las causales de denegación, fundadas en el artículo 13, observamos que no es la única disposición que faculta la excepción de denegación que apuntaremos acto seguido dentro de esta sección.

Podríamos decir, que, las causales de denegación podrían dividirse en causales estrictamente jurídicas inter partes por un lado, en segundo lugar causales de denegación de carácter político que permiten dar lugar al rechazo de la acción sumaria de restitución.

Los pilares causalísticos de la restitución internacional militan entre las hipótesis del artículo 13 primordialmente y el artículo 12 de manera residual o consecuencia que veremos de manera sucinta.

- ***Imposibilidad de restituir por carecer el peticionario de derecho consignado alguno:***

Se considera ilegal la no devolución de un menor cuando se produce en violación de un derecho de custodia otorgado o atribuido a una persona sola o conjuntamente, ya sea padre, madre, abuelos, tíos, etc., por la legislación del Estado en el que tenía la residencia habitual, y ejercida de forma efectiva. Por tanto, el Tribunal debe investigar si el demandante es o no titular de un derecho de guarda y crianza en el sentido del artículo 3 de la Convención de La Haya.

- ***Inciso Segundo, cuando la restitución afecte o ponga en peligro físico o psíquico al menor:***

El artículo 13 punto b) del Convenio nos habla del “grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”, causa, que debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar de residencia del demandante, podría colocarlos en situación de grave riesgo, esto podría manifestarse por parte del mismo menor mediante evaluación psicológica, el cual en algún momento dado residió con la parte demandante en este caso, y en aquel momento pudo haber vivido momento de violencia física o psíquica y la gran variedad de cosas que estas encierran de manera personal o incluso haber sido testigo de estas.

- ***Inciso final, cuando el menor decida no retornar a su residencia anterior:***

Que el propio menor se oponga a la restitución cuando éste hubiera alcanzado un grado de madurez apropiado para tener en cuenta su oposición, las declaraciones del menor son importantes en este punto, tomando en cuenta que no hay una edad específica que nos diga que un menor tiene dicha madurez y este pueda decidir no ser restituido, así como lo menciona textualmente la Convención, “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

- ***Artículo 12, cuando transcurrido más de un año de la demanda de restitución el menor se encuentre integrado a la nueva residencia:***

Podrá ser negada tal restitución si concurre alguna de las excepciones mencionadas recogidas expresamente en este precepto (art. 13), y entre ellas está, que haya transcurrido más de un año entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita y la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante, cuando quede demostrado que el menor ha *quedado integrado* en su nuevo medio o residencia, es decir se encuentre plenamente integrado en su actual entorno escolar, social y familiar.

Realmente, el tiempo en los conflictos de familia son importante para la apreciación de comprender el estado en que se encuentra el menor, el cual transcurrido más de un año su nuevo hábitat, le produce un estado de seguridad y bienestar psíquico pese a cualquier factor de superioridad de orden financiera que pudiera pesar a favor de la contraparte que demanda la devolución del menor. La asimilación a un determinado medio cultural se denomina integridad, en el campo de la niñez y el menor. Esta valoración objetiva del estatus del menor condiciona la validez de la excepción que faculta al juez en denegar la reivindicación de uno de los padres.

III. Causales Políticas y de Derechos Humanos

La convención de La Haya introduce una noción política como causal de control y de rechazo a la restitución del menor en el plano del derecho internacional privado en su artículo 20 que nos permitimos transcribir.

Artículo 20, La Restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de libertades fundamentales.

La descomposición de esta normativa creadora de nuevas causas de refutación genéricas y políticas en el área de restitución es desafortunadas pues, el espectro de posibilidades que entran en juego, son ilimitadas.

Hay dos categorías a ventilar: la noción de principios fundamentales del Estado y las libertades fundamentales.⁶ La primera es una noción judicial internacional y la segunda traslada el peso de las normas de garantía constitución de derecho público a los derechos de custodia y derecho de visita.-

Definición y ámbito de los principios fundamentales en el Derecho internacional privado

Dentro de la concepción del derecho internacional privado los principios fundamentales se traducen como el orden público internacional distinto al orden publico interno.

El orden público interno son las normas imperativas que las partes no pueden desobedecer , mientras que el orden público internacional, es la autodefensa del ordenamiento jurídico positivo que se siente afectado por la aplicación de una norma extranjera o internacional cuya aplicación en el derecho interno cercenaría principios fundamentales.

Ahora bien, el Orden Público Internacional, se implementa vía jurisprudencialmente. Le corresponde al juez de la causa o bien en la Corte de Casación o el Pleno dependiendo de la acción constitucional que sea incoada declarar la excepción de orden público internacional.

⁷El Orden Público que recoge, los derechos fundamentales de la Constitución de la República de Panamá concentrados en el Título III capítulo I denominado Garantías Fundamentales va desde el artículo 17 al 55. Pero el régimen político rebasa la protección individual y acusa como principio fundamentales los derechos sociales que mucho más abarcadores que los primeros como el derecho a la familia, el derecho a la cultura, el derecho al trabajo, el derecho a la educación.

Pero en cuanto a los principios fundamentales ello inspira a todas las reglas que constituye la base de la certeza y caracterización del derecho patrio. Estos principios pueden estar en declaraciones o en normas adjetivas o sustantivas que el juzgador califique como principios jurídicos fundamentales que no deben ser desconocidos por ninguna convención o ley internacional.

A modo de ejemplo, el principio que ningún tribunal podrá dejar de fallar so pretexto de obscuridad de la ley, Art 2 del Código Civil. ⁸Esta fórmula encierra la sanción a toda denegación de justicia. Se trata a nuestro parecer un principio de derecho civil con un valor constitucional. El

⁶ Constitución de la República d Panamá 1972-2004, Título III, Cap. 1

⁷ Boutin Gilberto, Tribuna Forense, diciembre- enero, 2001 , p.41

⁸ Código Civil panameño 1916, ART 2

propio artículo 1 de nuestro código civil que señala que una vez promulgada la ley su ignorancia no sirve de excusa. Esta norma encierra el principio de legalidad y seguridad jurídica a lo largo del sistema del derecho positivo patrio. Lo mismo podría aseverar del principio universal que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. El Consensualismo tiene su asidero en la libertad individual reconocida en el texto constitución contenido en el capítulo 1 de nuestra Carta Magna. Y qué decir, del principio del contradictorio o principio de bilateralidad en todo proceso de cognición o contencioso, que representa una regla universal de justicia procesal internacional. Ver Art 156 del código de derecho internacional privado,

Un análisis crítico sobre el artículo 20, podría ser que abra las puertas a un sin número de posibilidades que puedan bloquear o frustrar la restitución internacional.

Derechos Humanos y Restitución Internacional

Se trata de un choque de lógica jurídica entre un derecho convencional específico y la concepción de los derechos humanos regionales. Podría pasar que la mezcla de derecho constitucional y derechos humanos dentro de un conflicto de interés meramente de derecho privado internacional, diera lugar a una solución estrictamente política. A modo de ejemplo que un Estado signatario de la Convención decida no devolver el menor en virtud que los tribunales nacionales no están obligados a entregar nacionales a una jurisdicciónista a la de la nueva residencia habitual o bien, la no devolución del menor a un país culturalmente diferente por razones de potencial discriminación racial derivada que la relaciones familiares son de un pareja interracial como sería el conflicto familia entre un alemán y una africana. Pues el menor restituído en Alemania sería contra producido para el menor en examen.

- Cuando viole derechos fundamentales del foro.
- Cuando la restitución engendre la violación de algún derecho humano del menor.

Posición de la Jurisprudencia en materia de Restitución, Caso Chevalier Ávila.⁹

En el caso de Restitución muy conocido Rejean Chevalier Ávila, Fallo, ver Gilberto Boutin, Edition Maitre Boutin, Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado, Fallo del Juzgado Segundo Seccional de Menores de 18 de noviembre de 1998 (2004, página 1015), el cual se trata de un menor panameño canadiense cuya residencia habitual era en la Provincia de Quebec; la madre de nacionalidad panameña traslada al menor hacia la Jurisdicción panameña, transcurrido menos de un año el padre del menor pide la restitución de su hijo, el proceso deviene contencioso y la madre se opone a la devolución, el informe de la Trabajadora Social y dato proveniente de Canadá que resultaron del historial de violencia del padre hacia el menor. Era concluyente que la excepción

⁹ Boutin Gilberto, Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado panameño, 2004, p. 1015

del párrafo segundo del Artículo 13 de la Convención de La Haya era el fundamento para la devolución. Pero el Fallo en comento suma a dicha excepción la Convención de Derechos Humanos y la Convención del niño para la no devolución del menor. En suma el juzgador, refuerza su negativa invocando múltiples fuentes del derecho convencional concurrentes con la Convención de la Haya de 1980.

El segundo caso que nos ocupa es el caso de Restitución internacional visto por el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Tercer Circuito Judicial de Panamá, que mediante Sentencia # 27 de 2 de abril de 2018 concede la Restitución del menor a una madre Costarricense, cuyo menor hijo nacido en Panamá y padre panameño, deciden establecer su hogar en Panamá y al cabo de un año terminan la relación, volviendo la madre a Costa Rica con su hijo, quedándose el padre en Panamá; transcurrido un año de esta separación el padre decide regresar con la madre del menor y vuelven todos a Panamá junto con el menor, al cabo de un mes vuelven a separarse y el padre decide retener al menor con él sin dejar que la madre vea a su hijo e interpone un impedimento de salida del mismo en Panamá, obligando a la madre a irse a Costa Rica, en donde la misma decide interponer la Restitución del menor.

En los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia hace referencia a la Ley 22 de 10 de diciembre de 1993, mediante la cual se aprueba en todas sus partes el Convenio sobre Aspectos civiles de la Sustracción de menores, en ese orden no toda sustracción de menores es la que genera el derecho a restitución del menor, el caso in comento el padre reclamante no gozaba de este requisito, tampoco la madre más el Tribunal toma varios puntos importantes para su decisión, uno el hecho de que el menor estuvo viviendo con la madre más de un año, y que durante este tiempo el padre siempre mantuvo el régimen de visita con su hijo además de ayuda económica al mismo; aunado a esto el padre reclamante no había intentado presentar un proceso de Guarda y Crianza en ningún momento mientras el niño estuvo viviendo con la madre.

También se apreció que el menor ya estaba integrado en Costa Rica estando adaptado ya a todo el entorno, ya siendo su residencia habitual.

Conclusión

El examen del régimen de denegación de la acción de restitución a la luz de nuestra doctrina y jurisprudencia pone en duda, el carácter sumario o sumarísimo de la acción en restitución; ello se debe, que la negativa de devolución vía Autoridad Central, transforma un proceso de conciliación en un proceso contencioso que se extiende más allá del periodo de 6 seis semanas como lo señala la norma convencional.

La racionalidad de las causales contenida en las disposiciones 13 y 12 del instrumento diplomático debió bastar, para cerrar todo debate en el ámbito de los derechos personales o subjetivos. Sin embargo, la inserción de causales de naturaleza política así como de criterios basado en los

derechos humanos abre un gran abanico de criterios inconmensurable que los Estados en un momento dado pueda invocar, como la protección a sus nacionales, como el conflicto intercultural o racial que podría sufrir el menor siendo desplazado de una cultura a otra. Pensemos que dicha cláusula 20 solo opere en casos de extrema crisis y necesidad evidente.

Bibliografía

- Boutin Gilberto, Derecho Internacional Privado, IV Edición, Maitre Boutin, 2018.
- Gaceta Oficial N°22,433 de 15 de diciembre de 1993.
- González Campo Julio- Alegría Borrás, Recopilación de Convenios de la Conferencia de LA Haya de Derecho Internacional Privado 1951-1993.
- Constitución de la República de Panamá 1972.
- Boutin Gilberto, Revista Tribuna Forense, diciembre-enero 2001.
- Código Civil panameño.
- Boutin, Gilberto Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado panameño, 2004.

Magister. Profesora-Abogada,

Consultorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,

Universidad de Panamá

Email: lestrada09@hotmail.com

Recibido: 12 de diciembre de 2018

Aceptado: 27 de diciembre de 2018

I. DERECHO MERCANTIL

TITULARIZACIÓN EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ: INSTRUMENTO JURÍDICO FINANCIERO DE APOYO PARA LA EXPANSIÓN COMERCIAL

Juan Armengol

Universidad Santa María la Antigua
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
E-mail: argolcliente@gmail.com

Índice

RESUMEN (ABSTRACT)

PALABRAS CLAVES (KEYWORDS)

INTRODUCCIÓN

- I. JURISDICCIONES QUE EXPONEN EL CONCEPTO DE LA ESTRUCTURACIÓN DE VEHÍCULOS FINANCIEROS Y PARTICULARIDADES RELEVANTES DEL PROCESO
- II. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURACIÓN JURÍDICO FINANCIERA DE VALORES EN AMÉRICA LATINA.
- III. LA EVOLUCIÓN DE LA TITULARIZACIÓN EN PANAMÁ
- IV. CONCLUSIONES
- V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMEN

El presente aporte de investigación dogmática documental, tiene como objetivo general adentrarse en la naturaleza de la titularización como una estrategia jurídico financiera que coadyuva en el fortalecimiento de las personas mercantiles, para lograr su expansión en los mercados locales e internacionales. Dicha presentación se hace exponiendo o confrontando el trabajo efectuado por el legislador foráneo con los objetivos específicos de los puntos que aluden a la titularización en la ley de la República de Panamá, como las siguientes: la resolución N° 880 del 12 de enero de 1995, Texto Único de la Ley de Valores, Ley 1 del 8 de julio de 1999, y Acuerdo 3- 2017, del 5 de abril de 2017, así como también poder evidenciar el comportamiento del mercado de capitales nacional en virtud de la utilización de esta herramienta en su modalidad denominada titularización por sector.

PALABRAS CLAVES

Activos, Acciones comunes, Acciones preferidas, Bonos, Futuros, Notas del tesoro, Opciones, Securitización, Securitizados, Titulización, Titularización, Valores comerciales negociables, Valores derivados, Vehículos para propósitos especiales, Valores de renta variable.

ABSTRACT

The present contribution of dogmatic documentary research, has as general objective to enter in the nature of the securitization as a legal financial strategy that contributes in the fortification of the mercantile persons, to achieve its expansion in the local and international markets. Said presentation is made exposing

or confronting the work carried out by the foreign legislator with the specific objectives of the points that refer to the securitization in the law of the Republic of Panama, such as the following: Resolution No. 880 of January 12, 1995, Sole Text of the Securities Law, Law 1 of July 8, 1999, and Agreement 3- 2017, of April 5, 2017, as well as being able to demonstrate the behavior of the national capital market by virtue of the use of this tool in its modality called securitization by sector.

KEYWORDS

Assets, Bonds, Common Shares, Derivative Securities, Equity Securities, Futures, Negotiable commercial securities, Options, Preferred shares, Securitization, Special purpose vehicle, Treasury notes.

INTRODUCCIÓN

La integración de los mercados financieros constituye una realidad consumada la cual día a día se cimienta más; en virtud de dicha integración la forma en cómo se estructuran y comercializan los valores está evolucionando en la República de Panamá, dando paso firmes hacia equipar los distintos vehículos financieros con los mismos estándares de los mercados de capitales más dinámicos y exigentes de las economías más fuertes del mundo.

Toda persona cuyo “modus vivendi” se base en la materialización cotidiana de actos mercantiles o de comercio y por ende en liderar o gestionar operaciones diarias que conlleven el sostenimiento y expansión de una persona jurídica dedicada a cualquiera de los rubros que componen este campo, comprenden de forma acuciante que estos constituyen una realidad para la preservación de la esencia de la entidad comercial, fortaleciendo la consecución de capital dentro de los términos o lapsos de tiempo y lugar que la misma demanda.

En el presente documento el objetivo general es plantear la naturaleza del concepto de la titularización, así como exponer el trabajo efectuado por legisladores de jurisdicciones foráneas en función de este tema. Por su parte los Objetivos Específicos de este artículo, es exponer los puntos de la legislación panameña que hacen alusión al concepto de la titularización como lo son: a la resolución N° 880 del 12 de enero de 1995, Texto Único de la Ley de Valores mediante la Ley 1 del 8 de julio de 1999, el acuerdo 3- 2017, del 5 de abril de 2017, así como la evidenciar el comportamiento del mercado nacional en virtud de la utilización de esta herramienta jurídica financiera denominada titularización por sector.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La titularización no constituye una realidad desconocida. En la actualidad y en la mayoría de los países del mundo, el legislador de cada una de las diversas jurisdicciones en donde titularizar constituye una realidad consumada, han definido con el apoyo de profesionales del rubro de las ciencias económicas y administrativas y dentro de los marcos regulatorios diferentes modalidades de reestructurar activos que por su naturaleza no son líquidos transfórmalos en valores comercializables en mercados de capitales; estos valores poseen características individuales diseñadas de conformidad a los requerimientos del emisor y en virtud de ello se define el tipo de instrumento financiero a emitir y la evaluación del riesgo del mismo, ya que este determinará el rendimiento que obtendrá el inversionista al adquirir un determinado

instrumento financiero. Es así pues que es importante el precisar que la República de Panamá, no escapa a esta realidad jurídica financiera denominada titularización.

En virtud de las líneas previamente esbozadas, surge una interrogante: ¿Cuáles son algunas de esas jurisdicciones de nuestro orbe que poseen un marco legal regulatorio que estipule los parámetros para materializar la estructuración y comercialización de los distintos vehículos financieros, con los diferentes nombres que puede recibir la titularización, según el tratamiento de otras legislaciones?, y ¿Cuál es el comportamiento de la titularización en el mercado de valores panameño?

I. JURISDICCIONES QUE EXPONEN EL CONCEPTO DE LA ESTRUCTURACIÓN DE VEHÍCULOS FINANCIEROS Y PARTICULARIDADES RELEVANTES DEL PROCESO

Australia.

La jurisdicción australiana no cuenta con un marco regulatorio per se en función de la emisión de vehículos financieros, esta acción de estructuración del instrumento financiero es denominada: “securitization” en el idioma inglés o “titulización” al ser traducido al castellano. La legislación aplicable que incide directamente sobre la titulización australiana es “The Corporations Act 201” en el idioma inglés o “Ley de las corporaciones 201” al ser traducido al castellano; a grandes rasgos esta cimenta su accionar sobre dos pilares: uno es la regulación de vehículos financieros estructurados de dos tipos que son la deuda, y el instrumentos de renta variable; y el segundo que norma a los actores principales en el mercado de valores australiano¹.

Un hecho que llama la atención del marco legal aplicable en este país es en la sección 9 de Ley prenombrada, y es que se define el concepto de obligación y sus implicaciones en donde en definitiva se detalla que se excluye la figura de obligación en la que una sociedad mercantil devuelva el dinero prestado por una persona a una sociedad mercantil, donde esta persona presta el dinero producto del curso ordinario de un negocio, y otro caso es que la sociedad mercantil que recibe dichos recursos monetarios en aras de materializar más negocios, esta acción de la recepción de los recursos de una tercera parte no constituye parte del negocio de préstamo de dinero o financiamiento. Este concepto se extiende a muchos programas de titulización debido a que en síntesis la comercialización de valores suele materializarse por profesionales de este rubro y el emisor no se encuentra en el modelo de negocio de brindar financiamiento; es así pues que una cantidad significativa de los valores titularizados en Australia, no serán regulados por la “The Corporations Act”, si no se encuentran dentro de los parámetros de esquema de inversión administrativa.

Existe un alto grado de afinidad entre de la titulización australiana y el “Stamp Duties Act 1920” por su descripción en inglés o “Ley de deberes de sellos” por su traducción al castellano. Aquí se evidencian las declaraciones del fideicomiso para efectuar las titulaciones (otro nombre con que se le puede denominar), en la transferencia de activos al vehículo de titulización, la concesión de un cargo sobre los activos del vehículo de titulización a favor del fideicomisario de seguridad entre otros aspectos. Esta ley ha sufrido modificaciones a medida que el tiempo ha transcurrido por ejemplo:

¹ UTZ, Clayton. *A Guide to the Law of Securitization in Australia. Fourth Edition. 2005.* Recuperado de: http://www.prac.org/newsletters/Securitisatation_2005.pdf

- *En virtud de las obligaciones ya no representan o son consideradas como préstamo de valores. Por otra parte es de vital importancia el destacar que los préstamos de valores se imponen ante el evento de hipotecas o en definitiva cargos sobre la propiedad cuando la propiedad se encuentra localizada en Nueva Gales del Sur. Pero la gran parte de los activos financieros no son de propiedad imponible.*
-La concepción del concepto de titulización parte de la edificación de un fidecomiso y las declaraciones escritas o no del mismo llevan consigo aranceles de transferencia que oscilan hasta un 5.5% del valor de la propiedad imponible objeto del fidecomiso.

Viendo lo anterior, el mercado australiano se caracteriza por un significativo volumen de negociación de instrumentos de deuda dentro de los cuales se puede encontrar bonos, notas y papeles comerciales así como valores de renta variable.

Colombia

La jurisdicción colombiana define el concepto de estructuración de los diversos instrumentos financieros como “Titularización”. Al respecto se hace relevante precisar que este país consta de un marco regulatorio que si bien toca el tema de la estructuración de diversos instrumentos financieros, el alcance de la norma legal al tema fiscal de la titularización como es evidenciado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el organismo adscrito a este ministerio, la Superintendencia de Valores donde mediante la Resolución Número 400 de 1995 en donde en virtud de este cuerpo legal se exponen la regulación puntual concernientes al Registro Nacional de Valores e Intermediarios y Oferta Pública, oferta pública de valores, de las entidades vigiladas (bolsas de valores), sociedades comisionistas de bolsa, fondos mutuos de inversión, sistemas de compensación y de información centralizada de operaciones, régimen sancionatorio por nombrar algunos.

Puntualizando en el rubro que constituye el norte del presente escrito se evidencia la presentación inicial sobre la titularización en el artículo 1.1.1.6, numeral 3 de la norma antes mencionada, que versa sobre requisitos especiales de inscripción, el cual hace alusión a los documentos emitidos en desarrollo de procesos de titularización entre los cuales podemos destacar: certificado de existencia y representación legal del agente de manejo de titularización y de la entidad originadora, con fecha de expedición no superior a tres meses, copia del reglamento del fondo y de la autorización impartida al mismo por parte de la autoridad de inspección y vigilancia, cuando a ello haya lugar, o del contrato de fiducia mercantil respectivo, descripción de los activos que conforman el patrimonio, e indicación del procedimiento seguido para su valuación, copia de los documentos que acrediten las garantías o seguridades que amparan los bienes movilizados, cuando sea del caso, el facsímil del título, el monto total de suscripciones del fondo común especial, de unidades de participación a emitir o títulos de contenido crediticios, relación de los costos a cargo del patrimonio (cuando fuere el caso), y relación de los gastos a cargo del patrimonio.

Es así pues que mediante las líneas previamente esbozadas se detalla los requisitos para el registro nacional de valores e intermediarios en virtud del desarrollo de un proceso de titularización.

De igual forma es importante el precisar que en la sección VI de la misma norma ya expuesta, específicamente la sección de oferta pública de valores emitidos en desarrollo de procesos de titularización en el artículo 1.2.4.63, se estipulan los criterios a cumplir en virtud del prospecto de colocación entre los cuales se pueden destacar: a) descripción de la naturaleza del patrimonio a cuyo cargo se emitirán nuevos valores especificando las características de los activos que lo conforman, el valor de los mismos y el método para su evaluación, b) los flujos de fondos proyectados por el agente de titularización en relación con el fondo o patrimonio que administra; c) mención de las garantías o seguridades que amparan los activos movilizados cuando ellas existan, d) margen de reserva entre el valor de los activos objeto de movilización y el valor de los títulos emitidos, cuando sea del caso, e) características, condiciones y reglas de la emisión entre otras. Sin embargo, no es hasta el título tercero en donde expone con mayor apertura el proceso de titularización los cuales se detallan en los artículos 1.3.1.1 creación de valores a partir del mecanismo de titularización, artículo 1.3.1.2 vías jurídicas, artículo 1.3.1.3 agentes de manejo de la titularización, artículo 1.3.1.4 bienes o activos objeto de titularización; así como en el capítulo cuarto titularización de cartera de créditos y otros activos generadores de un flujo de caja y los puntos que este contiene. Es así pues que se evidencia que en la jurisdicción colombiana se explica con bastante detalle el concepto de titularización, sus implicaciones y requerimientos para los actores que se ven inmersos en la misma.

Corea del Sur

Este país al que usualmente se percibe como una economía fuerte, y desde la que emergen importantes marcas reconocidas a nivel mundial, sobre todo en el desarrollo de la tecnología, tiene sus fortalezas jurídicas que brindan soporte a la actividad comercial. Así en esta jurisdicción el termino mediante el cual se expresa la estructuración jurídico financiera de valores se denomina: “securitization” en el idioma inglés o securitización por su traducción al castellano. La securitización toma forma mediante los: “Asset-Backed Securitization Act”, “Mortgage Backed Securitization Act” o activos respaldados por ley de securitización e hipotecas respaldadas por la ley de securitización (traducción al español)².

En esencia mediante estas leyes Corea del Sur pretende, como nación de dinámico movimiento económico y mercantil, potencializar la robustez del sistema financiero haciendo más eficientes los activos no rentables de las instituciones financieras que poseían altos grados de endeudamiento, mejorando esta condición a través de flujos de efectivo sostenible. Mediante las Hipotecas respaldadas por la ley de securitización se buscó obtener la consecución de financiamiento de viviendas con préstamos a largo plazo con la debida protección para los inversionistas que depositen su confianza en la securitización respaldada por hipotecas.

Entre los elementos que parecen importante destacar de la jurisdicción Surcoreana, en virtud de los activos respaldados por ley de securitización, se pueden mencionar en el capítulo II, artículo 3 el registro del plan de securitización, el cual ofrece la posibilidad de utilizar en este proceso de registro corporaciones extranjeras, a compañías con propósito especial o fideicomisos; este hecho resulta novedoso ya que la mayoría de las jurisdicciones utilizan normalmente la figura del fideicomiso para llevar a cabo el proceso de titularización, que debe estar sustentado en un plan que cuente con una serie de requisitos, entre los principales :

² Ministry of Government Legislation, (Korea Law in English). ASSET-BACKED SECURITIZATION ACT. 2011. Recuperado de: <http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=57358&pageIndex=13>

- *Todos lo relativo al nombre de la corporación;*
- *Todos lo relativo al originador³,*
- *Duración del plan de securitización respaldado por activos,*
- *Asuntos concernientes a los activos de securitización relevantes tales como: tipos, cantidad total y valuación,*
- *Asuntos concernientes a valores respaldados por activos tales como: tipos, cantidad total y valuación,*
- *Asuntos concernientes a la administración, operación y disposición de los activos de securitización.*

El artículo 6 de la Ley, concerniente al registro de transferencia de activos securitizados hace entender en su numeral tercero que para materializar esta acción se deberá cumplir con lo siguiente:

- *Especificación del activo total securitizado,*
- *Método y plan de transferencia, fideicomiso o devolución de activos securitizados, método de pago del precio de los mismos,*
- *Si los activos securitizados constituyen reclamaciones, se cumplan o no los requisitos para la constitución contra la cesión de dichos créditos,*
- *Requisitos para la revocación de contrato por transferencia de activos securitizados.*
- *Si el cesionario tiene previsto enajenar los activos securitizados independientemente de que el cedente, tenga o no derechos preferentes sobre dicha compra. Este artículo posee una especial importancia dentro de la Asset- Backed Securitization Act, ya que cualquier persona o fideicomisario que prepare o estructure falsamente un registro de transferencia de activos, lista de documentos relacionados o que en definitiva haya puesto estos documentos a disposición del mercado será sancionado con prisión por un término no superior a tres años o con una multa monetaria. Como un dato curioso tomando como referencia el año 2017, el 73.1% de las transacciones securitizadas no se efectuaron mediante la presente ley mencionada en líneas previas ya que fueron colocaciones privadas, al mismo tiempo se puede apreciar también la riguridad con que esta legislación trata la actividad.*

De igual forma es importante el destacar que los valores respaldados por activos que han sido estructurados y emitidos en ofertas públicas se les exige que efectúen una divulgación periódica de información: informes anuales, semestrales, trimestrales de conformidad a lo estipulado en la ley de mercado de capitales y el reglamento sobre la emisión y divulgación de valores.

Es así pues que mediante la divulgación de estos informes financieros se aporta diafanidad al proceso y los inversionistas pueden tomar decisiones basadas un análisis fundamental evaluando así el riesgo financiero del instrumento.

³ Persona individual o colectiva en interés de la cual se conforma un Patrimonio Autónomo y que se obliga a ceder al Patrimonio Autónomo a través de la Sociedad de Titularización los activos que integrarán dicho patrimonio. Autoridad del Sistema Financiero de Bolivia (ASFI). Recuperado /11/2018 de: <https://www.asfi.gob.bo/educacionfinanciera/imagenes/Cartillas%20Valores/CARTILLA%205.pdf>

Italia

La jurisdicción italiana define el mecanismo jurídico financiero de estructuración de los diversos vehículos financieros como cartolarizzazione (titulación). Esta figura ya esbozada adquiere en este foro tipicidad jurídica mediante la Legge 30 aprile 1999, n. 130 DISPOSIZIONI SULLA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI. Modifiche introducidas con legge n. 96 del 21 giugno 2017 (Ley 30 de abril de 1999, n° 130⁴ (Disposiciones sobre la titulización de Créditos, y los Cambios introducidos por la ley n. 96 de 21 Junio 2017), estableciendo en su artículo 1° que dicha ley se aplica a “alle operazioni di cartolarizzazione realizzate mediante cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti” (a las transacciones de titulización realizadas mediante la transferencia de créditos pecuniarios, tanto existentes como futuros, para la venta, identificables como un bloque si se trata de una pluralidad de cuentas por cobrar).

Haciendo retórica de lo anterior y a modo de aclaración, la aplicación de la ley recae sobre la transacción de titularización que implique una cesión para la consideración de reclamos monetarios existentes o futuros bajo las condiciones o requisitos descritos en la norma. Es importante destacar que esta ley ha sido objeto de enmiendas. Puntualmente en el año 2014 se detalla que los SPV (Special purpose vehicle) o vehículos para propósitos especiales (traducido al español), son considerados por la legislación italiana como compañías huérfanas las cuales deben ser manejadas por otras compañías las que a su vez pueden ser: fondos de inversión, compañías de fideicomisos, compañías públicas o privadas, cooperativas, y otras de índole similar. En este sentido, puedan ser sustento para anticipar préstamos a:

- *Los prestatarios identificados por un banco o institución financiera de conformidad a lo estipulado en el artículo 106 del Decreto Legislativo 385 del 1 de septiembre de 1993.*
- *Inversores que opten por la modalidad de titulización y que se encuentren cualificados.*

Es importante el destacar lo consagrado en el artículo 3 de la legge n. 96 del 21 giugno 2017 en donde se deja ver lo concerniente a las compañías involucradas en transacciones de titulización al plasmar lo siguiente:

- *la sociedad compradora o cuando sea distinta de la sociedad emisora, la sociedad emisora de valores tendrá por objeto social la realización de una o varias operaciones de titulización.*
- *Los créditos correspondientes a cada transacción constituirán activos segregados a todos los efectos de los activos de la sociedad y de los activos correspondientes a otras transacciones. Ningún acreedor, salvo los titulares de los valores emitidos para financiar la adquisición de los créditos, podrá incoar un procedimiento en relación con cada conglomerado de activos. Mediante las líneas previamente descritas se evidencia los actores que materializan mediante su accionar cotidiano la figura de la titulización y el manejo de los créditos y su relación con los activos.*

⁴ <http://centotrenta.com/wp-content/uploads/2016/03/l-1999-130.pdf> Recuperado /11/2018

Otro aspecto que no se puede dejar de mencionar, aunque sea de forma breve es en función de lo establecido en el artículo 1, puntualmente en el párrafo 1088 de la ley de presupuesto de 2019 en donde el artículo séptimo de la ley de titulización italiana fue objeto de una enmienda en virtud del concepto que el prestatario / propietario de las reclamaciones puede restringir los reclamos, así como los derechos y activos que los protegen, y posee la posibilidad de crear una promesa sobre dichos derechos y activos.

De igual forma se estableció que la titulización puede contener una obligación del prestatario/ propietario en virtud de exigencias de pagar a los vehículos para propósitos especiales de titulización todas las recaudado de las reclamaciones subyacentes.

En esencia esto se evidencia puntualmente cuando los vehículos financieros para propósitos especiales de titulización los cuales emiten notas para procurar el financiamiento de un préstamo a una entidad comercial la cual pagará el importe de este préstamo con lo recaudado de los cobros derivados de la cartera de reclamos sobre la cual esta entidad comercial, la cual por lo general es un banco, conserva la propiedad de la cartera de reclamos. Mediante este tipo de actividad mercantil se materializa la transferencia del riesgo en función de las reclamaciones subyacentes.

II. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURACIÓN JURÍDICO FINANCIERA DE VALORES EN AMÉRICA LATINA.

En este punto apreciará como los diferentes países de Latinoamérica en que se maneja la figura, tienen tanto puntos convergentes como divergentes.

Argentina

En este país la aplicación de la figura jurídica financiera denominada titularización se remonta al año 1995 cuando El Banco Hipotecario Nacional decidió concebir un mecanismo mediante el cual se pudiese ofrecer liquidez a los bancos que desempeñaban su actividad mercantil dentro del rubro de los créditos hipotecarios. De conformidad a lo expuesto en el Moody's Investor Service sobre Elaboración Asobancaria. La composición de los activos titularizados en Argentina para el año 2016 se dividen de la siguiente forma: 77% préstamos de consumo, 9% tarjetas de crédito y 14% otros.

Brasil

En el país lusófono sur americano se buscaban alternativas que ayudasen a hacerle frente a la problemática de las viviendas y en virtud de ello se concibió la Companhia Brasileira de Securitização (CIBRASEC) o la Compañía brasileña de securitización, cuyos orígenes se remontan al año 1997.

Esta actúa como intermediaria entre los rubros comerciales de la agroindustria, sector inmobiliario (originadores de crédito) y los inversionistas. De conformidad a lo expuesto en el Moody's Investor Service.

La composición de los activos titularizados en Brasil para el año 2016 se dividen de la siguiente forma: 67% cuentas por cobrar del rubro de la agroindustria, 9% valores respaldados por hipotecas comerciales, 9%, cuentas por cobrar, 5% valores respaldados por hipotecas residenciales, 5% flujos futuros, 4%

préstamos a consumo, 1% préstamos a estudiantes. Mediante las cifras esbozadas en líneas previas se evidencia la relevancia que tiene la agroindustria brasileña y su correlación con la estructuración de los vehículos financieros.

Colombia

En este país suramericano producto del acontecer económico y social del momento, no fue sino hasta finales del siglo veinte cuando empezaron a vislumbrar las primeras acciones de titularización puntualmente en el rubro hipotecario mediante las corporaciones de ahorro y vivienda. En la actualidad la cara de la titularización en Colombia es Titularizadora Colombiana la cual basa su accionar en función de las siguientes áreas:

- *Titularización Cartera Hipotecaria: - TIPS: los cuales son valores respaldados por una cartera hipotecaria con una tasa fija o indexada a la unidad de valor real con una maduración de 5,10 y 15 años según las necesidades del emisor. TIS: los cuales son valores sustentados en una cartera hipotecaria con una tasa fija y maduración a 10 años. -TECH: valores cimentados en virtud de una cartera hipotecaria bancaria improductiva superior a 120 días cuyo retorno potencial se cimienta en los flujos provenientes de la recuperación de activos. B- Titularización Cartera Libranza TIL: valores sustentados por una cartera de consumo descontando la libranza por originadores bancarios y no bancarios, la maduración del instrumento suele ser de 5 años⁵.*

En Colombia también se aprecia la figura denominada Titularización Cartera Comercial TER: consiste en valores sustentados en virtud de una cartera comercial de redescuento, cuya maduración se materializa en un lapso de 12 años. En esta latitud suramericana la composición de la cartera titularizada para el año 2016 se detalla de la siguiente forma: 94.5% cartera hipotecaria, 3.0%, cartera de redescuento, 2.4% cartera de consumo.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA TITULARIZACIÓN EN PANAMÁ

La titularización en Panamá, no constituye una realidad desconocida en nuestro istmo ya que antes que fuésemos una república independiente, nuestra extensión territorial era objeto de titularizaciones para financiar una de las obras de ingeniería más importantes de la época, la construcción de un canal interoceánico obra que estaría liderada por el francés Ferdinand de Lesseps, cuyo costos se estimó en 600 millones de francos, y cuyo financiamiento se cimentó en los diversos vehículos financieros emitidos por la “Compagnie Universelle du Canal Interocéanique de Panamá, Societé Anonyme” o empresa universal del canal interoceánico de panamá, Sociedad anónima por su traducción al castellano. Uno de los primeros vehículos financieros estructurados que fue concebido para financiar este proyecto de ingeniería fue la “Part de Fondateurs au Porteur” o Cuota de fundador al portador por su traducción al castellano. En este documento físico fue concebido de conformidad a los estatutos aprobados el 20 de octubre y el 29 de noviembre de 1880 y el mismo expresaba que: “LE PRÉSENT TITRE DONNE DROIT: A une part de un Neuf Millième dans les Quinze pour Cent, attribués aux Fondateurs sur les produits nets ou bénéfiques de

⁵ ASOBANCA. *Semana económica 2018. Las titularizaciones: un vehículo para el crecimiento. Edición 1157. Octubre 2018. Recuperado de: <https://www.asobancaria.com/wp-content/uploads/1157.pdf>*

l'Entreprise.” (En español: Este título otorga el derecho a una participación de nueve millones en el quince por ciento, atribuido a los fundadores de los productos netos o beneficios de la empresa). De igual forma es importante destacar que la “Compagnie Universelle du Canal Interocéanique de Panamá” emitió otros vehículos financieros estructurados con la finalidad de financiar el proyecto de la vía interoceánica tales como: Acciones, y obligaciones al portador.⁶ Es así pues que Panamá, desde antes de lograr su independencia ya era el escenario de estructuraciones jurídico financieras a las cuales el día de hoy se le denominan como titularización.

Posterior a 1903, una vez inicia la era republicana, tradicionalmente el comerciante nacional, acudía a la banca local para solicitar préstamos tradicionales garantizados por bienes muebles o inmuebles y en virtud de dicho préstamo el banquero exigía que se le pagase una tasa de interés; sin embargo a medida que los años fueron transcurriendo en nuestra joven república y las necesidades de capital se hacían mayores, constituía un hecho lógico el buscar nuevas y más eficientes formas de acceder al capital requerido por las entidades comerciales locales y es así pues que nace el concepto de la titularización propiamente tal en nuestro país. Culminando el siglo XX, concretamente a partir del 26 de junio de 1990 inicia operaciones la Bolsa de Valores de Panamá, lo que es una contribución importante para empezar a comercializar vehículos financieros estructurados como títulos valores.

También es de relevancia destacar el hecho de que en nuestro país, si bien la figura existe regulada, no es una regulación en propia ley, práctica, específica y adecuada dentro de la cual se pueda estructurar emisiones de títulos de valores a través de la técnica de titularización de activos; sin embargo, existen dos instrumentos legales ideales para asuntos bursátiles en donde se pueden enmarcar inicialmente los procesos de titularización hechos en forma seria y honesta; uno de estos es el fidecomiso, que bien sabido es el acto jurídico en virtud del cual una persona transfiere bienes a un fiduciario para que lo administre o disponga de ellos a favor de un beneficiario, constituye la vía ideal a través de la cual es posible titularizar activos. La constitución de un patrimonio autónomo, al cual se transfieran los activos movilizados para garantizar a los tenedores de valores los derechos inherentes a sus títulos, es un instrumento perfecto, para buscar el equilibrio e imparcialidad entre las partes y lograr beneficios para todos los intervinientes en el negocio financiero.

Y en segundo lugar los también ya antes mencionados fondos mutuos o sociedades de Inversión, reglamentadas por el Texto Único del Decreto Ejecutivo No.1 De 1999, y los acuerdos de la Superintendencia del Mercado de Valores; que no son más que personas jurídicas que mediante la expedición de certificados de participación se dedican a obtener dineros del público para ser invertidos por sus administradores en los mercados de valores con un retorno adecuado para los inversionistas. Como nos dice el Diario de publicación digital El Capital Financiero, “este instrumento tiene como ventaja que los mismos pueden permitir a los inversionistas más pequeños invertir y diversificarse, además de que representan una alternativa frente a las bajas tasas que actualmente ofrece el sector bancario.”⁷

⁶ Autoridad del Canal de Panamá. Historia del Canal: La Construcción del Canal Francés. Recuperado de: <https://micanaldepanama.com/nosotros/historia-del-canal/la-construccion-del-canal-frances/>

⁷ El Capital financiero. Fondos mutuos ofrecen el doble que plazos fijos. 2012. Recuperado de: <https://elcapitalfinanciero.com/fondos-mutuos-ofrecen-el-doble-que-plazos-fijos/>

Resulta una realidad acuciante la futura intervención de la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá y la Bolsa de Valores de Panamá, para definir los diversos aspectos sobre el mecanismo de titularización y establecer las pautas legales que constituyan el marco legal de estos procesos, a fin de crear las garantías adecuadas para proteger a los inversionistas del mercado doméstico.

Es así pues de que en nuestro país se pueden titularizar una amplia gama de activos y carteras entre los cuales podemos mencionar: hipotecas de los bancos locales, carteras de préstamos personales o de vehículos otorgados por financieras, contrato de leasing, cuentas de tarjetas de crédito, cartera de facturas por nombrar algunos.

Es importante señalar que para poder llevar a cabo la titularización de una manera acertada se debe tener presentes dos elementos esenciales:

- *Que produzcan un flujo de caja permanente que sea estadísticamente predecible.*
- *Que la cartera a titularizar genere un rendimiento superior al que se le pagará a los inversionistas. También es relevante delimitar las partes que intervienen en una titularización, ya que cada una juega un rol de suma importancia en el transcurso de este proceso, los cuales son reconocidos en la doctrina como:*
 - ***El originador.*** *Siendo la compañía o institución que dispone de los activos para titularizar, por ejemplo, en el caso de una titularización inmobiliaria un terreno y los planos de las mejoras a ser construidas o en el caso de un banco una cartera crediticia de préstamos hipotecarios. Este originador, como su nombre lo dice, origina la operación con el fin de obtener fondos, y como tal debe hacerse constar de ciertas características como los son:*
 - *Que esta sea homogénea, es decir que se maneje sobre un solo producto de inversión; dicho en otros términos que no se mezclen préstamos hipotecarios con comerciales o de autos, verbigracia;*
 - *Que los flujos sean predecibles en cuanto tiempo y modo, por ejemplo que toda cartera sea a 20 años y con pagos mensuales a capital e intereses; y*
 - *Que la morosidad sea baja.*
- ***Agente de Manejo.*** *Es el receptor o la entidad receptora de la cartera a titularizar cuya función es servir de vehículo para hacer la emisión, es decir emitir los nuevos valores y pagarle al originador por sus activos. Es el que solicita autorización a la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá. Esta es una empresa diferente a la originadora que recibe los activos subyacentes y los desvincula legalmente de la empresa originadora. Se pudiese decir de que este es el participante más importante de la titularización, ya que representa el patrimonio autónomo y se convierte en el ente jurídicamente vinculado con los inversionistas y es el responsable del cumplimiento de los términos del título de valor, ya sean con contenido crediticio o de participación.*
- ***El administrador del Activo.*** *Es el organismo encargado de conservar, custodiar y administrar la cartera o activos titularizados y transferir al agente de manejo los flujos provenientes de los activos.*
- ***El Calificador de Riesgo.*** *Es el que tiene como misión analizar al inversionista para otorgarle una calificación sobre el índice de riesgo del acto de comercio a llevar a cabo. La calificación de riesgo otorga un perfil de la calidad de estos.*

- **Colocador de Títulos.** *Se refiere a la sociedad que coloca los títulos entre el público inversionista, ya sea mediante la fórmula de mejores esfuerzos de colocación o mediante el underwriting” en donde garantiza la colocación total de la emisión a cambio de una remuneración.*

La superintendencia del Mercado de Valores de Panamá ha manifestado en diferentes acuerdos y en diferentes opiniones formales emitidas que la titularización se puede definir como un mecanismo financiero que permite movilizar carteras de créditos relativamente ilíquidos, por medio de un vehículo legal, a través de la creación, emisión y colocación en el mercado de capitales de títulos valores, respaldados por el propio conjunto de activos que le dieron origen; básicamente es la afectación o conversión de un crédito a un título.⁸

En adición, se define como “(...) un proceso de financiación por el que una persona, originador, transmite un conjunto de derechos de crédito a un vehículo financiero que paga su precio con lo obtenido de la emisión de valores o la contratación de préstamos, respaldados exclusivamente por el patrimonio constituido con aquellos⁹.

Resumiendo esto, consiste en una estrategia de financiación en la que partiendo de un conjunto de valores con similares características y flujos de caja predecibles, agrupados al interior de un contrato financiero independiente (generalmente fideicomisos, y de ahí la importancia de sus estudio anterior), es posible captar recursos mediante la emisión de títulos.

Rafael García Mayorca, quien funge como Oficial de Inspección y Análisis de la Superintendencia de Valores de Panamá, nos dice que es de hecho, un sistema de desintermediación, dado que permite a los emisores de los Títulos obtener financiamiento genuino del mercado de capitales. Es decir, que en este mercado, el emisor media en el proceso pero no asume el riesgo creditico ya que el que asume el riesgo es el tenedor final del título.

En una economía joven como es el caso de la economía panameña, la obtención de recursos vía mercado de capitales constituye todavía un mecanismo desconocido por muchos de los empresarios de nuestro país, por otra parte existen aquellos que si han considerado la mecánica de los financiamientos estructurados para la obtención de recursos, sin embargo, como una de las consecuencias de las barreras reguladoras que se presentan, es un hecho que para estructurar estos productos hay muchos desafíos a la hora de optar por este mecanismo de acceso para la obtención de recursos.

Debido a que en nuestro país la figura de la titularización es casi desconocida, en Panamá la titularización debe hacerse con la intervención de los siguientes sujetos:

- **Entidad originadora:** *Es la entidad que vende los activos a titularizar.*
- **Entidad emisora:** *Es el ente que recibe los activos creando un patrimonio autónomo a través de un fideicomiso a fin de proteger los intereses de los inversionistas y solicita a la Superintendencia del*

⁸ COMISION NACIONAL DE VALORES, República de Panamá (Actualmente Superintendencia del Mercado de Valores) Opinión 05-03 de 23 de mayo de 2003. Recuperado de: <http://www.supervalores.gob.pa/reglamentacion/opiniones/opiniones-2003/700-opinion-5-2003-baisa/file>

⁹ Idem

Mercado de Valores de Panamá como emisor, autorización para emitir los títulos valores. Es importante mencionar que desde el 12 de enero de 1995, mediante la resolución N° 880 la Comisión Nacional de Valores, ahora Superintendencia del Mercado de Valores, introdujo el requerimiento a los que actúen como fiduciarios en una solicitud de Oferta Pública de Valores obtengan una licencia fiduciaria expedida por la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá –haciendo la salvedad de que ahora quien otorga dicha licencia es la Superintendencia de Bancos de Panamá.

- **Entidad administradora o agente de pago:** *Es aquel que efectúa las recaudaciones de los flujos que produce la cartera titularizada y a la vez paga a los inversionistas los dineros correspondientes a su participación.*
- **Asesor financiero:** *Apegado a los requisitos legales para desempeñarse como asesor financiero, es el encargado de confeccionar el prospecto informativo de la emisión, se pudiese decir pues que es quien elabora el diseño financiero del negocio, ayuda a que se cumpla todos los requisitos exigidos por la ley y actúa como promotor en la colocación de papel entre los inversionistas.*

A partir de enero de 2018, todos los emisores de deuda que deseen obtener una autorización de oferta pública en el mercado, deberán someterse a la evaluación de una calificadora de riesgo reconocida, disposición esta que queda contemplada en el acuerdo 3- 2017, del 5 de abril de 2017. El asesor financiero deberá asumir la obligación responsable de asegurarse la operación sea calificada de riesgo, con todas los parámetros que la Ley de valores establece para lleva a cabo una calificación de riesgo.

Por otra parte de conformidad al informe emitido por la Superintendencia del Mercado de Valores con fecha de noviembre del 2018, se evidencia que en virtud de los montos transados durante el lapso de tiempo de enero- noviembre 2018 la división porcentual del mercado se detalla de la siguiente forma: 55% el sector público o gubernamental y 45% el sector privado.

El detalle por tipo de valor o vehículo financiero estructurado en virtud de los montos transados durante el lapso de tiempo de enero- noviembre 2018, sería:

- a- Bonos : 60%
- b- Acciones Comunes: 15.9%
- c- Letras del Tesoro: 6.7%
- d- Acciones o Cuotas de Participación: 4.7%
- e- Futuros: 3.3%
- f- Notas del Tesoro: 2.4%
- g- Otros Valores de Renta Fija: 2.1%
- h- Valores Comerciales Negociables: 2.1%
- i- Otros valores de Renta variable a: 1.4%
- j- CFD: 0.4%
- k- Valores derivados:0.4%
- l- Opciones:0.4%
- m- Acciones Preferidas:0.3%

Es así pues, que en función del detalle por tipo de valor o vehículo financiero estructurado en virtud de los montos transados expresado en líneas previas, se refleja que el mercado de valores doméstico tiene preferencia por los instrumentos de renta fija en gran medida, porque la mayoría de las empresas que son emisores son empresas familiares la que como producto de la idiosincrasia local el considerar a optar por instrumentos de renta variable desde el prisma de los fundadores de la entidad comercial o de los herederos, expondría a riesgos innecesarios el patrimonio familiar. Así mismo no se puede dejar de mencionar otro aspecto relevante de destacar el cuál es la composición porcentual de emisores según el rubro económico del mercado de capitales de la República a la fecha de noviembre de 2018:

- a- Financiero: 36%, este porcentaje a su vez se tiene la siguiente composición: Bancos: 15%, Financieras: 8%, Fideicomiso: 6%, Leasing: 5%, Factoring: 2%.*
- b- Industria :15%*
- c- Tenedora de Acciones :15%*
- d- Inmobiliario: 13%*
- e- Vehículos Especiales: 9%*
- f- Comercio:7%*
- g- Otros 5%*

Mediante esta composición porcentual, se evidencia con claridad que el sector financiero es quien domina sin que medie mayor competencia con otro de los rubros económicos descritos las emisiones del mercado nacional. No obstante se refleja un decrecimiento en las emisiones registradas ya que para noviembre del año 2017 se materializaron 4,133 emisiones mientras que para noviembre del año 2018 se evidencian 2,166 emisiones y 512 en trámite ante este fenómeno pueden gestarse varias teorías, sin embargo resulta un tanto difícil encontrar una postura que ante condiciones de mercado relativamente estables en el cual exista un estado de derecho como lo es en el caso de Panamá, en donde mediante un método o teoría nos ayude a elucidar la correlación entre la rentabilidad de un determinado mercado bursátil y el crecimiento del producto interno bruto de dicho país. Pero es importante de igual forma el precisar que si se ha evidenciado que los mercados de capitales tienen reacciones abruptas ante el provenir en virtud de la certidumbre o incertidumbre de un determinado acontecer político, económico, social.

IV. CONCLUSIONES

- La titularización en esencia, constituye un mecanismo jurídico financiero mediante el cual una sociedad mercantil convierte activos generalmente que no se pueden tornar líquidos rápidamente, en valores comercializados en un mercado de capitales.*
- La titularización aporta una inyección de liquidez para la expansión de la actividad comercial del empresario muchas veces a un costo más accesible que un préstamo convencional gestionado ante una entidad bancaria.*
- La legislación y el nombre del proceso para estructurar valores o instrumentos financieros en diversas latitudes del mundo tiene a variar ya que el legislador diseña la legislación de conformidad a las necesidades domésticas siendo así el caso en ciertas jurisdicciones se pretende que mediante la titularización se logre que el costo de las viviendas sea más accesible, mientras que otras jurisdicciones sea más importante estimular mediante capital de menos oneroso el sector agrícola o financiero.*

Por su parte La República de Panamá, producto de su estratégica posición geográfica, su integración a la economía mundial, el dinamismo y estabilidad de su economía cada día la emisión de valores es una realidad consumada, la cual poco a poco va creciendo y es utilizada producto de su efectividad por nuevos actores que le apuestan a la titularización como una forma de diversificación en virtud de las fuentes de financiamiento para la expansión sostenible de su actividad comercial cotidiana. Por su parte de conformidad al informe del 28 de noviembre de 2018 de la Superintendencia del Mercado de Valores de la República de Panamá, el sector financiero al parecer es quien saca mayor provecho de esta herramienta jurídico financiera a la cual denominamos en la jurisdicción panameña como titularización.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEYES Y NORMATIVAS

1. *The Corporations Act 201 of Australia en el idioma inglés o Ley de las corporaciones 201 de Australia al ser traducido al castellano. Constituye el marco legal mediante el cual esta jurisdicción estipula las normas que regulan a las entidades que se dedican a materializar actos de comercio así como a otras asociaciones y planes de inversión gestionados. URL disponible en : <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00424>*
2. *Stamp Duties Act 1920 of Australia por su descripción en inglés o Ley de deberes de sellos de Australia por su traducción al castellano. En el cual se abordan los temas referentes al vehículo utilizado para materializar la titulización australiana. URL disponible en: http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/repealed_act/sda1920157/*
3. *Resolución Número 400 de 1995 de la República de Colombia en donde se cimenta la base legal que regula el tema del mercado de valores colombiano, los productos financieros que en el se comercializan y los actores que mediante su accionar cotidiano son el rostro de la actividad bursátil en la jurisdicción Colombia. URL disponible en : <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsp?lServicio=Buscador&lTipo=busqueda&lFuncion=BuscadorView>*
4. *Asset- Backed Securitization Act of South Korea. O activos respaldados por ley de securitización de Corea del Sur por su traducción al castellano. Mediante la estructura legal concebida por en esta jurisdicción se pretendió hacer más eficientes los activos no rentables de las instituciones financieras que poseían altos grados de endeudamiento, mejorando esta condiciones a través de flujos de efectivo sostenibles. URL disponible en : http://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=28016&lang=ENG*
5. *Italian Securitization Law 130 of 30 April 1999 o la ley italiana de titulización del 30 de abril de 1999 por su traducción al castellano. Mediante la ley esbozada en líneas previas fue como los legisladores de la República de Italia materializaron el concepto de la estructuración jurídica financiera denominada como titulización. URL disponible en : https://www.housing-finance-network.org/fileadmin/user_upload/hfn/Country_Law/Law-Italy/2006-00281.pdf*
6. *ASOBANCARIA, Las titularizaciones: un vehículo para el crecimiento, Edición 1157, Semana Económica 8 de octubre de 2018. <https://www.asobancaria.com/wp-content/uploads/1157.pdf>*

7. *Informe Superintendencia del Mercado de Valores República de Panamá, Noviembre 2018.*
8. *Ley 66/2016 de 9 de diciembre, Que Reforma Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999 que regula el mercado de Valores en la República de Panamá (Gaceta Oficial Digital No. 28176-B, martes 13 de diciembre 2016). URL disponible en http://www.supervalores.gob.pa/files/Ley/GacetaNo_28176b_20161213-opt.pdf*

Currículum breve.

- *Universidad Santa María la Antigua (USMA) 2006 - Licenciado en Mercadeo con Concentración en Gerencia de Ventas.*
 - *University of California, Berkeley 2010 - Advanced Management Program for Innovation.*
 - *USMA 2012 - Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Cum Laude).*
 - *Georgetown University 2018 -Global Business in Practice.*
- Actualmente dedicado al estudio de la reestructuración de personas jurídicas mercantiles, abogado independiente, empresario. Correo electrónico: argolcliente@gmail.com*

Artículo recibido: 6 de diciembre de 2018

Artículo aprobado: 16 de diciembre de 2018

J. DERECHO PENAL

VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA LEY 82 DE 2013

Virginia Arango Durling

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas

E-mail: varangodurling@gmail.com

RESUMEN

El delito de violencia doméstica ha sido objeto de numerosas reformas y la más reciente es la Ley 82 de 2013 que introduce la figura del Femicidio y otras conductas violentas contra la mujer como es la violencia psicológica y económica. Con ello, se plantean problemas interpretativos, incongruencias, desde las consecuencias jurídicas, por el exagerado casuismo y en general por una deficiente técnica legislativa. Consecuentemente, se requiere una revisión integral del delito de violencia doméstica siendo lo recomendable que las violencias psicológicas y físicas se ubiquen en el capítulo del delito de lesiones, y a la vez que dentro de ese examen se elimine la configuración de los tipos penales en preferencia exclusiva hacia la mujer, en detrimento de la protección de otro tipo de personas.

Palabras claves

Delito, violencia doméstica, lesiones, violencias psicológicas y económicas, mujer, igualdad.

ASBTRACT

The crime of domestic violence has been subject to numerous reforms and the most recent is Law 82 of 2013 that introduces the figure of Femicide and other violent behavior against women such as psychological and economic violence. With this, interpretative problems arise, inconsistencies, from the legal consequences, by the exaggerated casuism and in general by a deficient legislative technique. Consequently, a comprehensive review of the crime of domestic violence is required, and it is advisable that psychological and physical violence be located in the chapter of crimes of injury, and at the same time, we warn that within this examination the exclusive preference to women is demanded, to the detriment of the protection of other types of people.

Keywords:

Crime, domestic violence, injuries, psychological and economic violence, women, equality.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia en las mujeres es un hecho que cobra importancia en nuestro país a partir de la Ley 82 de 2013 que adopta medidas de prevención, reforma algunos artículos e introduce la figura autónoma del delito de Femicidio en el Código Penal, la cual puede ser de distintos tipos, así

tenemos violencia psicológica, patrimonial, sexual, la violencia doméstica, laboral, o institucional, aunque las más comunes según las Naciones Unidas son la física, sexual, psicológica y económica. En el ámbito internacional las convenciones de derechos humanos han consagrado el ejercicio y disfrute de los derechos humanos a todas las personas, incluyendo a las mujeres, y entre estas podemos mencionar las siguientes: la Convención Contra el Genocidio (1948); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención Contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruelles, Deshumanas o Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos de los Niños (1989); y Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belem del Para (1994).

La Organización Mundial de la Salud (2014) conceptúa la violencia como: "El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones". Además de lo anterior clasifica la violencia en tres categorías generales, según las características de los que cometen el acto de violencia: – la violencia autoinfligida (comportamiento suicida y autolesiones), – la violencia interpersonal (violencia familiar, que incluye menores, pareja y ancianos; así como violencia entre personas sin parentesco), – la violencia colectiva (social, política y económica).

En algunas ocasiones los actos de violencia contra las mujeres constituyen lo que se denomina "violencia de género que es aquella ejercida por los hombres contra las mujeres, en que el género del agresor y el de la víctima están íntimamente unidos a la explicación de dicha violencia. De esa forma, afecta a las mujeres por el simple hecho de ser del sexo femenino, es decir, es la violencia que perpetran los hombres para mantener el control y el dominio sobre las mujeres" (Casique C., Ferreira Furegato, 2006:1). En estos casos, los actos violentos son realizados por el hombre contra la mujer, afectando su vida, integridad personal, dignidad y libertad.

En ese contexto, la Ley 82 de 2013, que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal para tipificar el Femicidio y sanciona los hechos de violencia contra la mujer, explica en sus artículos 1 al 3, sobre la finalidad de esta ley, que es la de proteger a la mujer contra actos violentos en el contexto de relaciones desiguales de poder, y determina el concepto de violencia contra las mujeres.

Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto garantizar el derecho de las mujeres de cualquier edad a una vida libre de violencia, proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia en un contexto de relaciones desiguales de poder, así como prevenir y sancionar todas las formas de violencia en contra de las mujeres, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado. **Artículo 2.** Esta Ley se aplicará cuando las conductas descritas en ella se dirijan contra una mujer de cualquier edad, por el solo hecho de ser mujer, en un contexto de relaciones desiguales de poder, en el ámbito público o privado y en cualquier otro tipo de relación, ya sea laboral, docente, académica, comunitaria o de cualquier índole. Esta Ley debe interpretarse según los principios contenidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por la República de Panamá, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo y

la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o Convención de Belém do Pará.

Artículo 3. Se entenderá por violencia contra las mujeres cualquier acción, omisión o práctica discriminatoria basada en la pertenencia al sexo femenino en el ámbito público o privado, que ponga a las mujeres en desventaja con respecto a los hombres, les cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, que incluye las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Por otro lado, la Ley 82 de 2013 establece y define distintos tipos de violencia contra las mujeres, como son la violencia docente y educativa, violencia comunitaria, Violencia en los servicios de salud públicos y privados, Violencia Física. Violencia institucional, Violencia laboral y salarial, Violencia mediática, Violencia obstétrica, Violencia patrimonial y económica, Violencia política, Violencia psicológica, Violencia sexual y Violencia simbólica (art.4).

Y si observamos la Ley 82 de 2013, enmarca en la misma una serie de hechos que constituyen directamente actos de violencia contra las mujeres, entre los que se puede mencionar: el Femicidio (132A), la violencia psicológica (art. 138A), la violencia económica contra la mujer (art.214A), la inducción o ayuda a una mujer a suicidarse (art.135) el delito de acoso sexual (art. 178), la violencia doméstica (art. 200), sin que por ello, la vida, integridad o dignidad de la mujer no se vean afectados en otros delitos contemplados en la legislación penal, como son el acoso persecutorio y los delitos sexuales, entre otros.

Ahora bien, como se observa de lo anterior existen distintos tipos y delitos de violencia contra las mujeres castigados en la legislación vigente, sin embargo, en esta ocasión, examinaremos la violencia doméstica, pues algunas de ellas como el Femicidio ya han sido abordados en otras publicaciones para lo cual les remitimos al respecto (2016).

II. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

A. Determinaciones previas

El delito de violencia doméstica, anteriormente denominado violencia intrafamiliar (Ley 38 /2000), se ha entendido como " el patrón de conducta en el cual se emplea la fuerza física o la violencia sexual o psicológica, la intimidación o la persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, familiares o parientes con quien cohabitan o haya cohabitado, viva o haya vivido bajo el mismo techo o sostenga o haya sostenido una relación legalmente reconocida, o con quien sostiene una relación consensual, o con una persona con quien haya procreado un hijo o hija como mínimo, para causarle daño físico o a su persona o a la persona de otro para causarle daño físico a su persona o a la persona de otro para causarle daño emocional (Ley 38/2000).

Como antecedentes de este delito tenemos la Ley 27 de 1995 y Ley 38 de 2001, que reforman el derogado Código Penal de 1982, y en fecha más reciente, la Ley 82 de 2013, que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y tipifica el Femicidio, y reforma el Código Penal del 2007, así como la Ley 59 de 2015.

A propósito de la Ley 82 de 2013, que reforma el primer párrafo del delito de violencia doméstica ésta no solo se constituye por los actos de agresión, sino también por “hostigar, y se trata de un tipo de formulación casuística y pluriofensivo (Guerra de Villalaz 2009:139), sin embargo, se adolece de un concepto del término *violencia doméstica*, aunque se refieren a otros tipos como por ejemplo, violencia patrimonial, psicológica, violencia contra la libertad reproductiva, violencia educativa y laboral, violencia en los servicios de salud pública y privada, violencia en el ámbito comunitario y violencia física, violencia mediática, obstétrica, violencia política y sexual, entre otros.

Como se observa este delito ha sido objeto de numerosas reformas y en su conjunto reflejan una deficiente técnica legislativa, no solo por los problemas interpretativos que trae el mismo, sino también por haber incluido el tratamiento terapéutico multidisciplinario dentro del catálogo de penas (art. 50), cuando en realidad es una medida de seguridad, que para los efectos se contraponen a lo señalado en el artículo 8 del Código Penal que dice que estas solo se aplicaran a los inimputables.

Y sumado a todo lo anterior, otros problemas se visualizan, por un lado, con la introducción del castigo autónomo de la violencia psicológica (art.138A) y la económica (art.214A), contra la mujer tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013, con preferencia exclusiva para la mujer.

Por todo lo anterior, resulta cuestionable y se requiere a corto plazo una revisión integral del delito de violencia doméstica, en la que lo recomendable sería por un lado, denominarlo como malos tratos en el ámbito familiar ubicándolo dentro de los delitos de lesiones personales, incluyendo todas los tipos de violencia, eliminando el exagerado casuismo, y determinando el quantum de la pena desde una perspectiva de igualdad.

A manera de ejemplo, podemos citar la Ley 8589 contra la violencia de Costa Rica que resulta ser más precisa que la nuestra:

ARTÍCULO 22.- Maltrato- A quien de manera grave o reiterada agrede o lesione físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, se le impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años, siempre que la agresión o lesión infringida no constituya un delito de lesiones graves o gravísimas.

ARTÍCULO 25.- Violencia emocional- Será sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalore, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

B. Bien jurídico protegido

Ahora bien, en el ámbito del bien jurídico protegido en este delito las opiniones son diversas, aunque desde el plano de nuestra legislación la norma este destinada a proteger a la familia (Guerra de Villalaz, 2017; p. 133), y no la integridad personal, y sea pluriofensivo porque también se afecta conjuntamente la integridad personal y el patrimonio económico.

Si bien podemos afirmar que la violencia doméstica está destinada a tutelar la familia, y no la integridad personal, es decir, la salud, no menos cierto es que estos actos afectan considerablemente

la salud, cuando se ejecutan daños físicos o psicológicos a otro miembro de la familia (Arango Durling: 9-A).

Consecuentemente, el bien jurídico protegido ha sido objeto de polémica, pues afirman unos (Gracia Martín, 2000: 423) que no es un auténtico delito contra la familia sino un delito de lesiones, el bien jurídico es el mismo del delito de lesiones, aunque los malos tratos afecte el bienestar y el honor (Berdugo Gómez, 1982: 93), a lo que otros además de coincidir en la protección de la integridad corporal y la salud física y psíquica, manifiestan que se tutela también la dignidad de la persona en el seno de la familia” (Serrano Gómez, 1997:115), aunque esta última ha sido rechazada (García Álvarez / Del Carpio Delgado, 2000:24) puesto que este no constituye el bien jurídico específico del Derecho Penal, pues es evidente que este recae sobre la salud, es decir, la integridad física o psíquica del sujeto, que se pone en peligro la salud del sujeto pasivo, tal como ha así lo han indicado otros (García Valdés, 2013:45, Silva Sánchez, 2018:67).

De otra parte, más concretamente han entendido otros que (Calderón y Choclan, 1999: 640) el objeto de protección penal, lo constituyen la de proteger a los miembros de la familia por ataques producidos por miembros de la familia (Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, 1993:141), o a “los miembros físicamente más débiles dentro del grupo familiar, frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”, aunque para ello se discrepe (Del Rosal Blasco, 1992:371) en cuando a que la tutela se dirige a la salud y el bienestar de los individuos.

Lo que sí es importante destacar, que la intervención penal de estos delitos no se discute hoy en día, (De Vega, José Augusto, p.15 y ss.), aunque en nuestra doctrina patria (Muñoz Pope, 1999: 126) el hecho ha sido previsto de una “forma exageradamente vaga” y ambigua, y como está concebida en nada o en muy poco protege la institución familiar, y que en última instancia, perjudica a la familia pues impone a la autoridad ciertas obligaciones que en definitiva inciden en la separación o ruptura del núcleo familiar”, además que con respecto a la última reforma mediante la Ley 82 de 2013, se incluye de manera desacertada el tratamiento multidisciplinario como una pena, cuando en realidad tiene naturaleza de medida de seguridad.

En síntesis, desde el punto de vista político criminal se exige a corto plazo una reformulación del delito de violencia doméstica en la que proponemos su ubicación como *auténticos delitos de lesiones agravados* por su especial consideración.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.

A. Introducción

El delito de violencia doméstica es un tipo básico, anormal, de formulación casuística y pluriofensivo (Guerra de Villalaz, 2017:133), que propicia con la reforma penal de 2013 un tratamiento especial frente a la violencia contra las mujeres por convivencia, entre otros, pero que excluye otros tipos de personas vinculadas al agresor por relaciones análogas de afectividad, como pudieran ser el caso de novio o ex novio que no tuvieran relaciones de convivencia.

El legislador con este delito pretende castigar todo tipo de violencia doméstica, y no concreta si se trata de una violencia doméstica habitual ejercidas contra las personas vinculadas al agresor, como

sucede en otras legislaciones, hecho que puede plantear problemas interpretativos pues a nuestro juicio, no es necesaria acreditar la habitualidad, y consecuentemente un solo acto basta para configurar este delito (Muñoz Pope, 1999).

El texto del artículo 200 dice lo siguiente:

"Quien hostigue o agrede física, psicológica o patrimonialmente a otro miembro de la familia será sancionado con prisión de cinco a ocho años y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular que cuente con atención especializada, siempre que la conducta no constituya delitos sancionados con pena mayor".

En cualquiera de estos casos, la autoridad competente aplicará las medidas de protección correspondientes a favor de las víctimas.

Esta pena se aplicará a las lesiones físicas que produzcan una incapacidad no superior a los treinta días.

Para los efectos de este artículo, las conductas descritas son aplicables en caso de:

1. Matrimonio
2. Unión de hecho
3. Relación de pareja que no haya cumplido los cinco años, cuya intención de permanencia pueda acreditarse.
4. Parentesco cercano
5. Personas que no hayan procreado entre sí un hijo o hija.
6. Hijos o hijas menores de edad, no comunes que conviven o no dentro de la familia.

Igualmente se aplicarán las situaciones señaladas en los numerales anteriores, aun cuando estas hayan finalizado al momento de la agresión.

En caso de incumplimiento de la medida de seguridad impuesta, el Juez de Cumplimiento deberá sustituirla con la pena de prisión que corresponda.

Artículo 201 (Ley 59 de 2015)

"La sanción de que trata el artículo anterior será de seis a nueve años de prisión, si las lesiones físicas causadas producen una incapacidad superior a treinta días y que no exceda de sesenta días y que no exceda de sesenta días

Si tales lesiones producen algunos de los efectos enunciados en el artículo 137, del código, se aplicarán la sanción fijada en el precitado artículo, para los actos de violencia doméstica".

B. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Son sujetos activos aquellos que se encuentran dentro de las relaciones previstas en el artículo 200, ya sea personas unidas por vínculo de parentesco o matrimonio, siendo por consecuencia un delito especial y monosubjetivo, que abarca también el comportamiento realizado no solo por el cónyuge ligado en vínculo matrimonial, sino también a las parejas o uniones de hecho (García Álvarez / Del Carpio Delgado, 2000, p. 60).

La norma tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013, no menciona que el hecho se comete en un *contexto de relaciones desiguales de poder*, por lo que a nuestro juicio se contradice con la finalidad de la propia ley en la que se persigue castigar duramente al hombre por realizar actos violentos en contra de la mujer. Con ello, el delito puede ser realizado tanto por un hombre como mujer, siempre que se den dentro del contexto: personas unidas por un vínculo matrimonial, las uniones de hecho y las relaciones de parejas que no hayan cumplido los cinco años cuya permanencia pueda acreditarse, el parentesco cercano, las personas que hayan procreado entre sí un hijo o hija, los hijos del otro cónyuge o conviviente, inclusive cuando haya finalizado el matrimonio o la relación conyugal.

En consecuencia, quedan excluidos como sujeto activo el novio o la novia que no conviven, ni tampoco cuando existan vínculos de naturaleza contractual entre el agresor y la víctima, en todo caso responde por el delito de lesiones personales.

El *sujeto pasivo* se enmarca dentro de lo señalado en la presente disposición. Para ello explica DE VEGA RUIZ (1999:174) que son “los miembros del grupo familiar que no pueden “escapar” fácilmente del mismo por sus circunstancias personales, como la edad, la minusvalía física o psíquica, e incluso en muchas ocasiones la mujer por la falta de preparación para defenderse fuera del hogar, también por la carencia de recursos”.

Sostiene la doctrina, que solo el que sufre la violencia física directamente (el que es golpeado) ocupa la figura de sujeto pasivo, no obstante, si de esa violencia física, el padre que golpea a la madre en presencia de un menor, puede constituir malos tratos psicológicos para el menor, sin que con ello pone en peligro su salud mental (García Álvarez / Del Carpio Delgado, 2000: 62-3)

De igual forma, sostienen los citados autores, que cuando el miembro de la familia (la madre) presencia el maltrato, por ejemplo, del padre al hijo, este no es sujeto pasivo, pues se trata de un supuesto de comisión por omisión, en la que teniendo la posición de garante, no hace nada para impedirlo (García Álvarez / Del Carpio Delgado, 2000: 62)

En cuanto al *comportamiento delictivo* se presenta de manera alternativa por los verbos rectores *hostigar* o *agredir*, aunque debe tenerse claro, que se trata de dos hechos distintos. Así tenemos que *hostigar*, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, por un lado, se refiere a azotar, castigar con látigo, vara o cosa semejante, en otro caso, como acosar, perseguir, molestar a otra persona.

De conformidad con la Ley 82 de 2013, se entiende por "Hostigamiento: Acto u omisión, no necesariamente con motivaciones sexuales, con abuso de poder, que daña la tranquilidad, autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, impide su desarrollo y atenta contra la equidad. Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño e incluye la negativa a darle las mismas oportunidades de empleo a las mujeres, no aplicar los mismos criterios de selección, no respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo, la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación basada en su condición de mujer" (art 4. num.8).

Por su parte, los términos " *Violencia Física*, es Acción de agresión en la que se utiliza intencionalmente la fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia, que

cause o pueda causar daño, sufrimiento físico, lesiones, discapacidad o enfermedad a una mujer" (art. 4o num.18), " *Violencia psicológica, es* Cualquier acto u omisión que puede consistir en negligencia, abandono, descuido, celos, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y/o amenazas" (art.4o num.25), y finalmente, *violencia patrimonial*, debe entenderse como toda "acción u omisión, en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, que repercute en el uso, goce, administración, disponibilidad o accesibilidad de una mujer a los bienes materiales, causándole daños, pérdidas, transformación, sustracción, destrucción, retención o destrucción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, derechos u otros recursos económicos, así como la limitación injustificada al acceso y manejo de bienes o recursos económicos comunes (art. 4, num.23).

El tipo penal en general que castiga la violencia doméstica no establece elementos de *habitualidad o reiteración de la agresión*, sin embargo, en general (Guerra de Villalaz,2017:135), se ha entendido que la violencia doméstica es de naturaleza habitual, y continua, lo que difiere del delito de lesiones, porque los actos se presentan a través de etapas cíclicas que se reiteran en conductas explosivas de agresión directa y luego se producen actos de arrepentimiento y reconciliación, que después genera tensión y vuelven los procesos de explosión y así sucesivamente.

Al examinar el concepto de violencia doméstica (Ley 38 de 2001,art. 2 numeral 8) se define: Violencia doméstica, como "Patrón de conducta en el cual se emplea la fuerza física o la violencia sexual o psicológica, la intimidación o la persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, familiares o parientes con quien cohabita o haya cohabitado, viva o haya vivido bajo el mismo techo o sostenga o haya sostenido una relación legalmente reconocida, o con quien sostiene una relación consensual, o con una persona con quien se haya procreado un hijo o hija como mínimo, para causarle daño físico a su persona o a la persona de otro para causarle daño emocional", mientras que en el caso de hostigamiento manifiesta que puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos.

Ciertamente, que se presentan problemas interpretativos por cuanto que la norma no hace referencia a una *violencia habitual o maltrato habitual* de parte del agresor contra las personas a él vinculadas, y coincidimos con Muñoz Pope que el precepto pretende castigar cualquier acto contra los miembros de la familia, con absoluta independencia de la entidad de la agresión y sin importar que la agresión haya causado o no una lesión (Muñoz Pope, 1999:148).

En lo que respecta a la *entidad de la agresión*, el legislador parte del criterio que la pena prevista en el artículo 200, se aplicará a toda lesión física que produzcan una incapacidad no superior a los treinta días, mientras que si las lesiones físicas causadas producen una incapacidad superior a treinta días y que no excede de sesenta días, la pena es de seis a nueve años.

Por otro lado, en cuanto al tipo de agresiones que se producen al sujeto pasivo, tenemos por un lado, aquellas que afectan la integridad corporal o en otro caso de agresiones psicológicas, que en este último supuesto pueden traer serias dificultades para resolverlo satisfactoriamente, pues los jueces no están preparados para tratar estas cuestiones de tipos psicológico, donde hay que tener en cuenta la simulación (Serrano Gómez, 2000, p.116), y la vaga precisión conceptual de la Ley 82 de 2013 (art.2, no.25).

En los casos de *agresión física* debe ser ejercido por fuerza corporal directa o por medio de cualquier objeto, arma o sustancia, que cause o pueda causar daño, sufrimiento físico, lesiones, discapacidad o enfermedad a una mujer (art.2, no.18), aunque otros opinan (De Vega Ruiz, 2000, p.173) que debe tratarse de un ataque contra la persona que a través de muchas posibilidades, doblegue siempre la dignidad y el respeto obligado entre quienes conviven en familia. Se trata de un ataque claro que puede ser hasta incluso disimulado, pero ha de ser siempre violencia física que naturalmente no tiene porqué dejar señales físicas de clase alguna (hematomas, heridas, sangre, etc.). Es en suma, la clásica bofetada que se propina sin más consecuencia física”.

Por otro lado, tratándose de *agresiones psicológicas* ejecutadas por el autor o autora, son de distinta naturaleza, y pueden recaer en primer lugar, produciendo un ataque social, tratando de romper con la familia, las amistades, el trabajo, cortando con todo lo que une a sus recuerdos con el tiempo anterior, o finalmente, provocando un ataque a la identidad actual, criticando recriminando, tanto en público como en privado, su conducta, afecciones, defectos, iniciativas, modos de hacer las cosas, forma de pensar. En otras palabras, lo que se consigue es un auténtico, lavado de cerebro que anula por completo la personalidad de la persona” (De Vega Ruiz, 2000, p. 175).

Los malos tratos psicológicos, debe entenderse que suponen “un trato degradante” hacia el sujeto pasivo, degradando la dignidad y la personalidad, de ahí que un simple insulto, no lo constituya, pero si por el contrario el insultar grave y habitualmente, menospreciando, desautorizando gravemente, ostensiblemente, en presencia o no de terceros (De Vega Ruiz, 2000, p. 179). El maltrato psíquico, “en términos estrictamente penales ha de entenderse, por tanto actos de acometimiento (conductas verbales o en obra), que, sin incidir sobre el cuerpo afectado, inciden en su psiquis poniendo en peligro directamente su salud mental, y que el bien jurídico protegido con la incriminación expresa de esta conducta sigue siendo la salud, en este caso la salud mental del sujeto pasivo con ella afectado” (García Álvarez / Del Carpio, 2000: 33).

Además de lo anterior, la agresión puede ser de tipo patrimonial o económica (art. 2, no.23), que en este caso la Ley 82 de 2013 lo enmarca *dentro del contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres*, que afectan a la víctima, que siguiendo la norma bajo estudio afecta a cualquier persona que es miembro de la familia sin distinción de sexo.

Por otro lado, es importante señalar, que los malos tratos psíquicos vienen acompañados también de malos tratos físicos y de agresiones sexuales, e incluso de violencia patrimonial, (De Vega Ruiz, 2000:175).

Ahora bien en caso de que se trate de agresiones psicológicas o violencia económica realizadas por cualquier persona contra una mujer fuera del ámbito familiar o del círculo de personas se encuentran descritas en el artículo 200, se le castigaría en base al delito violencia psicológica (art. 138A) y artículo 214A del Código Penal.

Antes de terminar, en cuanto al *tipo subjetivo* no es posible la agresión o el hostigamiento culposo, por lo que estamos ante un comportamiento intencional un actuar doloso, de hostigar o agredir física o psicológicamente o patrimonialmente a otro miembro de la familia, y en este caso es imprescindible el conocimiento del vínculo con la víctima.

C. *Antijuricidad, Justificación.*

La posibilidad de que la conducta incriminada admita causas de justificación, es discutible, aunque se coincide que el derecho de corrección no es viable.

En cuanto al consentimiento pareciera a primera vista que, no constituye lógicamente posible una causa de justificación, pues la situación del delito de maltrato físico y psíquico es totalmente ajeno, a cualquier otra situación análoga. No obstante, lo anterior desde la perspectiva penal la salud es un bien jurídico plenamente disponible por su titular, que podrá consentir válidamente a su puesta en peligro por conductas violentas, y este consentimiento en la medida en que constituya la expresión del libre desarrollo de su personalidad, permitirá sostener la atipicidad de dicha conducta violenta siempre que aquel fuera válidamente emitido y esta lo ponga en peligro dentro de los límites consentidos (García Álvarez / Del Carpio Delgado, 2000: 82), pero no podrá hablarse de la existencia de un consentimiento tácito válidamente emitido, cuando la víctima no denuncia o no huye de su agresor por temor a represalias, por la existencia de amenazas o coacciones, o por cualquier otro motivo que le lleva a tolerar pasivamente tales agresiones, ya que tolerar no es consentir.

Para terminar, en lo que respecta al ámbito de la culpabilidad se plantea el error de prohibición, en particular cuando el autor cree que concurren causas de justificación (Vgr. Derecho de corrección) patrones culturales o factores sociales, lo cual daría a una eximente incompleta (Gracia Martín, 2000: 475).

Sin embargo, en nuestro derecho patrio a partir de la Ley 82 de 2013, el legislador establece en su artículo 42-A que "No podrán invocarse costumbres o tradiciones culturales o religiosas para impedir la investigación penal ni como eximentes de culpabilidad para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar el delito de violencia contra las mujeres o cualquier persona", lo que resuelve cualquier duda al respecto.

D. Formas de Aparición

El hecho se consuma con el acto de hostigar y con la agresión física, patrimonial, psicológica, siendo un delito instantáneo, que exige un resultado dañino.

La tentativa en el caso de nuestra legislación es admisible, toda vez que no hace referencia a la exigencia de al menos tres actos de malos tratos, aunque no faltan discusiones al respecto al atribuirle una naturaleza de delito formal.

Son únicamente autores los que agreden física, patrimonial o psicológicamente a la víctima, que debe encontrarse dentro de los supuestos que establece el artículo 200, así por ejemplo, los miembros de una familia que agredan a otro miembro, pudiendo ser coautores los miembros del grupo familiar. La intervención de otras personas a título de complicidad e instigación es admisible.

E. Penalidad

La sanción para este delito es alternativa, prisión de cinco a ocho años de prisión y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud estatal o particular que cuente con atención

especializada, siempre que la conducta no constituya delitos sancionados con pena mayor o cuando se trate de lesiones físicas que produzcan una incapacidad no superior a treinta días.

El tratamiento terapéutico multidisciplinario de conformidad con el Artículo 62-A de la Ley 82 de 2013, consiste "en un programa de intervención para evaluación diagnóstica pre tratamiento, intervención psicoeducativa y evaluación de eficacia y seguimiento de programa, estructurado según la conducta punible, realizado por profesionales titulados, cualificados y acreditados en ciencias del comportamiento y psicología y psiquiatría clínicas, con la colaboración de trabajo social y enfermería en salud mental, dirigido a modificar las actitudes, creencias y comportamientos de la persona agresora ".

Este tratamiento se incluye con desatino dentro del catálogo de penas en el artículo 50 tras la Ley 82 de 2013, su respuesta ante su incumplimiento es desaconsejable, pues en sentido estricto es una medida de seguridad, y finalmente, contraviene el principio que las medidas de seguridad se aplican únicamente a los inimputables (art. 8). En ese sentido la norma bajo estudio en su parte final dice lo siguiente: "En caso de incumplimiento de la medida de seguridad impuesta, el Juez de Cumplimiento deberá sustituirla con la pena de prisión que corresponda".

La pena será de tres a cinco años, si las lesiones físicas causadas producen una incapacidad superior a treinta días y que no exceda de sesenta días. Si las lesiones producen los efectos enunciados en el artículo 137 de este código, se aplicaría la sanción fijada en el precitado artículo, para los efectos de la violencia doméstica". No se contemplan sanciones para el supuesto de la Omisión de denunciar la violencia doméstica.

IV. REFLEXIONES FINALES

El delito de violencia doméstica según estadísticas del Ministerio Público (2018), entre el 1o de enero al 30 de abril de este año se han registrado un total de 5029, de las cuales la gran mayoría se han realizado en la provincia de Panamá.

En el año 2017, se registraron 18, 267 denuncias al Ministerio Público en las cuales se destaca que la misma recae sobre personas de cualquier edad y sexo, aunque las estadísticas hacen una distinción en cuanto al sexo del sujeto pasivo. En este sentido, de las 15,388 denuncias presentadas por violencia doméstica, se registra que 255 son del sexo femenino y 46 del sexo masculino.

De igual formas, se observa que en el período de enero a diciembre del año 2016, se registraron 19,711 denuncias por violencia doméstica, de las cuales 8,667 víctimas eran mujer, y 1616 del sexo masculino.

Por otro lado, también las estadísticas determina que la violencia doméstica ha ido aumentando en los últimos años, así por ejemplo en el año 2014 se registraron 17,321 casos denunciados, 20,516 en el año 2015, y finalmente, en el año 2016, 19,711.

Todo lo anterior es fundamental porque se refleja que la violencia doméstica por un lado afecta a todas las personas dentro del ámbito familiar, y en segundo lugar, de que se trata de un hecho que no atenta de manera exclusiva a la mujer, sino que cada vez más son personas del sexo masculino las que también son víctima de este delito. Valga mencionar, entonces, que en el año 2017, entre

enero y julio, se produjo agresiones de violencia doméstica contra los hombres, siendo el mes de marzo cuando más denuncias se presentaron, y por otro lado, en abril de este año se dio la prime condena a una mujer por violencia doméstica en contra de su pareja del sexo masculino.

Por otro lado, el delito de violencia doméstica, tal como hemos señalado ha sido objeto de numerosas reformas y ninguna de ellas ha sido mejor que la otra, en otras palabras, seguimos con una deficiente técnica legislativa. Todo lo anterior, trae problemas interpretativos e incongruencias de la otra parte por la inclusión del tratamiento terapéutico multidisciplinario dentro del catálogo de penas (art. 50), porque en este caso estamos ante una medida de seguridad y no una pena, y todo ello se contrapone a lo señalado en el artículo 8 del Código Penal que dice que estas solo se aplicaran a los inimputables.

Y además, de lo anterior se han sumado otros, porque la Ley 82 de 2013 ha creado la violencia económica y psicológica contra la mujer como delitos autónomos, unos los ha incluido dentro de los delitos de lesiones personales y otros en los delitos contra el patrimonio, sin dejar de señalar, que todo ello crea una situación de desigualdad frente a otras personas, inclusive las que se encuentran en el ámbito familiar.

Por todo lo anterior, resulta cuestionable y se requiere a corto plazo una revisión integral del delito de violencia doméstica, en la que lo recomendable sería por un lado, ubicar tanto la violencia psicológica como la violencia física en el delito de lesiones con pena más grave, reformular los tipos de violencia económica, eliminando en todos los supuestos el exagerado casuismo y el castigo por igual a todas las personas sin distinción de sexo.

Antes de terminar, presentamos a continuación las disposiciones que castigan la violencia psicológica y la económica, tras la reforma penal al Código Penal del 2007, mediante Ley 82 de 2013 que dicen lo siguiente:

Artículo 138-A. Quien incurra en violencia psicológica mediante el uso de amenazas, intimidación, chantaje, persecución o acoso contra una *mujer* o la obligue a hacer o dejar de hacer, tolerar explotación, amenazas, exigencias de obediencia o sumisión, humillaciones o vejaciones, aislamiento o cualesquiera otras conductas semejantes serán sancionadas con prisión de cinco a ocho años. Si las conductas descritas en el párrafo anterior producen daño psíquico, la pena se aumentará de una tercera a la mitad del máximo de la pena.

El artículo 214A introducido mediante la Ley 82 de 2013 dice lo siguiente:

"Será sancionado con pena de cinco a ocho años de prisión quien cometa violencia económica contra la *mujer*, incurriendo en cualquiera de las siguientes conductas:

1. Menoscabe, limite o restrinja la libre disposición de sus bienes o derechos patrimoniales.
2. Obligue a una mujer a suscribir documentos que afecten, limiten, restrinjan su patrimonio o lo pongan en riesgo, o que lo eximan de responsabilidad económica.
3. Destruya u oculte documentos justificativos de dominio o de identificación personal o bienes, objetos personales o instrumentos de trabajo que le sean indispensables para ejecutar sus actividades económicas".

De la lectura de las mismas se puede apreciar el exagerado casuismo, y a la vez una preferencia exclusiva hacia la mujer, excluyendo la protección a otro tipo de personas. Estos preceptos, sin duda alguna, traen graves problemas interpretativos por la complejidad de actos que enuncian los tipos penales, por lo que reiteramos que sea recomendable una revisión integral de esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, **El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar**, Tirant lo Blanch, 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. **Derecho Penal Español, Parte Especial**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

ARANGO DURLING, Virginia, **Derechos humanos de la mujer**, Panamá, 1994.

-“Violencia Intrafamiliar y el Código Penal” en *El Panamá América*, 21 de julio de 1995.

-*Consideraciones sobre los derechos de la mujer. Especial consideración de la violencia contra la mujer*, en Boletín de Informaciones Jurídicas No. julio-diciembre, Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panamá, 1990.

-Reflexiones sobre el delito de adulterio y el homicidio en legítima defensa del honor, en Boletín de Informaciones Jurídicas Digital, No. 54, julio-diciembre, 2015.

- Derechos Humanos y Violencia contra la Mujer" en *Boletín de Informaciones Jurídicas* N° 35, Panamá, 1993

ARANGO DURLING, Virginia y Campo Elías MUÑOZ ARANGO, **El homicidio agravado por razón del parentesco y el delito de Femicidio**, Ediciones panamá viejo, Panamá, 2015.

ARANZAZU MORETÓN TOQUERO, María, **Los delitos de lesiones**, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 2000.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario/ RUIZ SALAZAR, José Armando, **Manual de Derecho penal**, Parte Especial, Tomo II, Leyer, Bogotá, 2001.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/ MUÑOZ CUESTA, Javier, **Delito de lesiones**, Aranzadi, Pamplona, 1993.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, **El delito de lesiones**, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

BURKE, Alafair, **Domestic Violence as a Crime of Pattern and Intent: An Alternative Reconceptualization**, Hofstra Law Faculty Scholarship, 2007.

CASIQUE, Leticia, Ferreira Furegato, Antonia Regina, **Violencia contra mujeres: Reflexiones teóricas**, Rev. Latino-am Enfermagem 2006, novembro-dezembro; 14(6).

CASTILLO GONZÁLEZ Francisco, **El consentimiento del derecho habiente en materia penal**, Edit. Juriscentro, San José, 1998.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar” en *Comentarios a la legislación penal, (Ley de 21 de junio de 1989)* Tomo XIV – Vol. I, Edersa, Madrid, 1992.

DE VEGA RUIZ, José Augusto, **Las agresiones familiares en la violencia doméstica**, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

DIEZ RIPOLLES, José Luis, **Los delitos de lesiones**, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1997.

DIEZ RIPOLLES, José Luis/ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y Del Carpio Delgado, Juana, **El delito de malos tratos en el ámbito familiar**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCIA ÁLVAREZ, Pastora/ DEL CARPIO DELGADO, Juana, **El delito de malos tratos en el ámbito familiar**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GILL, Hipólito, **Delitos contra el orden jurídico familiar y el estado civil**, UNICEF, Escuela Judicial, 2002.

GONZÁLEZ FERRER, Campo Elías/ MUÑOZ RUBIO, Campo Elías, **El delito de lesiones personales en el Código Penal Panameño**, Publicación del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 1979.

GRACA, Sofia, **Domestic violence policy and legislation in the UK: a discussion of immigrant women's vulnerabilities**, European Journal Current Legal Issues, Vol.23 (1)2017

GUALLART DE VIALA, Alfonso, **La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud**, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992.

GUERRA DE VILLALAZ, Aura, VILLALAZ DE ALLEN, Grettel, GONZALEZ HERRERA, Alberto, **Compendio de Derecho penal, Parte Especial**, Cultural Portobelo, Panamá, 2017.-

KAUR, Ravneet, GARG, Sunnela, **Addressing Domestic Violence against Women: An Unfinished Agenda**, Indian Journal of Community Medicine, 33, 2008.

LUZÓN CUESTA, José María, **Compendio de Derecho Penal. Parte Especial**, Dykinson, S.L., Madrid, 2011

MULLENDER, Audrey, **La violencia doméstica una nueva visión de un viejo problema**, Traducción de Matilde Jiménez Alejo, Paidós, Barcelona, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho penal, Parte Especial**, 11 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ POPE, Carlos, “El delito de violencia intrafamiliar en el Código Penal Panameño” en *Estudios Penales*, Panamá, 2000.

NARES HERNANDEZ, Julio y MARTÍNEZ GARCÍA, Dulce Gloria y Colín García, Ricardo, **Violencia de género en la familia: perspectiva jurídico penal**, Ciencia Ergo Sum, vol. 22, núm. 2, julio-octubre, 2015.

SOUSA, Anderson Reis de, PEREIRA GOMEZ, Nadine y otros, **Domestic violence: the discourse of women and men involved in criminal proceedings**, Esc Anna Nery 2018; 22 (1):e20170108.

VIVES ANTÓN, Tomás, **Comentarios al Código Penal de 1995**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, T. S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J.C./ GONZALEZ CUSSAC, J.L., **Derecho Penal, Parte Especial**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

Virginia Arango Durling:

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Panamá. Se graduó de Licenciada en Derecho, Universidad de Panamá. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España (1989). Investigadora en el Centro de Investigación Jurídica. Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Es autora de numerosas obras en Derecho Penal y Derechos humanos. Correo electrónico: varangodurling@gmail.com

Artículo recibido: 2 de julio de 2018

Aprobado: 19 de julio de 2018

J. DERECHO PENAL

EL DELITO DE SECUESTRO

Campo Elías Muñoz Arango
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas
E-mail: campoema@gmail.com

RESUMEN

El secuestro es un delito grave que va en aumento, que atenta contra la libertad, en concreto la libertad ambulatoria por cuanto el sujeto no puede trasladarse de un lugar a otro, y en segundo lugar el patrimonio económico del mismo ya que está siendo obligado a entregar algo a cambio de su libertad. Al igual que en los delitos de privación de libertad, se afecta la libertad, sin embargo, en el secuestro consiste en secuestrar a la persona para obtener de ello o de otra como precio de liberación, dinero, bienes, información u otros documentos con efecto jurídico.

Palabras claves: secuestro, libertad, patrimonio económico, privación de libertad, lucro.

ASBTRACT

Kidnapping is a serious crime that is increasing, which threatens freedom, in particular outpatient freedom as the subject cannot move from one place to another, and secondly the economic assets of the same as it is being forced to deliver something in exchange for your freedom. As in the crimes of deprivation of liberty, freedom is affected, however, in kidnapping it consists in kidnapping the person to obtain from it or from another one such as the liberation price, money, goods, information or other documents with effect legal.

Keywords: kidnapping, freedom, economic patrimony, deprivation of liberty, profit.

1. Introducción

En el Código Penal hay varios delitos que castigan hechos que atentan contra la libertad así tenemos, la Privación de libertad (art. 149), el Secuestro (art.150), la Extorsión y coacciones (art. 151), Desaparición forzada (art. 152), Detenciones ilegales (art.154-155), Someter al detenido a castigos o torturas inhumanas o degradantes (art.156), la Tortura (art. 156 A), la Retención o posesión ilegítima de pasaporte u otros documentos público de identificación (art. 157) y la Sustracción de menores e incapaces.

Se tutela la libertad de las personas frente actuaciones arbitrarias o ilegítimas que provengan de cualquier persona, incluyendo los servidores públicos, como son las detenciones ilegales, y también de aquellas actuaciones realizadas por particulares, como el secuestro y la extorsión.

En esta ocasión vamos a examinar el delito de secuestro frente al delito contra la libertad en nuestra legislación, también denominado por otros como delito de plagio o secuestro lucrativo (Guerra De

Villalaz, 2016, p.82), que a partir del Código Penal del 2007 ha sido considerado como un delito contra la libertad, y no contra el patrimonio económico.

Al igual que ocurre en otros países, Panamá no ha podido escaparse de este hecho delictivo, realizado no solo por nacionales sino también por extranjeros, de manera que según datos del Observatorio de Seguridad Ciudadana del año 2017, se refleja que de los delitos denunciados, el 100% corresponde al secuestro (2017).

Asimismo, el Informe del año 2016, del Ministerio de Seguridad Pública (SIEC), manifiesta que en los secuestros por el significativo incremento del 61.78 de porcentaje de cambio en la tasa, durante el año 2016 se denunciaron 23, representando 9 casos comparado con el año 2015. Este fenómeno tan serio que el uso de las tecnologías ha hecho más vulnerable a las víctimas y termina facilitándole el trabajo a las redes criminales, mediante los denominados secuestros “express”, modalidad cuyo objetivo es obtener dinero de una manera más rápida y expedita y no siempre los secuestradores piden elevadas cifras, a pesar de que algunos grupos delincuenciales son metódicos porque estudian y le dan seguimiento a sus víctimas antes de intentar secuestrarlas, existen secuestros que han surgido de forma fortuita en donde el delincuente sale y ubica a una persona, quizás por su ostentación y entonces se produce el hecho delictivo.

1. Consideraciones previas sobre el delito de Secuestro y la privación de libertad

El artículo 150 del Código Penal castiga el delito de secuestro, el cual ha sido reformado en varias ocasiones y la última reforma con la Ley 68 de 2009, que aumenta las penas para este delito y la fija para el tipo básico de quince a veinte años, y para el agravado se aumenta de un tercio hasta la mitad cuando se realice en cualquiera de los casos señalados en los numerales 1 al 8 de esta disposición.

La norma dice lo siguiente:

“Quien secuestre a una persona para obtener de ello o de otra como precio de liberación, dinero, bienes, información, documentos con efecto jurídicos por acción o por omisión o algún provecho a favor suyo o de un tercero, aunque no logre el fin perseguido, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Igual sanción se impondrá a quienes en reparto de funciones o tareas participen en la comisión del delito brindando aportes dirigidos a garantizar su consumación, aunque esta no se haya producido por la intervención de las autoridades competentes, y a quienes tengan conocimiento de la comisión del delito y omitan informar a las autoridades”.

La pena señalada en este artículo se aumentará de un tercio a la mitad cuando el secuestro se ejecute:

1. En la persona que ostente inmunidad reconocida por el Derecho Internacional.
2. En un huésped o invitado del gobierno nacional o de cualquier ente público.
3. En un menor de edad con discapacidad, una mujer embarazada o una persona mayor de setenta años.

4. En la persona de un pariente cercano o a aprovechando la confianza depositada en el autor o en alguno de los copartícipes.
5. Con el fin de obligar al gobierno nacional o a cualquier otro gobierno que realice o deje de realizar un acto.
6. En la persona de un miembro de la Fuerza Pública, del Órgano Judicial, del Ministerio Público, de la Autoridad Nacional de Aduanas y otros estamentos de seguridad pública o de parientes de dichos funcionarios, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y que el hecho sea motivo del resultado del ejercicio de sus cargos.
7. Por un miembro de un grupo insurgente o del crimen organizado, o por persona que haya ingresado al país para ejecutar el hecho.
8. Por una persona que ha sido o es miembro de uno de los organismos de seguridad del Estado”.

Este delito en Panamá GUERRA DE VILLALAZ (2010, P.83) lo denomina como Plagio o Secuestro Lucrativo, para otros solo es Secuestro, y otros lo distinguen como secuestro extorsivo, que además de arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la persona se le exige por su libertad algún provecho o cualquier utilidad (González Ferrer, 1977, p.171).

También tenemos que en algunos países se considera como delito contra el patrimonio, como lo tenía antes nuestra legislación de 1982, y otros dicen que solo es una privación de libertad agravada.

En Panamá, si vemos el Código Penal del 2007, el delito de secuestro no es igual al delito de privación de libertad, esto se desprende del concepto que establece el artículo 148, que castiga a quien "ilegalmente prive a otro de su libertad", del secuestro, que la norma dice que se "secuestra a una persona para obtener de ella o de otra, como precio de liberación, dinero, bienes, información, documentos con efectos jurídicos".

El artículo 149 castiga el delito de privación de libertad de la siguiente manera: “Quien ilegalmente prive a otro de su libertad será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Si la privación de libertad fue ordenada o ejecutada por un servidor público con abuso de sus funciones, la sanción será de dos a cuatro años de prisión”.

Así dice FORTUNY BERENGUER (2015) el delito de secuestro se diferencia del de detención ilegal, en que en aquél existe el requisito de la condición, elemento que no concurre en la detención ilegal. Generalmente la condición como elemento del delito del secuestro es de carácter económico, pero puede tener otros contenidos

También desde el punto de vista gramatical secuestrar es Retener indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate, o para otros fines, por lo que en algunas legislaciones se contempla el delito de secuestro simple y el delito de secuestro extorsivo, que en este caso consiste en exigirle a una persona dinero por la retención, mientras que en el caso de la privación de libertad implica solo el encierro de la persona.

2. Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria del sujeto porque estando encerrado o bajo cautiverio no puede trasladarse de un lugar a otro, y en segundo lugar el patrimonio económico del mismo ya que está siendo obligado a entregar algo a cambio de su libertad.

GONZÁLEZ FERRER (1977:174), explica refiriéndose al Código Penal de 1922 derogado que en ese momento tutelaba el patrimonio de manera directa, que el bien jurídico en su opinión consistía en la privación de la libertad del sujeto retenido, que no tiene movilidad, su libertad de movimiento resulta vulnerada por la acción de secuestrar a una persona para exigir a cambio precio por su liberación

Lo anterior constituye una de las novedades que presenta el Código Penal del 2007, pues el secuestro tradicionalmente considerado en nuestro país como un delito contra el patrimonio, se configura ahora, siguiendo el derecho comparado como un atentado contra la libertad. Con ello, se le asigna, a la libertad una tutela primordial que afecta la libertad ambulatoria o la libertad de locomoción, bien jurídico de significativa importancia en nuestra legislación que aparece tutelado después del derecho a la vida.

De conformidad con las Naciones Unidas, "el secuestro es un delito grave con consecuencias potencialmente dolorosas para las víctimas y sus familias, para las comunidades, los países y, por extensión, para la comunidad internacional. Hay pruebas convincentes de que muchas personas que sobreviven al secuestro nunca se recuperan totalmente del trauma que ocasiona. Los efectos sobre las familias de las víctimas, los amigos íntimos, los familiares y los colegas también pueden ser importantes. Cuando el secuestro es generalizado se plantean temores y dudas en la comunidad; esta falta de confianza puede contribuir a la incertidumbre social y política y a la declinación económica".

3. Análisis del delito de secuestro

1. El tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo.

Sujeto activo es la persona que secuestra a otro. Puesto que cualquiera puede realizar este delito es un delito común, en la que generalmente hay varios sujetos involucrados.

Según las Naciones Unidas (2006), "muchos secuestros están muy bien planificados. Los secuestradores habrán considerado cuidadosamente dónde apoderarse de la víctima, qué armas y medios de transporte se necesitan, dónde se esconderá a la víctima y qué rutas de escape se utilizarán. De igual manera, es muy probable que hayan hecho un análisis de la víctima escogida, y de su familia o negocio, así como de su vida social y privada y sus lugares predilectos, y sus rutas y hábitos"

La persona secuestrada es el sujeto pasivo, que ve afectada su libertad, que puede ser cualquier persona, incluyendo las que aparecen contenidas en los numerales 1 al 8 del artículo 150 como son:

1. En la persona que ostente inmunidad reconocida por el Derecho Internacional.
2. En un huésped o invitado del gobierno nacional o de cualquier ente público.
3. En un menor de edad con discapacidad, una mujer embarazada o una persona mayor de setenta años.

4. En la persona de un pariente cercano o a aprovechando la confianza depositada en el autor o en alguno de los copartícipes.
5. Con el fin de obligar al gobierno nacional o a cualquier otro gobierno que realice o deje de realizar un acto.
6. En la persona de un miembro de la Fuerza Pública, del Órgano Judicial, del Ministerio Público, de la Autoridad Nacional de Aduanas y otros estamentos de seguridad pública o de parientes de dichos funcionarios, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y que el hecho sea motivo del resultado del ejercicio de sus cargos.
7. Por un miembro de un grupo insurgente o del crimen organizado, o por persona que haya ingresado al país para ejecutar el hecho.
8. Por una persona que ha sido o es miembro de uno de los organismos de seguridad del Estado”.

FEBRES CORDERO (1993:511) explica que hay una duplicidad de bienes jurídicos afectados, la libertad del secuestrado y el patrimonio del afectado, podemos estar en ocasiones ante un doble sujeto pasivo o simplemente un delito con un solo sujeto pasivo cuando coincide en la misma persona el ataque a la libertad y el daño al patrimonio.

La conducta castigada consiste en “*secuestrar*, que es privar de manera ilegítima de su libertad a otra persona para obtener de ella o de otra, como precio de liberación, dinero, bienes, información, documentos con efectos jurídicos. De esta manera, nos dice SERRANO GÓMEZ (2016; 103) que la persona se le encierra o detiene exigiendo una condición para su liberación, para poner fin a su secuestro, condición que se le puede exigir al secuestrado o a otra persona

Los medios de comisión del delito puede ser cualquier medio idóneo, como suele ser el fraude, engaño, amenaza, coacción, etc. o intimidación de dañar o matar a la persona secuestrada (Mendoza Tronconis, 1975, p. 214; Febres, 1993, p. 151), y el fin es obtener un provecho económico, ventaja, entre otros.

Se trata de delito permanente, de peligro y de daño, y no hay ningún inconveniente para que el mismo sea un delito de acción (Bramont Arias, 1997: 2187).

También la conducta en el segundo párrafo del artículo 150, establece el castigo para distintos comportamientos como son el *brindar aportes* o ayudas al secuestrador para que logre su cometido, que no es más que una participación criminal, elevadas a categoría de autoría. De igual forma, a los que omiten *informar* a las autoridades cuando se tenga conocimiento de un secuestro (conducta omisiva), en la que puede conjugarse acciones de un particular o un servidor público (art.83 C.P.P.), por ejemplo el de un médico que es llamado para atender y luego se entera de que la persona ha sido secuestrada.

Hay muchos tipos de secuestro según advierte las Naciones Unidas (2006), sin embargo, para efectos de este delito debe tener fines de provecho económico:

- a) Secuestros “expreso”, en que la víctima es secuestrada durante un período corto pero suficiente para obtener alguna concesión o ganancia financiera;

- b) De igual forma, hay otro tipo de secuestro en la que los secuestradores entran a centros comerciales buscando a menores de edad y les quitan los celulares, y luego llama a los familiares pidiendo el rescate,
- c) El “secuestro virtual”, en que inicialmente no hay ningún secuestro pero se exige un pago con el pretexto de que una persona (a menudo un pariente) ha sido secuestrado y se paga un rescate; una variante consiste en que, en el momento del pago, la persona que lo efectúa es secuestrada para asegurar un segundo rescate;
- d) Secuestro con fines de extorsión, para exigir una suma de dinero, influir en decisiones empresariales u obtener una ventaja comercial;
- e) Secuestro con fines políticos o ideológicos, cuyo objetivo puede ser destacar una reivindicación particular, crear una atmósfera de inseguridad (o reforzarla), obtener publicidad o influir en decisiones de gobiernos u otras entidades;
- f) Secuestro entre grupos delictivos, o dentro de ellos, con el fin de cobrar deudas u obtener ventajas en un mercado delictivo particular o con fines de intimidación;
- g) Secuestro vinculado a disputas familiares o domésticas, que en algunas jurisdicciones se conoce como “rapto”;
- h) Secuestro con fines de explotación sexual, que puede incluir el contrabando posterior de las mujeres y los niños a través de las fronteras nacionales;
- i) Secuestro en el curso de otras actividades delictivas, normalmente para facilitar la adquisición de determinados productos, generalmente en el curso de un robo;
- j) El secuestro simulado o fraudulento, en que la “víctima” actúa conjuntamente con otros o sola para obtener algún beneficio material o de otro tipo.
- k) La venta de la víctima de un secuestro a otro grupo, igualmente motivado, que luego negocia el pago de un rescate

Por lo que respecta al objeto material recae sobre la persona secuestrada, es decir, cualquiera persona de manera indiferente, o sobre las personas enumeradas en los numerales 1 al 8 del artículo 150 del Código Penal. En el caso de nuestro país se han dado varios de esos tipos de secuestros según lo registran los medios de comunicación, como por ejemplo, la condena a una persona en abril de este año por haber fingido su propio secuestro en el año 2017 (6/2018)

GONZÁLEZ FERRER (1977:175), dice que el objeto material es la persona que resulta privada de su libertad de movimiento, la cual puede resultar además lesionada en su patrimonio.

En cuanto al tipo subjetivo, el secuestro es un *delito doloso* (directo), en la que el agente debe tener la intención de secuestrar, pero además de ello debe tener la finalidad de obtener como precio de liberación, dinero, bienes, información, documentos u otras cosas con efecto jurídico. En consecuencia, el elemento subjetivo es el provecho económico de la figura del secuestro lucrativo.

Hay una diferencia entre este delito y la privación ilegal de libertad (art.149), ya que en el primero la privación puede consistir en el encierro simplemente, en el secuestro por el contrario la privación arbitraria se realiza con el ánimo de obtener dinero, bienes, información, documentos con efecto jurídico, como precio de liberación.

2. Formas de Aparición del Delito

La consumación se produce desde el momento en que se secuestra al sujeto pasivo, se le encierra o detiene y se exige algo a cambio para ser liberada (Serrano Gómez, 2016:103), y no se requiere para la consumación que la persona no haya recibido el rescate u obtenido lo solicitado (Mendoza, 1975; 219), de manera que se consuma tan pronto se priva de libertad al sujeto.

El delito de secuestro es un delito permanente, la acción de secuestrar se prolonga en el tiempo mientras dure la privación de libertad, y es a la vez un delito de lesión (Bramont Arias, 1993: 189).

La tentativa es posible. BRAMONT ARIAS (1975:188) nos dice que en la práctica resulta difícil determinar los actos de inicio de ejecución del delito, y se cita como ejemplo de tentativa, cuando Jacinto y Federico, quienes quieren secuestrar a Heriberto, no logran su objetivo al lograr es deshacerse de ellos cuando lo iban a subir al carro.

En cuanto a la autoría y participación criminal, el *Autor* es el que realiza la acción descrita en el tipo, es decir, el secuestrador, propiamente tal, y a su vez el que omite denunciar cuando tiene conocimiento de ello, pudiendo intervenir otros personajes, como los guardadores de la víctima, los negociadores o los simples mensajeros. Ahora bien, en lo que respecta a esto último hay que señalar, que se trata propiamente de supuestos de participación criminal que en algunas legislaciones como la nuestra se elevan a categoría de autoría, conocida en la legislación derogada como favorecimiento de secuestro(art.189)que castigaba por ejemplo, al que llevaba correspondencia o mensaje escrito para obtener el secuestro.

La *participación criminal* solo es admisible en la forma de instigación, ya que la complicidad queda comprendida en el tipo, cuando habla del reparto de funciones o tareas de los que participan en la comisión del delito.

3. Consecuencias Jurídicas

La pena para quien secuestre a otra persona es de quince a veinte años de prisión. La misma sanción se aplicará a quienes participen en el hecho, y así como también a los que omitan denunciar el secuestro teniendo conocimiento de ello.

En el artículo 160 se establece que la pena podrá disminuirse a la mitad, si el autor pone espontáneamente en libertad a la víctima, antes de que se inicie investigación criminal, sin haber alcanzado el objeto que se propuso y sin causarle daño.

Por otra parte, en el *tipo calificado de secuestro*, previsto en el artículo 150, la agravación de la pena se fundamenta en atención a diversos criterios: a)con respecto a la persona que realiza el hecho, b)en relación al sujeto pasivo c) para obtener determinados fines ,aunque deba reconocerse que tales formulaciones no son las más aconsejables.

5. Reflexiones finales sobre el secuestro como delito contra la libertad.

El delito de secuestro y la privación ilegal de la libertad son delitos que afectan la libertad ambulatoria de las personas, y en el caso de este último aparece consagrada en el artículo 149 que dice lo siguiente:

“Quien ilegalmente prive a otro de su libertad será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana. Si la privación de libertad fue ordenada o ejecutada por un servidor público con abuso de sus funciones, la sanción será de dos a cuatro años de prisión”.

En ambos delitos se tutela esa libertad ambulatorio o de movimiento que se ve afectada por estar encerrado o privado de su libertad, en otro caso privado de su libertad a cambio de obtener un provecho económico.

La Constitución de Panamá indica en su artículo 21 que nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley, principio igualmente en convenios de derechos humanos. En los delitos contra la libertad como es el caso del secuestro cualquiera persona puede cometer este delito (salvo en los casos que la realiza un servidor público), son delitos comunes y monosubjetivo, y en muchas ocasiones más de una persona interviene en los mismos, como sucede en el secuestro. Sujeto pasivo es la persona privada ilegalmente de su libertad, en este caso secuestrada por el sujeto activo.

En cuanto a las conductas castigadas en la privación ilegal de la libertad, consiste en privar a otro, en el secuestro consiste en secuestrar, pero ambas tienen en común que la libertad de movimiento del sujeto queda afectada por ese encierro y privación, queda impedida de trasladarse o de ir de un lugar a otro.

De igual forma, hemos visto que el tiempo de duración de la privación de libertad no tiene importancia para que se dé el castigo por la privación o por el secuestro, pensemos por ejemplo, en el *secuestro exprés*.

Para terminar, en cuanto a las consecuencias jurídicas la privación ilegal de libertad se castiga con pena de uno a tres años de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana, y con pena de dos a cuatro años cuando lo realice un servidor público. En tanto el secuestro se castiga más grave, con pena de quince a veinte años y agravada en los supuestos previstos en los numerales 1 al 8 del artículo 150.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, José Rigoberto, **Derecho Penal, Parte General y Especial. Comentarios al Código Penal**, Imprenta Taller Senda., Panamá, 2009.

ARANGO DURLING, Virginia, **Derecho Penal, Parte General. Introducción y Teoría del delito**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2013.

ARANGO DURLING, Virginia/ MUÑOZ POPE, Carlos, **Delitos contra la Libertad**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1989.

CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIAS Y AGRICULTURA DE PANAMÁ. Observatorio de Seguridad Ciudadana Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Diagramación e Impresión /

Editora Sibauste, S.A. Octavo Informe del Observatorio de Seguridad Ciudadana-Cuarta Edición / Febrero 2017© Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

BANACLOCHE PALAO, Julio, **La libertad personal y sus limitaciones, detenciones y retenciones en el Derecho español**, McGraw Hill, Madrid, 1996.

BENÍTEZ MORENO, Luis, **Libertad protegida, Introducción al estudio de los delitos contra la libertad y seguridad de las personas**, Colex, Madrid, 1994.

FORTUNY BERENGUER, Montserrat, **El delito de secuestro del artículo 164 del Código Penal y sus diferencias con el delito de detención ilegal y con el delito de coacciones según la jurisprudencia del Tribunal Supremo**
http://www.elderecho.com/tribuna/penal/delito-secuestro-diferencias-detencion-ilegal-coacciones_11_838180001.html

GARCÍA MORILLO, Joaquín, **El derecho a la libertad personal (Detención privación y restricción de libertad)**, Universidad de Valencia, Valencia, 1995.

GONZÁLEZ FERRER, Campo Elías, **Secuestro Extorsivo**, Revista Lex No. 8, 1977.
LA VERDAD PANAMA, Condenado por fingir su propio secuestro, 8 de junio de 2018.
<https://www.laverdadpanama.com/condenado-por-fingir-su-propio-secuestro/>

MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA SISTEMA NACIONAL INTEGRADO DE ESTADÍSTICAS CRIMINALES SIEC, Informe de criminalidad, 2016

MORAS MOM, Jorge/ DAMIANOVICH, Laura T., **Delitos contra la libertad**, Ediar, Buenos Aires, 1972.

NACIONES UNIDAS, **Manual de lucha contra el secuestro**, Nueva York, 2006

SERRANO GOMEZ, Alfonso/ SERRANO MAILLO, Alfonso, SERRANO TARRAGA, María Dolores y VASQUEZ GONZALEZ, Carlos, **Curso de Derecho Penal, Parte Especial**, 3a edición, Dykinson, Madrid, 2016.

VIVES ANTÓN, Tomás, **La libertad como pretexto**, Tirant lo Blanch alternativa, Madrid, 1995.

Campo Elías Muñoz A.

Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales. Universidad de Panamá; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2005-2006) Graduado 2011. XX Curso de Postgrado en Derecho en la especialidad de Derecho Penal. Universidad de Salamanca, España, curso de 60 horas, 2007. Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003), Graduado Tercer Puesto de Honor 2005, Capitulo Sigma Lambda. Universidad de Panamá; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Correo electrónico: campoema@gmail.com

Artículo recibido: 2 de julio de 2018

Aprobado: 26 de julio de 2018

*El Delito de Blanqueo de Capitales en contexto con el
Derecho Positivo Panameño*

Julia Elena Sáenz

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas

E- mail: juliaelensaenz@gmail.com

Sumario: Introducción. 1. Antecedentes. 2. Marco Conceptual. 3. Análisis Jurídico Penal. 4. Aspectos Procesales. 5. Legislación Bancaria. 6. Derecho Internacional. 7. Perfil Criminológico del Sujeto Activo en el Delito de Blanqueo de Capitales. 8. Consideraciones Finales. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN

El blanqueo de capitales es un delito de carácter transnacional que responde a necesidades a nivel nacional y de la comunidad internacional, de la cual formamos parte, por combatir todo aquello que pueda afectar el orden económico. De tal manera, que los Estados diseñen estrategias de carácter jurídico, político, social y económico, que nos permita combatir con esta forma de delincuencia circunstancial y estructural que corroe los cimientos de la sociedad panameña.

Además, tenemos que esta es una figura delictiva que requiere de la existencia de un delito o evidencias precedentes, cuyo resultado ilícito requiere ser convertido en lícito. Es decir, que todo tipo de activos, valores o bienes que se obtienen producto de la realización de ilícitos, que han sido previamente tipificados como tal en la norma penal, sean convertidos en lícitos a través de su empleo en actividades comerciales y bancarias que cumplan con los parámetros legalmente establecidos.

Palabras Claves

Delito, blanqueo de capitales, lavado de activos, delito transnacional, delincuencia organizada.

ABSTRACT

Money laundering is a crime of transnational nature which responds to needs at the national level and the international community, of which we are part, to combat everything that may affect the economic order. In such a way that States design legal, political, social and economic strategies, allow us to combat this form of crime, situational and structural that mail the foundations of Panamanian society. In addition, we have that this is a criminal figure who requires the existence of a crime or previous evidence, whose illicit result required to be converted into lawful. I.e., that all kinds of assets, securities or goods obtained carrying out illicit product, that have been previously defined as such in the penal norm, are converted into lawful through its use in commercial and banking activities that meet with the legally established parameters.

Keywords: Crime, money laundering, washing of assets, transnational crime, organized crime.

Introducción

El delito de blanqueo de capitales es una figura delictiva que aunque podemos encontrar sus orígenes en tiempos pasados, referentes a la época de la conquista, este ha tenido un despunte en el siglo xx y, por ende, en la actualidad. Sin embargo, a lo largo del tiempo se ha ido perfeccionando, convirtiéndose en una figura delictiva muy difícil de combatir debido a que la misma implica el surgimiento y proliferación de redes de poder que actúan tanto a nivel nacional como internacional y, por consiguiente, hace de este tipo de hechos ilícitos muy difícil de erradicar. Sin embargo, consideramos necesario atender principalmente las causas que lo originan para poder combatirlo. Es por ello, que consideramos necesario ahondar un poco más en cuáles son las necesidades reales a nivel de país y diseñar en base a ellas estrategias de desarrollo y protección a nuestro orden social principalmente, y con ello al orden económico de país.

1. Antecedentes

Para tener una mejor comprensión del delito de blanqueo de capitales en el contexto de la legislación penal panameña, es necesario entender desde cuándo está tipificada esta figura delictiva en Panamá y, por ende, es necesario saber que la vida republicana panameña empieza el 3 de noviembre de 1903 y con ella el inicio de la necesidad de una codificación propia. Siendo esto así, tenemos que en Panamá, hemos tenido cuatro códigos penales: 1916, 1922, 1982 y el de 2007, que es el vigente actualmente. Sin embargo, es a partir del código penal de 1982, que se incorpora esta figura delictiva mediante la modificación que sufre esta excerta legal a través de la Ley 41 de 2 de octubre de 2000, presente en la Gaceta Oficial # 24,152 – A.

Es en ese entonces cuando se tipifica en Panamá el delito de blanqueo de capitales en los artículos que van del 389 al 393, del código penal de 1982. Es importante conocer el contenido de dichos artículos para poder advertir los avances que se han hecho hasta la fecha. Siendo estos los siguientes:

- a. Artículo 389: “El que reciba, deposite, negocie, convierta o transfiera dineros, títulos valores, bienes u otros recursos financieros, a sabiendas de que proceden de actividades relacionadas con el tráfico de drogas, estafa calificada, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, corrupción de servidores públicos, actos de terrorismo, robo o tráfico internacional de vehículos, previstas en la ley penal panameña, con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos punibles, será sancionado con pena de 5 a 12 años de prisión y de 100 a 200 días-multa.”
- b. Artículo 390: “Será sancionado con la misma pena a que se refiere el artículo anterior:
 1. El que a sabiendas oculte o encubra la real naturaleza, origen, ubicación, destino, propiedad o ayude a facilitar el beneficio de los dineros, títulos valores, bienes u otros recursos financieros, cuando éstos provengan o se hayan obtenido directa o indirectamente de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el artículo 389 de este Código.
 2. El que a sabiendas realice transacciones, por sí o por interpuesta persona natural o jurídica, en establecimientos bancarios, financieros, comerciales o de cualquier naturaleza, con dineros, títulos valores, bienes u otros recursos financieros

- procedentes de algunas de las actividades ilícitas previstas en el artículo 389 de este Código.
3. El que por sí o por interpuesta persona, a sabiendas, suministre a un establecimiento bancario, financiero, comercial o de cualquier otra naturaleza, información falsa para la apertura de cuentas o para la realización de transacciones con dineros, títulos valores, bienes u otros recursos financieros, cuando éstos provengan o se hayan obtenido de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el artículo 389 de este Código.”
 - c. Artículo 391: “El que a sabiendas se valga de su función, empleo, oficio o profesión para autorizar o permitir el delito de blanqueo de capitales, descrito en el artículo 389 de este Código, será sancionado con prisión de 3 a 8 años.”
 - d. Artículo 392: “El que a sabiendas reciba o utilice dinero o cualquier recurso financiero proveniente de los delitos relacionados con el narcotráfico o con el blanqueo de capitales, para el financiamiento de campañas políticas o de cualquier naturaleza, será sancionado con prisión de 5 a 10 años e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término, después de cumplida la pena de prisión.”
 - e. Artículo 393: “El servidor público que oculte, altere, sustraiga o destruya las evidencias o pruebas de los delitos relacionados con el narcotráfico o con el blanqueo de capitales, o procure la evasión de la persona aprehendida, detenida o sentenciada, o reciba dinero u otros beneficios con el fin de favorecer o perjudicar a alguna de las partes en el proceso, será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión e inhabilitación para ocupar cargos públicos hasta por 10 años.”

Podemos observar que el delito de blanqueo de capitales ha evolucionado desde el momento en que se introdujo por primera vez, en Panamá, en el año 2000, ya que el radio de acción en cuanto al número de los delitos precedentes, en la actualidad, es mayor. Hoy día, contamos con mayor especificidad en cuanto a la descripción del mismo tipo penal, aunque la punibilidad sigue siendo la misma en lo referente a la pena de prisión; sin embargo, se eliminó sanción de días – multa y en algunas otras el mínimo de la pena de prisión ha aumentado.

En este mismo orden de ideas, hemos advertido que el sujeto activo del tipo básico en este delito era considerado exclusivamente a quien actuaba directamente pero, en cambio, actualmente se contempla a quien actúa tanto directa o indirectamente, esto quiere decir a través de otra persona. En cambio, con relación al sujeto activo específico, como es el caso del servidor público que se valga del ejercicio de su cargo para incurrir en la comisión de este tipo de delito, se mantiene igual. Sin embargo, en la actualidad se amplía el sujeto activo a todas aquellas personas que se valen de su profesión, empleo u oficio para incurrir en este tipo de figura delictiva.

Lo importante con los señalamientos expuestos anteriormente es que nuestra legislación penal ha tratado de evolucionar en atención a las necesidades de la sociedad panameña y de la comunidad internacional de la cual forma parte.

Ahora bien, tenemos que tomar en cuenta que el origen de este tipo de delito se encuentra en factores criminógenos de carácter externo, entre los cuales podemos mencionar principalmente, la situación económica precaria del individuo, misma que le orilla a buscar alternativas de vida al margen de la ley, la moral y las buenas costumbres. Además, aunado a esto se encuentran los movimientos migratorios puesto que a través de estos no solamente llegan los emigrantes con sus costumbres y tradiciones, sino también introducen al territorio, al cual emigran, las conductas ilícitas propias de sus países.

De tal forma, que esto no es nuevo. Por ejemplo, es válido indicar que el principal antecedente del delito de blanqueo de capitales se encuentra en la Edad Media con la figura de los usureros (prestamistas) y los mercaderes. Luego, con el correr del tiempo, durante los siglos XVI y XVII tenemos a los famosos corsarios o piratas, quienes saqueaban la riqueza de los países que conforman el continente americano, entre ellos Panamá. Nosotros fuimos víctimas de hombres funestos como Francis Drake y Henry Morgan, quienes quemaron nuestras tierras y se llevaron nuestro oro. Este metal precioso era obtenido en forma ilícita y luego, con el amparo de los miembros de la realeza inglesa y española, era convertido en lícito, ya que parte de este oro se le entrega al rey y la otra parte le correspondía al pirata, como una forma de agradecerle el descubrimiento de nuevas tierras.

Sin embargo, el delito de lavado de activos o blanqueo de capitales tiene su despunte y perfeccionamiento en el siglo xx, principalmente en la década de los años veinte (20), en los Estados Unidos de Norteamérica, a través del desarrollo de las mafias, siendo uno de los principales capos de la época, el italiano – neoyorkino, Al Capone. Este sujeto fue en realidad el precursor del delito de blanqueo de capitales, ya que desarrolló la estructura comercial de dicha figura delictiva a través de la implementación del negocio de las lavanderías industriales. Este negocio consistía en que en locales comerciales instalaba un gran número de máquinas lavadoras de ropa para que la gente fuera a lavar su ropa sucia. Para esto, los clientes utilizaban una especie de monedas, que al introducirlas en las máquinas, éstas se ponían a funcionar. De esta manera era muy difícil determinar, por parte de la oficina tributaria la cantidad exacta de dinero que Capone obtenía del negocio de las lavanderías. Pero, este fue solamente el principio puesto que no solamente se lavaba el dinero proveniente de contrabando de bebidas alcohólicas, sino el obtenido de extorsiones, prostitución y tráfico de armas. Vemos entonces como a pesar de haber sido siempre un delito autónomo, ha requerido de la comisión de actos ilícitos precedentes puesto que es el producto de estos actos el utilizado para convertirlos en lícitos mediante su uso en actividades comerciales establecidas en atención a los parámetros que la ley contemplaba.

A pesar que en los Estados Unidos de Norteamérica se tiene como un antecedente del delito de blanqueo de capitales las prácticas delictivas de la mafia neoyorkina – italiana, es en 1982 cuando se implementa la denominación “money laundering”, luego de la investigación que llevan a cabo agentes federales del gobierno en USA, a la ruta que llevan los dineros que introducen al sistema bancario estadounidense, narcotraficantes de cocaína colombiana.

En síntesis, el antecedente principal del delito de blanqueo de capitales lo constituye la necesidad que siente la comunidad internacional de resguardar sus fronteras y con ello, la economía de sus países y los bienes jurídicos de mayor trascendencia en la sociedad, como lo son: la vida, la integridad personal, el pudor y la libertad sexual, el orden económico y la humanidad.

2. Marco Conceptual

El delito de blanqueo de capitales también conocido como: lavado de activos; lavado de dinero; legitimación de ganancias ilícitas; legitimación de capitales, operaciones con recursos de procedencia ilícita; legitimación de capitales procedentes de narcotráfico; entre otros. Además, es un delito de carácter transnacional que afecta tanto los intereses económicos a nivel interno de un Estado, como a nivel de la comunidad internacional. En términos generales, implica un conjunto de actos idóneos que tienen como finalidad convertir dinero

ilícito en dinero lícito. Es decir, el dinero o activos provenientes de la realización de delitos que han sido previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, se invierte en negocios lícitos a través de los cuales se puedan justificar el ingreso o tenencia de determinada cantidad de dinero.

El tipo penal básico, del delito bajo estudio, está contemplado en el Código Penal Panameño, en el Libro II (Los Delitos), en el Título VII (Delitos contra el Orden Económico), Capítulo IV (Delitos de Blanqueo de Capitales), en el artículo 254, mismo que establece lo siguiente:

“Quien, personalmente o por interpuesta persona, reciba, deposite, negocie, transfiera o convierta dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros, previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con el soborno internacional, los delitos contra el Derecho de Autor y Derechos Conexos, delitos contra los Derechos de la Propiedad Industrial, Tráfico Ilícito de Migrantes, Trata de Personas, tráfico de órganos, delitos contra la Personalidad Jurídica del Estado, delitos contra la Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos, estafa calificada, Robo, Delitos Financieros, Secuestro, Extorsión, homicidio por precio o recompensa, peculado, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento injustificado, pornografía y corrupción de personas menores de edad, robo o tráfico internacional de vehículos, sus piezas y componentes, falsificación de documentos en general, omisión o falsedad de la declaración aduanera del viajero respecto a dineros, valores o documentos negociables, falsificación de moneda y otros valores, delitos contra el Patrimonio Histórico de la Nación, delitos contra la Seguridad Colectiva, Terrorismo y Financiamiento del Terrorismo, delitos relacionados con drogas, piratería, delincuencia organizada, asociación ilícita, pandillerismo, posesión y tráfico de armas y explosivos, apropiación y sustracción violenta de material ilícito, tráfico y receptación de cosas provenientes del delito, delitos de contrabando o defraudación aduanera, con el objeto de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o ayude a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos punibles, será sancionado con pena de cinco a doce años de prisión.”

En atención a lo antes expuesto, podemos identificar los siguientes aspectos en el concepto de blanqueo de capitales:

- a. El delito de blanqueo de capitales requiere para su conformación de la existencia de un delito precedente, determinante o subyacente. Es decir, requiere que se configuren actos ilícitos para que el resultado obtenido de estos, sea utilizado en la conformación del delito de blanqueo o lavado activos.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 2, define, entre otros términos, el de delito determinante, de la siguiente manera: ... **f) “Por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;”**

Tenemos entonces, que tal como expresamos en párrafos anteriores, si no se ha llevado a cabo un delito cuyo resultado o, lo que se derive de él, se utilice para la conformación de otro delito, no podríamos hablar del delito de blanqueo de capitales. Sin embargo, nosotros nos atrevemos a decir que en realidad se precisa la realización de conductas ilícitas, que si bien es cierto constan de una punibilidad presente en la norma penal,

ellas per se no han sido penalizada, ya que no requiere necesariamente que las mismas hayan sido demostradas en un proceso penal. Dicho de otra manera, puede ser que toda la comunidad en la cual vive la Sra. X, sabe que ella vende cocaína; sin embargo, nunca se le ha realizado a su casa un allanamiento, ni tampoco se le ha seguido un proceso por venta de drogas. A pesar de todo esto, la Sra. X, financia proyectos que consisten en dar un capital semilla para su primer negocio a mujeres que han sido víctimas de violencia doméstica, han tenido que abandonar junto con sus hijos el domicilio conyugal y emprender una nueva vida con ellos. Una vez, presentado el proyecto la Sra. X entrega a la mujer la suma de B/1,000.⁰⁰ que deberá retornarle en un plazo de 20 meses.

En el ejemplo que acabamos de presentar se configura el delito de blanqueo de capitales. ¿Por qué? Simple y sencillamente, porque el dinero que las mujeres víctimas de violencia doméstica están invirtiendo en sus nuevos negocios proviene de la venta de drogas y está acción es un delito. Es decir, no importa que la Sra. X, no haya sido procesada por el delito de venta de drogas, ya que la conducta que realiza por sí sola constituye un ilícito.

- b. Los delitos precedentes, determinantes o subyacentes del blanqueo de capitales están establecido en el tipo penal básico de esta figura delictiva. Es decir, no se consideran otros delitos que no sean los ya señalados en la norma penal. Además, estas figuras delictivas han sido establecidas luego de un profundo análisis a nivel internacional, ya que se considera que a través de su realización afectan bienes e intereses jurídicos dentro de un Estado y muy probablemente de la comunidad internacional.
- c. Esta figura delictiva afecta los intereses materiales de la sociedad y por ende, vulnera el orden social del cual estos intereses forman parte. Es decir, al vulnerarse el sistema financiero del país, debido a que se abre una cuenta corriente con dinero proveniente del delito de peculado, se está afectando también la credibilidad del gobierno que conforma un Estado. Pero, además, se está afectando los intereses múltiples de la sociedad, como, por ejemplo: la moral, el patrimonio económico de los particulares, entre otras cosas.
- d. Aunque se plantea el delito de delincuencia organizada, de manera independiente, como delito subyacente, consideramos que la consecución de todos los actos idóneos del delito de blanqueo de capitales constituyen la existencia de una delincuencia organizada. Es decir, para que se obtenga dinero o, cualquier clase de valores o bienes que hayan provenido de cualquiera de los delitos que nos presenta el tipo penal básico, del artículo 254 del código penal panameño, se hace necesario la existencia de una estructura organizacional delictiva a nivel nacional y, que es muy probable, para no decir seguro, que ésta a su vez tiene nexos con estructuras a nivel internacional, formando entonces redes de poder delictivo a nivel mundial.
- e. El delito de blanqueo de capitales puede ser considerado, dependiendo del delito determinante, tanto circunstancial como estructural. Por ejemplo, en aquellos casos en que el delito subyacente es tráfico ilícito de migrantes, generalmente estaremos ante un blanqueo de capitales circunstancial, ya que es probable que en el país del cual sean oriundas las personas traficadas existan problemas como una guerra civil, un sistema de gobierno dictatorial en el cual no se respeten los derechos humanos, siendo alguna de estas situaciones emergentes las que han dado lugar a que las personas quieran salir

abruptamente de sus países, convirtiéndose en presa fácil de la delincuencia. Esto por una parte, por otra, esta situación da origen a que otras personas, ideen nuevas formas delictivas que es probable no existían en sus países. Es en realidad de esta forma donde surgen los coyotes o personas que se encargan de introducir a un país, migrantes que no cumplen con los requisitos legales que el mismo establece.

En este mismo orden de ideas, tenemos que en aquellos casos en que el delito determinante sea como por ejemplo: el de corrupción de servidores públicos o, el delito de enriquecimiento injustificado, tenemos entonces que estamos ante un blanqueo de capitales estructural, ya que la credibilidad institucional ha fallado; se afectó en su totalidad el orden social de esa sociedad, se afectaron los intereses morales, religiosos y éticos de la misma.

Por consiguiente, el delito de blanqueo de capitales solamente puede ser analizado tomando en consideración su delito precedente.

3. Análisis Jurídico Penal

El delito de blanqueo de capitales está regulado en Panamá, a través de su Código Penal de 2007, en los artículos que van del 254 al 259, de la siguiente manera:

a. Tipicidad Objetiva: en cuanto al verbo tipo o conducta ilícita, objeto jurídico, bien jurídico tutelado, y los sujetos, se plantea lo siguiente:

1. Entre los diferentes verbos tipos o conductas ilícitas podemos mencionar los siguientes:

- a. **Recibir** dineros, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros, previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con delitos que la ley haya determinado previamente, con la finalidad de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de estos delitos. (art. 254 c. p.)
- b. **Depositar** dinero, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros, previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con delitos que la ley haya determinado previamente, con la finalidad de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de estos delitos. (art. 254 c. p.)
- c. **Negociar** dinero, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros, previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con delitos que la ley haya determinado previamente, con la finalidad de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de estos delitos. (art. 254 c. p.)
- d. **Transferir** dinero, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros, previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con delitos que la ley haya determinado previamente, con la finalidad de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de estos delitos. (art. 254 c. p.)
- e. **Convertir** dinero, títulos, valores, bienes u otros recursos financieros, previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas con delitos que la ley haya determinado previamente, con la finalidad de ocultar,

- encubrir o disimular su origen ilícito, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de estos delitos. (art. 254 c. p.)
- f. **Ocultar** el origen, la ubicación, el destino o la propiedad de dineros, bienes, títulos-valores u otros recursos financieros, cuando estos provengan o se hayan obtenido directa o indirectamente de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el artículo 254 del código penal. (art.255 c. p.)
 - g. **Encubrir** el origen, la ubicación, el destino o la propiedad de dineros, bienes, títulos-valores u otros recursos financieros, cuando estos provengan o se hayan obtenido directa o indirectamente de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el artículo 254 del código penal. (art. 255 c. p.)
 - h. **Impedir** la determinación, la ubicación, el destino o la propiedad de dineros, bienes, títulos-valores u otros recursos financieros, cuando estos provengan o se hayan obtenido directa o indirectamente de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el artículo 254 del código penal. (art. 255 c. p.)
 - i. **Ayudar** a asegurar el provecho de dineros, bienes, títulos-valores u otros recursos financieros, cuando estos provengan o se hayan obtenido directa o indirectamente de alguna de las actividades ilícitas señaladas en el artículo 254 del código penal. (art. 255 c. p.)
 - j. **Realizar** transacciones en establecimientos bancario, financiero, comercial o de cualquier otra naturaleza, con dinero, títulos – valores u otros recursos financieros procedentes de cualquiera de las actividades que establece el artículo 254 del código penal. (art. 255 c. p.)
 - k. **Suministrar** información falsa para lograr apertura de cuentas en cualquier establecimiento bancario, financiero o comercial, con relación a dineros, títulos – valores u otros recursos financieros procedentes de cualquiera de las actividades que establece el artículo 254 del código penal. (art. 255 c. p.)
 - l. **Suministrar** información falsa para lograr realizar cualquier clase de transacción con dineros, títulos – valores u otros recursos financieros procedentes de cualquiera de las actividades que establece el artículo 254 del código penal. (art. 255 c. p.)
 - m. **Recibir** dinero o cualquier recurso financiero proveniente del blanqueo de capitales, para el financiamiento de campaña política o de cualquier otra naturaleza. (art. 256 c. p.)
 - n. **Utilizar** dinero o cualquier recurso financiero proveniente del blanqueo de capitales, para el financiamiento de campaña política o de cualquier otra naturaleza. (art. 256 c. p.)
 - o. **Permitir** el delito de blanqueo de capitales valiéndose de su empleo, oficio, función o profesión. (art. 257 c. p.)
 - p. **Autorizar** el delito de blanqueo de capitales valiéndose de su empleo, oficio, función o profesión. (art. 257 c. p.)
 - q. **Ocultar** evidencia o prueba de delito relacionado con blanqueo de capitales. (art. 258 c. p.)
 - r. **Alterar** evidencia o prueba de delito relacionado con blanqueo de capitales. (art.258 c. p.)
 - s. **Sustraer** evidencia o prueba de delito relacionado con blanqueo de capitales (art. 258 c. p.)
 - t. **Destruir** evidencia o prueba de delito relacionado con blanqueo de capitales (art. 258 c. p.)
 - u. **Procurar** la evasión de la persona aprehendida, detenida o sentenciada, por el delito de blanqueo de capitales. (art. 258 c. p.)

- v. **Recibir** dinero u otro beneficio con el fin de favorecer o perjudicar a laguna de las partes en un proceso de blanqueo de capitales. (art. 258 c. p.)

El Código Penal panameño, en su artículo 259 establece dos aspectos importantes, con respecto a la conducta ilícita, mismos que son los siguientes:

- a. Con relación a los efectos de las transacciones de cualquier naturaleza, con respecto al delito de blanqueo de capitales, se tomará en cuenta que estas se realicen en la República de Panamá o desde la República de Panamá, o que el importe de dicha transacción se reciba en Panamá. Ejemplo: se envía a una cuenta bancaria en Panamá, dinero proveniente de cualquiera de las figuras delictivas determinantes del delito de blanqueo de capitales, para invertir en la construcción de un proyecto de vivienda dentro del territorio panameño.
- b. Se presenta la definición legal del término transacciones, de la siguiente manera: “....., se entenderá, entre otras, como transacciones....., tales como depósito, compra de cheque de gerencia, tarjeta de crédito, débito o prepagada, giro, certificado de depósito, cheque de viajero o cualquier otro título – valor, transferencia y orden de pago, compra y venta de divisa, acción, bono y cualquier otro título o valor por cuenta del cliente,....”
 2. Con relación al Objeto Jurídico indicaremos lo siguiente: está conformado por cualquier título – valor, entendiéndose por estos el dinero, bienes o cualquiera de los intereses materiales que conforman el orden económico del Estado.
 3. En cuanto al Bien Jurídico es necesario indicar que: está constituido por el orden económico. Este a su vez, es el conjunto de intereses jurídicos que tiene la sociedad que es la base del Estado.
 4. Con respecto a los sujetos planteamos los siguientes aspectos: tenemos en principio que el sujeto activo de este tipo de delito puede ser cualquier persona, tanto natural como jurídica, ya que con respecto a esta última se puede a través de diversas formas de sociedad jurídicas incurrir en el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. Sin embargo, tenemos también casos en que el agente o sujeto activo puede ser considerado como específico, como en aquellos casos en que la misma norma penal se refiere a servidores públicos, quienes haciendo uso de las funciones públicas que ejercen favorezcan el blanqueo de capitales. Por último, tenemos la figura del sujeto pasivo, en el caso del blanqueo de capitales, es el orden económico del país y de la comunidad internacional. Es decir, cada vez que se incurre el delito de blanqueo de capitales, en Panamá o, en cualquier otro lugar, se afecta la situación económica compartida entre los diferentes países, ya que este tipo de acción ilícita vulnera aspectos de carácter financiero, político, transacciones mercantiles y comerciales, sistemas monetarios, desarrollo de empresas transnacionales, transferencia de tecnología, vulnera el derecho del mar, todo lo referente a intereses sociales (religión, moral, integridad física, la vida, integridad sexual, etc.).
- c. Tipicidad Subjetiva: el delito bajo estudio solamente puede realizarse con intención. Es decir, la persona está en conocimiento de la procedencia del dinero, títulos, valores, bienes. Es muy difícil, que el sujeto activo o agente desconozca el origen de los activos que está manejando.

Lo anterior se advierte del mismo texto de las diferentes normas jurídicas que contemplan el delito de blanqueo de capitales, como por ejemplo, tenemos:

1. Art. 254 c. p.: **“Quien, personalmente o por interpuesta persona,....., con el objeto de ocultar, encubrir o disimular su origen ilícito, o ayude a eludir las consecuencias jurídicas de tales hechos punibles,.....”**
2. Art. 255 c. p.: **“.....1. Sin haber participado, pero a sabiendas de su procedencia, oculte, encubra o impida la terminación, el origen,... 2. Realice transacciones personalmente o por interpuesta persona, natural o jurídica,....., 3. Personalmente o por interpuesta persona, natural o jurídica, suministre a otra....”**
3. Art. 256 c. p.: **“Quien, a sabiendas de su procedencia,....”**
4. Art. 257 c. p.: **“Quien, a sabiendas de su procedencia,....”**
5. Art. 258 c. p.: **“El servidor público que oculte,....”**

De los textos legales citados en párrafos anteriores, podemos colegir que se presume el elemento del dolo en el comportamiento del agente o sujeto activo. Es decir, se entiende que el agente conocía la procedencia u origen de los activos, aunque no hubiese participado en la comisión del delito determinante o precedente. La intención o dolo del agente, queda manifiesta con el conocimiento de cómo se obtuvieron los activos o, de los antecedentes de la persona, natural o jurídica, con quien se está realizando la transacción comercial o financiera.

En este mismo orden de ideas, cabe señalar que el Código Penal panameño de 2007 y, por ende, el vigente, considera que todos los delitos que se encuentran en él tipificados son realizados con dolo salvo los casos en que el mismo tipo penal señale lo contrario, es decir, que indique se cometen por culpa. Así lo establece el artículo 26, de la excerta legal citada, bajo el tenor siguiente: **“Para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código...”**. De tal manera, que en vista, que el tipo penal del delito de blanqueo de capitales no contempla el hecho que alguna de estas acciones ilícitas hayan sido realizadas por culpa, se presume que el actuar del sujeto activo o agente, es en conciencia de lo que está haciendo y las implicaciones que conlleva su actuar.

d. Clase de Delito: El delito de blanqueo de capitales o lavado de activos, lo podemos clasificar de la siguiente manera:

1. Es material, ya que requiere el resultado criminoso del actuar del agente y la realización de un delito precedente, determinante o subyacente.
2. Es permanente, puesto que los efectos del mismo dejan una secuela o efectos que afectan a través del tiempo el orden económico de un país y, por ende, de la comunidad internacional al cual este pertenece.
3. Es un delito de comisión, pero en algunas ocasiones puede constituirse en forma de omisión impropia o comisión por omisión.
4. Es un delito complejo, ya que está conformado por más de dos verbos tipos.
5. Es plurisubsistente, puesto que requiere la realización de una multiplicidad de actos ilícitos idóneos, empezando por el de carácter precedente.
6. Se encuentra también dentro de la gama de los delitos plurisubjetivos, ya que se requiere de la participación de varias personas para la realización del mismo.
7. Este es un delito de carácter doloso puesto que se presume la intención del agente o sujeto activo.

4. Aspectos Procesales

En el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos el ejercicio de la acción penal es de carácter público, es decir, la ejercerá el Estado a través del Ministerio Público, una vez tenga conocimiento que este se está llevando a cabo y, en aquellos casos en que sea necesario, con el apoyo de los organismos policiales correspondientes (art. 111 c. p. p).

Además, tenemos que este es un delito que admite como medida cautelar de carácter personal, la detención preventiva o detención provisional, puesto que tiene como pena mínima cinco años de prisión (arts. 254 al 247 del c. p.), salvo el caso específico del manejo de la evidencia o prueba del delito, en el proceso, por parte del servidor público (art. 258 del c. p.), cuya pena mínima es de tres años.

Por otra parte, tenemos que la prescripción de la acción penal, en el delito de blanqueo de capitales, se da a los doce años, contados a partir de la realización del delito, tal como lo señala el art. 116, numeral 1, del código procesal penal panameño.

Por último, es importante destacar que en cuanto a la acreditación del delito precedente, la jurisprudencia panameña establece que basta con que se compruebe la realización de cualesquiera de los verbos tipos que conforman el delito de blanqueo de capitales aunque no exista una sentencia en firme al respecto. Tal como se señala en la sentencia de 21 de septiembre de 2009, emitida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia, del Primer Distrito Judicial, de la siguiente manera:

“....., no se logró demostrar que estuvieran vinculados al delito de Tráfico Internacional de Drogas, y aun cuando no se requiera que se pruebe la ejecución de los delitos predicados por el autor o autores del delito de blanqueo, ni se requiere sentencia condenatoria previa; resulta indispensable probar que con la ejecución de algunos de los verbos tipos descritos en el artículo 389 del Código Penal de 1982, interconectados con el delito predicado, lo pretendido por el sujeto activo del delito de blanqueo es el ocultamiento de dineros y bienes provenientes de aquellos delitos; de lo contrario, se estaría condenando por la tenencia de dinero en grandes cantidades y con base en suposiciones y no en hechos que devienen de otros que son ciertos, lo que constituye prueba indiciaria; más no las inferencias o las suposiciones. Sobre este punto, nótese que no existen siquiera actuaciones instructivas tendientes a demostrar la posesión de bienes suntuosos, cuentas bancarias o dineros en tales cantidades que puedan relacionarse con la actividad ilícita de blanqueo de capitales, todo lo contrario, se comprobó en el caso de los señalados xxx, que los mismos son personas de un modesto modus vivendi (v.fs.354-357).....”

Por otra parte, tenemos que no solamente la jurisprudencia panameña establece que el delito de blanqueo de capitales requiere la existencia de evidencias previas sino que esta condición le hace ser un delito autónomo. Esto queda establecido en la sentencia fechada 27 de noviembre de 2014, misma que ha sido emitida por la Sala Segunda de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera:

“.....Esta máxima Corporación de Justicia, vía jurisprudencial, ha señalado que se trata de una conducta autónoma que no requiere que medie sentencia condenatoria por delito previo para que se constituya en un indicio contra el

sindicado; no obstante, sí se requiere de indicios que permitan deducir la existencia de un delito previo, de los consagrados en el artículo 389 del Código Penal de 1982.”

5. Legislación Bancaria

Panamá es un país con un gran movimiento financiero desde 1904 y no fue sino hasta el 2 de julio de 1970, que mediante Decreto de Gabinete N° 238, cuando se crea por primera vez una Ley Bancaria en nuestro país. Es así como surge la Comisión Bancaria Nacional y con posterioridad, la Superintendencia de Bancos de Panamá mediante el Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998.

La Superintendencia de Bancos de Panamá cuenta con la Dirección de Prevención y Control de Operaciones Ilícitas, a través de la cual se realiza un monitoreo bancario como medida de prevención del blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva.

En Panamá, mediante Ley 23 de 27 de abril de 2015 se crea el Sistema de Coordinación Nacional para la Prevención del Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva de la República de Panamá, el cual está estructurado de la siguiente manera:

- a. La Comisión Nacional contra el Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, que a su vez está conformado por:
 1. Ministerio de Economía y Finanzas
 2. Ministerio de Relaciones Exteriores
 3. Ministerio de la Presidencia
 4. Superintendencia de Bancos de Panamá
 5. Ministerio Público
 6. Comisión de Economía y Finanzas de la Asamblea Nacional
- b. La Unidad de Análisis Financiero para la Prevención del Delito de Blanqueo de Capitales y Financiamiento del Terrorismo
- c. Organismos de Supervisión, que a su vez está integrado por:
 1. Superintendencia de Bancos de Panamá
 2. Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá
 3. Superintendencia del Mercado de Valores
 4. Intendencia de Supervisión y Regulación de Sujetos no Financieros
 5. Instituto Panameño Autónomo Cooperativo

Además, contamos con las siguientes normativas jurídicas a nivel bancario:

- a. El Texto Único del Decreto Ley N° 9 de 26 de febrero de 1998 y todas sus modificaciones.
- b. Ley 23 del 27 de abril de 2015, que adopta medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, y dicta otras disposiciones. (Modificada por la Ley 21 de 2017)
- c. Decreto Ejecutivo N° 363 del 13 de agosto de 2015, que reglamenta la ley 23 del 27 de abril de 2015, que adopta medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el

- financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva y dicta otras disposiciones.
- d. Decreto Ejecutivo N° 587 de 4 de agosto de 2015, que reglamenta el congelamiento preventivo desarrollado en el Título VI de la Ley 23 de abril de 2015, mediante el cual se adoptan medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva y dicta otras disposiciones.
 - e. Decreto # 55 de 1 de febrero de 2012, que modifica el Decreto Ejecutivo 1 de 3 de enero de 2001, que reglamenta la ley 42 de 2 de octubre de 2000
 - f. Decreto # 855 de 24 de agosto de 2010, por el cual se designan a los representantes del sector privado ante la comisión presidencial de alto nivel contra el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo.
 - g. Decreto Ejecutivo # 266 de 23 de marzo de 2010, que modifica el Decreto Ejecutivo # 1 de 3 de enero de 2001, que reglamenta la Ley 42 de 2 de octubre de 2000.
 - h. Decreto Ejecutivo # 195 de 18 de octubre de 2007, que establece el procedimiento para acatar las resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
 - i. Decreto # 76 de 26 de mayo de 2006, que hace algunas adiciones a los artículos 2 y 3 del Decreto Ejecutivo 125 de 27 de marzo de 1995 y se adoptan otras disposiciones.
 - j. Decreto # 65 de 12 de septiembre de 2006, que reglamenta algunas disposiciones de la ley 16 de 23 de mayo de 2005 sobre las casas de empeño.
 - k. Decreto # 136 de 9 de junio de 1995, mediante el cual se crea la Unidad de Análisis Financiero para la prevención del delito de lavado de dinero producto del narcotráfico, adscrita al Consejo de Seguridad Pública y Defensa Nacional.
 - l. Decreto # 78 de 4 de junio de 2003, mediante el cual se crea la unidad de análisis financiero para la prevención del blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo.
 - m. Ley 42 de 2000 que establece medidas para la prevención del delito de blanqueo de capitales. Dictada por la Asamblea Legislativa el 2 de octubre de 2000, presente en la Gaceta Oficial # 24152 – A
 - n. La ley 2 de 2011 que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes en entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, promulgada en la Gaceta Oficial # 26713 – C.

Por último, en Panamá, contamos con Acuerdos de la Superintendencia de Bancos, entre los que podemos mencionar:

- a. Acuerdo # 010 – 2015 de 27 de julio de 2015, que regula la prevención del uso indebido de los servicios bancarios y fiduciarios. (modificado por el Acuerdo # 001-2017 de 14 de febrero de 2017)
- b. Acuerdo # 009-2015 de 27 de julio de 2015, que establece el procedimiento administrativo sancionatorio por posibles infracciones a las disposiciones en materia de prevención del blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva aplicable a los sujetos obligados. (modificado por el Acuerdo N° 003-2017 de 25 de abril de 2017)

En síntesis, con la implementación de las diferentes formas de normativas jurídicas a nivel bancario que hemos mencionado en párrafos anteriores, Panamá, ha pretendido cumplir con los estándares internacionales solicitados como medidas de prevención del delito de blanqueo de capitales y sus delitos determinantes o subyacentes. Entre estas medidas podemos mencionar el conoce a tu cliente, darle seguimiento a los ingresos de dinero en las diferentes

cuentas bancarias, establecer requisitos para la apertura de una cuenta bancaria, determinar requisitos para responder ante transacciones bancarias (préstamos de diferentes clases, etc.), pedirle al cliente explicación sobre sus ingresos y el movimiento de su dinero, entre otras cosas.

6. Derecho Internacional

Panamá mediante el artículo 4 de su Constitución Política adopta el Derecho Internacional, razón por la cual contamos con la Unidad de Análisis Financiero (UAF) que pertenece al Ministerio de la Presidencia y vinculada al Consejo de Seguridad, la cual se encarga de revisar la información proveniente de todas las transacciones financieras, en las cuales estén involucradas cualquier entidad crediticia o financiera del país. De esta manera, puede el Estado identificar y prevenir actividades ilícitas relacionadas con el blanqueo de capitales. Esta unidad a su vez, guarda relación con una entidad intergubernamental, en la cual intervienen varios países y organizaciones internacionales, como Naciones Unidas, que es identificada como GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), que surge en 1989 como una estrategia de prevención y control del blanqueo de capitales.

Por último, tenemos que en nuestro país se han adoptado los siguientes instrumentos jurídicos internacionales:

- a. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988
- b. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- c. Declaración Política y Plan de Acción contra el Blanqueo de Dinero
- d. Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada.

7. Perfil Criminológico del Sujeto Activo en el delito de blanqueo de capitales

En cuanto al perfil criminológico del agente, en el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos, he de mencionar que lo podemos considerar de cuello blanco, perteneciente a la delincuencia organizada, que a través de diferentes tipos de asociaciones ilícitas operan en los diferentes sectores de la sociedad, entre los cuales podemos mencionar: iglesia, clubes cívicos, administración de justicia, el sector empresarial, diferentes instituciones públicas (ministerios o secretarías), el poder ejecutivo (presidencia, vicepresidencia), la policía, diferentes gremios que conforman la sociedad civil, medios de comunicación, entre otros.

Dependiendo del origen circunstancial o estructural del delito de blanqueo de capitales, podemos identificar dentro de las características del sujeto activo las siguientes:

- a. Pertenece o está conectado con los sectores de gran importancia y poderío de carácter político, social y económico
- b. Forma parte de redes de poder a nivel nacional e internacional
- c. Mantiene, por lo general, un bajo perfil a nivel social. Es decir, contribuye con las campañas y estrategias de prevención de este tipo de figuras delictivas
- d. Tiene una formación académica que generalmente es de carácter formal
- e. Ocupa cargos de relevancia a nivel del sector empresarial y bancario
- f. Son personas carismáticas y con buena proyección al público

- g. Generalmente se dedican a realizar un gran número de donaciones y ayudas a los más necesitados, prefiriendo en ayudas: los niños, enfermos e iglesias.

En síntesis, podemos señalar que el sujeto activo en los delitos de blanqueo de capitales está conformado por personas que tienen una aceptación y buen nombre en la sociedad dentro de la cual se desenvuelven. Considerándoles personas que trabajan en beneficio de su comunidad.

8. Consideraciones Finales

Dentro de las consideraciones finales con respecto al delito de blanqueo de capitales, podemos indicar las siguientes:

- a. Es un delito que refleja la realidad del desvalor en el cual se encuentra sumergida no solamente la sociedad que conforma a un Estado, sino, también, de la comunidad internacional de la cual forma parte.
- b. Que muchas veces, esto sucede sobre todo con los llamados delitos transnacionales, surgen figuras delictivas que en principio pensamos que están garantizando la protección de intereses jurídicos de la sociedad en términos generales, pero en realidad están respondiendo a intereses de fuertes grupos de poder a nivel mundial, pero que se esconden en organizaciones internacionales no gubernamentales, como lo es Naciones Unidas, intentando simular con esto que ayudan a disminuir los niveles de delincuencia en términos generales.
- c. Nuestros ordenamientos jurídicos internos deben responder, en principio, a la realidad de las necesidades de nuestros pueblos y en segundo lugar, se deberán cumplir compromisos como parte de una comunidad internacional, pero en la medida que no se vean afectados nuestros intereses internos de nación.
- d. Requerimos con urgencia la existencia de una Política Criminal de Estado que responda las necesidades reales de prevención y represión del delito. Pero, para esto se requiere que el Estado se enfoque a programas que vayan más allá de la reforma o creación de nuevas leyes. Por ejemplo: creación de bolsas de empleos para personas de todos los sectores académicos y no académicos, de diferentes edades y experiencias laborales. El diseño y ejecución de programas de viviendas con diferentes planes de financiamiento; mejora en el sistema educativo, etc.
- e. Programas de concienciación a nivel de país, que logren cambiar antiguos paradigmas de corrupción en los diferentes sectores que conforman la sociedad en un Estado.

Referencias Bibliográficas

- A. Obras
 1. SÁENZ, J. **Compendio de Derecho Penal (Parte General)**. Ed. Jurídica Pujol, S.A. Panamá, 2015, t. pp. 264
 2. SÁENZ, J. **Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)**. Ed. Jurídica Pujol, S.A. Panamá, 2017. 2t. pp. 536
 3. EZAINE CH., A. **Delitos Económicos**. Perú. 2009
 4. GONZÁLEZ, E. **Delitos Económicos**. 2016
 5. VÁSQUEZ ABAD, J. **Tratado de Economía**. España. 2008
 6. LÓPEZ BETANCOURT, E. **Delitos en Particular II**. México. 2000
- B. DICCIONARIOS
 1. EZAINE CH, A. **Diccionario de Derecho Penal**. Ediciones Jurídicas Lambayecanas. Perú. 2000
- C. TEXTOS LEGALES

1. Código Penal Panameño 1982
 2. Código Penal Panameño 2007
 3. Constitución Política de Panamá
 4. Código Procesal Penal Panameño
 5. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988
 6. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
 7. Declaración Política y Plan de Acción contra el Blanqueo de Dinero
 8. Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada.
- D. JURISPRUDENCIA
1. Sentencia de 21 de septiembre de 2009, del Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, de Panamá
 2. Sentencia de 27 de noviembre de 2014, de la Sala Segunda de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, de Panamá.
- E. INTERNET
1. www.doctorajuliasaenz.com
 2. www.organojudicial.gob.pa
 3. www.superintendenciadebancos.gob.pa
 4. www.ministeriopublico.gob.pa

JULIA ELENA SÁENZ: *Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, egresada de la Universidad de Panamá. Doctorado en Derecho Penal en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestría en Derecho Penal en la Universidad de Guadalajara, México. Maestría en Docencia Superior en la Universidad de Panamá. Maestría en Investigación y Métodos de Evaluación Educativa en la Universidad de Panamá. Profesora de Segunda Enseñanza en la Universidad de la Paz. Catedrática en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Correo electrónico: juliaelensaenz@gmail.com*

Artículo recibido: 9 de agosto de 2018

Aprobado: 23 de agosto de 2018

K. DERECHO TRIBUTARIO

Análisis de la propuesta de un Código Tributario de procedimiento Panameño y la Defraudación Fiscal.

Auri Morrison C.

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro Investigación Jurídica

E-mail: aurimorrison3015@gmail.com

RESUMEN

Este artículo analizará con detalle la necesidad de un Código Tributario de Procedimiento en Panamá, su implementación y modificaciones en las mismas, adicionalmente se comentará el desarrollo que ha tenido la sociedad para un procedimiento actualizado y moderno, frente a la Administración Tributaria y sus contribuyentes, en la cual juega un papel preponderante, al contar con la capacidad de aplicar un régimen de información jurídico establecido en el, permitiendo realizar controles efectivos e impartir criterios justo y claros. Siendo esto, como una excelente propuesta para establecer principios generales, institucionales, procedimentales y las normas de ordenamiento jurídico tributario, así como el alcance y aplicación del mismo, a efecto de facilitar a los sujetos activos y pasivos, en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y el reconocimiento de sus derechos. Por otro lado, la constante lucha para adquirir una transparencia financiera y tributaria, está en consideración reformar las sanciones de la evasión o fraude fiscal como delito de defraudación fiscal.

Palabras Claves

Código Tributario, Fiscal, Administrativo Tributario, Contribuyente, Codificación, defraudación fiscal, evasión, delito.

ABSTRACT

This article will analyze in detail the need of a Tax Code of Procedure of Panama, the new changes in the implementation and modifications of the same, in addition the development that the society has had for an updated and modern procedure will be commented on, in front of the Tax Administration and its taxpayers, in which it plays a preponderant role, having the ability to apply a regime of legal information established in it, allowing effective controls and providing fair and clear criteria. This being, an excellent proposal to establish general, institutional principles, procedures and rules of the tax legal system, as well as the scope and application thereof, in order to facilitate the active and passive subjects, in the fulfillment of their tax obligations and the recognition of their rights. On the other hand, the constant struggle to acquire financial and tax transparency, is in consideration to reform the sanctions of evasion or tax fraud as a crime of tax fraud.

Keywords:

Tax Code, Tax, Tax Administration, Taxpayer, Codification, tax fraud, evasion, and crime.

Introducción:

La recaudación tributaria en Panamá, genera paulatinamente ingresos ordinarios que representa la fuente fundamental y principal para obtener los recursos para el funcionamiento e inversión del Estado.

Por otra parte, en el ámbito de tributación internacional, hasta la fecha, nuestro país ha firmado 16 Convenios para evitar la Doble Tributación (CDT), de los cuales se encuentran vigente, siendo estos los suscritos con Singapur, Reino Unido, Qatar, Portugal, México, Luxemburgo, Italia, Israel, Irlanda, Países Bajos, Francia, España, Emiratos Árabes Unidos, República de Corea (Corea del Sur), Barbados y Vietnam.

Asimismo, la Administración tributaria panameña, actualmente se ha firmado Acuerdos para el Intercambio de Información Tributaria firmados con Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Groenlandia, Islandia, Islas Faroes, Noruega, Suecia, Japón.

A lo anterior, nuestro país está en constante avances tributarios, lo observamos en nuestras leyes, decretos y acuerdos, para estar siempre a la vanguardia de una seguridad fiscal, para preservar el nivel económico que es el progreso del país. En este sentido, el Tribunal Administrativo Tributario, debidamente facultado mediante Ley 8 de 2010, en su artículo 156, para realizar propuesta e iniciativas de ley ante el Ministerio de Economía y Finanzas, cuyo rol desempeña acciones de controles en los actos de la Administración Tributaria, cuyo ente es autónomo, lo establece en su numeral 6 *“Proponer al Ministro de Economía y Finanzas las normas que juzguen necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria”*, siendo así, considero elaborar un proyecto, que es el primer Código Tributario del país con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuya consultoría está a cargo de la firma Deloitte (Panamá), posterior a ello, se confeccionó el borrador y se elevó a consultas y recomendaciones, en el año 2016.

En ese mismo orden, el abogado **Adolfo Campos** de la firma Morgan & Morgan, expresó *“que los cambios tributarios son lentos, no ocurren tan rápido como en otras ramas del derecho. El código de procedimiento tributario vendría a romper el atraso que Panamá tiene en cuanto a codificación tributaria”*, pero además agregó, que Panamá necesita el Código Tributario, debido a que las regulaciones y el mejoramiento entre contribuyentes y el fisco deben estar basadas en reglas claras.

La finalidad de esta iniciativa es combatir las dudas que diariamente la Administración de Justicia, ejerce para resolver los procesos tributarios, con procedimientos administrativos contemplados en el Código Fiscal que rige el Procedimiento Fiscal Ordinario, Ley 38 del año 2000 de Procedimiento Administrativo General y el Código Judicial.

Es necesario, el Código Tributario panameño, para que impere el entendimiento y cooperación entre los contribuyentes y la administración tributaria, además de lograr confianza mutua en las

relaciones tributarias y que el contribuyente pueda cumplir sus obligaciones, con la base acentuadas, ya que al contrario se da con mucha facilidad y muy ligero la culpabilidad. En ese sentido, es conveniente aprovechar la recomendación formulada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, de implementar y modificar el rol de las administraciones tributarias de funciones de control a la prestación de servicios, con la observación de que la mayoría de los contribuyentes cumplen con sus obligaciones tributarias (OCDE). Para esto, es necesario instaurar estrategias de cumplimiento que impulsen el cambio cultural y el comportamiento, tales como compromisos de calidad de servicio, publicidad o campañas de certificaciones, e inclusive, el proceso de codificación tributaria, sería un escenario propicio para evaluar y generar el debate de la posibilidad de introducir el defensor del contribuyente y la utilización de técnicas de resolución alternativa de conflictos, en ciertas circunstancias.

Antecedentes de la necesidad de un Código Tributario:

En Panamá, por ser un país con ventajas competitivas a nivel nacional e internacional, y tener los beneficios económicos social, políticos, comercial, y otros, se requiere de regulaciones y normativas debidamente contempladas en un solo documento llamado “**Código**”, y en este caso Tributario.

Actualmente poseemos el Código Fiscal, que regula la materia Fiscal, el cual fue aprobado mediante Ley 8 de 27 de enero de 1956 y publicado en Gaceta Oficial 12995 el 29 de junio de 1956, el mismo se divide en Libros, Títulos y Capítulos con una numeración consecutiva de sus artículos. Los libros del Código Fiscal se dividen así: Libro I - De los bienes nacionales; Libro II - De los servicios nacionales; Libro III - Del régimen aduanero; Libro IV - Impuestos y rentas; Libro V - De la administración del Tesoro Nacional; Libro VI - De la moneda nacional; Libro VII - De los procedimientos administrativos en materia fiscal. La misma ha surtido modificaciones en el transcurrir del tiempo, donde recoge el ordenamiento jurídico de normas fundamentales, además fija los procedimientos ordinarios para obtener los ingresos fiscales del gobierno. Siendo el mismo, carente de principios generales, institucionales, poco alcance en las normas jurídico-tributario y no contempla el cumplimiento de las obligaciones del contribuyente y el reconocimiento de sus derechos.

Ante este escenario, si requerimos de manera trascendental el Código Tributario para ser competitivo y establecer una seguridad jurídica y transparencia. El mismo, tendrá todas las disposiciones procesales que se aplicarán al momento de resolver los recursos de los contribuyentes, para aplicar las normas procesales por la Dirección General de Ingresos y el Tribunal Administrativo Tributario.

Generalidades del proyecto del Código Tributario

Nuestro sistema tributario, se encuentra disperso las normativas fiscales, siendo así, existe un centenar de leyes que modifican, adicionan o subrogan artículos del Código Fiscal. Esto aunado a esto, gran cantidad de Decretos y Resoluciones Administrativa que lo reglamentan, lo que ocasiona con dificultad seguir las normativas y cumplirla tanto por la Administración Tributaria como por los contribuyentes, lo que se aumenta el litigio.

Con miras de lo anterior comentado, el Tribunal Administrativo Tributario, propone un proyecto-Ley, cuya iniciativa lo presenta ante el Ministerio de Economía y Finanzas, para la adopción de un Código de Procedimiento Tributario panameño, que regule adecuadamente la norma tributaria, su vigencia e interpretación; los tributos; la obligación tributaria; los sujetos de la obligación tributaria, sus deberes y derechos; facultades y obligaciones de la administración tributaria; los procedimientos tributarios y el régimen de infracciones y sanciones tributarias, la defensoría del contribuyente.

El nuevo Código Tributario busca cumplir con los procedimientos específicos, va muy a la mano con el marco legal, para generar las obligaciones tributarias con miras de mejorar el control administrativo y también aplicar los principios jurídicos fundamentales, como la igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria; y el de la seguridad jurídica.

Tipos y Características del nuevo Código Tributario:

Nuestras normas fiscales vigentes, carecen de lo siguiente:

1. Código Fiscal vigente, lo define por “*Objeto del Impuesto*” esta modalidad de hecho imponible, se delimita con mayor precisión jurídica la conducta, hechos o circunstancias que hacen nacer realmente la obligación tributaria, mientras que bajo la concepción del *objeto* del Impuesto que sigue o se enfoca en *materia económica* el tributo y no en las conductas, provocando que no se definan con claridad las circunstancias obligantes del pago de tributos. Con el nuevo Código Tributario, tenemos el Hecho Imponible o Generador, lo define como los tipos de hechos y circunstancias que generan el nacimiento de la obligación tributaria de los contribuyentes frente al fisco por cada tributo (Impuestos, Tasas y Contribuciones), porque por ejemplo, al momento de definir el hecho generado del Impuesto de Aviso de Operación (Licencia Comercial), el Impuesto de Inmueble, u otros, hay ausencia en estas definiciones sobre los hechos eximentes o por incentivos, no están claras, con esta modificación evitaría la gran medida las controversias por interpretaciones contradictorias, en cada caso en particular, en el que se entiende obligado o no, un contribuyente frente al fisco.

2. Código Fiscal vigente, no posee una norma sobre la actuación de cómo debe ser notificada personalmente, y de esta manera se evita casos de las reiteradas notificaciones por medios impresos de comunicación, sin ningún esfuerzo previo por realizar la notificación personal en el domicilio fiscal indicado por el contribuyente; por lo que se espera en el nuevo Código Tributario, se inserte la normativa que explique con claridad el método de las notificaciones en forma personal, ya que toda actividad o acto administrativo de la Administración Tributarias a través de las autoridades, busca interrumpir el término de la prescripción a través de la notificación personal o por medios electrónicos o similares, que permitan confirmar su recepción.

3. Se quiere implementar el *Silencio Administrativo positivo* y la *prescripción de oficio*, la primera que permitiera que al vencimiento del término para que se resuelva una consulta, solicitud o un recurso, (normalmente en 2 meses) y este no se haya resuelto, el consultante, solicitante o recurrente podrá satisfacer sus obligaciones tributarias, conforme expresado en su consulta, solicitud o recurso y la segunda, no es más, que esta figura no está contemplado en el código fiscal

vigente, que es más la prescripción de oficio de Impuestos adeudados al fisco nacional, cuya opción debe decretarse de oficio por las autoridades fiscales, de periodo fiscales que están prescritos.

4. Otro de los puntos en el nuevo código tributario, está la de eximir *multas* y el *efecto futuro de la ley tributaria*, la primera, los *problemas* con el *Sistema Tecnológico de la Administración Tributaria*, caso fortuito o fuerza mayor, muerte, o enfermedad, estas circunstancias que muchas veces puede incurrir en injusticia o arbitrariedad de la cual puede resultar el contribuyente, con la verificación debida. La segunda, que esta definición carece en el código fiscal vigente, que solo debería entrar en vigencia a partir del próximo periodo fiscal que afecte, para evitar la zozobra del impuesto a calcular.

5. La defensoría del contribuyente, no está contemplada en el código fiscal panameño actual, cuyo objetivo es la evolución y desarrollo de un sistema tributario moderno, que debe tener entre sus prioridades la de buscar y conseguir el equilibrio entre garantizar el cumplimiento constitucional, según el cual los contribuyentes deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y aplicar el sistema tributario con apego a la legalidad, salvaguardando así el principio de igualdad procesal.

Respecto a todos estos enfoques técnicos y metodológicos mencionados y presentados para la elaboración del Proyecto de Código de Procedimiento Tributario, en el año 2015 el Tribunal Administrativo Tributario ha manifestado su desarrollo en el cumplimiento de la seis (6) fases o etapas: (1) Plan de Trabajo, (2) Análisis Diagnóstico, (3) Presentación de la Estructura del Código, (4) Propuesta del Proyecto del Código Tributario, (5) Validación e; (6) Impresión, de las cuales, se han cumplido las primeras cuatro fases, destacando que para efectuar el análisis diagnóstico se elaboró una encuesta con preguntas relativas a la situación fiscal tributaria en materia procedimental, dirigida a los contribuyentes del sistema administrativo y de justicia tributaria, entre ellos: Despachos de Abogados, Firmas de Contadores, Instituciones o Asociaciones Gremiales, Cámaras de comercio, entre otros.

Deseamos agregar, a lo anterior no difiere de las recomendaciones o solicitudes que fueron planteadas en las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en México en 1958, en las cuales se plantea la recomendación de que todos los países de Latinoamérica codifiquen sus normas tributarias, en los términos siguientes:

“I. Que el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario estudie la posibilidad de unificar la terminología técnica tributaria, con miras a elaborar un Diccionario Latinoamericano de Derecho Tributario;

II. Que se establezcan Códigos Tributarios en cada uno de los países, que fijen sistemáticamente los principios generales del Derecho Tributario y que incluyan las normas procesales que garanticen los derechos individuales y permitan la adecuada aplicación de aquellos;

III. Que estos códigos ofrezcan caracteres de permanencia, certeza y claridad a fin de asegurar la estabilidad y conocimiento de las situaciones jurídicas que los mismos regulen”

Con relación al contenido del Código Tributario estarán presente los principios fundamentales del derecho tributario, afianzados en el estudio de la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado.

La Codificación de Normas y Procedimientos Tributarios III Congresos Internacional de Derecho Tributario Lyda *Angélica Rodríguez Baso*, asistente de Magistrada del Tribunal Administrativo Tributario, señala que en una codificación ampliada y bajo esta premisa, hace referencial del contenido en la parte general de la estructura de la codificación tributaria panameña los siguientes puntos:

- En materia de Derecho Constitucional Tributario: Los principios generales tributarios tales como el principio de legalidad de los tributos, capacidad contributiva, igualdad, no confiscatoriedad. Las limitaciones constitucionales al poder tributario.
- En los temas de derecho tributario sustantivo: El ámbito de aplicación del código, las normas tributarias, los criterios para su aplicación e interpretación. El concepto y clasificación de los tributos. La obligación tributaria, su nacimiento, hecho generador, objeto y formas de extinción. En ese aspecto, es fundamental una adecuada regulación de la figura de la prescripción. Los sujetos de la relación jurídica tributaria, el sujeto activo y los obligados tributarios, sus derechos y deberes. Atribuciones y obligaciones de la Administración Tributaria. El domicilio tributario.
- En el tópico de derecho formal: los procedimientos de gestión y fiscalización en la Administración Tributaria.
- En el apartado de Derecho Sancionador: el procedimiento de determinación y aplicación de sanciones. Las infracciones tributarias.
- En materia de Derecho Procesal Tributario: Los procedimientos de revisión de los actos administrativos ante la propia Administración Tributaria, los procesos especiales de revisión tales como revocatoria de actos, rectificación de errores, nulidades y el recurso de reconsideración. El procedimiento de revisión de los actos tributarios ante el Tribunal Administrativo Tributario, su régimen orgánico. El procedimiento de segunda instancia ante el Tribunal, el Recurso de Apelación. Los procedimientos originados de los procesos de cobro coactivo seguidos por la Administración Tributaria, trámites de los incidentes, excepciones, tercerías y nulidades dentro de los procesos de cobro coactivo.
- En materia de tributación internacional: la doble imposición, los precios de transferencia.

La estructura del anteproyecto que presento el Tribunal Administrativo Tributario para el desarrollo es la siguiente:

- Título de la Ley
- Objeto de la Ley
- Definiciones que se consideren
- Disposiciones generales: Ámbito de aplicación, concepto y clasificación de los tributos, principios generales tributarios, normas tributarias.
- Disposiciones especiales: Tributo y las relaciones tributarias sustantivas. Hecho generador, sujetos de la obligación, derechos y deberes del sujeto pasivo, atribuciones y obligaciones de la Administración Tributaria, determinación de la obligación tributaria, objeto de la obligación, extinción y domicilio tributario.

- Procedimientos Tributarios: Procedimiento de gestión y de fiscalización.
- Infracciones y sanciones: procedimiento de determinación y aplicación de sanciones.
- Procedimiento de revisión de los actos tributarios ante la propia Administración Tributaria: El Tribunal Administrativo Tributario (Régimen Orgánico), Procedimientos de segunda instancia ante el Tribunal Administrativo Tributario (recurso de apelación), Procedimientos con motivo de los procesos de cobro coactivo seguidos por la Administración Tributaria (Trámite de los incidentes, excepciones, tercerías y nulidades dentro de los procesos de cobro coactivo).
- Otros aspectos relevantes.

La Codificación Tributaria en el Derecho Comparado

Para comprender mejor esta necesidad de un Código Tributario de procedimiento, mencionaremos algunas breves reseñas de las experiencias sobre la codificación tributaria de países como: Alemania, Argentina, España, Italia y México, como marco referencial para contrastar con la situación nacional.

1. En Alemania

El llamado Ordenamiento u Ordenanza Tributaria de Alemania fue aprobada por la Ley de 13 de diciembre de 1919, denominada “Abgabenordnung o Reichsabgabenordnung”. Esta surgió en el contexto de la Primera Guerra Mundial, para superar el fraccionamiento del poder tributario en los diversos Estados que integraban Alemania.

Para Mauricio A. Plaz Vega, la Ordenanza Tributaria Alemana procuró la concentración del poder tributario en la cabeza del “Reich” y la correlativa reducción de la autonomía y atribuciones de los “Länder”. Estaba orientada a robustecer la independencia financiera del “Reich”, frente a los países “Länder” y reformar la estructura fiscal alemana introduciendo el impuesto personal sobre la renta a personas físicas y jurídicas y el impuesto sobre los cambios.

Los aspectos más relevantes de la Ordenanza Tributaria Alemana fueron: (i) sirvió de punto de partida para la codificación de tipo limitada, al regular los principios fundamentales, la relación jurídica tributaria en su aspecto formal y material, el nacimiento, desarrollo y extinción de la obligación tributaria, los recursos contra las decisiones administrativas y las infracciones y penas; y (ii) además, introdujo los tribunales tributarios especiales, con organización y competencia propia, independiente de los poderes ejecutivos y judicial.

2. En Argentina

En 1947, se adoptó el Código Tributario de la Provincia de Buenos Aires, conocido como el “Código Jarach”, ya que fue el resultado del proyecto elaborado por el Profesor Dino Jarach. Dicho Código fue adoptado también por otras provincias argentinas. Su estructura es de codificación ampliada, ya que consta de una parte general normativa de los principios básicos de la tributación y una parte especial dedicada al ámbito normativo de cada tributo en particular.

Han existido diversos proyectos de códigos tributarios sin que se hubiese logrado concretarse, sin embargo, desde 1959, existe el Tribunal Fiscal de la Nación, como órgano jurisdiccional independiente, ante el cual pueden apelarse las decisiones de las Administraciones Tributarias.

3. En España

El 28 de diciembre de 1963, se promulgó la Ley 230 General Tributaria, con vigencia a partir del 1 de enero de 1964. Fue un código tributario que influyó en la redacción de los textos de códigos posteriores, especialmente en América Latina. Estuvo vigente por 40 años.

Posteriormente, se promulgó el 17 de diciembre de 2003, la Ley 58 con el nuevo texto de la Ley General Tributaria, la cual entró a regir el 1 de julio del 2004. Su objetivo es reforzar las garantías de los contribuyentes y la seguridad jurídica, posibilitando el empleo de las nuevas tecnologías; modernizar los procedimientos tributarios; y reducir los niveles de litigios en materia tributaria.

La estructura consta de tres títulos, el primero dedicado a la regulación de los principios de la tributación, la normativa tributaria, reglas generales para su aplicación e interpretación. El segundo título, instauro las nociones de los tributos, hecho imponible y elementos de la obligación tributaria. El tercer título reglamentó todo lo concerniente al procedimiento y gestión tributaria. Siendo una codificación de naturaleza limitada, conforme a la tipología que clasifica en atención al contenido de la misma, pero a su vez constituye un verdadero código de principios, utilizado como referencia por los países latinoamericanos para sus procesos de reforma tributaria.

4. En Francia

La codificación francesa se puede calificar como un híbrido de la codificación de modalidad ampliada, ya que se caracteriza por contener, tanto la parte general de principios y definiciones, como la parte de normas especiales de tributos específicos, en códigos relativos a cada impuesto en particular.

En 1950, se aprobó el Código General de Impuestos, el cual tiene una estructura de dos libros, el primero subdividido en los diferentes tipos de impuesto y el segundo libro, es de orden general y reguló los pagos, sanciones y procedimientos.

5. En México

La codificación mexicana fue la primera de Latinoamérica, inspirada en los lineamientos de la Ordenanza Tributaria de Alemania. Fundamento la creación del Tribunal Fiscal de la Federación, como órgano jurisdiccional independiente para resolver las controversias tributarias.

A partir del 1 de enero de 1939, empezó a regir el Código Fiscal, el cual estuvo vigente hasta diciembre de 1966. Actualmente rige el tercer código, aprobado el 31 de diciembre de 1981, con sus respectivas reformas. Este código regula aspectos procedimentales, procesales, probatorios y las infracciones tributarias.

Indudablemente para estos países, el proceso de codificación tributaria debe nutrirse del derecho comparado, para evaluar las experiencias y procurar adecuar al entorno nacional, las mejores prácticas que sean cónsonas con su realidad económica y fiscal.

Derecho Comparado en las normas sobre la regulación de Defraudación fiscal.

Partiendo de estas experiencias de algunos países, para la realización de una codificación tributaria, las mismas están apoyadas con normativas legales en la esfera penal para los temas de evasión o fraude fiscal.

1. Alemania

El delito de defraudación fiscal está consagrado dentro del ordenamiento especial que es la Ordenanza que se consagra en el parágrafo 370 se establece que la defraudación tributaria:

"1.- Será castigada con pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa quien: 1.- Presente datos inexactos o incompletos a las autoridades financieras o a otras autoridades sobre hechos tributarios relevantes; 2.- Infringiendo una obligación, no informe a las autoridades financieras sobre hechos tributarios relevantes o 3.- Infringiendo una obligación, omita la aplicación de sellos o timbres fiscales y con ello reduzca los impuestos u obtenga, para sí o para otro, una ventaja tributaria no justificada.

2) La tentativa será punible.

3) En casos de especial gravedad, la pena de privación de libertad será de seis meses a diez años. Existe un caso de especial gravedad, por regla general, cuando el autor. 1.- Provoque por puro egoísmo una reducción considerable de los impuestos u obtenga una ventaja tributaria no justificada. 2.- Abuse de sus facultades o de su posición como titular de función pública. 3.- Se beneficie de la cooperación de un titular de función pública que abuse de sus facultades o de su posición o, 4.- Utilizando justificantes falsos o falsificados reduzca reiteradamente ventajas tributarias no justificadas.

4) Se reducen los impuestos, en particular, cuando se fijan en toda su cuantía o en tiempo oportuno. Lo anterior regirá también cuando el impuesto se fije provisionalmente o a reserva de comprobación posterior o cuando un alta en la contribución quede equiparada a una fijación de impuesto a reserva de comprobación posterior. Las bonificaciones fiscales son también ventajas tributarias; se obtienen ventajas tributarias no justificadas en todos los casos en que se concedan o mantengan injustamente. Los requisitos de los párrafos 1 y 2 se dan también en el caso de que el impuesto, a que se refiere el hecho, hubiera podido ser reclamada por otras razones.

5) El hecho puede ser cometido también con respecto a las mercancías cuya importación, exportación o tránsito esté prohibida.

6) Los apartados 1-5 regirán también en el caso de que el hecho se refiera a contribuciones de entrada que sea administradas por otro Estado miembro de las comunidades europeas, o que competan a un Estado miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio o a un Estado asociado con la misma.

Se considera una exención de responsabilidad penal consagrada en el párrafo 371, que dice "Quien en los casos del párrafo 370, corrija o complete los datos inexactos o incompletos presentados ante la autoridad financiera, o dé cumplimiento ulterior a los datos omitidos, quedará exento de penas."

De acuerdo con esto, en Alemania se castiga el blanqueo de capitales procedentes de un delito fiscal, pero tiene unas características sui generis. Lo primero que se ha de indicar es que el autor del delito previo está expresamente excluido del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo de capitales.

2. Argentina

Mediante Ley N° 24.769 Penal Tributaria Previsional con las modificaciones de la Ley N° 26.735. Se transcribe el Título I, "Delitos Tributarios Evasión Simple "Artículo 1°: Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un (1) año. Artículo 2°: La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años de prisión, cuando en el caso del artículo 1° se verificare cualquiera de los siguientes supuestos: a) Si el monto evadido superare la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000); b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000); c) Si el obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000); d) Si hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos".

Aprovechamiento indebido de subsidios "Artículo 3°: Aprovechamiento indebido de subsidios. Será reprimido con prisión de tres (3) años y seis (6) meses a nueve (9) años el obligado que, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, se aprovechara indebidamente de reintegros, recuperados, devoluciones o cualquier otro subsidio nacional, provincial, o correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de naturaleza tributaria siempre que el monto de lo percibido supere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000) en un ejercicio anual. Obtención fraudulenta de beneficios fiscales Artículo 4°: Obtención fraudulenta de beneficios fiscales. Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años el que, mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, obtuviere un reconocimiento, certificación o autorización para gozar de una exención, desgravación, diferimiento, liberación, reducción, reintegro, recupero o devolución tributaria al fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Casos en que se producirá la pérdida de beneficios. Artículo 5°: Casos en que se producirá la pérdida de beneficios. En los casos de los arts. 2, inc. c), 3 y 4, además de las penas allí previstas, se impondrá al beneficiario la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez años. Apropiación indebida de tributos Artículo 6°: Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el agente de retención o de percepción de tributos

nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000) por cada mes”.

La Ley 26.683 (2011) trajo aparejado un cambio de paradigma en la norma legales de argentina, donde habilitó la posibilidad de perseguir por blanqueo de capitales al autor o partícipe del delito previo, cuya imputación penal se encontraba vedada por la propia ley de lavado de dinero. Esto es lo que comúnmente se denomina "autolavado". La incorporación del delito de defraudación tributaria contenido en la ley 24.769, como delito previo al Lavado de Activos, resultó acertada, por cuanto, este último, afecta el orden económico.

3. España

La Defraudación Fiscal en España, en el Artículo No. 305 de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, en el “Artículo 1.2 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, entiende por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.

En consecuencia, queda expresamente la inclusión de la cuota tributaria defraudada como un bien procedente de actividad delictual idóneo para una operación de blanqueo de capitales.

Los elementos por los que se da la defraudación fiscal: *Primero*, por los antecedentes históricos de la imposición fiscal como una forma política y *segundo*, por el egoísmo del propio ser, para no ver que su patrimonio en particular se reduzca. Aquí también se presentan factores que son: a) Factor Legislativo La falta de redacción clara, simple, precisa y una tipificación de las sanciones graves. Con esto se puede lograr evitar la manifestación de la defraudación fiscal. b) Factores Económicos de España la defraudación fiscal se genera primero porque existe una presión fiscal y económica a que se ven sometidos.

4. Francia

El delito fiscal constituye delito previo del blanqueo de capitales. El delito de blanqueo de capitales se contiene en el artículo 324-1 del Código penal francés. De acuerdo con el párrafo primero, constituye blanqueo el hecho de facilitar, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos del autor de un crimen o de un delito, que le haya procurado un beneficio directo o indirecto. El párrafo segundo dispone que es igualmente blanqueo el hecho de colaborar en una operación de inversión, ocultación o conversión del producto directo o indirecto de un crimen o de un delito. La pena prevista es de cinco años de prisión y multa de 375.000 euros.

El Código penal no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, sino que admite como delito previo cualquier crimen o delito. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo francés (Cour de cassation), mediante sentencia de 20 de febrero de 2008, se ha pronunciado al respecto, admitiendo la posibilidad de que el delito fiscal sea delito previo del blanqueo. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte JURITEXT000018338279&fastReqId=1837238929&fastPos=1>

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo francés hace referencia, una interpretación novedosa del delito de blanqueo de capitales en dos aspectos:

1. El autoblanqueo, es decir, la aplicación del delito de blanqueo al autor del delito previo. Hasta la fecha de la sentencia, las decisiones del Tribunal Supremo habían admitido la condena por blanqueo a las personas que habían lavado el producto de sus propias actividades ilegales cuando habían realizado las conductas previstas en el párrafo segundo del art. 324-1 CP. En la sentencia analizada, el TS francés considera que el autor del delito previo puede ser sujeto activo de un posterior blanqueo de los bienes que ha obtenido de aquel delito, esta vez conforme al párrafo primero del art. 324-1 CP. Admite, por lo tanto, la condena por el “autoblanqueo” («autoblanchiment»), y rechaza que se haya producido una infracción del principio *ne bis in idem*. La sentencia permite así la acumulación de persecuciones por un delito principal y por el blanqueo de su producto a título de concurso cuando el autor del delito previo facilite, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos de un crimen o de un delito que él mismo ha cometido.

2. La otra cuestión planteada, que es la que aquí interesa, es la relacionada con la posibilidad de que el delito fiscal sea delito previo del blanqueo de capitales. El Tribunal Supremo francés se enfrenta a un complejo tema de carácter procesal relacionado con la necesidad de acreditar el delito previo. De acuerdo con el artículo L. 228 del Código de procedimientos fiscales (*livre des procédures fiscales*), para proceder por delitos fiscales es necesaria la denuncia de la administración tributaria con el dictamen favorable de la Comisión de infracciones fiscales. Siendo esto así, el enjuiciamiento del delito de blanqueo de bienes procedentes del delito fiscal requerirá previamente que se acredite el delito fiscal, cuya persecución requiere dicha denuncia. Pues bien, a juicio del Tribunal la persecución del delito de blanqueo de capitales, delito general, distinto y autónomo, no está sujeto a las disposiciones del artículo L. 228 del Código de procedimientos fiscales. El artículo 324-1 CP no requiere que se hayan iniciado previamente persecuciones ni que se haya pronunciado

una condena por el crimen o delito que haya permitido obtener las sumas de dinero blanqueadas, sino que es suficiente con que se establezcan los elementos constitutivos del delito previo.

En definitiva, la sanción del blanqueo del fraude fiscal no requiere la denuncia de la administración tributaria con el dictamen favorable de la Comisión de infracciones fiscales, que, como recuerda la Sala de lo Penal, no es un elemento del delito fiscal, sino una condición de su perseguible. La Sala de lo Penal aprueba la actuación del tribunal de primera instancia, que ha reunido los elementos relativos al estilo de vida del acusado y "advertido de que nunca había informado a las autoridades fiscales de las sumas sujetas a impuesto, constitutivas de ingresos ocultos". La combinación de estos elementos, junto con la prueba de alguna actividad que suponga ingresos (ya sean manifiestos u ocultos, claramente identificados o no) y la omisión de toda declaración anual a la administración tributaria, caracterizan adecuadamente el fraude fiscal en todos sus elementos. **Isidoro Blanco Cordero**, pág. 01:8

5. México

El Código fiscal de México, señala que se encuentra el delito de defraudación fiscal en el Artículo 108: "quien, con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

La omisión total o parcial de alguna contribución a que se refiere el párrafo anterior comprende, indistintamente, los pagos provisionales o definitivos o el impuesto del ejercicio en los términos de las disposiciones fiscales."

El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes:

- Con prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$1,221,950.00 (USD 68,786.27).
- Con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de \$1,221,950.00 (USD 68,786.27) pero no de \$1,832,920.00.
- Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$1,832,920.00. (USD 103,179.12). Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó, la pena será de tres meses a seis años de prisión. Si el monto de lo defraudado es restituido de manera inmediata en una sola exhibición, la pena aplicable podrá atenuarse hasta en un cincuenta por ciento.

El delito de defraudación fiscal y los previstos en el **artículo 109** de este Código, serán calificados cuando se originen por:

- a). - Usar documentos falsos.
- b). - Omitir reiteradamente la expedición de comprobantes por las actividades que se realicen, siempre que las disposiciones fiscales establezcan la obligación de expedirlos. Se entiende que existe una conducta reiterada cuando durante un período de cinco años el contribuyente haya sido sancionado por esa conducta la segunda o posteriores veces.
- c). - Manifiestar datos falsos para obtener de la autoridad fiscal la devolución de contribuciones que no le correspondan.
- d). - No llevar los sistemas o registros contables a que se esté obligado conforme. Cuando los delitos sean calificados, la pena que corresponda se aumentará en una mitad.

En vista lo anterior, fue publicado las nuevas reformas del nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981. Texto vigente, DOF 27-01-2017. Las mismas contemplan el Código Penal Federal, donde se presume delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Lo anterior serán las siguientes acciones en el artículo 400 Bis CPF.:

- Omitir contribuciones retenidas, recaudadas o trasladadas.
- Declarar pérdidas fiscales inexistentes.
- Modificar, destruir o provocar la pérdida de la información que contenga el buzón tributario con el objeto de obtener indebidamente un beneficio propio o para terceras personas en perjuicio del fisco federal, o bien ingrese de manera no autorizada a dicho buzón, a fin de obtener información de terceros.
- Omitir la presentación por más de tres meses, de la declaración informativa a que se refiere el primer párrafo del artículo 178 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, o presentarla en forma incompleta
- No cuente con los controles volumétricos de gasolina, diésel, gas natural para combustión automotriz o gas licuado de petróleo para combustión automotriz, los altere, los destruya o bien, enajene combustibles que no fueron adquiridos legalmente.
- Expida, adquiera o enajene comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados

Las normas reflejadas de estos países mencionados, cuyo nuestro entorno jurídico nos permiten extraer una serie de análisis, para considerarlo: - En todos ellos se admite que el delito fiscal puede ser delito previo del blanqueo de capitales, sin embargo, difiere en cuanto a la clase de delito fiscal, mientras en unos puede ser delito previo cualquier infracción penal fiscal, en otros existe ciertas restricciones. - El autor del delito fiscal puede ser castigado por el posterior blanqueo en algunos países (Francia), mientras que en otros está excluido expresamente (Alemania), mientras las conductas de mera posesión no son punibles respecto del delito fiscal en algunos países (Bélgica cuando se trata de fraude fiscal ordinario), mientras que en otros sí que lo son (Alemania).

Panamá

Nuestro ordenamiento jurídico tributario (Código Fiscal) panameño esta estructura según el modelo tradicional. La normativa relativa al sistema tributario constituye una recopilación de las sucesivas disposiciones con rango de ley aprobadas en diferentes momentos. Carece, por tanto, de una norma estandarizada que sea de aplicación a todos los tributos y que regule los aspectos básicos del sistema tributario.

Es relevante señalar que actualmente el Código Fiscal de 1956, en la cual se emite las normas en cuanto la fiscalización tributaria y en la cual, no se encuentra alineada con la realidad panameña, por lo que se promulgó la Ley 8 de 27 de enero de 1956 donde se hacen las primeras menciones sobre la defraudación, contemplando lo siguiente en el artículo 752:

“Artículo 752. Comete defraudación fiscal el que haciendo uso de engaño o de maquinaciones dolosas deja de pagar total o parcialmente el impuesto que adeude.

Incurre en la defraudación fiscal definida en el párrafo anterior el contribuyente que se halle en alguno de los casos siguientes:

- 1° El que simule un acto jurídico que implique omisión parcial o total del pago de los impuestos.
- 2° El que declare ante las autoridades fiscales ingresos o utilidades menores que los realmente obtenidos o haga deducciones falsas en las declaraciones presentadas para fines fiscales.
- 3° El que no entregue a las autoridades fiscales, dentro del plazo señalado en el requerimiento legal de pago, las cantidades retenidas por concepto de impuesto.
- 4° El que se resista a proporcionar a las autoridades fiscales los datos necesarios para la determinación de la renta gravable o los proporcione con falsedad.
- 5° El que para registrar sus operaciones contables lleva dolosamente, con distintos asientos o datos, dos o más libros similares autorizados o no.
- 6° El que, por acción u omisión voluntaria, destruye o semi-destruye los libros de contabilidad dejándolos en estado de ilegibilidad;
- 7° El que sustituya o cambie las páginas foliadas de sus libros de contabilidad o utilice las encuadernaciones o las páginas en que conste la legalización de los mismos;
- 8° El que de cualquier modo de fraude o trate de defraudar al Fisco por razón de este impuesto. La defraudación de que trata este artículo se sancionará con multa no menor de dos veces ni mayor de diez veces la suma defraudada, o arresto de un mes a un año, excepto cuando tenga señalada una sanción especial en los artículos siguientes de este Capítulo”.

En 1961, se hizo la primera reforma al artículo 752 del Código Fiscal y se aumentó la sanción mínima quedando de la siguiente manera:

- 9° El que se preste como cómplice, padrino o encubridor para ayudar a efectuar algunas de las acciones establecidas en los ordinales anteriores.

La defraudación fiscal de que trata este artículo se sancionará con multa no menor de cinco veces ni mayor de diez veces la suma defraudada, o arresto de un mes a un año, excepto cuando tenga señalada una sanción especial en los artículos siguientes de este Capítulo. Cuando el contribuyente tenga un cómplice, padrino o encubridor, la pena será dividida por partes iguales.

Siguiendo con las reformas mediante Ley 31 de 30 de diciembre de 1991, establece el fomento en los empresarios producto de la invasión suscitada en el país en 1989. Quedando así, artículo 752 así:

- 10- El que haga declaraciones falsas para acogerse al régimen fiscal previsto en el Artículo 699-A de este Código o para obtener cualquier otro incentivo, exención, desgravación, deducción o crédito fiscal.

Parágrafo. Estas sanciones se aumentarán al doble de la multa arriba indicada en el caso de que el contribuyente presente declaraciones falsas en concepto de pérdidas por los actos vandálicos ocurridos el día 20 de diciembre de 1989, o reciba algún beneficio indebido a lo dispuesto en el artículo 699-A de este Código.

En 2008, se promueve la modificación al artículo 752 del Código Fiscal por parte del Ministerio de Economía y Finanzas sobresaltando la defraudación fiscal para aquellas prácticas engañosas referentes a préstamos hipotecarios contenidas en la Ley 3 de 1985.

En 2010, se adiciona el numeral 14 artículos 752 del Código Fiscal relacionado a los rangos del Impuesto sobre la Renta diseñados por tramos, en función de los ingresos obtenidos anualmente.

En 2012, se presenta el anteproyecto de ley 123 de 4 de enero del mismo año, que presenta una idea más clara y elaborada sobre la defraudación fiscal como ilícito administrativo y pasa a considerarse como un asunto de conocimiento de las autoridades penales.

Estas modificaciones buscan sancionar a través del Código Fiscal en Panamá, en el

Artículo 191. Defraudación. (Según artículo 124, decreto 98/2010) La defraudación se sancionará con multa entre cinco (5) y diez (10) veces el impuesto defraudado o arresto de un (1) mes a un (1) año. Cuando el contribuyente o responsable tenga un cómplice, padrino o encubridor, la pena será dividida por partes iguales.

La pena de prisión será de dos (2) a cinco (5) años en los casos establecidos:

- a) el que realice actos o convenciones o utilice formas manifiestamente impropias, o simule un acto jurídico que implique para sí o para otro el beneficio establecido en la Ley 3 de 20 de mayo 1985.
- b) el que omita registros o registre falsamente sus operaciones contables referentes al régimen establecido en la Ley 3 de 20 de mayo de 1985 y los utilice en sus declaraciones ante las autoridades fiscales, con el fin de obtener o aumentar dicho régimen.
- c) el que participe como cómplice o encubridor para ayudar a efectuar algunas de las acciones u omisiones tipificadas en los literales k) y l) de este artículo. Estas sanciones se aumentarán al doble de la multa en el caso de que el contribuyente reciba algún beneficio indebido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 699-A del Código Fiscal.

En vista de todo lo anterior, se ha propuesto reformar la defraudación fiscal como delito penal, por lo cual en enero de 2018 se presentó por parte del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley que propone la inclusión del delito de fraude fiscal como delito en el Código Penal dicha normativa adiciona al Capítulo XII del Título VII con lo relacionado contra la Hacienda Nacional y judicializar la defraudación. Tipificando las sanciones de 2 a 5 años y multas de hasta 10 veces el importe defraudado a las personas, que en beneficio propio o de un tercero, con la intención de defraudar a la hacienda nacional, simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de una obligación tributaria, para dejar de pagar los tributos. Esta reforma en el Código Penal sobre la defraudación fiscal como delito, obedece a las constantes recomendaciones establecidos por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), donde se requiere tipificar 21 delitos como precedentes al blanqueo de capitales, entre ellos el delito fiscal. Panamá es uno de dos países en la región que no incluye el delito fiscal en su código penal ni lo tipifica como delito precedente al blanqueo de capitales.

En el 2014, se incluyó a Panamá en una “lista gris” de GAFI. El sector financiero, que representa aproximadamente el 7% del PIB de Panamá, perdió competitividad y estuvo seriamente afectada por su inclusión en esta lista.

Siendo así, es necesario la inclusión en el Código Penal sobre la “defraudación fiscal”, para brindar seguridad jurídica y así prevenir el blanqueo de capitales, para mantener los estándares internacionales cuyo objetivo es combatir el lavado de dinero y promover transparencia en las transacciones financieras y comerciales.

Conclusión:

Consideramos que la obtención de la codificación tributaria, sería beneficiosa para todas las partes involucradas la Administración Tributaria (fisco) - los contribuyentes y terceros obligados tributarios. Como las instancias administrativas y judiciales encargadas de resolver las controversias tributarias, toda vez que al sistematizar los principios generales del Derecho Tributario y las normas de carácter sustantivo, procesal, formal y sancionadoras, en el marco de la seguridad jurídica.

En base a lo anteriormente señalado, solo nos queda esperar la buena voluntad de nuestros gobernantes, para que nos Código Tributario sea un hecho real y cierto, para tener un instrumento jurídico en los trámites pertinentes tanto para el fisco y para los contribuyentes. Además, existe un proyecto en nuestro país, de modificar la falta administrativa por evasión fiscal, donde buscar erradicar las actividades ilícitas y la cual se solicita que sea elevada en el Código Penal panameño, estableciendo penas o sanciones de 2 a 5 años y multas de hasta 10 veces del importe defraudado, fijando un monto de 300 mil balboas en adelante.

En vista de esto, es importante constar con una herramienta propia para el procedimiento y normativas de impuestos, por lo que debe ir de la mano el Código Tributario panameño, situación que se debe tomar una pronta acción, para *su validez* del mismo, ya que es el próximo paso, para evitar el complejo sistemático e imperante de utilizar normas supletorias y vacíos legales en materia de interpretación y aplicación de las normas fiscales y generar unificación y estabilidad por los contribuyentes frente a la gestión administrativa tributaria.

Por último, hago mención que, con el nuevo Código Procedimiento Tributario, podemos estar acorde al Código Tributario del CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias), acogidos en la mayoría de los países en Latinoamérica, en la cual proceden con objetividad y equidad jurídica en la relación tributaria, cuya influencia ejerció el modelo OEA/BID de 1967.

Bibliografía:

Plaz Vega, Mauricio A., “*La codificación tributaria*”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

Rodríguez Baso, Lyda Angélica, *La Codificación de Normas y procedimientos Tributarios III Congreso Internacional de Derecho Tributario*”2014, ciudad de Panamá.

Serrano Gómez, Alfonso, Ordenanzas Alemana, Fraude Tributario. Delito Fiscal, Derecho Financiero, España 1977, pág. 100)

OCDE, “*Improving tax governance in EU Member States criteria for successful policies*”, 2012, Págs. 15 y s.s, citado por ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, “*Propuesta para disminuir la litigiosidad fiscal en España a la luz del derecho comparado*”, Colegio de Gestores Administrativos de Cataluña, 2014.

Ley No.8 de 15 de marzo de 2010, “Que reforma el Código Fiscal, adopta medidas fiscales y crea el Tribunal Administrativo Tributario”

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011, núm. 13-01, p. 01:1-01:46 – ISSN 1695-0194, para Isidoro Blanco Cordero,

Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 février 2008: C.Cass ch crim 20 février 2008 N° 07-82977:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018338279&fastReqId=1837238929&fastPos=1>)

Auri Morrison Campos:

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Latina. Licenciada en Contabilidad, Universidad de Panamá. Cuenta con el título de Maestría en Arbitraje y Post-Grado en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, ULACIT; Post-Grado en Docencia Superior, Universidad de Panamá. Actualmente es investigadora del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá. Ha sido abogada de la Autoridad Marítima de Panamá. Ha participado de numerosos seminarios como conferencista y ha escrito numerosas publicaciones en el ámbito de Derechos Humanos y Derecho Ambiental, Ciencias Políticas. Correo electrónico: aurimorrison8015@gmail.com

Artículo recibido: 26 de junio de 2018

Aprobado: 11 de julio de 2018

L. CIENCIA POLÍTICA

¿NUEVOS DERROTEROS TEÓRICO-METODOLÓGICOS EN LA CIENCIA POLÍTICA?

Rubén Darío Rodríguez Patiño

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

E-mail: rodpat53@cwpanama.net

“Todos queremos comprender, explicar e interpretar”

Giovanni Sartori.

RESUMEN

Este trabajo expone un panorama acerca de las principales cuestiones teórico-metodológicas en la Ciencia Política en tiempos de la posmodernidad y la decolonialidad. En particular, describe y comenta el debate generado en torno a un texto de Giovanni Sartori. Los ejes del diálogo académico, que fueron desarrollados en las páginas de las revistas *Política y Gobierno* y *Metapolítica*, son los insumos elegidos para reproducir los alcances de esta trascendental discusión en el ámbito politológico.

Palabras clave

Ciencia Política / Giovanni Sartori / Teoría / Método / Paradigmas

SUMMARY

This work exposes a panorama about the main theoretical-methodological issues of Political Science in times of postmodernity and decoloniality. In particular, he describes and comments on the debate generated around a text by Giovanni Sartori. The axes of academic dialogue, which were developed in the pages of the magazines *Política y Gobierno* and *Metapolítica*, are the inputs chosen to reproduce the scope of this transcendental discussion in the politologica field.

Keywords

Political Science / Giovanni Sartori / Theory / Method / Paradigms

I. Introducción

El fenómeno político en tanto *objeto real* da lugar a variados *objetos ideales*. Estos últimos se manifiestan en segmentos diferenciados: *grosso modo*, los ideológicos, los filosóficos, los teóricos y los científicos. Huelga subrayar, pues, la convivencia de dos ejes cardinales en el devenir histórico de los Estudios Políticos. Uno es la realidad política. Otro es la búsqueda de explicaciones -teóricas y científicas- en torno a esa realidad. Y, también, la existencia variopinta de indagaciones de orden hermenéutico, desde el holismo hasta el individualismo metodológico. Empero, tal como asevera Hugo Zemelman Merino:

“El pensamiento tiene que [...] adecuarse creativamente a los cambios de los procesos históricos. [...] los fenómenos históricos no son lineales, homogéneos, simétricos, ni están sometidos a ninguna mecánica celeste; son fenómenos complejos en su dinamismo [...] se desenvuelven en varios planos de la realidad, no solamente en uno porque son a la vez macro y micro sociales. Esto supone que tenemos que estudiar esos fenómenos históricos en varios recortes de la realidad y no solamente en uno” (Zemelman Merino, 2004: 31).

A todas luces, las Ciencias Sociales transitan por senderos diferenciados, muestran grados disímiles de progreso, y la medida de los acuerdos y/o desacuerdos de los cultivadores de cada una de ellas, también asume las correspondientes especificidades.

Sea como fuere, cada disciplina social está constreñida a pensar críticamente acerca de sí misma. Aserto éste que alcanza de manera singular a la Politología, pues, esta ciencia no ha clarificado satisfactoria y suficientemente sus premisas epistemológicas fundamentales.

II. Visión panorámica previa

Para iniciar debo resaltar que Ángel Panebianco informaba hace cinco (5) lustros que, en el caso particular de la Ciencia Política, el conocimiento:

*“se transforma [...] y se redefine constantemente, **no** dependiendo de los progresos científicos alcanzados (como sucede en algunas ciencias naturales), sino dependiendo de los variables, y continuamente variados puntos de vista [...] cuya sucesión domina la evolución de las ciencias sociales y que está condicionada -si bien no determinada, como piensan algunos sociólogos del conocimiento- por el cambio histórico y por el modo en el que, continuamente, el estudioso se enfrenta a él”* (Panebianco, 1994: 86-87).

Desde este complejo trasfondo, la Politología arroja -de acuerdo al autor que acabo de citar- tres corrientes metodológicas fundamentales profesadas por quienes la cultivan, a saber: 1) Ideográficos, 2) Teóricos y 3) Comparatistas.

De acuerdo a Panebianco, una generalidad de los científicos políticos se ubican en el terreno **ideográfico** y su labor es *“ eminentemente descriptiva-interpretativa de **singulares** fenómenos políticos delimitados en el espacio y el tiempo”*; todo ello al margen de una armazón teórica universal. De tal suerte, para *“los ideográficos los objetos indagados son importantes o interesantes por sí mismos y no por la contribución que su comprensión puede dar a la elaboración y a la refutación de teorías científicas.”* Aun así, el quehacer de esta corriente ha sido fuente laudable de informaciones en torno a fenómenos políticos concretos, asemejándose a la labor de los historiadores (*ibídem*: 82-83).

Los **teóricos** -sigo parafraseando a Panebianco- integran un grupo reducido que se repliega en torno a determinadas construcciones teóricas (la elección racional, la teoría sistémica, la teoría de los juegos, etcétera). Sin embargo, los cultivadores de esta colectividad científica *“no someten generalmente sus teorías al examen del mundo empírico. Lo común es que se limiten a usar ejemplos empíricos que sirven como ilustración de la teoría”* (*ibídem*: 84).

Finalmente, los **comparatistas** -un grupo todavía minoritario y débil, decía entonces Panebianco- enlazan los propósitos ideográficos y teóricos, pues,

*“están interesados tanto en los estudios de caso con propósito ideográfico, donde el caso estudiado por el politólogo ideográfico (y por el historiador) es considerado entre las **unidades** de la investigación comparativa, como en los trabajos de teoría pura, por lo que pueden ofrecer en términos de modelos, generalizaciones, cuadros teóricos [...]” (locus citatum).*

Ahora bien, el propio Panebianco aceptaba que la Politología no se distinguía por una “*división del trabajo institucionalizada*”. De allí que, incluso, el más connotado investigador se mudaba desde el terreno ideográfico al espacio teórico y, aun, de la franja comparatista a los estudios de caso *theory oriented* (*ibídem*: 85).

Desde otra perspectiva, en el ámbito más abarcador de las disciplinas sociales se ha discutido largamente en torno a la supuesta oposición entre la objetividad y la subjetividad del conocimiento. Esta última fue reputada por Immanuel Wallerstein como “*la intrusión de las tendencias del investigador en la recolección e interpretación de los datos*”. Para evadir esta distorsión los investigadores dispusieron apelar a dos recursos, cada uno referido a concretas áreas de estudio. De una parte, los historiadores ideográficos elogiaron el uso exclusivo de las fuentes primarias, esto es, de las informaciones obtenidas directamente de los protagonistas y/o testigos directos y, por tanto, no contaminadas por otros estudiosos. De otra parte, los científicos sociales nomotéticos animaron la eliminación de los peligros inherentes a la subjetividad, “*maximizando la dureza de los datos, es decir, su mensurabilidad y comparabilidad. Eso los llevó hacia la recolección de datos sobre el momento presente, cuando el investigador tiene más probabilidad de controlar la calidad de los datos*” (Wallerstein, 1996: 97-98).

Las tendencias prevalecientes en las disciplinas humanas no solo refutan la posibilidad de “*una representación cuasifotográfica de la realidad social*”, sino que aseguran que las visiones del mundo y otros prejuicios están inevitablemente filtradas en la selección de los segmentos de la realidad que son objeto de una investigación (*locus citatum*: 97-99). Así las cosas, Immanuel Wallerstein sostiene que:

“El hecho de que existan visiones particularistas rivales sobre lo que es universal nos obliga a tomar en serio las cuestiones sobre la neutralidad del estudioso. Las ciencias naturales aceptan desde hace mucho el hecho de que el que mide modifica lo medido. Sin embargo, esa afirmación todavía es discutida en las ciencias sociales en las que, justamente, esa realidad es aún más obvia” (ibídem: 64).

La temática reconduce, desde luego, a la especificidad epistemológica de lo social. Y, más ceñidamente, evoca una polémica siempre renovada que alude a la interacción entre Ciencia e Ideología. *Brevitatis causa* y, por tanto, a riesgo de simplificar, Eduardo Ruiz Contardo (2004), suscribiendo una postura marxiana, admite que la ideología puede estar en el origen de cada una de las ciencias sociales; no obstante esto, lejos de constituirse como ciencia, la ideología es solamente un punto de partida hipotético de la ciencia, que allana formulaciones provisionales al quehacer científico o que, incluso, puede estar “*presente en la conducción del trabajo intelectual*” (Ruiz Contardo, 2004: 58).

En otro plano, e impugnando una supuesta *neutralidad valorativa* atribuida al pensamiento weberiano, Jean-Marie Vincent (1972) subraya que la metodología del autor nacido en Erfurt intenta:

“relacionar entre sí los fenómenos a partir de un punto de vista que sólo puede ser subjetivo, pero que no por ello debe ser arbitrario: la selección de los hechos mediante la subjetividad del investigador debe conciliarse con la evidenciación del encadenamiento de causas y efectos” (Vincent, 1972: 12).

De este modo, la lógica de Max Weber -al tiempo que acepta la subjetividad de la selección- afirma la objetividad y la causalidad del relacionamiento fenomenológico. Aunque su método *individualizante* contrasta con las ambiciones totalizantes y las correspondientes implicaciones históricas de una sociedad concebida como un sistema articulado de relaciones económicas, sociales, políticas y culturales, tal como la conciben los seguidores de la doctrina de Karl Marx.

Sea como fuere, la riqueza de la realidad social solo puede ser alcanzada teniendo al **universalismo pluralista** como basamento y aceptando *“la superioridad de una amplitud interpretativa cualitativa por encima de una precisión cuantitativa, cuya exactitud es más limitada”* (Wallerstein, *citatum*: 66-67).

III. *Política y Gobierno: “El rumbo de la Ciencia Política”*

En el contexto de los considerandos relatados, la Revista *Política y Gobierno* de México consagró la Sección *Debate* de una publicación pretérita¹ a las mutaciones sufridas por la Ciencia Política en el último medio siglo. La polémica en torno a los distintos enfoques de la Politología y de las Ciencias Sociales a la que hago referencia, está compendiada en una discusión en la que han participado tres egregios politólogos, a saber: Giovanni Sartori, profesor emérito de las Universidades de Florencia (Italia) y de Columbia (Nueva York, Estados Unidos de América); Josep M. Colomer, profesor-investigador de las Universidades de Pompeu Fabra (Barcelona, España) y Georgetown (Washington, Estados Unidos de América), y David D. Laitin, profesor del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Stanford de Palo Alto (California, Estados Unidos de América). Sartori tituló su artículo *“¿Hacia dónde va la ciencia política?”* (349-354)². Entretanto, Colomer le riposta *“La ciencia política va hacia adelante (por meandros tortuosos). Un comentario a Giovanni Sartori”* (355-359). Y, finalmente, Laitin etiqueta su contribución *“¿Adónde va la ciencia política? Reflexiones sobre la afirmación del profesor Sartori de que la ciencia política americana no va a ningún lado”* (361-367).

“... Ahora soy un viejo sabio y me da gusto reflexionar, unos cincuenta años después, respecto a dónde ha ido la ciencia política y si ha seguido el camino correcto”, escribió un tanto apesadumbrado Giovanni Sartori. Ha recordado cómo junto a otros pioneros (Rokkan, Linz, Dogan, Daalder, Allardt y Eisenstadt, entre varios) refundó la disciplina politológica en los Estados Unidos de América. El propósito de todos ellos era sostener una Ciencia Política autónoma

¹ Esa publicación es editada por la División de Estudios Políticos del **Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)** de México. Aludo al Volumen XI, Número 2, Segundo Semestre de 2004.

² El artículo de Giovanni Sartori titulado *“Where is Political Science Going?”*, eje referencial del debate, apareció originalmente en la revista **Political Science and Politics**, vol. 37, núm. 4, octubre de 2004.

de los enfoques históricos y jurídicos. Para ello, los zapadores apelaron a un modelo puntual: la Ciencia Económica. De tal suerte, trascendieron la investigación narrativa y se acercaron - valiéndose de sólidas bases metodológicas- a la investigación cognitiva (*vide*: Sartori, 2004: *passim*).

A todas luces, la politología se hizo -entonces- de un arsenal de conceptos precisos y estables, en medio de un escenario recreado para las Ciencias Sociales merced a las contribuciones de Thomas S. Kuhn y sus paradigmas revolucionarios.

Sin embargo, el empirismo excesivo simbolizado por el método conductivo “*ha matado una mosca con una escopeta*”, y ha terminado -asimismo- por suprimir el **método del logos**, por cuanto que “*el cuantitativismo, de hecho, nos está llevando a un sendero de falsa precisión o de irrelevancia precisa.*” Ello explica la incomodidad de Sartori con “*el molde americano de la ciencia política actual.*” Una ciencia inútil, reprochó peyorativamente (*locus citatum*).

El prurito por los datos ha soslayado, así las cosas, la importancia de las definiciones, asegura Sartori. Y son éstas las que resguardan a los científicos políticos del riesgo de las interpretaciones sesgadas. En cambio, el acuerdo en torno a las definiciones delimita las cosas e identifica a los portadores de la disciplina. “*La definición -puntualiza el italiano- establece qué debe ser incluido y, a la vez, qué debe ser excluido de [las] categorías.*” Obviar la precisión conceptual implicaría, contrariamente, el destierro de la Ontología y la Epistemología. Con su *analfabetismo lógico* a cuestas, la ciencia política estadounidense es “*un gigante que sigue creciendo y tiene los pies de barro.*” No va a ningún lado, repara Sartori. Entonces, ¿cuál es el rumbo que debe retomarse? “*La alternativa [...] es resistir a la cuantificación de la disciplina. En pocas palabras, pensar antes de contar; y también, usar la lógica al pensar*”, concluye el profesor florentino (*ibídem*).

Josep M. Colomer justiprecia y agradece a los fundadores de la ciencia política haber desbrozado el camino disciplinario. Incluye entre tales pioneros a Sartori, a quien también reconoció “*su acreditado sentido del humor*”, durante el desarrollo del debate. “*Sin ellos no estaríamos aquí [...] investigando y enseñando, o escribiendo, publicando o leyendo*”, enfatiza el catalán. Empero, partiendo de la diferenciación entre investigación teórica e investigación aplicada, sostiene que la politología se encuentra atrasada porque en ella todavía domina la investigación teórica (*vide*: Colomer, 2004: *passim*).

En aras de clarificar su postura, Colomer esquematiza cuatro (4) niveles en el conocimiento, a saber: 1) Definiciones y clasificaciones, 2) Mediciones cuantitativas, 3) Hipótesis causales y 4) Teoría explicativa.

A partir del basamento descrito, Josep María Colomer advierte que la Ciencia Política *realmente existente* debe superar tres carencias. **Primero**, debe aislar un objeto de estudio todavía contaminado por hechos económicos, sociales y culturales. **Segundo**, debe explicar -valiéndose de datos empíricos- las motivaciones que llevan a los seres humanos a involucrarse en el accionar político. **Tercero**, debe -por tanto- obtener criterios y modelos para evaluar la acción política (*locus citatum*).

Rebasar estas debilidades torna imperiosa la marginación de los denominados *autores clásicos*. Algunos conceptos de éstos han resultado imprecisos, tautológicos, infecundos o, definitivamente, erróneos. Ningún escrito de antepasados como Maquiavelo o Montesquieu, “*o de la mayoría de los demás habituales en la lista sagrada sería hoy aceptado para ser publicado en una revista académica con evaluadores anónimos*”, denota Colomer (2004: *passim*).

¿Acaso ha formulado una *ironía* o una *insensatez* el catedrático de Pompeu Fabra? Quizá. Pero él insiste en continuar apegado al modelo de la economía -y de toda la ciencia- reafirmando el valor de la investigación aplicada. Solo a través de la cuantificación es posible alcanzar la teoría explicativa, haciendo progresar -adicionalmente- el conocimiento político, concluye.

Una posición divergente en torno a la postura que presenta a la Economía como ciencia modelo de la Politología es sustentada por Ángel Panebianco (1994), quien advirtió tempranamente que:

*“Es verdad que en economía existe un núcleo de ciencia normal. Lo que no se considera es que ese núcleo no está compuesto por **economía**, sino por **matemática**. En gran medida los desarrollos de la economía [...] se deben a economistas-matemáticos muy poco interesados en aplicar sus sofisticados modelos al análisis de los fenómenos económicos”* (locus citatum: 89).

Panebianco vindica este argumento recurriendo a Raymond Aron, quien en otro momento hacía un contraste entre la teoría económica y las posibilidades de una teoría de la política. Decía Aron:

“El acto económico en nuestras sociedades se manifiesta exteriormente, se traduce en cifras. No hay necesidad de una encuesta para conocer la opinión de los individuos sobre una determinada mercancía, el valor de las ventas puede ofrecernos todas las informaciones de las que tenemos necesidad [...]. Pensemos, en oposición a la determinación cuantitativa de la realidad económica, en la indeterminación característica de la realidad política, la cual existe sólo por medio de las acciones y las intenciones, se refleja de modo diferente en cada conciencia y no alcanza la inteligibilidad que logra el sociólogo mediante la reconstrucción” (Aron, citatum pos: Panebianco, 1994: 90, nota 7).

De manera que en Economía es más llevadero identificar el conjunto de motivaciones del accionar humano. Entretanto, en la Ciencia Política la reconstrucción de la **lógica de la situación** -la cuestión hermenéutica sugerida por Karl Popper- es una faena complejísima, quedando “*siempre abierto el problema de si la lógica de la reconstrucción realizada por el observador corresponde, o no, a la lógica de la situación*” (locus citatum: 90, nota 6).

David D. Laitin pretende arbitrar la agria polémica entre Sartori y Colomer esbozada en las líneas anteriores. Para sustentar su postura ecléctica apela a tres (3) ejemplos selectos.

El **primer ejemplo** está en el campo del método normativo. Su punto de partida es la **Teoría de la justicia**, escrita por John Rawls en 1971. Laitin quiere demostrar cómo la argumentación teórica de este egregio pensador estadounidense, “*ilustra la vitalidad contemporánea del elemento*

normativo en la ciencia política, con claras implicaciones para las políticas públicas” (Laitin, 2004: *passim*).

El **segundo ejemplo** tiene como referente contextual la *American Politics* y presupone las implicaciones en la representación y en la rendición de cuentas del *teorema del votante mediano* de Duncan Black. El terreno para su aplicación se ubica en la reingeniería de los sistemas electorales, esto es, en “una actividad de investigación central en la ciencia política contemporánea” (*locus citatum*).

El **tercer ejemplo** encuentra su arsenal en “amplios datos longitudinales y transversales de los que no se disponía antes, en programas de cómputo inimaginables una generación atrás y en desarrollos teóricos en la econometría”, que coronan el sueño de los padres del conductismo (Stein Rokkan, Seymour Martin Lipset y Karl Deutsch), “al explorar sistemáticamente las fuentes de la democracia y el orden político.” Adscrito a este modelo, Adam Przeworski se cuestionó: “¿qué diferencia a los países que se vuelven democráticos de los que no lo hacen?” La respuesta surgió del examen de una gama amplísima de datos económicos. Es más probable que las democracias “sobrevivan -dice- una vez que un país pasó cierto umbral del PIB per cápita.” Este puede ser, entonces, el eje para aproximarse a la relación entre modernidad y democracia (*ibídem*).

“Las contribuciones de la ciencia política como disciplina -finaliza David D. Laitin- a menudo se pasan por alto, porque la disciplina no tiene un núcleo teórico aceptado, como la física o la economía; o porque no tiene un método consensuado, como las ciencias experimentales de la biología y la psicología. Pero lo que distingue a la ciencia política como disciplina es su enfoque consecuencialista sobre ciertos resultados políticos -justicia, representación, orden, democracia- y su intento por abordar las preguntas normativas, analíticas y empíricas planteadas para entender esos resultados” (Laitin: *locus citatum*).

IV. **Metapolítica: “La muerte de la Ciencia Política”**

La querrela que Hilvanan Sartori, Colomer y Laitin encontró otros derroteros en la -también azteca- Revista *Metapolítica*, que dedicó un volumen de 2006 a “La muerte de la Ciencia Política.”³ El *dossier* respectivo contiene artículos de César Cansino, Ángel Panebianco, Danilo Zolo, Esteban Molina, Philip Oxhorn, Mauricio Saldaña Rodríguez e Israel Covarrubias. Comento solamente las contribuciones de Cansino (director de la publicación) y de los eméritos profesores italianos Panebianco (Universidad de Boloña) y Zolo (Universidad de Florencia). No creo que el tema quede alicorto si postergo las reflexiones en torno a los escritos de los otros autores, todos ellos connotados profesores e investigadores mexicanos, a excepción de Oxhorn que es catedrático de la canadiense Universidad de McGill. En todo caso, la controversia académica gira -también- en torno de la pieza de Giovanni Sartori (“*Where is Political Science Going?*”).

Pues bien, Danilo Zolo (2006)⁴ entiende que dos pueden ser los modos de estudiar la política. La primera opción es fruto de la Ciencia Política estadounidense; la segunda posibilidad

³ *Metapolítica*, Número 49, Volumen 10, setiembre-octubre de 2006.

⁴ “La **tragedia** de la ciencia política”, es el título del artículo de Danilo Zolo en la Revista *Metapolítica* ya mencionada. Igual que la obra de David M. Ricci: *The Tragedy of Political Science*, New Haven, Yale

está constituida por el renacimiento de la Filosofía Política en el marco de “*una reflexión crítico-hermenéutica sobre la tradición del pensamiento político occidental*”. El catedrático de la Universidad de Florencia enfrenta, pues, un *inalcanzable conocimiento científico* de la política versus una “*forma más tradicional de reflexión sobre el fenómeno político que se remite a los clásicos*”; esto es, una *reflexión sabia y normativa* contrapuesta a un pretendido *conocimiento objetivo* (Zolo, 2006: 49-50).

Al abordar la crisis de la Ciencia Política como una disputa entre esta disciplina y la Filosofía Política, Zolo define sesgadamente a la primera como un conocimiento nacido de la *revolución conductista* en los Estados Unidos de América, e irradiada desde este país a Europa Occidental. Especificando, alude a su arribo a Italia de la mano de Giovanni Sartori en los años sesenta. Aunque este último en su defensa -concede Zolo- “*sostiene que la ciencia política italiana siempre ha estado inmune de los defectos y excesos de la ciencia política estadounidense, [y] que [la ciencia de la política en Italia] nunca ha sido ni conductista ni positivista (...)*” (Zolo, *citatum*: 58).

Sartori propone -dice Zolo- “*la idea de que la ciencia política [...] debe respetar los cánones metodológicos del conocer empírico. Y [...] los identifica [...] con el rigor lógico de las definiciones, la condición observable de los fenómenos, la verificabilidad empírica de las teorías, la acumulación de los conocimientos*” (*locus citatum*).

Ángelo Panebianco (2006) asegura -no obstante- que la “*obra [de Giovanni Sartori] ha sido crucial para el desarrollo de la ciencia política en sus aspectos teóricos y metodológicos*”, siendo indiscutibles -entre muchos otros- sus aportes a la teoría de la democracia y la teoría empírica de los sistemas de partido (Panebianco, 2006: 39).⁵

Sartori concibe a la **teoría política** -asegura Panebianco- como una manera autónoma (*ni filosófica ni científica*) de acercarse a la política. Así las cosas,

“*la teoría política se ocupa [...] de la elaboración de los conceptos (trátese de democracia, de ideología, de opinión pública, de representación política, etcétera) entendida como actividad preliminar, indispensable para la investigación empírica*” (Panebianco, *locus citatum*: 39-40).

En el plano metodológico, Sartori diferencia dos tipos de explicación causal, a saber: la **determinación causal** adherida a las Ciencias Naturales, cuyo supuesto es la **condición necesaria y suficiente**, y la **indeterminación causal** propia de las Ciencias Sociales, asentada en el principio de la **condición necesaria pero no suficiente**. Ésta última permitiría justificar, por tanto, “*la inversión temporal entre la causa y el efecto*” (Panebianco, *locus citatum*: 42).

Es igualmente enfático Sartori en la **lógica clasificatoria** y el preciso uso del **lenguaje**, que -a su entender- puede ser ordinario o emotivo y especializado. Sobre este tópico, piensa Danilo Zolo que “*no es posible eliminar el componente metafórico [...] del lenguaje teórico*”, y por ello

University Press (1984), que ha ejercido una notable influencia en el pensamiento de Zolo, como él mismo lo reconoce.

⁵ El artículo de Panebianco está titulado “Sartori y la ciencia política”: **Metapolítica**, No. 49, 2006.

se le antoja “*ingenua [...] la tentativa de unificar [...] el léxico teórico de la ciencia política*”, ambición de Giovanni Sartori, que fundó en la Universidad de Pittsburgh un *Committee on Conceptual and Terminological Analysis* (Zolo, *ibídem*: 56.)

Las disonancias entre las posturas de Sartori y de Zolo -condensadas anteriormente-, han motivado a Gianfranco Pasquino a sugerir la convocatoria de un diálogo entre filósofos y científicos de la política. De manera que, una interacción semejante habilite el afloramiento eventual de una *nueva teoría política*. Pues, no siendo viable en apariencia una demarcación rigurosa de orden teórico, conceptual y/o lingüístico, entre los dos ámbitos disciplinarios, y ante la carencia palpable de un estatuto epistemológico definido, y mucho menos definitivo, solo un franco y sostenido coloquio puede allanar los caminos del entendimiento mutuo. Empero, no será un balneario caribeño, ni un castillo medieval, ni siquiera un centro de convenciones magno el escenario del convite entre politólogos y filósofos, porque -como insinúa Pasquino-:

“[...] *en el ámbito de las relaciones entre ciencia política y teoría política [...] podría decirse que es válida mayormente la bella imagen de Otto Neurath referente a la empresa científica. Estamos sobre una nave en alta mar y tenemos que proceder a reparaciones tan frecuentes como importantes sin detenernos y sin volver a tierra firme. La ciencia y la teorización no proceden por acumulación de datos y de investigaciones, pues, sino a través de sustituciones tales que puedan al final cambiar la estructura misma de la nave, de las teorías*” (Pasquino, 1994: 34).

Cuentas aparte, César Cansino reconoce -desde luego- que la Politología atraviesa por una honda crisis asegurando, incluso, que la disciplina está herida de muerte a tal grado que es inminente su ocaso. El mexicano expone sus criterios -igualmente- en la Revista *Metapolítica*, de la cual es su director. Su contribución está titulada “*Adiós a la ciencia política. Crónica de una muerte anunciada.*” Empero, Cansino es indulgente con el maestro Sartori. Cree que el diagnóstico realizado por el italiano en 2004 es *impecable*, porque ese balance autocrítico y honesto proviene de una autoridad moral e intelectual indiscutible. “*Sartori [dice César Cansino] es el politólogo que más ha contribuido [...] a perfilar las características dominantes de la ciencia política en el mundo*” (Cansino, 2004: 27-28). No obstante, el autor azteca pondera el papel fundamental de la Filosofía Política. En efecto, estima que:

“[...] *el campo de la política puede ser considerado como un ámbito cuyos límites han sido establecidos a lo largo de siglos de reflexión por una tradición especial, compleja y variada de discurso: la filosofía política*”. [Y, obviamente,] “*el estudio sistemático de la ciencia política no puede ignorar el peso de esta tradición en su desarrollo*” (Cansino, *citatum*: 29).

En Italia, la Ciencia Política y la Filosofía Política -sostiene Cansino- se escindieron y cerraron en sí mismas, negándose mutuamente un diálogo constructivo. Sin embargo, un remedio a ese desencuentro pudo ser la publicación de Sartori -en 1987- titulada *The Theory of Democracy Revisited*.⁶ El libro, entre muchos propósitos, intentó subsanar las carencias de la Ciencia Política “*tendiendo puentes con la filosofía política, [aceptando] las deficiencias del empiricismo en su*

⁶ *The Theory of Democracy Revisited*, 2 vols. Chatham House Publishers, 1987.

versión más factualista, pero [rechazando] igualmente las perspectivas [...] cargadas de ideología”, declara Cansino (*ibídem*: 32).

A fin de cuentas, César Cansino no se ha enfadado con las predilecciones ideológicas del *viejo sabio*. Admite, así las cosas, la impronta conservadora (más liberal que demócrata, imputa Norberto Bobbio⁷), de un egregio maestro que:

“nunca ha maquillado sus preferencias políticas. Pero ello no empaña la contribución que Sartori ha hecho a la ciencia política. Si bien su teoría de la democracia posee una orientación política implícita, no puede negarse su potencial heurístico [ni] su intención de generar una teoría tanto empírica-racional como filosófico-valorativa de la democracia, en un intento [...] de complementar a la ciencia y la filosofía políticas, aunque sin dejar de reconocer en todo momento la legitimidad y la especificidad de ambas lógicas en la construcción de saberes” (Cansino: 32).

V. En fin: ¿investigación cualitativa versus investigación cuantitativa?

Desde otro plano, el contencioso expuesto por las revistas *Política y Gobierno* y *Metapolítica*, además de las acotaciones y los comentarios que he añadido, parecen reconducir el problema hacia las tendencias prevalentes en la investigación politológica en los últimos lustros y, concretamente, a los diálogos entre quienes defienden la investigación cualitativa y quienes vindican la investigación cuantitativa.

A ese respecto, una pesquisa de Gerardo L. Munck (2007) descubrió que, durante el período 1989-2004, las principales revistas norteamericanas de **Política Comparada** mostraron tendencias cualitativas en el estudio de casos nacionales. En efecto, 43% de los trabajos utilizaron métodos cualitativos; 21% se valieron de métodos mixtos mayoritariamente cualitativos; 24% practicaron métodos cuantitativos, y 12% emplearon métodos mixtos mayormente cuantitativos (Munck, 2007: 13).

Sea como fuere, es necesario reconocer que los indicadores potencialmente cuantitativos para el análisis de los procesos de democratización son abundantes, tales como: elecciones, opinión pública, participación, etcétera. Estas variables acentúan la importancia de las comprobaciones empíricas, pero situándolas en su dimensión real y acotada, pues, a pesar de ser verdaderas, las mismas realmente no explican.⁸ Por ello, comentó Sartori (1994) que *“las leyes estadísticas son justamente eso leyes estadísticas; no leyes en el sentido que nos interesa, es decir, generalizaciones (regularidades) explicantes que implican un scire per causas, una comprensión fundada en causas”* (Sartori, 1994: 41).

No obstante, lo que acabo de afirmar no compromete el denominado ciclo de investigación propuesto por David Collier (1994 y 1998). Efectivamente, este autor reitera, en una monografía redactada a limón con Steven Levitsky que, a pesar de valiosos indicadores cuantitativos, *“un paso*

⁷ Alude Cansino a la expresión lanzada por Norberto Bobbio en: *“La Democrazia realistica di Giovanni Sartori”*, *Teoria Politica*, vol. 4, núm. 1, 1988.

⁸ Los medios de comunicación panameños suelen denominar a encuestas y otras mediciones *instrumentos “científicos”*. En realidad, no alcanzan siquiera a rozar la cientificidad. Solo constituyen un *instrumental técnico*, a través del cual se reúnen datos eventualmente utilizados en análisis de variable alcance.

previo y primordial es aprender más sobre las **innovaciones conceptuales**⁹ introducidas por los autores que emplean categorías cualitativas” (Collier y Levitsky, 1998: 138).

El argentino Munck -citado anteriormente- destaca asimismo que, durante el período que estudió, una importante línea de investigación “*se focalizó en las transiciones desde regímenes autoritarios que ocurrieron (...) principalmente en los años ochenta*”, enfocándose en los procesos de transición en sí mismos (Munck, *locus citatum*: 7 ss.).

Superada la interpretación de la fase transicional -adiciona Munck- una nueva línea de investigación “*muy ligada a los eventos en curso, se ha enfocado en las democracias de los años 90 y 2000*”, concitando el interés de los estudiosos “*la consolidación o, más claramente, la estabilidad de las democracias que emergieron luego de las transiciones desde regímenes autoritarios*”. En todo caso, la “*estabilidad de la democracia fue vista como afectada por una serie de factores, como el modo de transición (...), las instituciones políticas (...) y factores económicos*” (*locus citatum*).

De tal suerte, los estudios en torno a las mutaciones del régimen político en Latinoamérica y el Caribe han sido eminentemente cualitativos. Estaría entonces todavía vigente la observación de Collier (1994), de acuerdo a la cual en “*el sector de estudios sobre América Latina (...) la investigación comparativa de tipo cuantitativo goza de una consideración inferior por parte de la mayoría de los estudiosos*” (Collier, 1994: 75).

En suma, y como vindica Leonardo Morlino, cuando el basamento teórico de la investigación es sólido “*resulta irrelevante si las variables son acompañadas por datos cuantitativos o datos soft o cualitativos*” (Morlino, 1994: 25).

VI. Comentarios finales

A todas luces, en el transcurso de los últimos siete (7) decenios, la Ciencia Política ha adquirido una identidad propia. No obstante, el conocimiento especializado de esta disciplina -sea filosófico, teórico o empírico- está fragmentado y surcado por notables desacuerdos. Ello explicita el trasfondo de la discusión entre los politólogos aquí referidos. Una polémica que continúa todavía en desarrollo.

Contextualmente, la escaramuza detallada en este artículo encuentra su venero referencial en el ámbito de la Ciencia Política norteamericana. En los círculos académicos del país norteamericano, a pesar del **institucionalismo clásico** dominante en los inicios¹⁰, desde la segunda posguerra comienzan a adquirir carta de naturaleza el empirismo, las **corrientes conductistas** y el **rational**

⁹ Las **negritas** son mías.

¹⁰ César Quintero, egresado de Georgetown University, introduce la Ciencia Política en la Universidad de Panamá desde su fundación en 1935. Su destacada obra titulada **Principios de Ciencia Política** está influenciada por las tendencias de la Ciencia Política norteamericana de finales del decimonono e inicios del siglo XX. Para entonces prevalecía la orientación institucionalista y el método comparativo-histórico en las universidades de la nación septentrional. Esa tradición ha perdurado en Panamá hasta nuestros días. Efectivamente, entre los escasísimos investigadores del Departamento de Ciencia Política -actuales y pretéritos- no puede nombrarse a uno solo que haya aplicado -alguna vez- el método conductista (*Vide: Rodríguez Patiño, 2004: passim*).

choice, bajo el padrinazgo filosófico del positivismo lógico. Empero, ya en los años setenta estos derroteros entraron en una etapa de crisis que llamaba a una profunda renovación paradigmática. Y, desde finales de los noventa hasta la actualidad, la Politología estadounidense -y la que se ha desarrollado bajo su influjo y guía- ha sido presa de un proceso de reconfiguración cuyas características salientes son: **1) el cuestionamiento en torno a la propia disciplina y sus bases epistemológicas; 2) las insondables disputas metodológicas, y 3) el reconocimiento de la carencia de paradigmas hegemónicos** (Vide: Bulcourf y Cardozo, 2012: 7).

Es imposible negarlo. El conductismo distanció a la Ciencia Política norteamericana de la *macropolítica*, soslayando -frecuentemente- “*grandes interrogantes sociales y políticas de nuestro tiempo*” (Zolo, *citatum*: 59-60). De allí que, con justo título se reivindicara la “*insustituible dimensión filosófica de la reflexión política*”, y la correspondiente pesquisa histórica acerca de la naturaleza y los fines de la política, el fundamento de la obligación política, la legitimidad del Estado y del poder político, la búsqueda del buen gobierno y, en fin, el relacionamiento entre la moral y la política (Vide: Pasquino, *citatum*: 29 y Zolo, *ibídem*: 53-54).

Y ello sin pretender impugnar los aportes de Giovanni Sartori, como sensatamente lo termina reconociendo Danilo Zolo:

“Con todo, la ciencia política no debería renunciar a su lección de rigor y claridad conceptuales, ni disminuir su vocación por la indagación empírica sobre la política, si esto significa [...] actividad de información, documentación y estudio comparativo de los sistemas políticos contemporáneos” (Zolo: 60).

A fin de cuentas, el pluralismo teórico ha propiciado un fructífero debate entre escuelas y paradigmas. Y, más que anticipar el acta de defunción de la Ciencia Política, ha coadyuvado a su revitalización. Para los politólogos ha emergido, pues, el desafío de formular nuevas categorizaciones y resignificaciones a partir de la dinámica y la complejidad históricas.

Teniendo presente, de tal manera, que “*el saber politológico es poco acumulativo y [que] su objeto se redefine y transforma cada vez*” (Morlino, 1994: 26), viene a cuento una admonición formulada hace veinticinco años por Ángelo Panebianco, válida sobre todo en medios intelectuales en los cuales los juicios de valor se desbordan mientras los juicios de hecho escasean:

*“No es posible, creo, llegar a un consenso general sobre los fundamentos [de la Ciencia Política]. Pienso que lo máximo que se puede (y se debe) pretender es un acuerdo mínimo (a) sobre el uso correcto de las reglas de la argumentación [...] y (b) sobre el respeto de la distinción, de carácter regulativo, entre juicios de hecho y juicios de valor. Ello simplemente significa respetar la fundamental regla del **juego lingüístico** que llamamos ciencia: recurrir en nuestras explicaciones sólo a enunciados descriptivos, con exclusión de enunciados prescriptivos. No cabe, razonablemente, esperar llegar más lejos”* (*ibídem*, 1994: 94).

La Universidad de Panamá inauguró la Escuela de Ciencia Política en 2014 y está obligada a constituirse en el centro de la comunidad politológica panameña. La formalización de la unidad académica bajo el manto de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas recibió, desde luego, el influjo de las tradiciones teóricas europeas y estadounidenses. Huelga subrayar que el proceso de

su institucionalización autónoma ha enfrentado los avatares nefandos de una Sociología marxista -dogmática- y, sobre todo, de un Derecho Político -prescriptivo-. Éste último la ha colmado de un institucionalismo clásico -ya superado- y de las consecuentes sobrevivencias jurídico-normativas, que han prevalecido en la mayoría de quienes cultivan los Estudios Políticos.

Ahora bien, la comunidad científica se encuentra dispersa en centros educativos y de investigación del país. Y es menester, por supuesto, que esta minúscula comunidad politológica recupere su identidad y su unidad adquiriendo conciencia de los problemas planteados en este escrito. Para los politólogos es imperativo -en buenas cuentas- tomar conciencia acerca del desacuerdo conceptual, de la disfunción metodológica y la diversidad paradigmática que prevalecen en los contornos disciplinarios.

Habida cuenta de lo anterior, y específicamente en el ámbito educativo, la Escuela de Ciencia Política de la Universidad de Panamá no debe dejar escapar la oportunidad de liderizar un debate autorreflexivo, cooperativo y solidario sobre esta problemática, diálogo que le permita construir -por añadidura- los imperiosos acuerdos mínimos en torno al campo de la disciplina y, en ese andar, reproducir críticamente la comunidad científica politológica istmeña. Para ello, es menester suscribir la pluralidad y la variedad de enfoques paradigmáticos y, por ende, la plétora de fundamentaciones teóricas y metodológicas.

VII. Bibliografía

- Almond, G. D. 1999 (e. o. 1990). *Una disciplina segmentada. Escuelas y tendencias en las ciencias políticas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bulcourn, P. A. y N. D. Cardozo. 2012. “La enseñanza de la ciencia política en las universidades latinoamericanas: apuntes para una agenda de desarrollo.” *Universidades*, México, Año LXII, No. 53: 4-14.
- Cansino, C. 2006. “Adiós a la ciencia política. Crónica de una muerte anunciada.” *Metapolítica*, México, Vol. 10, Núm. 49: 27-37.
- Collier, D. 1994. “El método comparativo: dos décadas de cambio.” En: Sartori, G. y L. Morlino. *La comparación en las ciencias sociales*. Madrid: Alianza Editorial: 51-79.
- Collier, D. y S. Levitsky. 1998. “Democracia con adjetivos. Innovación conceptual en la investigación comparativa.” *La Política*, Barcelona, No. 4: 137-159.
- Colomer, J. M. 2004. “La Ciencia Política va hacia adelante (por meandros tortuosos). Un comentario a Giovanni Sartori.” *Política y Gobierno*, México, Vol. XI, Núm. 2: 355-359.
- Covarrubias, I. 2006. “La ciencia política frente al espejo.” *Metapolítica*, México, Vol. 10, Núm. 49: 83-87.
- Follari, R. A. 2003. “Sobre la existencia de paradigmas en las ciencias sociales.” *Nueva Sociedad*, Caracas, No. 187: 31-41.
- Laitin, D. D. 2004. “¿Adónde va la Ciencia Política? Reflexiones sobre la afirmación del profesor Sartori de que la ciencia política americana no va a ningún lado.” *Política y Gobierno*, México, Vol. XI, Núm. 2: 361-367.
- Molina, E. 2006. “Por una ciencia política enriquecida.” *Metapolítica*, México, Vol. 10, Núm. 49: 62-69.
- Morlino, L. 1994. “Problemas y opciones en la comparación.” En: Sartori, G. y L. Morlino. *La comparación en las ciencias sociales*. Véase: 13-28.

- Munck, G. L. 2007. “*Agendas y estrategias de investigación en el estudio de la política comparada.*” *Revista de Ciencia Política*, Santiago de Chile, Vol. 27, No. 1: 3-21.
- Nun, J. 1966. “*Los paradigmas de la ciencia política: un intento de conceptualización.*” *Revista Latinoamericana de Sociología*, Buenos Aires, No. 1: 67-97.
- Oxhorn, P. 2006. “*El arte de la ciencia política.*” *Metapolítica*, México, Vol. 10, Núm. 49: 71-76.
- Panebianco, Á. 1994. “*Comparación y explicación.*” En: Sartori, G. y L. Morlino. *La comparación en las ciencias sociales*. Véase: 81-104.
- Panebianco, Á. 2006. “*Sartori y la ciencia política.*” *Metapolítica*, México, Vol. 10, Núm. 49: 39-48.
- Pasquino, G. 1994 (e. o. 1986). “*Naturaleza y evolución de la disciplina.*” En: Bartolini, S., et. al. *Manual de ciencia política*. Madrid: Alianza Universidad, 6ta. Reimp.: 15-38.
- Quintero, C. 1973 (e. o. 1952). *Principios de Ciencia Política*. Panamá: Librería Cultural Panameña, 5ta. ed.
- Rodríguez Patiño, R. D. 2004. *Encuentros y desencuentros: Ciencia Política y Ciencias Políticas*. Panamá: Editorial Portobelo.
- Rodríguez Z., J. M. 1995. “*Los Principios Epistemológicos de la Teoría Política.*” *Reflexiones*, Universidad de Costa Rica, No. 32: 3-8.
- Rubio Carracedo, J. 1990. *Paradigmas de la política: Del Estado justo al Estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*. Barcelona: Editorial Anthropos.
- Ruiz Contardo, E. 2004. “*La desconocida y manipulada relación entre ciencia social e ideología.*” En: Sánchez Ramos, I. y R. Sosa Elízaga. *América Latina: los desafíos del pensamiento crítico*. Véase: 50-73.
- Saldaña Rodríguez, M. 2006. “*Diez tareas para la ciencia política o el tobogán de Küppers.*” *Metapolítica*, México, Vol. 10, Núm. 49: 77-82.
- Sánchez Ramos, I. y R. Sosa Elízaga (coordinadoras). *América Latina: los desafíos del pensamiento crítico*. México: Siglo veintiuno editores.
- Sartori, G. y L. Morlino (editores) 1994 (e. o. 1991). *La comparación en las ciencias sociales*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sartori, G. 1994. “*La comparación y el método comparativo.*” En: Sartori, G. y L. Morlino. *La comparación en las ciencias sociales*. Véase: 29-49.
- Sartori, G. 2004. “*Hacia dónde va la Ciencia Política?*” *Política y Gobierno*, México, Vol. XI, Núm. 2: 349-354.
- Vincent, J. M. 1972 (e. o. 1967). *La metodología de Max Weber*. Barcelona: Anagrama.
- Wallerstein, I. (coordinador). 1996. *Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Siglo XXI Editores.
- Zemelman Merino, H. 2004. “*Pensar teórico y pensar epistémico. Los desafíos de la historicidad en el conocimiento social.*” En: Sánchez Ramos, I. y R. Sosa Elízaga. *América Latina: los desafíos del pensamiento crítico*. Véase: 21-33.
- Zolo, D. 2006. “*La tragedia de la ciencia política.*” *Metapolítica*, México, Vol. 10, Núm. 49: 49-61.

Artículo recibido: 22 de octubre de 2018

Aprobado: 7 de noviembre de 2018

L. CIENCIA POLÍTICA

Historia del Movimiento Estudiantil y Juvenil en Panamá (1920-1990)

Por: Samuel Prado Franco

Fundación Friedrich Ebert

Docente y colaborador del programa de Formación

Juvenil y Agente de Cambio

[E-mail: samuelpradof@gmail.com](mailto:samuelpradof@gmail.com)

RESUMEN

El movimiento estudiantil y juvenil en Panamá tuvo un papel fundamental no solo en ser la columna vertebral de todo el movimiento popular y social en Panamá, de ser la cantera de militantes, cuadros y dirigentes populares y sociales panameños, sino ser uno de los actores fundamentales en la vida política panameña. Desde la fundación de la primera Federación de Estudiantes de Panamá (1922-1927) hasta la segunda Federación de Estudiantes de Panamá (1943-1984), el movimiento estudiantil y juvenil panameño fue referente de luchas, propuestas, ideales y valores, de los hitos históricos que han formado parte de nuestro calendario de la nacionalidad y de nuestra lucha de liberación nacional y social. En el marco del centenario de la Reforma de Córdoba, Argentina y del bicentenario del nacimiento del abogado, filósofo, sociólogo y economista alemán Carlos Marx (1818-1883) revisamos y analizamos uno de los capítulos de la historia de lo más granado y valeroso de la juventud panameña.

Palabras Claves

Movimiento social y popular en Panamá; Movimiento estudiantil y juvenil en Panamá; Luchas sociales y populares; Luchas estudiantiles y juveniles.

ABSTRACT

The student and youth movement in Panama played a fundamental role not only in being the backbone of the entire popular and social movement in Panama, of being the quarry of Panamanian militants, cadres and popular and social leaders, but being one of the key players in Panamanian political life. Since the foundation of the first Student Federation of Panama (1922-1927) to the second Student Federation of Panama (1943-1984), the Panamanian student and youth movement was a benchmark of struggles, proposals, ideals and values, of milestones historical events that have been part of our calendar of nationality and of our struggle for national and social liberation. In the framework of the centenary of the Reformation of Cordoba, Argentina and the bicentenary of the birth of the lawyer, philosopher, sociologist and German economist Karl Marx (1818-1883) we review and analyze one of the most celebrated and courageous chapters of history of Panamanian youth.

Keywords

Social and popular movement in Panama; Student and youth movement in Panama; Social and popular struggles; Student and youth struggles.

Dedicatoria.

A los y las estudiantes de Panamá y nuestra América en el Centenario de la Reforma de Córdoba.

Introducción.

En este artículo realizaré una revisión, presentación y análisis de una serie de hechos históricos, movimientos, grupos y actores ya sean individuales y colectivos, políticos, ideológicos y sociales de jóvenes que irrumpieron en la vida pública del país de una forma y manera propia y emergente a partir de 1943 con la organización y fundación de la Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P. que tiene como antecedente histórico la primera Federación de Estudiantes de Panamá creada en 1922. Estas generaciones de jóvenes activos política, ideológica y socialmente, profesionales, estudiantes de secundaria y universitarios/as, obreros/as, críticos/as al sistema de partidos vigentes de su época y a las políticas de los gobiernos de turno influenciaron decisivamente en la vida pública del país y se constituyeron en sujeto histórico con voz, con propuestas, programas, principios, valores e ideales propios. Las generaciones de jóvenes que desencantados del agotado proyecto liberal de las primeras décadas de la República y contrarios al proyecto neo-conservador autoritario y personalista del Panameñismo encarnado en el médico y político Arnulfo Arias Madrid (1901-1988), lucharan no sólo bajo la bandera del adecentamiento de la vida política e institucional, sino del rescate de nuestro territorio, soberanía, integridad e independencia nacional en el Canal y la Zona del Canal y por la construcción de una nueva comunidad con justicia social, igualdad, fraternidad, solidaridad y libertad.

Es claro y evidente que estas generaciones de jóvenes no tenían un pensamiento y acción homogénea, todo lo contrario, las dinámicas, posiciones e influencias eran distintas por ejemplo, movimientos y grupos que se decantaron por la vía política, armada, violenta, insurgente o insurreccional caso del Movimiento de Acción Revolucionaria M.A.R. quienes influenciados por el triunfo del Movimiento 26 de Julio cubano, en enero de 1959, se alzaron en armas en el Cerro Tute y Cerro Banquillo, en la provincia de Veraguas en el período presidencial de Ernesto de la Guardia Navarro “Ernestito” en abril de 1959, o de jóvenes que por la vía política y electoral constituyeron el partido Frente Patriótico de la Juventud en 1945 quienes participaron en las elecciones con candidaturas propias. Surgieron propuestas políticas e ideológicas que claramente se definían como revolucionarias con influencias socialistas y comunistas y otras como reformistas más centristas y moderadas. Es importante señalar que más allá de posiciones políticas e ideológicas quienes participaban de los espacios colegiados formales e institucionales caso de la Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P., Unión de Estudiantes Universitarios U.E.U. y de la Unión de Estudiantes de Secundaria U.E.S. se guardaban en líneas generales los principios de autonomía, pluralidad, respeto y trabajo en equipo logrando a partir de los años 40 conformar una voz y una propuesta unitaria de cara a los gobiernos y partidos políticos de la época.

Sin lugar a dudas, estas generaciones de jóvenes rebeldes, patriotas, nacionalistas, demócratas, progresistas, radicales y revolucionarios aportaron enormemente en la educación, en la política, en la denuncia, crítica y adecentamiento de las instituciones gubernamentales, en el rescate, lucha y recuperación del Canal y la Zona del Canal, hito más alto y de mayor envergadura nacional e internacional protagonizado por la juventud panameña desde los años 40 y que tiene como momento cumbre la Gesta Patriótica y Nacionalista de 1964 donde se pasa de la fase revisionista y se inicia la fase abrogacionista de los tratados canaleros. Fueron conscientes y beligerantes en su

papel protagónico, histórico, político, social y comunitario de ser la vanguardia en la lucha por el perfeccionamiento de nuestra identidad y personalidad nacional-colectiva.

El Movimiento Estudiantil como Línea de Investigación.

Para el año 2012 inicié con el estudio del movimiento estudiantil y juvenil panameño como una de mis líneas de investigación. Fui parte del movimiento estudiantil y una de las situaciones que sigue siendo una preocupación para mí, es el olvido de los referentes, actores, grupos e hitos históricos de dicho movimiento. Salvo la obra *la Rebelión de las Esfinges del banquero* e historiador Jorge Conte Porras (1929-2006), no contamos con una obra sistemática y orgánica sobre la historia del movimiento estudiantil. Contamos con obras que abordan los referentes, actores, grupos e hitos históricos, pero por separado. El poco interés hasta en la academia de investigar sobre dicho tema, la crisis que actualmente pasan los grupos estudiantiles, la política sistemática de cooptación, represión y persecución de diferentes gobiernos militares y civiles, la no continuidad del relevo generacional en los planteles secundarios han causado y siguen causando, la existencia de un punto de inflexión y de estancamiento.

El traspaso del canal, el desmantelamiento de la zona del canal y la retirada de las tropas norteamericanas, culminado en 1999, dejó al movimiento estudiantil sin una de sus principales banderas de lucha: la recuperación de la soberanía nacional, la integridad territorial y el fin del enclave neocolonial canalero. La historia del movimiento estudiantil y juvenil panameño que abordo desde 1920 hasta 1990, está repleto de actos de heroísmo, de amor patrio, de idealismo, de lucha, con aciertos, desaciertos, triunfos y fracasos. La cantera de dirigentes, cuadros y militantes estudiantiles se convirtió en la columna vertebral de todo el movimiento social y popular. Los/as estudiantes pasaron a ser profesores/as, los cuales con teoría, práctica, mística y ejemplo transmitieron la lucha generacional del 20, del 47, del 58, del 64, a sus estudiantes. Aquí se da una continuidad en la organización, concientización, movilización y acción, pero que en la actual situación se perdió. La tarea pendiente, desde mi análisis, es la refundación del movimiento estudiantil, que deberá asumir las nuevas banderas de lucha, los intereses e ideales de las nuevas generaciones, sin olvidar el pasado, construyendo el presente y proyectando el futuro.

1. Breves Antecedentes Históricos, Políticos e Ideológicos: Incidente Pershing en 1920; Fundación de la primera Federación de Estudiantes de Panamá en 1922; Fundación del Movimiento Acción Comunal en 1923; Fundación del Partido Comunista de Panamá en 1930 y del Partido del Pueblo en 1943.

Es fundamental para analizar y criticar el papel de la juventud panameña, realizar una breve y sucinta presentación general de los antecedentes que otros jóvenes más adelantados en el tiempo histórico a los que entraremos a estudiar, abrieron la trocha y el camino que luego transitarían posteriores generaciones. Hemos detectado no sólo una clara y concreta secuencia en los hechos y sucesos históricos, sino la influencia de una generación a otra. Planteó que existen fundamentalmente 3 grandes e importantes generaciones de jóvenes: la generación del 20 (con la fundación de la primera Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P.; del Movimiento de Acción Comunal y del Partido Comunista de Panamá); la generación del 40 (con la fundación de la segunda Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P., del Partido del Pueblo y del Frente Patriótico de la Juventud) y la generación del 60 (con la fundación del Movimiento de Acción Revolucionaria M.A.R.).

Iniciamos con el Incidente Pershing. El 2 de mayo de 1920 se produjo una manifestación popular de protesta conocida como el Incidente Pershing en el cual participa un grupo de estudiantes. Ese día, grupos de los sectores populares de la ciudad capital parten de la plaza de Santa Ana hacia el Club Unión (ubicado en ese entonces en los locales que ocupaba el Club de Clases y Tropa, en el casco viejo de la ciudad), lugar donde el Presidente de la República, Ernesto Tisdell Lefevre (1876-1922) y de la clase dominante ofrecían un agasajo al General norteamericano Héroe de la Primera Guerra Mundial John Joseph Pershing (1860-1948), quien gestionaba la concreción de la solicitud de las autoridades zoneitas en el sentido de que nuestro gobierno entregará la Isla de Taboga al Ejército de EE.UU. para la defensa del Canal. La ciudadanía, recientemente ultrajada por la ocupación de la provincia de Chiriquí, reaccionó airada ante esa pretensión, por lo que, formando parte de la manifestación de repudio, estuvo presente un nutrido grupo de estudiantes, entre los cuales estaban portando cartelones, los institutores Diógenes de la Rosa Robles, Manuel Roy, Alberto Luís Rodríguez, Menalco Solís, Ángel Santizo, Mariano Lamela y muchos otros estudiantes, que no alcanzaban los 20 años de edad.

Según el Prof. Tomás Herrera Cáliz en su artículo: “Emergencia del Activismo Estudiantil en el Movimiento Popular Panameño” no se ha podido precisar aún fecha exacta de la fundación de la organización, ni aspectos importantes del mismo, como programa, estructura o cobertura, pero si se puede afirmar que existió con ese nombre: "Federación de Estudiantes de Panamá" y que en la misma, participaron núcleos de estudiantes del Instituto Nacional de Panamá, del Colegio Artes y Oficios, de la Escuela Normal de Señoritas y posiblemente también de las Escuelas de Derecho, Agrimensura y Farmacia, que funcionaban en edificios del Instituto Nacional. El Prof. Herrera Cáliz coincide con los autores Blas Bloise Calderón y Abraham Bell al sostener que esa primera Federación de Estudiantes fue creada aproximadamente en 1922.

El 4 de abril de 1930 se funda el Partido Comunista de Panamá, Sección de la III Internacional Comunista. Algunos de sus fundadores son: Lic. Domingo Henrique Turner (1893-1972); Lic. Cristóbal Ladislao Segundo (1885-1966); Salvador Carrera (1901-1997); Calixto Brixlán; Jacinto Chacón Castrellón; Eugenio Cossani; José de la Rosa Castillo y Juan Nieto. Luego se unirían Eliseo Echevez (1903-1987) y Pablo Cordero (1914-2004), entre otros. El Partido del Pueblo fue fundado tras la disolución del Partido Comunista el 11 de septiembre de 1943. Entre sus máximos dirigentes encontramos al Lic. Celso Nicolás Solano Arias (1916-1965); Ing. Hugo Víctor Escala (1916-1988); Prof. César de León (1921-2003); Prof. Carlos Francisco Chagmarin (1922-2013); Rubén Darío Souza Batista (1923) y Cleto Manuel Souza Batista (1931-1993).

Durante este período de grandes transformaciones y cambios políticos e ideológicos en Panamá, se fundó y organizó el Movimiento Acción Comunal, el 19 de agosto de 1923 en la clínica dental del Dr. Ramón Mora, como una agrupación de carácter cívico, nacionalista y esotérico. Tiene entre sus fundadores al Dr. Ramón Mora; Dr. José Pezet Arosemena (1888-1963); Lic. José Manuel Quirós y Quirós (1898-1964); Dr. Víctor Florencio Goytía Alvarado (1899-1980); Dr. Enrique Gerardo Abrahams; José María Pinilla Urrutia; Manuel Celedonio Gálvez Berrocal y Rubén Conte. Estos jóvenes de capas medias y de la pequeña burguesía urbana que ejercían profesiones liberales buscaban el progreso moral y material de la República, promover el nacionalismo y la participación de los profesionales panameños en las distintas actividades de la vida pública del país. Se plantearon como sus postulados: Defender las instituciones nacionales; desarrollar los sentimientos de amor a la patria y defender sus intereses y propender por todos los medios posibles al progreso

nacional en cualquiera de sus manifestaciones y al enaltecimiento de los panameños, sin mezclarse el centro en la política militante del país. Su lema era: Patriotismo, Acción, Equidad y Disciplina y su divisa: Hable en castellano, cuente en balboas y lea Acción Comunal, su órgano de divulgación. Su himno se llamó: Acción Comunal. El movimiento fue crítico opositor del Dr. Belisario Porras Barahona (1856-1942) por rodearse de extranjeros en su administración presidencial y al gobierno de los EE.UU.

2. Fundación y Organización de la F.E.P. (1943-1944). Entre sus fundadores se encuentran: Mgter. Benigno Tomás Argote (1906-1953); Mgter. Federico Antonio Velásquez (1916-1966); Dr. Ernesto Castellero Pimentel (1918-1990) y Lic. Humberto Ricord Donado (1922-2009).

3. Fundación y Organización del Frente Patriótico de la Juventud el 9 de enero de 1945. Entre sus fundadores podemos mencionar: Mgter. Federico Antonio Velásquez (1916-1966) y Lic. Humberto Ricord Donado (1922-2009).

4. El Rechazo al Convenio de Bases o Filós-Hines el 22 de diciembre de 1947. Con la participación de las organizaciones y grupos populares y sociales: Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P. (1943); Partido del Pueblo (1943); Partido Unión Nacional de Mujeres (1944); Magisterio Panameño Unido M.P.U. (1944) y Frente Patriótico de la Juventud (1945).

5. Operación Soberanía del 2 de mayo de 1958. Se sembró de banderas nuestro territorio del área canalera. El Dr. Carlos Arellano Lennox, como Presidente de la Unión de Estudiantes Universitarios (U.E.U.), presidió dicho acto cívico, patriótico y nacionalista.

6. Movimiento Estudiantil, Juvenil y Popular por la Democratización y Mejoramiento de la Enseñanza y el Adecentamiento Público bajo la consigna: ¡Más Escuelas, Menos Cuarteles! Movimiento realizado el 19, 20, 21 y 22 de mayo de 1958. Con la participación de las siguientes instituciones y organizaciones: Instituto Nacional de Panamá; Instituto Fermín Naudeau; Instituto Nacional de Agricultura; Instituto Justo Arosemena; Instituto Moderno; Instituto Istmeño; Escuela Artes y Oficios Melchor Lasso de la Vega; Escuela Normal Juan Demóstenes Arosemena; Escuela Profesional Isabel Herrera Obaldía; Colegio Félix Olivares Contreras; Colegio Abel Bravo; Liceo de Señoritas; Universidad de Panamá y Partido del Pueblo. Entre los mártires y héroes tenemos al estudiante del Colegio Artes y Oficios José Manuel Araúz, Rolando Jiménez y Miguel Batista. Se firmó el llamado Pacto de la Colina.

7. Movimiento de Acción Revolucionaria M.A.R. y el Levantamiento Armado de Cerro Tute y Cerro Banquillo en abril de 1959. Mueren los jóvenes estudiantes Rodrigo Alonso Pinzón Castellón, Eduardo Santos Blanco, José Rogelio Girón Rivera y Domingo Patrocinio García Aguilar.

8. Marcha Patriótica a la Zona del Canal del 3 de noviembre de 1959. Fue presidida por el Prof. Ricardo Arturo Ríos Torres como Presidente de la Unión de Estudiantes Universitarios (U.E.U.). Es reprimida violentamente por la Policía Zoneíta. Más de cien panameños son heridos y se detiene al joven Ezequiel González Meneses, uno de los primeros mártires del 9 de enero de 1964.

9. Gesta Patriótica y Nacionalista del 9, 10, 11 y 12 de enero de 1964. Jornada de Lucha Cívica, Patriótica y Nacionalista por la Soberanía e Integridad Territorial, para izar la Bandera y cantar el Himno Nacional en la llamada “Zona del Canal” por parte de los y las estudiantes graduandos/as del Instituto Nacional. Son asesinados por el Ejército de EE.UU. y la Policía Zoneíta 22 panameños/as y hubo más de 500 heridos /as. Cae asesinado en la noche del 9 de enero el primer mártir, el joven estudiante de la Escuela Profesional Isabel Herrera de Obaldía Ascanio Arosemena Chávez. Mueren, por las balas para "cazar patos", los dirigentes estudiantiles: Víctor Manuel Iglesias y Estanislao Orobio Williams.

Luis Carlos Jiménez Varela y la Generación del 58.

Recientemente la Vicerrectoría de Extensión y la Dirección de Cultura de la Universidad de Panamá rindieron merecido homenaje al poeta, profesor y escritor Luis Carlos Jiménez Varela (1938-2018), quien cumple 80 años de vida y el cual desde las aulas del Glorioso Nido de Águilas Instituto Nacional, se graduó de Bachiller en Humanidades en 1957. El poeta fue parte de la generación gloriosa y combativa de 1958, la de “Más Escuelas, Menos Cuarteles” donde destacaron el periodista Carlos Jerónimo Núñez López, Eduardo Santos Blanco, el Comandante de la Nueva Aurora, Polidoro Pinzón Castrellón, el profesor de filosofía e historia Carlos Chuez, Narciso Cubas Pérez y Floyd Wendell Britton Morrison con el cual el poeta compartió más de una vez los duros, agitados y combativos años de la década del 50 y el 60.

El poeta fue parte de esa corriente dentro del movimiento estudiantil y juvenil panameño que consideraba la lucha armada como legítima frente a los distintos gobiernos oligárquicos que mantenían un régimen represivo contra el pueblo. Desde las filas del Movimiento de Unidad Revolucionaria MUR creado en el año de la Gesta Patriótica y Nacionalista del 9, 10, 11 y 12 de enero de 1964, donde no solo se quería izar una bandera, sino la dignidad de toda una nación. Escribía volantes junto a mi recordado profesor de geografía e historia en el Instituto Justo Arosemena IJA José Modesto Herrera. En 1966 viaja a la Cuba revolucionaria de Martí, Mella, Fidel y Raúl, en plena lucha del Guerrillero Heroico Comandante Ernesto “Che” Guevara de la Serna, quien junto a otros compañeros luchaba en Bolivia, inspirados en el internacionalismo.

Cabe destacar que el compañero Jiménez Varela también combatió y sigue combatiendo desde la trinchera de ideas que bien planteara el Apóstol de Cuba y Nuestra América José Julián Martí y Pérez, desde el periodismo y la poesía, con versos y escritos llenos de patriotismo, internacionalismo y revolución.

Conclusiones.

En este artículo realicé una sucinta y apretada revisión, presentación y análisis de la irrupción, papel protagónico y desarrollo histórico, político e ideológico del movimiento estudiantil y juvenil panameño. Dejo por sentado que el camino recorrido por dicho movimiento y actor político y social no fue fácil y no estuvo exento de avances, retrocesos, contradicciones, dilemas y disyuntivas al igual que lleno las páginas de la historia nacional con la gloria, el honor, el idealismo, la firmeza, la convicción y la determinación de generaciones de jóvenes de ver a una nación liberada, desarrollada y plena, dueña de su propio destino. Para terminar, citamos las palabras del dirigente estudiantil y popular Floyd Britton (1937-1969): “...*Manifestamos que los patriotas no*

permitiremos la entrega de nuestra Patria, y antes por el contrario estamos decididos en todo momento a construirla con el martirologio propio...”

Tesis Central sobre la Investigación del Movimiento Estudiantil y Juvenil Panameño.

- 1- Desde su nacimiento, el movimiento estudiantil y juvenil panameño se convirtió en la cantera de cuadros políticos, ideológicos, técnicos y profesionales no solo para el movimiento social y popular panameño, sino para la dirección y administración del Estado y gobierno panameño.
- 2- Fue la columna vertebral de la lucha por la soberanía nacional, la integridad territorial, la dignidad como nación y la democratización de la educación.
- 3- Constituida como Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P. en 1922 hasta su desaparición en 1927 y luego de 1943 hasta su extinción en 1984, dicha Federación fue la vocería y representación colegiada del movimiento estudiantil y juvenil panameño. En la F.E.P. participaban desde liberales, demócratas cristianos, socialdemócratas, socialistas, nacionalistas y panameñistas, unidos bajo la bandera de la lucha contra el enclave neocolonial canalero. Sin lugar a dudas, una de las principales organizaciones protagonistas de la historia nacional en el periodo republicano.

Bibliografía.

- 1- Britton, Floyd, 1989, *Legado Patriótico y Revolucionario*, Panamá, Comité Nacional Organizador de los Actos del XX Aniversario del Asesinato de Floyd Britton.
- 2- Conte-Porras, Jorge, 1997, “El primer congreso de la juventud y sus luchas por un mañana mejor: una historia que no debemos olvidar” en *Revista Cultural Lotería* núm. 414, Panamá, pp. 32-51.
- 3- Herrera, Tomás, 1997, “Emergencia del activismo estudiantil en el movimiento popular panameño” en *Revista Universidad IV Época* número 57, Panamá, pp. 55-68.
- 4- Nelson Austin, Herbert, 2004, *Los Héroes y Mártires del Cerro Tute*, Panamá, Imprenta Silverlaser.

Anexos: Historia del Movimiento Estudiantil y Juvenil en Panamá (1920-1990).

A- Movimiento Estudiantil y Juvenil en Panamá.

Organizaciones:

1. Primera Federación de Estudiantes de Panamá (1922-1927).
2. Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P. (Unión de Estudiantes Secundarios U.E.S. y Unión de Estudiantes Universitarios U.E.U.) Creada en 1943.
3. Frente Patriótico de la Juventud. Creado en 1945.
4. Movimiento de Acción Revolucionaria M.A.R. Creado en 1959.
5. Vanguardia de Acción Nacional V.A.N. Creado en 1960.
6. Movimiento de Unidad Revolucionaria M.U.R. Creado en 1964.

7. Frente Estudiantil Revolucionario 29 de Noviembre F.E.R.-29. Creado en 1966.
8. Movimiento Estudiantil a Luchar. Partido Socialista de los Trabajadores P.S.T. Creado en 1985.
9. Juventud Popular Revolucionaria J.P.R. Partido del Pueblo P.P.
10. *Guaymies*, Kunas y Chocoes, Nueva Izquierda Revolucionaria, Guaykucho-N.I.R. Juventud del Partido Revolucionario de los Trabajadores P.R.T.

Actores y Protagonistas Principales:

1. Pablo Cordero (1914-2004).
2. Mgtr. Federico Antonio Velásquez (1916-1966).
3. Ing. Hugo Víctor Escala (1916-1988).
4. Lic. Jorge Turner Morales (1922-2011).
5. Dr. Carlos Iván Zúñiga Guardia (1926-2008).
6. Cleto Manuel Souza Batista (1931-1993).
7. Lic. Humberto Antonio Brugiatti Lozano (1933-2002).
8. Lic. Ricardo Arturo Ríos Torres (1935).
9. Floyd Wendell Britton Morrison (1937-1969).
10. Lic. Luis Carlos Jiménez Varela (1938).
11. Prof. Pedro Rivera Ortega (1939).
12. Prof. Carlos Jerónimo Núñez López (1939-2016).
13. Polidoro Pinzón Castellón (1939-1961).
14. Juan Antonio Navas Pájaro (1946-1966).
15. Jorge Antonio Camacho Castro (1957-1978).
16. Dr. Carlos Arellano Lennox.

Secretarios Generales de la Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P.:

1. Dr. Ernesto Castellero Pimentel. Comité Organizador (1943-1944).
2. Lic. Humberto Emilio Ricord Donado (1944).
3. Mgtr. Benigno Tomás Argote (1944).
4. Prof. Enrique Karlsson (1945-1946).
5. Rodrigo Molina (1946-1947).
6. Dr. Carlos Iván Zúñiga Guardia (1947-1948).
7. Marco Castillo (1948).
8. Moisés Pianeta (1948-1949).
9. José de la Rosa Castillo (1949-1950).
10. Arq. Samuel Gutiérrez (1950-1951).
11. Cleto Manuel Souza Batista (1951-1952).
12. Dr. Álvaro Menéndez Franco (1952-1953).
13. Agustín Olmos (1953-1954).
14. Carlos Sarmiento (1954-1955).
15. Primo González (1955-1957).
16. Prof. Andrés E. Cantillo Murillo (1957-1959).
17. Prof. Blas E. Bloise Calderón (1959).
18. Abraham Bell (1959).
19. Lic. Humberto Brugiatti Lozano (1959).

20. Ovidio de León (1960-1961).
21. César Augusto Arosemena (1961-1962).
22. Prof. Víctor Ávila (1961-1963).
23. Mgtr. Luis Navas Pájaro (1965-1972).

B- Políticos y Militares.

- ✓ 19, 20, 21 y 22 de mayo de 1958 ¡Más Escuelas, Menos Cuarteles!:
- ✓ Presidente de la República Mgtr. Ernesto “Ernestito” de la Guardia Navarro (1904-1983). Período Presidencial del 1 de octubre de 1956 al 30 de septiembre de 1960.
- ✓ Comandantes de la Guardia Nacional: Gral. Bolívar “Lilo” Vallarino (1917-2002); Saturnino Flores y Timoteo Meléndez.
- ✓ 9, 10, 11 y 12 de 1964: Presidente de la República Don Roberto Francisco “Nino” Chiari Remón (1905-1981) Período Presidencial del 1 de octubre de 1960 al 1 de octubre de 1964.

C- Hitos de la Lucha del Movimiento Estudiantil y Juvenil en Panamá.

- ✓ 22 de diciembre de 1947. Rechazo del Convenio de Bases o Filós-Hines.
- ✓ 2 de mayo de 1958. Jornada de Lucha Cívica, Patriótica y Nacionalista. Siembra de Banderas y Canto del Himno Nacional en la llamada “Zona del Canal” denominada: Operación Soberanía y el 3 de noviembre de 1959 marcha por la “Zona del Canal.”
- ✓ 19, 20, 21 y 22 de mayo de 1958. Jornada de Lucha Cívica, Patriótica y Nacionalista por la Educación Nacional, bajo la consigna: ¡Más Escuelas, Menos Cuarteles! Por la F.E.P. y el pueblo.
- ✓ Abril de 1959. Levantamiento Armado del Cerro Tute y Cerro Banquillo, provincia de Veraguas por el Movimiento de Acción Revolucionaria M.A.R. con el apoyo de la F.E.P.

Rechazo del Convenio de Bases o Filós-Hines del 22 de diciembre de 1947.

Actores y Protagonistas Principales:

- ✓ Por la Escuela Normal de Santiago “Dr. Juan Demóstenes Arosemena”: Prof. Carlos Francisco Changmarín (1922-2013); Dr. Juan Materno Vásquez (1927-1999); Gral. Omar Efraín Torrijos Herrera (1929-1981); Prof. Blas E. Bloise Calderón (1930-2013) y Prof. Andrés E. Cantillo Murillo.
- ✓ Por la Federación de Estudiantes de Panamá F.E.P.: Dr. Carlos Iván Zúñiga Guardia (1926-2008); Prof. Jorge Conte Porras (1929-2006); Fulvia Souza; Carlos del Cid; Rodrigo Molina y Prof. David Acosta.
- ✓ Por la Asociación Federada del Instituto Nacional A.F.I.N.: Dr. Álvaro Menéndez Franco (1932).
- ✓ Por el Magisterio Panameño Unido M.P.U.: Profa. Sara Sotillo (1900-1961).
- ✓ Por el Periodismo: Domingo Henrique Turner (1893-1972) y Manuel Celestino González “Gonzalito”.
- ✓ Por los Sindicatos: Marta Matamoros (1909-2005); Ángel Gómez González y Domingo Barría.
- ✓ Por Partido del Pueblo: Lic. Cristóbal Ladislao Segundo (1885-1966); Profa. Felicia Santizo de García (1893-1963); Eliseo Echevez (1903-1987); Lic. Celso Nicolás Solano Arias (1916-1965); Ing. Hugo A. Víctor Escala (1916-1988), Prof. César A. de León (1921-2003); Rubén Darío Souza Batista (1923); Calixto Brixán y Simón Vargas.

- ✓ Por el Frente Patriótico de la Juventud: Lic. Manuel Solís Palma (1917-2009); Dr. Jorge Enrique Illueca Sibauste (1918-2012); Licda. Diamantina Carrera de Calzadilla (1922); Carlos Calzadilla González y Marcelino Jaén Morán.
- ✓ Por las Mujeres: Dra. Clara González de Behringer (1900-1990); Licda. Gumercinda Páez (1904-1991); Dra. Carmen Miró Grimaldo (1919); Xenia Molino y Natividad Piñango.
- ✓ Otros destacados ciudadanos que participaron del mencionado acto de rechazo: Dr. Baltazar Isaza Calderón (1904-2002); Dr. Diego Domínguez Caballero (1915-2011); Dr. Eduardo Ritter Aislán (1916); Dr. Tobías Díaz Blaitry (1919-2005) y Lic. Joaquín Beleño (1922-1988).

**19, 20, 21 y 22 de mayo de 1958 ¡Más Escuelas, Menos Cuarteles!
Organizaciones que participaron en la jornada de lucha de mayo de 1958:**

1. Instituto Nacional.
2. Instituto Fermín Naudeau.
3. Instituto Nacional de Agricultura.
4. Instituto Justo Arosemena.
5. Instituto Moderno.
6. Instituto Istmeño.
7. Escuela Artes y Oficios Melchor Lasso de la Vega.
8. Escuela Normal Juan Demóstenes Arosemena.
9. Escuela Profesional Isabel Herrera Obaldía.
10. Colegio Félix Olivares Contreras.
11. Colegio Abel Bravo.
12. Liceo de Señoritas.
13. Universidad de Panamá.
14. Partido del Pueblo.

Agosto-Septiembre de 1962. Huelga Estudiantil en la Universidad de Panamá. La Huelga Estudiantil más prolongada en su historia.

9, 10, 11 y 12 de enero de 1964. Jornada de Lucha Cívica, Patriótica y Nacionalista por la Soberanía e Integridad Territorial, para izar la Bandera y cantar el Himno Nacional en la llamada “Zona del Canal” por parte de los estudiantes graduandos del Instituto Nacional. 22 muertos y 500 heridos panameños por el Ejército de EE.UU.

D- Mártires y Héroes de abril de 1959 y del 9, 10, 11 y 12 de enero de 1964.

Mártires y Héroes de abril de 1959

- ✓ Comandante Rodrigo Alonso Pinzón Castrellón.
- ✓ Capitán Eduardo Santos Blanco.
- ✓ José Rogelio Girón Rivera.
- ✓ Domingo Patrocinio García Aguilar.

Mártires y Héroes del 9, 10, 11 y 12 de enero de 1964:

- ✓ Ascanio Arosemena. 19 años. Estudiante.
- ✓ Gonzalo Antonio Crance Robles. 14 años. Estudiante.
- ✓ Teófilo Belisario de la Torre Espinoza. 38 años. Oficinista.
- ✓ Jacinto Palacios Cobos. 23 años. Boxeador.
- ✓ Alberto Oriol Tejada Jr. 36 años. Chofer.
- ✓ Ezequiel González Meneses. 28 años. Obrero.
- ✓ Vicente Luís Bonilla C. 15 años. Estudiante.
- ✓ Jorge Enrique Gil. 17 años.
- ✓ Alberto Nicolás Constance. 35 años.
- ✓ Víctor Manuel Iglesias. 26 años.
- ✓ Rodolfo Benítez Sánchez. 33 años. Mensajero de la Presidencia de la República.
- ✓ Víctor Manuel Garibaldo Figueroa. 29 años. Agente Vendedor.
- ✓ Rogelio Lara. 70 años.
- ✓ José del Cid Cobos. 17 años.
- ✓ Ricardo Murgas Villamonte. 40 años.
- ✓ Rosa Elena Landecho. 13 años. Estudiante.
- ✓ Ovidio Lizardo Saldaña Armuelles. 25 años. Obrero.
- ✓ Estanislao Orobio Williams 18 años. Estudiante.
- ✓ Maritza Ávila Alabarca. 6 meses. Infante.
- ✓ Carlos Renato Lara. Estudiante.
- ✓ Celestino Villarreta. Sargento de la Guardia Nacional.
- ✓ Evelio Lara.
- ✓ Gustavo Lara.

Mgtr. Samuel Prado Franco

Panameño (1981). Docente y colaborador del programa de Formación Juvenil y Agente de Cambio de la Fundación Friedrich Ebert. Profesor, Investigador, Escritor, Consultor y Asesor. Es Licenciado en Humanidades con Especialización en Filosofía, Ética y Valores por la Universidad de Panamá (2006). Postgrado en Docencia Superior por la Universidad de Panamá (2008). Magíster en Ciencias Sociales con Énfasis en Sociología y Ciencia Política por la Universidad Especializada de las Américas UDELAS (2010), becado por la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación SENACYT, para dicha maestría. Estudiante del 2 Año de la Licenciatura en Ciencia Política, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (2018). Actualmente se desempeña como Profesor e Investigador del Centro de Investigación Jurídica, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Panamá. Ha sido expositor y participante en varios Congresos Nacionales y Regionales de Ciencias Políticas, Sociología, Filosofía y Educación. Ha colaborado con artículos, ensayos y poesías en varias revistas nacionales e internacionales y sitios de Internet. Contacto: samuelpradof@gmail.com

Artículo recibido: 3 de julio de 2018

Aprobado: 26 de julio de 2018

A. CRIMINOLOGÍA

NOCIONES GENERALES DE CRIMINALÍSTICA

Carmen Rosa Robles
Unión Nacional de Abogadas de
Panamá
carmen16755@gmail.com

RESUMEN

Este texto pretende resaltar el protagonismo, en las últimas décadas, de la criminalística como ciencia auxiliar de la administración de justicia, su evolución, concepto, objeto de estudio, método, relación con otras ciencias y finalmente, hace un vistazo a la actividad criminalística en Panamá.

PALABRAS CLAVE

Criminalística, investigación científica, interdisciplinar, auxiliar de la Administración de Justicia.

ABSTRACT

This text aims to highlight the protagonist, in recent decades, of criminalistics as an auxiliary science of the administration of justice, its evolution, concept, object of study, method, relationship with other sciences and finally, it takes a look at the criminal activity in Panama.

KEYWORDS

Criminalistics, scientific research, interdisciplinary, auxiliary of the Administration of Justice.

INTRODUCCIÓN

El interés en este tema emerge del evidente protagonismo de la criminalística como ciencia auxiliar del derecho, evidenciado en el desarrollo tecnológico en las últimas décadas, en el cual prevalece el principio de especialidad, dando lugar a diversas líneas de investigación, nuevos descubrimientos y nuevas técnicas que reafirman su carácter inter y multidisciplinario porque se vale de una serie de ciencias naturales y sociales.

Lo anterior, simultáneamente con la implementación del nuevo Sistema Penal Acusatorio (Ley 63 de 28 de agosto de 2008), incrementa la demanda de especialistas en criminalística, lo cual llama a una reestructuración de la investigación forense e incide en los planes de estudio, a nivel técnico y superior, dando lugar a nuevas carreras.

Abordamos este artículo en el marco de las consideraciones generales; definición de conceptos, haciendo énfasis en criminología y criminalística, toda vez que no pocas veces se confunden estos términos; relación con las ciencias forenses; con la Medicina Legal;

en último lugar un vistazo de la actividad criminalística en Panamá y finalmente: las conclusiones; referencias bibliográficas y Anexo: Objetivos y funciones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses.

Agradezco al Centro de Investigación Jurídica, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, por promover la investigación científica y dar al relevo generacional la oportunidad de formarse en esta área de las ciencias del derecho.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La criminalística y el derecho penal guardan una relación relevante, ambas convergen en la existencia de un delito; aunque con finalidades y naturaleza distintas, podemos decir que la criminalística es accesoria al derecho penal, toda vez que a través de la ley penal se definen los hechos que constituyen delito en una sociedad determinada, en un momento dado.

De lo anterior emerge una condición necesaria, como punto de partida para la operacionalización criminalística, y es el quebrantamiento de la ley penal. En suma, hay una secuencia, primero la comisión de un delito o hecho punible y luego el despliegue de las ciencias forenses para su esclarecimiento. De ahí que se considera a la Criminalística dentro de las ciencias auxiliares del derecho penal.

Al respecto, Luís Sandoval Smart, citado por Muñoz y Villalaz, señala que la criminalística es la “disciplina auxiliar del Derecho Penal que se ocupa del descubrimiento y verificación científica del delito y del delincuente” (1980)

Conviene subrayar que el derecho penal se relaciona con todas las áreas del conocimiento jurídico, y guarda íntima relación con las ciencias criminológicas (Ej. antropología criminal, psicología criminal sociología criminal), y también con las llamadas ciencias auxiliares, entre ellas la criminalística.

1.1 Concepto General de Criminalística

Se trata de una ciencia multidisciplinar que debe incluir un conocimiento general de las variadas modalidades investigativas para recabar pruebas en diferentes entornos, para el esclarecimiento de los hechos, por lo que atañe a la aplicación de diferentes disciplinas científicas, tanto de las ciencias sociales, así como de las llamadas ciencias naturales y exactas; de manera tal que en un dictamen de criminalística convergen diferentes especialidades que dan luz a conclusiones idóneas en el proceso judicial.

En relación a lo anterior es preciso señalar que el término criminalística fue introducido en la obra titulada “El Manual del Juez Instructor”, publicada en 1892, en Gratz Australia, por el doctor en derecho Hanns Groos, a quien se le reconoce como el Padre de la Criminalística. (Montiel Sosa, 2002, Pág.23)

Como podrá observarse, en sus inicios la finalidad de esta ciencia estaba circunscrita a la investigación criminal y es que interesaba auxiliar al juez en el

esclarecimiento de los hechos; claro está, aplicando el método científico a fin de resolver el qué, cómo, quién, dónde, cuando, por qué y con qué cometió un delito.

Ahora, fijando la mirada en el presente, citamos a Rodríguez Regalado, quien comparte una definición actualizada del concepto al expresar que la “criminalística es la ciencia mediante la cual se procede al examen de indicios o evidencias de diverso origen y naturaleza, por parte de expertos forenses, con el objeto de plasmar la información obtenida en un pronunciamiento pericial que sirva de ilustración para un proceso judicial, administrativo o de índole particular.” (2009)

Indiscutiblemente, el concepto ha evolucionado, así vemos que en sus antecedentes, la comunidad científica, se refiere a la técnica o disciplina, en la actualidad se habla de una ciencia multidisciplinaria: la criminalística; y su finalidad sobrepasa los límites del derecho penal, de manera que es determinante por ejemplo en los procesos de filiación, con las pruebas del ADN.

1.2 Distinción entre Criminología y Criminalística

No pocas veces, se confunden los términos criminología y criminalística, ambas son afines, ciencias interdisciplinarias, responden a la comisión de un hecho delictivo; pero, difieren en su objeto de estudio y por consiguiente en sus métodos.

Es así que la criminología focaliza el delito como una acción humana, que se da en la sociedad de allí, que se propone el estudio íntegro del crimen, del delincuente, de la víctima, y del control social; orientada fundamentalmente en la prevención de las conductas criminales, es una ciencia causal explicativa; indaga sobre la génesis del delito.

Por su parte, la criminalística se enfoca en los indicios, de manera que su objeto de estudio es todo el material probatorio encontrado en la escena del crimen a fin de establecer las evidencias en el esclarecimiento de los hechos relacionados con la posible comisión de un delito, auxiliando de esta manera a la administración de justicia en cualquier rama del Derecho.

En síntesis, la criminalística es una ciencia fáctica, toda vez que se fundamenta en la observación y la experimentación.

1.3 Relación con las Ciencias Forenses

La criminalística se apoya en las ciencias forenses, de conformidad a lo expuesto por Sigma Editores (2010),... de modo que las afirmaciones realizadas por la criminalística descansan en estudios científicos que le dan un grado alto de objetividad. Toda disciplina que en un momento dado sea utilizada para que el criminalista elabore sus afirmaciones sobre el hecho investigado, recibe el nombre de ciencia forense, y la persona encargada de aplicar la metodología científica de una ciencia en particular para resolver asuntos criminales, el de perito forense...

(Tomo I, Pág. 99).

En pocas palabras, la criminología y las ciencias forenses se basan en los mismos principios aplicados por las disciplinas científicas y tienen como fin buscar la verdad de los hechos

1.4 Relación con la Medicina Legal

En este sentido consultamos “Criminalística” y se infiere que: La dactiloscopia fue la primera disciplina auxiliar precursora de la criminalística, aproximadamente en el siglo XVII, cuando los médicos tomaron parte de los procesos judiciales y analizaron las huellas dactilares de los detenidos.

Tras este antecedente se desarrolló más tarde, en el año 1575, la medicina legal iniciada por Ambrosio Paré y desarrollada por Paolo Sacchias en 1651. (2018)

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la Medicina fue la primera rama científica utilizada en auxilio de la administración de justicia, se le considera la pionera de la criminalística, de allí que se le distingue como Medicina Legal o Medicina forense.

2. ACTUALIDAD CRIMINALÍSTICA EN PANAMÁ

Con el desarrollo tecnológico alcanzado en las últimas décadas, la criminalística ha dado un giro trascendental en cuanto a la veracidad de sus resultados, respaldada por mayores elementos científicos, con una tendencia cada vez más especializada, de las cuales emergen diversas líneas de investigación, que han dado lugar a nuevos descubrimientos y por ende a nuevas técnicas, avaladas en la comunidad científica internacional.

Panamá, siguiendo esta tendencia de especialización, reestructura la investigación forense y crea el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mejor conocido por sus siglas IMELC.

2.1. Antecedentes Legales

Es necesario aclarar que la Sección de Medicatura Forense se creó en 1942, como una Sección del Ministerio de Gobierno y Justicia. Posteriormente, siguiendo su morfología, se aprueban las siguientes leyes que introducen cambios significativos:

Ley N° 34 de 8 de mayo de 1973

Dictada por el Consejo Nacional de Legislación

Publicada en la G.O. N° 17350, fechada el 22 de mayo de 1973

“que adscribe al Ministerio Público la dirección, supervisión y funcionamiento de la Medicatura Forense, como órgano auxiliar en los diversos casos penales”.

Ley N° 22 de 30 de agosto de 1979

Dictada por el Consejo Nacional de Legislación

Publicada en G.O. N° 18915, de fecha: 24 de septiembre de 1979

“Por la cual se crean los Juzgados y Agencias del Ministerio Público en el área del Canal de Panamá.”

Artículo 17 “Créanse dos nuevas secciones de Medicatura Forense, una dentro de la Medicatura Forense de Panamá, que funcionará en el Corregimiento de Ancón y la otra dentro de Medicatura Forense de Colón, que funcionará en el Corregimiento de Cristóbal.

Artículo 18 “ Estas Medicaturas Forenses tendrán, un médico forense, un secretario, un trabajador manual, un escribiente, un oficial de primera categoría, un portero, un fotógrafo y un oficial de cuarta categoría.”

Ley N° 29 del 25 de octubre de 1984

Dictada por el Consejo Nacional de Legislación.

Publicada en la G.O. N° 20.199, de fecha 6 de diciembre de 1984; por la cual se adopta el Código Judicial (Libro I, II y III- Organización Judicial)

Artículo 373 “Se crea el Instituto de Medicina Legal, de carácter Nacional, adscrito a la Procuraduría General de la Nación y que forma parte del Ministerio Público”

Ley 50 de 13 de diciembre de 2006

Dictada por la Asamblea Nacional

Publicada en G. O. N°25692, de fecha: 15 de diciembre de 2006

“Que reorganiza el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses”

Ley 69 de 27 de diciembre de 2007

Dictada por la Asamblea Nacional

Publicada en G. O. N° 25949 G. O. Digital, viernes 18 de diciembre de 2007

“que crea la dirección de Investigación Judicial en la Policía Nacional, adscribe los servicios de criminalística al Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses y dicta otras disposiciones”.

Ley N° 16 de 9 de julio de 1991

Dictada por la Asamblea Legislativa

Publicada en G.O. N° 21830, fechada: martes 16 de julio de 1991.

“Por la cual se aprueba la Ley orgánica de la Policía Técnica Judicial, como una

dependencia del Ministerio Público.

2.2 Carácter Multidisciplinario

El carácter multidisciplinario de la Subdirección de Criminalística del IMELCF genera nuevos saberes a través de la integración de ciencias y disciplinas, en la solución de un problema de tipo legal, cuyo resultado constituye una herramienta muy importante para la administración de justicia.

Así, por ejemplo: criminalística de campo; identificación criminal y civil; morfología facial; balística forense; planimetría forense; informática forense; Documentología forense; Accidentología vial; fotografía forense; auditoría forense; mecánica forense; y grafología forense entre otras.

Dicho de otra manera, la ciencia y la tecnología colaborando con la administración de justicia; de allí, la Misión y Visión del IMELCF:

MISIÓN

“El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses es una entidad pública, adscrita al Ministerio Público, cuya misión fundamental es brindar asesoría científica y técnica a la administración de justicia en lo concerniente al análisis, a la evaluación, a la investigación y a la descripción científica o médico-científica de los hallazgos y las evidencias médico-legales.

VISIÓN

“Ser la Institución de referencia nacional en materia de medicina legal y ciencias forenses. Poseer una organización moderna, eficaz y eficiente, con personal altamente capacitado en todas las áreas de experticia forense e identificado con un profundo compromiso docente, científico-investigativo y ético-legal.”

3. CONCLUSIONES

En el Gabinete Jurídico la Criminalística está ubicada entre las ciencias auxiliares del Derecho Penal; no obstante, dada su naturaleza interdisciplinaria colabora con la administración de justicia en todas sus áreas.

Es así que el avance tecnológico y científico demanda la profesionalización del criminalista, lo que constituye un desafío para la Educación Superior.

En ese sentido, la Universidad de Panamá ha respondido, en coordinación con el Ministerio Público, en la formación de Médicos Forenses, con Programas de Maestría en la Facultad de Medicina; y de Técnico Superior Criminalista, (actualmente en estudio la salida a la Licenciatura en Ciencias Forenses) en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Leyes

Ley N° 63 de 28 de agosto de 2008, “Que adopta el Código Procesal Penal”, publicada en Gaceta Oficial N° 26114, Panamá, viernes 29 de agosto de 2008.

Libros y publicaciones

Enciclopedia Criminalística, Criminología e Investigación. 1° ed. Bogotá D.C.: Sigma Editores, 2010. 3 tomos. Tomo I: Criminalística, 544 p.

LÓPEZ CALVO, Pedro y GÓMEZ SILVA, Pedro. Investigación Criminal y Criminalística. 2° edición. Bogotá, Editorial Temis, 2006.408 p.

MONTIEL SOSA, Juventino; “Criminalística”, Tomo I, Duodécima reimpresión, México: Editorial Limusa, S. A. 2002, pág. 23.

MUÑOZ, Campo Elías. GUERRA DE VILLALÁZ, Aura E. Derecho Penal Panameño. Ediciones Panamá Viejo, Panamá 1977; 481 p.

VARGAS DUEÑAS, Evaristo. Manual de Criminalística. Medellín: Señal editora, 2000. 206p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991; 857 p.

Sitios Web

Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses
<http://www.imelcf.gob.pa/objetivos-y-funciones>

Consultado: 15 de noviembre de 2018

<http://criminalisticaycienciasforenses.blogspot.com/>

RODRÍGUEZ REGALADO, Pablo. Criminalística Contemporánea, Perú 2009

Consultado: 20 de noviembre de 2018.

Criminalística
<https://www.significados.com/criminalistica/>

Consultado: 20 de noviembre de 2018, 5:24pm

ANEXO

Objetivos y funciones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

“I. Cumplir las órdenes que le imparten los agentes del Ministerio Público para realizar investigaciones criminalísticas relacionada con el respectivo campo científico y médico-legal.

2. Recolectar evidencias y buscar información técnica y/o científica relacionada con el hecho investigado.
3. Identificar personas, cosas y lugares mediante exámenes, inspecciones, planos, fotografías y demás experticias técnicas, científicas y/o médico-legales.
4. Prestar los servicios de criminalística, investigación analítica, e investigación científica y médico-legal.
5. Reunir, ordenar y asegurar científicamente las evidencias y los antecedentes necesarios para la investigación penal.
6. Iniciar y mantener, en coordinación con la Dirección de Investigación Judicial, la cadena de custodia de todos los instrumentos, objetos y demás elementos relacionados con el hecho punible, así como lo necesario para identificar los autores, cómplices y demás partícipes.
7. Practicar las experticias requeridas y rendir los dictámenes periciales para el caso concreto, solicitando la colaboración de expertos nacionales o extranjeros, cuando se requieran conocimientos científicos y/o técnicos especiales.
8. Rendir un informe al agente del Ministerio Público, en torno al resultado de las diligencias realizadas.
9. Asesorar y absolver consultas sobre experticias científicas y médico-legales a las autoridades competentes y a las instituciones vinculadas con la administración de justicia.
10. Servir de centro científico de referencia nacional en todos los asuntos relacionados con la Medicina Legal y las ciencias forenses.
11. Coordinar, con las universidades o los organismos de asistencia internacional, la promoción y la ejecución de programas de formación profesional en Medicina Legal y ciencias forenses.
12. Definir los reglamentos técnicos que deben cumplir quienes realicen funciones periciales relacionadas con la Medicina Legal y las ciencias forenses, y ejercer

control sobre su desarrollo y cumplimiento.

13. Servir de organismo de verificación y control de las pruebas periciales y exámenes médico-legales practicados por otros funcionarios y organismos por solicitud de autoridad competente.
14. Servir de organismo de acreditación y de certificación de laboratorios de pruebas periciales y de peritajes practicados por entidades públicas y privadas.”
<http://www.imelcf.gob.pa/objetivos-y-funciones>

CARMEN ROSA ROBLE: *Unión Nacional de Abogadas de Panamá. Por sustentar Tesis de Maestría en Curriculum por el ICASE. Maestría en Asuntos Criminológicos; Profesora e Investigadora Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá; Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, Profesora de Segunda Enseñanza con Especialización en Derecho y Ciencias Políticas; Docencia Superior; Maestra de Enseñanza Primaria, Instituto Normal Rubiano. Correo electrónico: carmen16755@gmail.com*

Artículo recibido: 29 de noviembre de 2018

Aprobado: 6 de diciembre de 2018

N. AUTORES INTERNACIONALES INVITADOS

*Protección de Datos Personales y Derecho: Tendencias
Modernas en el Derecho Comparado
-Comentarios al Proyecto de Ley No. 463 de 2017-*

RUBÉN E. RODRÍGUEZ SAMUDIO*
Universidad de Hokkaido, Japón
E-mail: ruben18@juris.hokudai.ac.jp

RESUMEN

Panamá se encuentra rezagada en materia de protección de datos personales. El reciente intento de aprobar una ley sobre esta materia culminó con un rechazo del proyecto de ley y su envío al órgano ejecutivo para implementar los cambios recomendados durante el proceso legislativo. Este artículo compara el proyecto de ley con diversas legislaciones extranjeras que regulan la protección de datos personales. Si bien el proyecto se convierte en un punto de partida, es necesario reconocer que el mismo carecía de muchos principios comunes que pueden encontrarse en el derecho comparado. Tales falencias que impiden el objetivo que se pretendía alcanzar mediante su aprobación. Por ende, resulta necesario reafirmar las metas y obligaciones de Panamá en la materia y establecer normas que se adecúen los estándares reconocidos a nivel mundial.

PALABRAS CLAVE

Protección de Datos, Privacidad, Internet, Derecho Comparado

SUMMARY

Panama has fallen behind in the subject of personal data protection. The recent attempt to pass a law on the subject ended with the rejection of the bill and its return to the executive branch to add the recommendations made during the legislative process. This paper compares the bill with various foreign laws that regulate personal data protection. While the bill serves as starting point nevertheless it must be said that it lacked various common principles found in comparative law. Such failings would become an obstacle to achieve the goals established therein. Thus, it is necessary to reaffirm the goals and obligations of Panama regarding this matter and to establish rules that are in line with recognized global standards.

KEYWORDS

Data Protection, Privacy, Internet, Comparative Law.

* *Doctor en Derecho, Universidad de Hokkaido, Japón.
Profesor asistente de la Universidad de Hokkaido, Japón.
Abogado de la República de Panamá.
Correo electrónico: rubenr1618@gmail.com, ruben18@juris.hokudai.ac.jp*

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto analizar el proyecto de ley sobre la protección de datos de carácter personal en base a la situación actual de la protección a la información personal desde la perspectiva del derecho comparado y los retos jurídicos a los que se enfrenta Panamá en esta materia. En la actualidad Panamá se encuentra rezagado en cuanto a otras legislaciones en lo referente a la protección de datos de carácter personal. El Proyecto de Ley No. 463 de 2017 fue devuelto al órgano ejecutivo y se encuentra a la espera de modificaciones para atender las recomendaciones surgidas del proceso legislativo. Con tan sólo 37 artículos es una de las leyes más cortas que buscan regular una materia tan importante como la protección de los datos personales. A pesar de que el proyecto no fue adoptado por el órgano legislativo consideramos prudente realizar algunos comentarios sobre el mismo esperando así que cualquier futuro esfuerzo en legislar la materia resulte exitoso. Si bien es cierto el proyecto no es extenso hemos decidido enfocar este trabajo únicamente en algunos principios generales sin entrar a discutir aspectos referentes a las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la ley o su organización.

El control que tiene un individuo sobre sus datos personales se ha vuelto un tema de fundamental importancia a raíz de la creación de medios informáticos electrónicos que tuvo lugar durante la segunda mitad del siglo XX ha resultado en un cambio social que se ve reflejado tanto a nivel individual como grupal. Esta dinámica individuo-información y su efecto en políticas estatales tiene sus orígenes en la década de los 60 como respuesta de los estados industrializados al desarrollo e implementación de las computadoras, sin embargo, no fue hasta la década de los 70 cuando este tema adquiere independencia como tema de políticas estatales independientes y surgen leyes especiales sobre la materia.¹ Existen también dificultades al momento de nombrar la rama jurídica que estudia la protección de datos. Bennett comenta que en las legislaciones de países angloparlantes se aborda el tema bajo el término *privacy* o privacidad, en consideración de las connotaciones técnicas del término protección de datos.² Sin embargo, la tendencia en Latinoamérica, Europa y algunos países asiáticos es utilizar el término protección de datos personales o términos similares.

El término era digital o era de la información recoge tales cambios y les otorga una característica trascendental propia de otros grandes cambios históricos. Sin embargo, y a diferencia de la revolución industrial, la revolución digital presupone una superación tecnológica desconocida hasta el momento. Atrás quedan declaraciones como la emitida por Henry Ellsworth, director del departamento de patentes de Estados Unidos, quien en un reporte al congreso norteamericano en 1843 manifiesta que “el avance de las artes cada año riñe con nuestra credulidad y parece presagiar la llegada de un periodo en el cual la autosuperación humana ha de terminar”. Si bien las palabras de Ellsworth son consideradas como una licencia literaria que busca enfatizar la elevada carga de trabajo que afrontaba la oficina de patentes de Estados Unidos la idea de un límite al desarrollo tecnológico parece impensable en el mundo moderno. No obstante, las sociedades de información, no son la causa de los problemas relativos a la recolección de datos, sino únicamente el contexto dentro del cual estos se presentan, particularmente en relación con instituciones gubernamentales

¹ Bennett (1992) pag. 2

² Bennett (1992) pag. 13

y como estas administran y procesan datos personales de los ciudadanos.³ Uno de los desafíos más importantes es el control que los individuos tienen sobre su información personal, particularmente cuando se tiene en cuenta que actualmente es posible almacenar una gran cantidad de información personal en medios físicos, como memorias USB, o en servidores en la Internet, conocidos como la nube o *cloud*.

En 2014, en un reporte titulado *Data Protection Principles for the 21st Century*, el Oxford Internet Institute describe que desde un punto de vista práctico, la tendencia moderna en la recolección de datos debe transferir la responsabilidad de los individuos hacia los sujetos que recogen los datos y aquellos que la utilizan y cuya responsabilidad debe establecerse en base a como administran y procesan la información en lugar a la manera en que obtienen el consentimiento del individuo para la recolección de la misma.⁴ No obstante, estas recomendaciones fueron propuestas antes de que se descubriera la recolección de forma anónima y sin el consentimiento de los titulares por parte de la compañía de consultoría política Inglesa *Cambridge Analytica* que tuvo acceso información personal contenida en *smartphones* por medio de redes sociales, Facebook en particular, constituyéndose así en la noticia más grande del 2018 en el tema de protección de datos. Utilizando la información recolectada esta compañía fue capaz de ejercer influencias en elecciones de varios niveles a lo largo del mundo, incluyendo países como Inglaterra, India y Estados Unidos por mencionar solo algunos.⁵

Por otra parte, tampoco es extraño encontrar ejemplos en los que el uso que la compañía da a la información recolectada no es del todo claro. Los usuarios han ido poco a poco convirtiéndose en el producto. La aparición de *smartphones* y el posterior desarrollo de aplicaciones que hacen uso de la información personal que tales dispositivos colectan como parte de sus funciones. En muchos casos, los usuarios finales acceden a la recolección de tales datos al momento cuando instalan las aplicaciones o bien mediante su uso. No es raro leer noticias sobre compañías que manejan grandes volúmenes de información personal que resultan blanco de ataques informáticos cuyo fin es obtener datos como direcciones o números de tarjeta de crédito las cuales son utilizadas en transacciones fraudulentas. No obstante, la dinámica jurídico-informática no puede limitarse únicamente al uso de la información por entes corporativos. Google y Wikipedia han cambiado la manera en que el ser humano accede a la información, y algunos estudios apuntan han tenido efecto en la manera en la que el cerebro humano conserva y hace uso de esta.⁶ Es por eso las discusiones doctrinales de la relación derecho-información en la era digital no pueden limitarse a temas tradicionales como derecho de propiedad intelectual o protección de secretos industriales, sino que debe expandirse para incluir el rol del individuo y su derecho al manejo de su información personal desde la perspectiva de los derechos a la imagen, a la privacidad y en los últimos años el

³ Bennett (1992) pag. 17-18

⁴ *Data Protection Principles for the 21st Century: Revising the 1980 OECD Guidelines* (2014) 8

⁵ El escándalo de Cambridge Analytica tuvo sus inicios con dos artículos publicados en el New York Times y el Observer. Según las investigaciones de estos diarios la compañía consultora utilizó una aplicación para recabar información no solo de las personas que la instalaron en sus teléfonos, sino además de sus contactos, llegando a recolectar información de alrededor de 50 millones de personas. Tal información fue utilizada para influir en elecciones presidenciales como la de Estados Unidos en 2016 y referéndums como el voto de Brexit.

New York Times (2018), The Observer (2018)

⁶ Huffington Post (2015)
Scientific American (2013)

derecho a ser olvidado. Panamá no escapa a estas realidades, debiendo hacer frente a los cambios de las relaciones sociales y del individuo con su propia información. Es por esto por lo que este artículo utiliza leyes de diferentes jurisdicciones con el fin de analizar las normas del proyecto de ley desde la perspectiva del derecho comparado.

PRINCIPIOS GENERALES

La principal función de una ley general de protección de datos es servir como guía a instituciones públicas y privadas al momento de recolectar, transmitir, divulgar, procesar o manejar de cualquier manera información de carácter personal. Es por esto por lo que, si bien muchas leyes establecen derechos y obligaciones específicos estos son desarrollados dentro de un núcleo central que se constituye como norte en el tratamiento de datos personales. La *Data Act* sueca de 1973 es considerada como la primera ley que específicamente aborda la materia de protección de datos.⁷ Para el año 2011, existían 76 países con leyes de protección de datos y a 2017 la cifra aumento hasta alcanzar los 120.⁸ A nivel supranacional encontramos por ejemplo los *Guidelines on the Protection Of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* adoptados por la OECD en 1980 y actualizados por última vez en 2013. En su versión actual de 2013, estas reglas generales están compuestas por ocho principios: principio de recolección limitada, de calidad de los datos, de especificación del propósito, de limitación de uso, de seguridad de los datos, de transparencia, de participación de los individuos y finalmente el principio de rendición de cuentas.⁹ Si bien los principios son los mismos consagrado en la versión original de 1980, su interpretación y ámbito de aplicación ha ido cambiando de la mano del desarrollo tecnológico.

Un examen de las varias legislaciones revela que la tendencia en el derecho comparado es tener una ley general que establezca los principios generales en cuanto a la información personal.¹⁰ ¹¹ En Uruguay, Colombia y Argentina consagran en sus leyes principios generales como lo son el principio de licitud, libertad, legalidad, transparencia, veracidad, finalidad, seguridad y otros similares. Estas leyes no se limitan a enumerar estos principios, sino que los desarrollan de manera que sean de fácil entendimiento y aplicación aun cuando no haya una norma específica aplicable al caso. Estados Unidos por su parte no tiene una sola ley a nivel federal que regule de manera general la recolección de datos personales, prefiriendo una regulación por materias con apoyo de las normas individuales de cada estado. No obstante, a nivel federal encontramos los *fair information practice principles* de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos. Estos principios fueron propuestos por primera vez en 1973 en un reporte del Departamento de Salud

⁷ Greenleaf (2011) pág. 1.

⁸ Greenleaf (2017) pág. 10.

⁹ OECD (2013) págs. 14-15, *THE OECD PRIVACY FRAMEWORK*
http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf

¹⁰ Bennett (1992) pág. 3

¹¹ Las referencias que en este trabajo se hagan a legislaciones extranjeras hacen referencia a las siguientes leyes:

Argentina	Ley No. 25236 de 2000
Canadá	Personal Information Protection and Electronic Documents Act
Estados Unidos	Privacy Act de 1974 (5 U.S.C. § 552a)
Colombia	Ley Estatutaria 1581 de 2012
Japón	Ley No. 57 de 2003
Reino Unido	Data Processing Act de 2018
Reglamento (Ue) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016	
Uruguay	Ley 18331 de 2008

titulado *Record Computers and the Rights of the Citizens*¹² como respuesta al desarrollo de tecnologías de recolección de información. Los principios se presentan en pares, a saber: de notificación y conocimiento, elección y consentimiento, acceso y participación, integridad y seguridad, y por último aplicación y reparación.

A nivel europeo a partir de mayo de 2018 entró en vigor Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) que busca establecer reglas generales dentro del sistema de la unión europea. El segundo capítulo del RGPD trata sobre los principios relativos a la protección de datos y dispone que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente, siendo recogidos para fines determinados explícitos y legítimos en una medida adecuada, pertinente y limitada en base a esos fines además de ser exactos y actualizados de ser necesario. También establece un principio de temporalidad ya que requieren que los datos sean mantenidos durante no más tiempo del necesario, aunque reconoce que podrán conservarse por mayor tiempo por fines de interés público.

Finalmente establece un principio de seguridad no solo contra la pérdida, destrucción o divulgación de los datos, sino contra accesos no autorizados y establece la responsabilidad en cuanto al cumplimiento de estos principios en el responsable de tratamiento de los datos. Los RGPD no solo enumeran estos principios, sino que también los desarrollan, estableciendo las pautas concretas para que los mismos se consideren como cumplidos. Debemos mencionar también que el artículo 45 de los RGPD solo permite la transmisión de datos a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión determine que el país u organización en cuestión garantizan un nivel de protección adecuado y dicha determinación se hará tomando en cuenta elementos como el estado de derecho, el respeto a los derechos humanos y garantías fundamentales entre otros. La ley japonesa consagra una serie de políticas concernientes a la protección de datos personales que cubren instrucciones básicas en cuanto a la promoción de protección de datos personales, asuntos generales relativos a la protección de datos personales por parte del Estado, gobiernos locales, entidades administrativas constituidas en sociedades o no, así como asuntos generales relativos a la protección de datos personales por parte de compañías privadas, la pronta resolución de quejas relativas a la protección de datos personales y finalmente cualquier otro punto que tenga que ver con la protección de tales datos.

El proyecto de ley inicia proclamando que su objetivo es establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimientos que regulan la protección de datos personales en consideración a su relación con la vida privada y demás derechos fundamentales de los ciudadanos. Ya en este punto surgen interrogantes con respecto al ámbito del ámbito de aplicación de este ya que se hace referencia únicamente a ciudadanos, sin embargo, la constitución nacional le reconoce estos derechos fundamentales tanto a nacionales como extranjeros. Pero la mayor deficiencia del proyecto es no determinar cuáles son estos principios rectores que pretende establecer, si bien algunas obligaciones y principios pueden inferirse de la redacción de artículos posteriores, el proyecto no presenta una lista de estos por lo que tampoco los desarrolla. También llama la atención que el segundo artículo del proyecto entra a establecer las excepciones a la aplicación de las normas contenidas en el mismo. Si bien se trata de una mera cuestión de orden, consideramos que se presiona a confusiones en cuanto a las prioridades de la norma.

¹² Un archivo del reporte puede encontrarse en: <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>
Fecha de acceso: 26 de agosto de 2018.

DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Las leyes de protección de datos tienden a definir datos personales de una manera amplia. Por ejemplo, el Convenio No. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981 establece que dato de carácter personal estableciendo se refiere a cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable. Esta definición es recogida por las leyes de Argentina, Uruguay y Colombia adoptan una definición similar a la establecida por el Convenio No. 108 del Consejo de Europa. La RGPD define datos personales como toda información sobre una persona física identificada o identificable, definiendo persona física identificable como toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. El Reino Unido adoptó el RGDP en su legislación interna y define información personal toda información relativa a un individuo vivo, identificado o identificable.

Japón define dato de carácter personal como toda información sobre una persona viva que sirva para identificar a tal individuo por su nombre fecha de nacimiento o cualquier otra descripción contenida en dicha información. Cabe señalar que la ley otorga protección no solo a los datos personales, sino a cualquier información relacionada que pueda servir para identificar los datos personales, otorgando un doble nivel de protección. En datos personales es toda información relacionada con un individuo vivo, pero la ley también incluye una definición para datos personales relacionados con la salud (*personal health information*) la cual se extiende a individuos fallecidos y comprende información relacionada a la salud física y mental, así como cualquier otra información que se obtenga directamente o indirectamente de tratamientos médicos a los que se someta el individuo.

El proyecto de ley se decanta por una definición amplia de dato de carácter personal al establecer que es cualquier información concerniente a personas naturales, que las identifica o las hace identificables. Siguiendo la tendencia encontrada en las legislaciones consultadas, el proyecto adopta definiciones para varios tipos de datos, no obstante, nos referiremos únicamente al dato anónimo y dato disociado ya que consideramos que las definiciones presentadas se prestan para confusión ya que estos dos términos no aparecen en ningún otro artículo de la ley, por lo que su ámbito de aplicación y su objetivo no resulta claro. El dato disociado es aquel que no puede asociarse con su titular, ni permite que la persona natural sea identificada por razones de la estructura, contenido o grado de desagregación. Por su parte, el dato anónimo es aquel dato cuya identidad no puede ser establecida por medios razonables, o el nexo entre el mismo y la persona a la que se refiere. En cuanto al dato disociado, parece referirse a datos estadísticos, como aquellos recolectados en investigaciones científicas. De ser este el caso, el dato pierde su característica de personal, por lo no entraría en el ámbito de aplicación de la ley. Sin embargo, la definición de dato anónimo también parece hacer referencia a este tipo de datos y su estructura lógica se presta para confusiones. En primer lugar, no es claro a que se refiere la ley cuando habla de identidad del dato en relación con los datos anónimos. A nuestro parecer existen dos posibles acepciones de la palabra identidad en este caso. En primer lugar, podría entenderse como la información personal del individuo en cuestión (nombre, fecha de nacimiento etc.) En segundo lugar, identidad podría

referirse a otras características del dato en general (su formato, su fuente, tamaño, etc.). Sin embargo, en este último caso surge la duda de cómo puede considerarse como dato tal si tal información es desconocida. Por otra parte, si el dato anónimo hace referencia a la información personal del individuo debe considerarse que los datos anónimos y los datos disociados son términos sinónimos. Otra confusión nace de la segunda parte de la definición de dato anónimo la cual se refiere al nexo entre el dato y la persona a la que se refiere. Si tal nexo es desconocido, no se comprende cómo puede considerarse el dato como de carácter personal, bajo las definiciones que la misma ley, si desconoce la información personal del individuo y el nexo entre el dato y la persona en cuestión estaríamos frente a datos estadísticos. Finalmente, el proyecto de ley guarda silencio sobre datos de salud, biométricos, genéticos, y otros relativos a la identidad física y genética del individuo por lo que no podemos comentar al respecto.

CONSENTIMIENTO E INFORMACIÓN EN LA RECOLECCIÓN Y TRANSMISIÓN DE DATOS PERSONALES

Una de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a los datos personales tiene que ver con el consentimiento por parte del individuo, el método de recolección y transmisión de los datos y el acceso a datos de terceros, particularmente en servicios de redes sociales como lo son Facebook o Instagram. La tendencia de muchas legislaciones es exigir un consentimiento claro, afirmativo, libre, expreso, informado, o cualquier otra característica similar, como lo hacen por ejemplo Argentina y Uruguay. Colombia por su parte dispone que autorización es el consentimiento previo, expreso e informado. En Canadá el consentimiento es válido únicamente cuando es razonable suponer que el individuo que lo manifiesta comprende la naturaleza, propósito y consecuencias de la recopilación, uso o divulgación de su información personal.

El RGPD establece que el consentimiento es toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. De igual manera el reglamento determina que al momento de analizar si el consentimiento se ha dado de manera libre o no se tomará en cuenta el hecho de si los datos recolectados son necesarios para la ejecución del contrato. En el Reino Unido, siguiendo las disposiciones de la Unión Europea, el consentimiento en relación con el procesamiento de datos personales de un individuo se refiere a una manifestación presentada de manera libre y que se caracteriza por ser específica, informada e inequívoca y mediante la cual el individuo da a conocer mediante una acción afirmativa su aceptación al procesamiento de los datos. La legislación japonesa se encuentra rezagada en la materia ya que no define consentimiento, limitándose a establecer que el mismo debe ser obtenido previamente lo que ha ocasionado discusiones en la doctrina sobre el contenido y necesidad de suplir este vacío legal.

El proyecto de ley adolece de deficiencias graves en cuanto al consentimiento. Una lectura del artículo 6 del proyecto revela que el consentimiento debe ser previo, irrefutable y expreso y que la persona debe ser informada sobre el uso que se le dará de sus datos personales. La redacción de este artículo no establece que tal información sobre el uso debe ser proporcionada previamente al interesado, únicamente que el consentimiento debe ser previo a la recolección. La norma tampoco requiere que el consentimiento sea informado, por lo que nada evita que se obtenga un consentimiento sin informar al titular de la información previamente. También preocupa que el proyecto establezca una excepción para el consentimiento en relación con una categoría de

personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia de la persona natural a una organización, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento. Tampoco se disponen normas relativas al consentimiento a la recolección de información de menores de edad, situación sobre la cual encontramos reglas en muchas de las legislaciones consultadas.

Si bien la recolección de información personal debe realizarse en base al consentimiento del titular de esta tanto la doctrina comparada como las legislaciones y jurisprudencia son claras en requerir que tal consentimiento sea informado. En Japón por ejemplo, el propósito de uso de los datos debe especificarse lo más posible e inclusive establece que en caso de que el operador de los datos sea parte de una fusión corporativa la nueva entidad no podrá utilizar los datos recolectados para los fines establecidos en la autorización original. La normativa japonesa establece claramente que el consentimiento no puede obtenerse por medios fraudulentos y en los casos en los que la información se obtenga como parte de la celebración de un contrato es necesario que el usuario reciba información detallada sobre los propósitos de uso de dicha información. De igual manera, el operador no puede cambiar su política de uso de datos a tal grado que deje de guardar relación con la información proporcionada al individuo al momento en que otorgo su consentimiento.

En caso de que el operador obtenga los datos de un individuo por motivos diferentes a un contrato la ley le impone la obligación de informar al titular de estos sobre el uso que pretenda darle a los datos personales a la mayor brevedad posible. Las legislaciones latinoamericanas se rigen por los principios de información previa y de especificidad en cuanto a la política de uso de los datos personales. Argentina requiere que al momento de obtener el consentimiento se le informe al sujeto la finalidad para la cual serán utilizados los datos y quienes serán los destinatarios o posibles destinatarios, le existencia de registros y bancos de datos, así como la identidad y domicilio del responsable, si las respuestas que el sujeto da son obligatorias o facultativas, las consecuencias de proporcionar o no los datos, y finalmente la facultad del interesado para ejercer sus derechos.

Colombia obliga al responsable del tratamiento de datos a proporcionar al titular de los mismos información relativa a cómo serán procesados sus datos personales, si las respuestas que proporciona son facultativas o no, pero solo en caso en que versen sobre datos de niños y adolescentes. El responsable también debe informar al titular sobre sus derechos y la dirección física y electrónica, así como el teléfono del responsable de los datos.

La ley uruguaya dispone que al momento de recabar información personal es necesario informar previamente de manera expresa, precisa e inequívoca la finalidad que se le dará a los datos, la existencia de una base de datos, así como la identidad y domicilio del responsable, el carácter obligatorio o no del cuestionario, las consecuencias de proporcionar o no la información y finalmente la posibilidad por parte del titular para ejercer sus derechos.

La unión europea por su parte ha ido más allá al establecer que cuando el consentimiento se da dentro del contexto de una declaración escrita que también verse sobre otros asuntos, es necesario que la solicitud de consentimiento sea presentada de manera inteligible y de fácil acceso en un lenguaje claro y sencillo, de tal manera que pueda separarse de otros asuntos dentro del documento. Se considera nula la declaración de uso que vaya en contra de cualquiera de las normas del reglamento. De esta manera la doctrina es clara en que la persona o corporación que recolecta

los datos tiene una serie de obligaciones que nacen aun antes de que comience su tarea de recopilación. Sin embargo, el proyecto de ley guarda silencio al respecto, limitándose a establecer en su artículo 24 del proyecto que cuando la recolección de datos se realice por medios digitales o la internet las obligaciones establecidas en el proyecto serán complementadas por las “políticas de privacidad” y/o “Condiciones de Servicio”. Consideramos que tal referencia a un documento privado como lo son las condiciones de servicio de una aplicación o página virtual para complementar las obligaciones del operador va en contra del fin del proyecto y la tendencia actual en el derecho comparado.

En cambio, el proyecto de ley panameño no desarrolla políticas ni reglas en cuanto al uso, propósito, naturaleza, etc. en tema de tratamiento de datos. El artículo 5 decreta que el titular tiene derecho a que sus datos no sean utilizados para fines distintos de los que haya sido informado y le otorga el derecho de oponerse a usos no autorizados.

El artículo 10 escuetamente establece que los datos personales deben utilizarse para los fines determinados, explícitos y lícitos para los cuales hubieren sido autorizados al momento de su recolección sin especificar la manera en que tal información debe ser proporcionada al usuario. Esta información es de fundamental importancia para el usuario final quien debe considerarla al momento de tomar la decisión sobre sí autoriza o no el tratamiento de su información. La ley tampoco establece si tal información relativa al uso de los datos personales debe proporcionarse de manera independiente o puede ser parte de un contrato. El artículo 5 del proyecto dispone que la información recopilada solo puede ser utilizada para los fines que expresamente informados al titular, pudiendo este último oponerse a usos sobre los cuales no haya sido informado aparte de cualquier responsabilidad civil o penal que pudiera existir. El mismo artículo impone la obligación de informar sobre la no obligatoriedad de las preguntas en casos de encuestas, estudios de mercado, sondeos de opinión pública y otros instrumentos semejantes. Seguidamente el artículo 6 requiere que se informe debidamente al titular sobre el uso que se les dará a sus datos personales. El artículo 13 le otorga al titular de los datos personales los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, pero no contempla ningún tipo de derecho, a la información. En específico, el proyecto guarda silencio sobre cuándo debe informarse al titular de los datos o los requisitos que debe cumplir la política de uso de los datos.

CONCLUSIONES

Varios sectores de la sociedad claman por la aprobación del Proyecto de Ley No. 463 de protección de datos de carácter personal como una manera de que nuestro país se adecue a estándares internacionales y así impulsar nuestra competitividad. Sin embargo, no podemos compartir esta opinión. Somos conscientes de que Panamá se encuentra rezagada en esta materia y que los requerimientos de una sociedad informática nos obligan a adaptarnos a las nuevas tecnologías para poder proteger los derechos tanto de nacionales como extranjeros. No obstante, consideramos que la adopción de este proyecto de ley no se traducirá en un desarrollo positivo para el país en materia de protección de datos. En primer lugar, la falta de principios rectores claramente delineados limita mucho la eficacia del proyecto de ley. Aunado a esto tenemos el hecho de que el proyecto hace referencia en varias ocasiones a leyes especiales; otorgándoles preferencia sobre las normas contenidas en el mismo.

La principal función de una ley de protección de datos es crear un marco común para que las entidades tanto públicas como privadas tengan una guía al momento de recolectar, procesar, transmitir y, en caso de ser necesario divulgar datos personales, principios que se convierten en la base sobre la cual se desarrolla la política informática de un país. Estos principios generales los encontramos aun en países federalistas como Estados Unidos aun cuando las reglas para cada tipo de información se encuentren consagradas en leyes especiales. Si lo que se desea es seguir un modelo similar al estadounidense, lo ideal sería incluir los principios rectores de la protección de datos personales en este proyecto y que la interpretación y aplicación de las leyes especiales se de en base a los mismos. Por otra parte, no comprendemos qué se pretende al permitir que las políticas de uso de cada operador sirvan como complemento para normas cuya función es proteger los datos personales de los individuos, sobre todo si se toma en cuenta la falta de principios generales. Las experiencias modernas con servicios de redes sociales y aplicaciones similares demuestran que dejar tales decisiones a actores privados no resulta en una protección adecuada de los derechos de los usuarios.

En segundo lugar, nos parecen peligrosas algunas excepciones establecidas en el proyecto. Por ejemplo, el proyecto dispone que las normas no serán aplicables a la información obtenida mediante un proceso previo de disociación. Sin embargo, no queda claro si se requiere el consentimiento del titular de la información al momento de recolectarla, aun cuando esta sea sometida al proceso de disociación posteriormente. La ley también dispone que no se requiere consentimiento para el tratamiento de la dirección y fecha de nacimiento del individuo, ya que en la práctica de muchas instituciones financieras y otros servicios esta información es usada para confirmar la identidad del usuario al acceder a servicios en línea o vía telefónica. La redacción del proyecto revela que el mismo no se adapta a las realidades de la era informática ya que muchas normas parecen redactadas sin tomar en cuenta las características de una sociedad conectada 24 horas al día. No comprendemos por que la información sobre la obligatoriedad de responder o no a preguntas se limite únicamente a ciertos tipos de recolección de datos. Tampoco se abordan temas como la recolección de datos personales de manera pasiva producto de contactos en las redes sociales o derechos sobre información genética o biométrica.

En conclusión, tomando en cuenta los compromisos internacionales de Panamá en materia de protección de derechos humanos y las tendencias modernas en el derecho comparado, en particular el requerimiento que el RGPD hace para el intercambio de información consideramos que es necesario comenzar nuevamente desde cero, tomando en cuenta los últimos avances jurídicos en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

BBC. *Cambridge Analytica: The story so far.* (En línea) (Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018). Disponible en: <https://www.bbc.co.uk/news/technology-43465968>

BENNETT, Collin J. *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States.* Casa editorial: Cornell University Press, Primera edición, 1992.

CATE, Fred H., CULLEN, Peter, MAYER-SCHONBERGER, *Data Protection Principles for the 21st Century: Revising the 1980 OECD Guidelines* (2014) (En línea) (Fecha de acceso: 3 de septiembre de 2018)

- Disponible en:
https://www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/publications/Data_Protection_Principles_for_the_21st_Century.pdf
- GREENLEAF, Graham** *Global Data Privacy Laws: Forty Years of Acceleration*, Privacy Laws and Business International Report, No. 112, pp. 11-17 (2011)
- GREENLEAF, Graham.** *Global Data Privacy Laws 2017: 120 National Data Privacy Laws, including Indonesia and Turkey, 2017*) 145 Privacy Laws & Business International Report, pp. 10-13 (2017)
- GUTWIRTH, Serge, POULLET, Yves, DE HERT, Paul, LEENES, Ronald.** *Computers, Privacy and Data Protection: an Element of Choice*. Casa editorial: Springer. Edición 2011.
- HUFFINGTON POST.** *How Google Is Changing The Way We Think* (2015) (En línea) Inglaterra (Fecha de acceso: 3 de septiembre de 2018) Disponible en:
https://www.huffingtonpost.com/entry/google-changes-thinking_us_55dc8069e4b04ae497046fa6
- INFORMATION COMMISIONER'S OFFICE.** *Investigation into the use of data analytics in political campaigns*. (En línea) Inglaterra. (Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018) Disponible en: <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/2259371/investigation-into-data-analytics-for-political-purposes-update.pdf>
- NEW YORK TIMES,** *La empresa que explotó millones de datos de usuarios de Facebook*. (En línea) New York. (Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018) Disponible en:
<https://www.nytimes.com/es/2018/03/20/cambridge-analytica-facebook/>
- OECD,** *The OECD Privacy Framework* (2013). (En línea) (Fecha de acceso: 3 de septiembre de 2018) Disponible en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf
- ROSENDAAL, Arnold.** *Facebook tracks and traces everyone: Like this!*. Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 03/2011
- RUBINSTEIN, Ira S.** *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?* International Data Privacy Law, Vol. 3 No.2 pp. 74-87 (2013)
- SCIENTIFIC AMERICAN.** *The Internet Has Become the External Hard Drive for Our Memories* (2013) (En línea) (Fecha de acceso: 3 de septiembre de 2018) Disponible en:
<https://www.scientificamerican.com/article/the-internet-has-become-the-external-hard-drive-for-our-memories/>
- SCHÜNEMANN, Wolf J., BAUMANN, Max-Otto (EDS.).** *Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe*. Casa editorial: Springer, Primera edición 2017.
- TENE, Omer, POLONETSKY, Jules.** *Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics*. Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 11 pp. 239-273 (2013)
- THE OBSERVER.** *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*. (En línea) Inglaterra. (Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018) Disponible en: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

LEYES

Argentina	Ley No. 25236 de 2000
Canadá	Personal Information Protection and Electronic Documents Act
Estados Unidos	Privacy Act de 1974 (5 U.S.C. § 552a)
Colombia	Ley Estatuaria 1581 de 2012
Japón	Ley No. 57 de 2003
Reino Unido	Data Processing Act de 2018
Reglamento (Ue) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016	
Uruguay	Ley 18331 de 2008

Artículo recibido: 14 de septiembre de 2018

Aprobado: 26 de septiembre de 2018

N. AUTORES INTERNACIONALES INVITADOS

La Práctica de la Prisión Preventiva de los Jueces del Sistema Acusatorio Penal ***The Practice of Pretrial Detention of judges in Criminal Accusatory System***

***Alan Israel Casáis Molina**

Universidad Autónoma de Yucatán, México¹

***Agradecimiento al Doctor Carlos Ramón Alcalá Ferraez**

E-mail: casais_alan@hotmail.com

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo conocer los factores que determinan la aplicación de la práctica de prisión preventiva en el estado de Yucatán. Por consiguiente, se analizaron las percepciones de los jueces en relación con dicho fenómeno en el Sistema Penal Acusatorio. A nivel internacional se ha determinado que los supuestos de prisión preventiva en México no son adecuados en un sistema acusatorio y en Yucatán se han incrementado las determinaciones de prisión preventiva durante el periodo 2011 al 2016. La metodología utilizada fue cualitativa de tipo fenomenológica. Se aplicaron entrevistas a profundidad y se analizaron audiencias iniciales en el Centro de Justicia Oral de Mérida. De acuerdo con los datos recabados se encontró que los Jueces de Control en el estado de Yucatán aplicaron la prisión preventiva a los procesados valorando el principio de proporcionalidad y de idoneidad de la medida analizando principalmente el tipo de delito y el arraigo en los procesados en el estado. Por último, la presunción de inocencia se ve amenazada por lo cual se necesitan más estudios para evitar prácticas de justicia discriminatorias y favorecer un mejor equilibrio entre la víctima y el procesado.

Palabras clave: prisión preventiva, jueces de control, sistema acusatorio, campo jurídico, habitus.

ABSTRACT

The article aims to know the factors that determine the application of the practice of preventive detention in the state of Yucatan. Therefore, was analyzed the perceptions of the judges in relation to that phenomenon. At the international level, it has been determined that cases of pretrial detention in Mexico are not adequate in an accusatory system and in Yucatan, pretrial detention determinations have been increased during 2011 to 2016. The methodology used was qualitative phenomenological. In depth interviews were conducted and initial hearings were analyzed at the Mérida Oral Justice Center. According to the data collected, it was found that the Judges of Control in the state of Yucatan applied preventive detention to the defendants, assessing the principle of proportionality and suitability of the measure, mainly analyzing the type of crime and the root in the defendants in the case. Finally, the presumption of innocence is threatened and are needed more

¹ *Maestro en Derecho con opción en Penal y Licenciado en Derecho ambos por la Universidad Autónoma de Yucatán, Estudiante del Doctorado Institucional en Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Yucatán, correo electrónico casais_alan@hotmail.com, Profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Yucatán, Aspirante a Técnico Judicial y Prácticas Profesionales en la Sala Colegiada Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, Estudiante en el Verano de la Investigación Científica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.*

studies to avoid discriminatory practices of justice and favor a better balance between the victim and the accused.

Keywords: preventive prison, control judges, accusatory system, legal field, habitus.

Sumario: I. Introducción. II. Metodología. III. La normativa de la Medida Cautelar de Prisión Preventiva. IV. Marco teórico conceptual. V. Exposición de resultados. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Este artículo forma parte de una investigación relacionada a la Práctica de la Prisión Preventiva en el Sistema Acusatorio del Estado de Yucatán durante el periodo de 2008 a 2016. El objetivo principal de este artículo es dar a conocer los factores que utilizan los jueces de control para dictar prisión preventiva a las personas acusadas de cometer un hecho que la ley señala como delito en el Sistema Penal Acusatorio Mexicano. Por lo tanto, se empleó como sustento teórico la teoría sociológica de los Campos del sociólogo francés Pierre Bourdieu² para el análisis de la práctica de la prisión preventiva por parte de los Jueces de Control. Esta teoría se utilizó para determinar el comportamiento de los sujetos dentro del campo jurídico respecto al dictado de la medida cautelar en cuestión. Lo anterior, con la finalidad de generar el conocimiento que sirva a las autoridades y a la sociedad para establecer propuestas para alcanzar la justicia y lograr la eficacia del Sistema Penal Acusatorio.

A partir de un Decreto Presidencial³ el 18 de junio del 2008 se reformó la Constitución y se estableció un cambio en el Sistema de Justicia Penal Mexicano. El modelo de impartición de justicia inquisitivo o mixto fue sustituido por el sistema acusatorio, el cual se implementó desde el 2011 en el estado de Yucatán. En consecuencia, el sistema acusatorio tiene entre sus características: el derecho al respeto de la libertad personal y el principio de presunción de inocencia⁴. Además, México reconoció que la Constitución y los Tratados Internacionales se encuentran al mismo rango de importancia a partir de la reforma constitucional de junio de 2008. Asimismo, en la Constitución en su artículo primero estableció el *principio pro persona*⁵, el cual señaló que las normas nacionales e internacionales deben aplicarse en todo momento conforme a la protección más amplia en favor de los ciudadanos y la obligación de las autoridades en todas sus ramas de respetar y garantizar el goce y disfrute de los mismos lo cual estuvo en contra de la utilización de la prisión preventiva.

Lo anterior, significó que en las prácticas de impartición de justicia relacionadas a la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva se debió proteger al imputado con la norma que más favorezca sus derechos, sea esta norma nacional o internacional con la finalidad de no dañar su dignidad humana y lo anterior se le debe garantizar a las personas durante el proceso penal. En este sentido, Juan E. Méndez, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, señaló en sus recomendaciones⁶ que es grave que exista en la normativa constitucional y en normas generales

²Bourdieu, Pierre. El Sentido social del gusto. Elementos para una sociología de la cultura, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010, p.9.

³Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 todos de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación publicado el 18 de Junio del 2008, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴Chorres, Hsbert, Antología Penal Federal, México, D.F. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. 2016, p.126.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, D.F. Editorial SISTA, S.A. de C.V. 2017, p.10.

⁶Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, sobre su misión a México, p.19. Véase, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>, Consultada el 14 de Noviembre del 2018.

mexicanas la prisión preventiva oficiosa y pidió que al gobierno apruebe lo necesario en la normativa mexicana para garantizar el adecuado control judicial de las medidas cautelares. Por ende, determinó en sus recomendaciones al estado mexicano eliminar de la normativa nacional la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa por ser considerada un acto de tortura. Sin embargo, el adecuado control judicial sobre la medida cautelar en Yucatán a partir de la implementación del sistema acusatorio penal se dificultó debido a un incremento en la práctica de la prisión preventiva en todos los distritos judiciales penales durante el periodo de 2011 a 2016 según muestra la tabla número 1 a continuación:

Año	Primer Distrito Mérida y Progreso	Segundo Distrito Kanasín	Tercer Distrito Tekax	Cuarto Distrito Umán	Quinto Distrito Valladolid	Total
2011	N.A	N.A	N.A	1	1	2
2012	N.A	3	3	9	24	39
2012	N.A	10	4	18	27	59
2014	92	26	13	13	18	162
2015	327	26	6	25	29	413
2016	346	57	6	30	21	460
Total	765	122	32	96	120	1,135

Tabla número 1

N.A.: "No aplica", porque no habían juzgados de control en esos distritos en el período referente al número de asuntos que utilizaron la medida cautelar de prisión preventiva durante el periodo 2011 a 2016 en el Sistema Acusatorio del Estado de Yucatán. Estadística proporcionada en fecha 18 de Abril del 2018 por la Unidad de Estadística Judicial de Primera Instancia.

Se puede visualizar en la tabla número 1 que se existió un incremento de los expedientes que utilizaron la prisión preventiva en relación con los totales señalados en los cinco distritos judiciales durante el periodo de 2011 a 2016. Por consiguiente, se destaca una problemática importante a fin de estudiar cuáles son las conductas de los jueces de control al dictar la medida cautelar de prisión preventiva en el estado de Yucatán debido a que es un acto de tortura contra las personas porque atenta contra su derecho de libertad personal y el principio de presunción de inocencia. Así, cabe formular la siguiente interrogante ¿Cuáles son los factores que influyen en los jueces de control para dictar la prisión preventiva? Con la finalidad de responder la pregunta se presentará a continuación los siguientes apartados: metodología, hipótesis, la normativa de la prisión preventiva, marco teórico, resultados y las conclusiones pertinentes.

II. Metodología

La metodología que se empleó en esta investigación es cualitativa de tipo fenomenológica, por lo tanto se describieron las experiencias y las anécdotas de los participantes dentro del campo jurídico⁷. En la investigación en cuestión, se escogió a cuatro jueces de control del Estado de

⁷ Aguirre, García, Juan Carlos; Jaramillo, Echeverri, Luis Guillermo Aportes del método fenomenológico a la investigación educativa Revista Latinoamericana de Estudios Educativos, Universidad de Caldas Manizales, Colombia, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2012, p.71

Yucatán. La selección de los jueces de control se realizó de acuerdo con un muestro teórico o intencionado conforme a las necesidades de la investigación.⁸ Además, para recolectar los datos relacionados a la práctica de la prisión preventiva se utilizaron: la hermenéutica jurídica, el diario de campo⁹ y la entrevista a profundidad¹⁰. Primero, con la hermenéutica jurídica¹¹ se interpretaron las normas que rigen la medida cautelar de prisión preventiva para comprender sus principales lineamientos jurídicos. Después con el diario de campo se llevaron a cabo anotaciones a partir de la observación del campo jurídico y 15 audiencias iniciales señalando sus aspectos importantes relacionados con la prisión preventiva. Asimismo, en lo referente a la técnica de la entrevista a profundidad semi estructurada¹² las entrevistas fueron individuales, previa autorización de los sujetos y se aplicó un instrumento consistente en un cuestionario, el cual, incluyó preguntas abiertas debidamente codificadas con base en los conceptos de la teoría de los campos de Pierre Bourdieu¹³ (campo jurídico, *habitus* jurídico y capital) y los objetivos generales y específicos de la investigación en cuestión.

Finalmente para análisis de los datos correspondió con una técnica de codificación axial¹⁴ en la cual se compararon los datos recabados a fin buscar patrones para llevar a cabo una triangulación de las técnicas de investigación cómo lo fueron el diario de campo y la entrevista hasta lograr la saturación de la información. Por último, se procedió a explicar los hallazgos por medio de un informe cualitativo que tuvo las consideraciones más relevantes de los jueces de control relacionados a la práctica de la prisión preventiva.

III. La normativa de la Medida Cautelar de Prisión Preventiva

A continuación se desarrolla la normativa referente al tema de la prisión preventiva con el objetivo de aclarar el sistema de disposiciones legales que opera en el campo jurídico mexicano. Primero, se llevó a cabo un análisis normativo nacional de la manera como está regulada la medida cautelar de prisión preventiva. Además, se señalaron los elementos normativos en el ámbito internacional. Lo anterior con el objetivo de delimitar el marco legal de referencia de acuerdo con la problemática en cuestión y su relación con la reforma constitucional de junio del 2008 mencionada con antelación en este trabajo.

⁸ Este tipo de estudio busca una representatividad cultural pues se espera comprender patrones de la cultura en torno a los cuales se estructuran los comportamientos y se da sentido a la situación de estudio. Véase, Monje Álvarez, Carlos Arturo, Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa guía didáctica, Universidad Sur Colombiana, facultad de ciencias sociales humanas, programa de comunicación social y periodismo Neiva, 2011, p.130.

⁹ El diario de campo es un instrumento de registro y procedimiento de información, en el que incluso antes de entrar propiamente en el campo, se escriben las acciones del investigador debido a la vulnerabilidad de la memoria en el tiempo. Véase. Hernández Samperi, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar, Metodología de la investigación, Editorial Mc Graw Hill, cuarta edición, ISBN 13978-970-10-5753-7, México, 2006, p.545.

¹⁰ Según Juan Álvarez es una conversación que tiene una estructura y un propósito. Véase, Álvarez, Juan, Cómo hacer investigación cualitativa, fundamentos y metodología, Ediciones Paidós Mexicana, S.A. de C.V. México, ISBN: 978-968-853-516-5, 2009, p 109.

¹¹ Posada Garcés, Juan Pablo, Elementos Fundamentales de la Hermenéutica Jurídica, Nuevo Derecho, Vol. 5, N° 6. Enero-Junio de 2010. pp. 47-63 - ISSN 2011-4540, Colombia, 2010, p.60

¹² En las entrevistas semi estructuradas, que utilizan una guía que recoge los temas que serán abordados durante la entrevista y son a profundidad debido a que se plasman todos los tópicos que se desean abordar a lo largo de los encuentros, por lo que previo a la sesión se deben preparar los temas que se discutirán, con el fin de controlar los tiempos, distinguir los temas por importancia y evitar extrarvíos y dispersiones por parte del entrevistado. Véase, Valles Martínez Miguel, S. Técnicas cualitativas de investigación social, Editorial Síntesis S.A. Madrid, p.183.

¹³ Bourdieu, Pierre. *Op. Cit.* p.9.

¹⁴ Los códigos identifican a las categorías que emergen de la comparación constante de segmentos o unidades de análisis. Véase, Hernández Samperi, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar, Metodología de la investigación, Editorial Mc Graw Hill, quinta edición, ISBN 978-607-15-0291-9, México, 2010, p.447.

Primero, la prisión preventiva se define como una medida cautelar de carácter personal impuesta por un juez de control, que afecta a un sujeto directamente en el ejercicio del derecho de libertad, la mayoría de las veces a partir de la formulación de la imputación durante el proceso penal.¹⁵ Según Jaime Flores Cruz, consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona internándola en una prisión mientras se desarrolla todo el proceso penal hasta la sentencia del juicio.¹⁶ Constantino Rivera, señaló que es una institución procesal que aplica el juez por petición de alguien por haber en apariencia un derecho.¹⁷

Para seguir el análisis se considera importante responder a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los presupuestos normativos de aplicación de medidas cautelares en México según el Código Nacional de Procedimientos Penales? Con base en la interrogante el código nacional en cuestión señaló que los presupuestos normativos que deben cumplir para el dictado de una medida cautelar¹⁸ son: solicitud el ministerio público en audiencia inicial o la víctima, que el juez dicte un auto de vinculación a proceso (en el que se exprese el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución), la existencia de datos de prueba en la carpeta de investigación que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

En relación con la audiencia inicial en la etapa de investigación,¹⁹ se recaban los datos de prueba que servirán como sustento para hacerle saber a una persona que se le acusa de un delito. Una vez recabados los datos de prueba en una carpeta de investigación, se lleva a cabo la audiencia inicial, en la cual, se formulará la imputación al indiciado y se dictará un auto de vinculación a proceso por un Juez de Control. Por lo tanto, en la audiencia inicial el fiscal o ministerio público le da a conocer a una persona que se lleva una investigación en su contra (esta acción del ministerio público se conoce como formulación de la imputación) y si el ministerio público no desea seguir investigando formulará una acusación describiendo los hechos que motivaron el delito. Después, el juez deberá dictar el auto de vinculación²⁰ a proceso, lo que dará lugar a que el ministerio público o la víctima soliciten la imposición de medidas cautelares²¹.

¹⁵ Kalife, Alfredo Dagdug, Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría y práctica, Editorial UBIJUS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2016, p. 805

¹⁶ Flores Cruz, Jaime, Análisis de la Nomenclatura empleada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda reimpresión, 2015, p.161.

¹⁷ Constantino Rivera, Camilo, Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio. Flores Editor y Distribuidor, Segunda edición, México 2015, p.21

¹⁸ Es importante destacar que en el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 153), se estableció que la duración de la medida cautelar podrá ser por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido el testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento. Por otro lado la Constitución señala (en su artículo 19) que la medida cautelar de prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Pero aclara que si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. Véase, Benavente Chorres, Hersbert, Hidalgo Murillo, José Daniel y Pérez Flores José Christian, Código Nacional de Procedimientos Penales Guía práctica, comentarios, doctrina y jurisprudencia. Práctica procesal del sistema acusatorio, tercera edición, Flores editor y distribuidor, 2017, p.508.

¹⁹ En el sistema acusatorio hay cuatro etapas en el proceso penal: etapa de investigación, etapa intermedia, etapa de juicio oral y etapa de ejecución. Véase Carbonell, Miguel, Los juicios Orales en México, México, D.F. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p.119.

²⁰ Góngora Pimentel, Genaro David y Huitrón García, Carlos Enrique, La Justicia Penal y los Juicios Orales en México, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2016, p.107.

²¹ Las medidas cautelares que señala el Código Nacional de Procesal son: presentación periódica, exhibición de garantía económica, embargo de bienes, inmovilización de cuentas, prohibición de salir del país, vigilancia por una persona o institución, prohibición de reunirse o acercarse a lugares, prohibición de acercarse a la víctima o testigos, separación del domicilio, suspensión del cargo público, suspensión de actividad laboral,

Así, se aprecia que en la parte final de esta audiencia inicial el juez de control debe dictar una o varias medidas cautelares. La prisión preventiva puede ser solicitada por el Ministerio Público o de manera oficiosa por el Juez de control dependiendo de varios supuestos. En este sentido, procederá en los casos mencionados en la tabla número 2 siguiente:

Ministerio Público Artículos 19 Constitucional y 157 y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales	Juez Prisión Preventiva oficiosa Artículos 19 Constitucional y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales
Presencia del imputado en el juicio Obstaculización del proceso Perjudicar la investigación Proteger víctimas, testigos o comunidad Exista otro proceso penal del acusado Por sentencia previa de delito doloso	Delincuencia organizada Homicidio doloso Violación Secuestro Trata de personas Delitos cometidos con armas o explosivos Delitos graves

Tabla número 2 referente a supuestos de aplicación de prisión preventiva

Asimismo, se destaca que existe un catálogo de delitos que tienen prisión preventiva oficiosa según el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, estos son: Homicidio doloso, Genocidio, Violación, Traición a la patria, Espionaje, Terrorismo, Sabotaje, Corrupción de menores, Tráfico de menores y Delitos contra la salud. Asimismo, se destaca el caso de los delitos graves según el artículo 150 del Código Nacional en cuestión, debido a que serán considerados en este sentido dos: todos los delitos de prisión preventiva oficiosa y aquellos cuya media aritmética²² sea mayor a cinco años. En resumen, existen dos formas de imponer la prisión preventiva: una oficiosa (dictada por el juez) y otra justificada (solicitada por el Ministerio Público). Joel Garduño, destacó que el artículo 19 constitucional al señalar una prisión preventiva oficiosa se relaciona al principio de subsidiariedad penal y una prisión justificada se vincula con el principio de proporcionalidad.²³

Cárdenas Delgado señaló que en la audiencia de medidas cautelares el juez de control debe tener presente el objetivo de la medida, la legitimidad y finalidad legítima del riesgo.²⁴ Además, destacó los principales principios que rigen a las medidas cautelares y les dan significado de acuerdo con la siguiente tabla número 3:

Principio	Significado
Legalidad	Incluido en la ley
Jurisdicción	Las impone el Juez
Excepción	Justificar riesgo
Instrumentalidad	Accesorios al juicio y neutralizar delito
Temporalidad o provisionalidad	Duración necesaria
Proporcionalidad	Adecuado y proteger el derecho

Tabla número 3 relacionada a los principios de las medidas cautelares

localizadores electrónicos, resguardo en domicilio con modalidades de ley y la prisión preventiva. Véase, ibídem, Benavente Chorres, Hersbert, Hidalgo Murillo, José Daniel y Pérez Flores José Christian, p.517.

²² Es importante señalar que la media aritmética se obtiene sumando la pena mayor del delito más la pena menor y el resultado se divide entre dos.

²³ Garduño Venegas, Joel de Jesús, La prisión preventiva oficiosa y justificada como medida cautelar, Nova Iustitia, Revista Digital de la Reforma Penal, Año V, No. 20, Agosto 2017, p.128

²⁴ Cárdenas Delgado, Alfredo, Principios rectores de las medidas cautelares, Nova Iustitia, Revista Digital de la Reforma Penal, Año V, No. 20, Agosto 2017, p.26

Se destaca que el juez de control al dictar en la audiencia inicial una resolución de medidas cautelares, debe fundar y motivar esta resolución, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad²⁵. Sánchez Gil, señaló que el principio de proporcionalidad es un derecho sustentado en dos artículos: primero, en el artículo 1 Constitucional (Principio Pro Persona), el cual establece que las normas relativas a derechos humanos se deben interpretar conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales favoreciendo siempre la protección más amplia; y el primer párrafo del artículo 22 Constitucional, el cual impone una relación de adecuación de la sanción impuesta al delito y la afectación que produce al bien jurídico protegido²⁶. El principio de proporcionalidad por lo tanto, implica evaluar si vale la pena sacrificar un derecho para conseguir un determinado fin.

Motivar una resolución, es un ejercicio de argumentación en el cual se detallan las razones que llevaron a elegir al juez la medida cautelar de prisión. Este ejercicio argumentativo comprende realizar un juicio de valor con relación a los derechos de la víctima y del imputado. El juicio de valor se lleva a cabo a través de una ponderación de intereses a favor de las partes (víctima e imputado). Si el juez no realiza de esta manera la motivación de una resolución incurrirá en un acto ilegal. Asimismo Sánchez Gil, mencionó que si una medida vulnera derechos fundamentales²⁷ viola la garantía de motivación material establecida en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional²⁸. Asimismo, se puede destacar que no son proporcionales las medidas dictadas en las resoluciones cuando no cumplen con la utilidad que requieren prever. En este sentido, la prisión preventiva tiene algunas excepciones como son: persona mayor de setenta años, enfermedad grave, lactancia o embarazo (caso de mujeres). Sin embargo, puede el juez dictarla si considera que el acusado se puede escapar de la acción de la justicia o si considera que el imputado es un riesgo para la comunidad.

Por último, la medida cautelar de prisión preventiva debe aplicarse de manera excepcional según la Constitución Política²⁹. Actualmente, existen varios Tratados Internacionales vinculantes³⁰ para México y por ende obligatorios que justifican la utilización de la prisión preventiva como lo son: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de los Derechos Humanos. Según éstos, la prisión preventiva solo debe tener como fines: asegurar la realización del proceso, el juicio y ejecución de la pena³¹. Sin embargo en la normativa internacional también se incluye el derecho a la presunción de inocencia según lo señalan: la declaración Universal de las Naciones Unidas (artículo 11 párrafo 2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966 (Artículo 14.2), Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 22 de Noviembre de 1969 (artículo 8.2) y las Reglas Mínimas para

25 El principio de proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos y se encuentra expuesta en el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Constitución. Véase, Carbonell, Miguel, Op. Cit. p.59.

26 Sánchez Gil, Rubén, El Principio de Proporcionalidad notas esenciales y aplicaciones prácticas, Posiciones, El Mundo del Abogado, número 130, febrero 2010, p. 5.

27 Los derechos fundamentales son aquellos que establece la Constitución Política Mexicana y los Tratados Internacionales ratificados por el senado en los que México es parte conforme al artículo 133 Constitucional.

28 Sánchez Gil, Rubén, El principio de Proporcionalidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, ISBN 9789703239399, México, 2007, p. 69.

29 Según el artículo 19 debe de ser usada la prisión preventiva únicamente para: garantizar la comparecencia del delincuente en el juicio, llevar a cabo la investigación, proteger a la víctima, testigos o a la comunidad, además, cuando el imputado esté siendo procesado o haya tenido una sentencia por un delito doloso.

30 Son vinculantes para México según el artículo 133 y 86 de la Constitución Política Mexicana. Véase, Carbonell, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, Av. República de Argentina México, 2016.

31 Véase, <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>. Consultada el 19 de Abril del 2018.

el tratamiento de Reclusos (artículo 84 párrafo 2) adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955.

IV. Marco teórico conceptual

En este apartado se señalará el marco conceptual utilizado para analizar las conductas de los jueces de control en la investigación de la práctica de la prisión preventiva. Conviene primero definir que es el marco conceptual. Rodríguez, Gil y García³² señalaron son las dimensiones que desde una concepción teórica guiarán la investigación. Merlino³³ lo definió como la perspectiva teórica del estudio que orienta la metodología de la investigación. En consecuencia, se empleará como marco conceptual para interpretar la realidad de la práctica de la prisión preventiva la teoría de los campos de Pierre Bourdieu en la cual se establecieron los conceptos de: campo jurídico³⁴, capital y *habitus* jurídico.

Primero, Bourdieu³⁵ definió el concepto de campo³⁶ como aquel espacio social donde los individuos (agentes sociales) se desplazan de manera estratégica y se oponen a las fuerzas del campo su propia fuerza o inercia (de acuerdo con sus propiedades). Señaló que es un *campo de posibles* donde el individuo elige una trayectoria y depende de acontecimientos colectivos (como pueden ser guerras o crisis) o individuales (por ejemplo amistades y protecciones) las cuales describió como casualidades (afortunadas o desafortunadas) que dependen de la posición social y la disposición de los agentes que las ocupan o lo que es lo mismo las trayectorias que han llevado a ocuparlas (trayectoria modal).

Bourdieu³⁷ definió clase como el sitio donde los individuos se encuentran en condiciones y sistemas de disposiciones homogéneas apropiadas para engendrar prácticas semejantes con propiedades comunes. En concordancia, la clase según Alicia Gutiérrez³⁸ son propiedades ligadas a las relaciones objetivas y relaciones simbólicas que sostienen los miembros entre sí. Se puede comentar que la clase se refiere a expresiones de los individuos en cuanto a diferencias en sus propiedades y en su posición.

El concepto de campo ha sido definido en varias investigaciones. Nicolás Espinosa³⁹, utilizó el concepto de campo jurídico un espacio de justicia alternativa de empoderamiento de la comunidad, la guerrilla y el estado, lo cual dio lugar a una zona de conflicto. Angélica Cuellar⁴⁰ definió el campo como un espacio donde los jueces harán uso de sus conocimientos y habilidades en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Además, Álvaro Moreno⁴¹ señaló al campo jurídico como una estructura externa con particularidades especiales y las siguientes características:

³²Rodríguez Gómez, Gregorio, Gil Flores, Javier y García Jiménez, Eduardo, Metodología de la Investigación Cualitativa, Ediciones ALJIBE, ISBN 84-87767-56-7, Málaga, 1999, p.88

³³Merlino, A. Et. Al. Investigación Cualitativa en Ciencias Sociales, Cengage Learning América Lee, ISBN 978-987-1486-14-4, Buenos Aires Argentina, 2009, p.106.

³⁴Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, La fuerza del derecho, traducción Carlos Morales de Setién Ravina, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000, p.159.

³⁵Bourdieu, Pierre, La Distinción criterio y bases sociales del gusto, Editorial Taurus, ISBN: 84-306-0338-7, Madrid España, 1998, p.103.

³⁶ En su libro "cosas dichas" Bourdieu señaló los campos como espacios de juego históricamente determinados por instituciones y leyes para su funcionamiento. Véase, Bourdieu, Pierre, Cosas Dichas, Colección el mamífero parlante Serie Mayor, ISBN 84-7432-503-X, Gedisa Editorial, España, 2000, p.51.

³⁷ Bourdieu, Pierre, Algunas propiedades de los campos en Bourdieu Pierre Sociología y cultura, México, Grijalbo, 1990, p. 102.

³⁸ Gutiérrez, Alicia Las Prácticas Sociales: Una Introducción a Pierre Bourdieu, Ferreyra Editor, ISBN N° 987-1110-20-0, Argentina, 2005, p.86.

³⁹ Espinosa, Nicolás, El Campo Jurídico del "Otro derecho" en la Sierre de la Macarena. Elementos para un análisis crítico de la justicia alternativa en una zona de fuerte conflicto armado, Revista Colombiana de Sociología, Volumen 32, Número 2, ISSN1020-159X, Universidad de Antioquia, Bogotá Colombia, 2009, p.150.

⁴⁰Cuellar, Angélica, La utilidad práctica de la teoría relacional de Pierre Bourdieu en la Investigación Socio-jurídica, NOVIUM JUR, ISSN: 1692-6013, Volumen 9, Número 1, 2015, p.103.

⁴¹Moreno, Álvaro, El Sistema Oral Acusatorio en Colombia: Reforma y Habitus Jurídico, ISSN: 1900-0448, IUSTA, Número 39, julio-diciembre de 2013, p. 321.

límites, un lenguaje especial, codificación, agentes o individuos que interactúan por el poder de un capital específico. Por último, Constanza Amézquita⁴², señaló que el campo jurídico implica que los conflictos entre las personas se resuelvan de acuerdo a las normas del derecho y dentro de él se debe renunciar a la violencia física.

Asimismo, el concepto de campo jurídico se definió para efectos de la investigación como el espacio donde los jueces de control dentro del sistema acusatorio penal se relacionan de manera jerarquizada con otros sujetos para el desempeño de la actividad jurisdiccional relacionada al fenómeno de la prisión preventiva. Así, el procesado o acusado de un delito está sometido a la decisión de un juez de aplicar o no prisión preventiva en la audiencia inicial. El juez dentro del campo jurídico tiene como objetivo proteger al inocente y desarrollan diferentes funciones de acuerdo con la normativa aplicable en el sistema acusatorio penal mexicano. Por ello, el espacio se rige por una simbología y lenguaje jurídico con base en el derecho, lo cual ayudará a que los jueces logren determinados bienes o capitales. En este sistema de justicia es frecuente luchas o disputas. Por consiguiente, los jueces de control lidian con muchos factores a favor o en contra dentro de las instituciones de justicia y deben tener una determinada estrategia para desarrollar sus funciones y para tomar decisiones relacionadas a la práctica de la prisión preventiva.

Segundo, en relación con el concepto de capital, Alicia Gutiérrez⁴³ sintetizó el pensamiento de Bourdieu y señaló los diferentes tipos de capital que pueden existir en dentro de un campo: capital económico, cultural, social y el capital simbólico. En este sentido, Gutiérrez definió el capital económico citando a Costa⁴⁴ como “el conjunto de bienes acumulados que se producen, se distribuyen, se consumen, se invierten, se pierden”. Segundo, el capital cultural⁴⁵, según Bourdieu⁴⁶ es aquel apegado a conocimientos, ciencia y arte de las representaciones escolares. El capital social⁴⁷ según Bourdieu⁴⁸ es aquel que constituye relaciones actuales o potenciales que están ligadas a la posesión de una red duradera de relaciones de inter-conocimiento e inter-reconocimiento. Por último, el capital simbólico lo define Alicia Gutiérrez⁴⁹, como las formas que toman los capitales económico y cultural de manera legítima.

Amézquita⁵⁰ definió el concepto de capital jurídico⁵¹ como una especie de reserva de autoridad jurídica que está directamente vinculada a los diversos tipos de competencias jurídicas de acuerdo a las especialidades en el derecho. Mónica Fortich y otros⁵² definieron el concepto de capital jurídico como aquel capital que está en juego dentro del campo jurídico el cual privilegia capitales culturales y dentro del cual se engloba toda la producción del intelecto humano. Señalaron que este capital, tiene valores de uso que dependen de lo que los agentes participantes en el campo aportan. Mencionaron que el lenguaje codificado es particular de este tipo de campo jurídico donde también está en juego un capital de tipo simbólico.

⁴² Amézquita, Constanza, Los campos Jurídico y político en perspectiva comparada. Una aproximación desde la teoría de Pierre Bourdieu, Universidad Nacional de Colombia, Universitas Humanísticas, Número 65, ISSN: 0120-4807, Colombia, 2008, p.102.

⁴³ Gutiérrez, Alicia, *Op. Cit.*, p.35.

⁴⁴ *Ibidem*, p.3.

⁴⁵ Alicia Gutiérrez señaló que el capital cultural puede existir en tres diferentes sentidos: incorporado, objetivado e institucionalizado. El primero, relacionado con conocimientos ideas, valores y habilidades. El segundo, conforme a bienes culturales como cuadros, diccionarios e instrumentos. Por último, el institucionalizado, se referencia con los títulos escolares adquiridos en las instituciones educativas. Véase, Gutiérrez, Alicia *Op. Cit.*, p.36.

⁴⁶ Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean Claude, La Reproducción, elementos para una teoría del sistema de enseñanza, Editorial Fontamara, ISBN: ISBN 968-476-249-6, México, 1996, p.115.

⁴⁷ Con la finalidad de aclarar el concepto señalo que éste se refiere a un conjunto de individuos dotados de propiedades similares que perciben los individuos unidos por lasos permanentes y útiles.

⁴⁸ Bourdieu, Pierre "Le capital social", en: Actes de la Recherche en Sciences Sociales, Número 31, Francia 1980, p.2.

⁴⁹ Gutiérrez, Alicia, *Op. Cit.*, p.37.

⁵⁰ Amézquita, Constanza, *Op. Cit.* p.105.

⁵¹ La autora señaló que este capital se acumula en el campo en las luchas de los profesionales quienes portan diversas especialidades jurídicas.

⁵² Fortich, Mónica Patricia et al, Elementos de la Teoría de los Campos de Pierre Bourdieu para una aproximación al derecho en América Latina: consideraciones previas, Verba iuris 27, ISSN: 0121-3474, Bogotá Colombia, 2012, p.54.

El concepto de capital para la investigación de la prisión preventiva se precisó para describir la conducta de los jueces de control. Se estableció como una energía dentro del campo jurídico, la cual puede ser de diferentes tipos: económica, cultural, social y simbólica. En consecuencia, dentro del campo jurídico se producen y reproducen propiedades de los sujetos que están determinadas por la clase social a la que pertenecen y las leyes específicas del derecho penal. En un campo particular los sujetos tienen propiedades en relación con su formación académica (sus habilidades y conocimientos en penal), su forma de socializar con otras personas (como se relacionan con los demás), diferentes comportamientos (según su clase social) y creencias o formas de pensar respecto a un fenómeno de la prisión preventiva (simbólico). Por lo tanto, los capitales brindan a los sujetos un sentido o propósito dentro del campo jurídico.

Tercero, el francés Pierre Bourdieu, definió el concepto de *habitus*⁵³ como un sistema de disposiciones duraderas y transferibles, es decir, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes. Refiere a principios generadores y organizadores de prácticas y de representaciones que pueden estar objetivamente adaptadas. Angélica Cuellar⁵⁴ definió el concepto de *habitus* como estructuras incorporadas o adquiridas o bien capitales que pueden apreciarse en su interpretación personal. Señaló que ayudan a tomar decisiones o manifestar preferencias. Además, destacó que los sujetos no acatan instrucciones, son activos y generan expectativas e intereses en su práctica jurídica. Estableció que el *habitus*, es un principio que genera y organiza las prácticas de justicia porque implica intereses, conocimientos y experiencias. Por último, Álvaro Moreno⁵⁵ definió *habitus jurídico* como una estructura interna en el individuo que se ha interiorizado con disposiciones sociales o normas y conductas, las cuales regulan el contexto jurídico. Señaló que el *habitus* tiene relación con las costumbres que establecen conductas y esto ayuda a determinar el impacto de las prácticas jurídicas en el sistema oral acusatorio.

El concepto *habitus*, se definió para la investigación de la prisión preventiva como un conjunto de ideas, maneras de ser, patrones de comportamiento y formas de sentir de un juez de control en el sistema acusatorio penal. Representa la formación del juez, su experiencia y pericia dentro del sistema de justicia. Este concepto representa la capacidad del juez, es decir, expresa sus habilidades y ayuda a determinar la forma como actúa dentro y fuera de las audiencias de medidas cautelares. Por lo tanto, este concepto ayudó a determinar cómo el juez utiliza el marco legal que rige al sistema de justicia penal acusatorio. Las leyes pueden ser nacionales e internacionales. Así, el juez de control debe elegir según su juicio personal de qué forma aplica ley o como toma decisiones. El *habitus* ayudó a testificar como los jueces razonan el derecho, como aplican sus conocimientos, realizan juicios de valor y solucionan con base en representaciones internas el dictado de la prisión preventiva en una audiencia de medidas cautelares.

V. Exposición de resultados o propuestas

A continuación se expondrán los hallazgos relacionados a la práctica de la prisión preventiva de los jueces de control en el estado de Yucatán. En este sentido, se puede señalar que la información recabada corresponde a datos recopilados a partir de la aplicación de las técnicas de investigación como fueron: observación, la entrevista y el diario de campo. Los datos se presentarán según la codificación realizada en relación con los conceptos de la Teoría de los campos. Los conceptos

⁵³ Bourdieu, Pierre, *El Sentido Práctico*, Siglo XXI Editores Argentina, ISBN 978-987-1220-84-7, Buenos Aires, 2007, p.92.

⁵⁴ Cuellar, Angélica, *Op. Cit.* p.113.

⁵⁵ Moreno, Álvaro, *Op. Cit.* p.231.

utilizados fueron los siguientes: campo jurídico, capital y *habitus*. Éstos, se dividieron en indicadores a partir de los cuales se fue recabando la información de las entrevistas individuales realizadas a los jueces y la información extraída de la observación de audiencias orales. Lo anterior, se describe en relación con matriz número 4 descrita a continuación:

Matriz de análisis de la Práctica de la Prisión Preventiva		
Campo jurídico Categorías	Capital Categorías	Habitus jurídico Categorías
-Relaciones diarias -Percepción de sistema mixto y sistema acusatorio -Funciones del puesto -Argumentos en Audiencia Inicial	-Capital social -Capital económico -Capital cultural -Capital simbólico	-Formación profesional -Formas de pensar -Formas de actuar -Formas de sentir

Figura número 4

Matriz de análisis de la Práctica de la Prisión Preventiva en Yucatán

Elaborada a partir de las entrevistas a 4 Jueces de Control de Primer Distrito Judicial del Estado de Yucatán y de la observación de Audiencias Iniciales del Sistema Acusatorio Penal

Primero, respecto al concepto de *habitus* se destacan tres criterios que los jueces manifestaron en las entrevistas para tomar la decisión de dictar prisión preventiva: el arraigo de la persona acusada de un delito, el grado de cautela de un procesado y la proporcionalidad al decidir cuál medida cautelar imponer por parte del juez. En este sentido, se encontró que los jueces en su mayoría dictan prisión preventiva por la falta de arraigo de los procesados en el estado debido a que deben velar por la continuidad de la investigación y el proceso penal además de evitar que los procesados se sustraigan de la acción de la justicia. Por lo tanto, consideraron cuatro factores para el arraigo: el empleo, la familia, el tiempo viviendo en el estado y el origen o procedencia de las personas.

En relación con el empleo, los jueces consideraron el tipo de trabajo o puesto desempeñado, la antigüedad en el cargo y en algunos casos el ingreso percibido. Otro factor analizado para el arraigo fue la familia del procesado es decir si tiene hijos. Además, consideraron el tiempo de vida de una persona en el estado. Por último, fue importante el origen o procedencia del procesado. Estos cuatro factores en conjunción favorecieron el juicio de los jueces para determinar si las personas procesadas contaban con elementos importantes para continuar con el proceso penal y no considerar irse del estado. En este caso si la persona era de otro estado podía considerarse como causa para sustraerse de la acción de la justicia pero previa valoración de otros factores.

El grado de cautela lo establecieron los jueces de acuerdo con el *dictamen de riesgo* que les proporciona el Centro Estatal de Medidas Cautelares para dictar una prisión preventiva, el tipo de delito y valorando si fue o no violenta la conducta. En el dictamen en cuestión, la autoridad encargada le informaba al juez el grado de cautela: baja, media o alta. Los jueces señalaron como problema en estos dictámenes que no son informes completos, por lo cual muchas veces al estar sin información suficiente se veían obligados a dictar la prisión preventiva para no obstaculizar el proceso penal. Unos factores relacionados a lo anterior fueron: tipo de delito, conductas previas y posteriores al delito y grado de peligrosidad del procesado. Según el tipo de delito (grave o no grave) los jueces podían determinar de acuerdo al grado de *cautela* dictar prisión preventiva. Por otro lado, al considerar conductas del delincuente utilizaron el *dictamen de riesgo* que informaba

si las personas tenían algún procedimiento previo o una investigación en curso en su contra (por otro delito). Finalmente para determinar la peligrosidad de una persona acusada de un delito valoraron los jueces si fue violenta la conducta y por lo tanto había relación para considerar peligro en contra de la víctima.

Asimismo, los jueces manifestaron que la proporcionalidad es una herramienta importante para determinar aplicar o no la prisión preventiva. La valoración entre dos posturas: la necesidad de aplicar prisión preventiva y la idoneidad de la medida. Con la finalidad de ejemplificar la proporcionalidad se transcribe el siguiente fragmento de entrevista en la cual un juez de control explica cómo aplica en la prisión preventiva:

“...los motivos se evalúan bajo el principio de idoneidad y proporcionalidad. La fiscalía aduce necesidad de cautela. ¿Cuál es la mejor manera de que un león no se coma a un siervo? encerrarlo, por lo cual, se cree que es lo mejor, pero no podemos hacerlo así, en la interpretación tengo que ver idoneidad, evitar que le peguen nuevamente encerrándolo, es proporcional ¿voy afectar un bien jurídico por otro? si pueden haber otros medios ¿puede golpearlo nuevamente? pero hay que ver si otras medidas no sirven para que se prevenga. Hay que valorar el contexto...”

En este sentido, todos los jueces valoraron las circunstancias del delito, las circunstancias especiales de la persona acusada de un delito y las circunstancias de la víctima para poder decidir si dictan o no una prisión preventiva. Por lo cual, interpretaron la ley y si el caso o asunto ameritaba (según su juicio interno) prisión preventiva según el grado de cautela, la proporcionalidad y la idoneidad.

Segundo, en relación con el concepto de campo jurídico se pudo apreciar que los jueces tienen relación directa con especialistas en derecho penal, administradores del centro de justicia, encargados de sala (donde llevan a cabo sus funciones), encargados de causa (quienes llevan el control de los asuntos) y policía procesal (cuidan el orden en la audiencia). Así, señalaron llevar a cabo sus funciones de manera autónoma e independiente. Se pudo apreciar por la frecuencia en las respuestas una tendencia a favorecer los intereses de las víctimas del delito. Asimismo, señalaron que en sus relaciones diarias con otras autoridades comparten puntos de vista. Los puntos de vista según sus palabras no influyen de manera directa en su voluntad, pero si se percibió que ejerce una presión en su labor de impartición de justicia.

Se destacó el interés de los jueces por tener resoluciones similares en cuanto a la argumentación y no variar en criterios con otros jueces respecto a que casos determinar prisión preventiva. Además, señalaron los jueces de control que se juntan periódicamente para discutir casos importantes, decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia o algún problema interno para que puedan tener puntos de vista parecidos. En cuanto a la infraestructura, se destacaron muchos problemas como lo fueron: 1) la carga laboral y la falta de recursos para agilizarlos, 2) la preparación del ministerio público y los abogados litigantes y 3) la mala comunicación entre el ministerio público y las partes (víctima e imputado).

Los jueces señalaron que para llevar a cabo la audiencia inicial (audiencia donde se lleva a cabo la prisión preventiva) deben de respetar los principios de: presunción de inocencia, excepcionalidad y proporcionalidad. De manera general se destacó el principio de presunción de inocencia, el cual, según testimonio de los jueces solo es una regla de trato procesal, es decir, nadie debe ser tratado como culpable o torturado en ninguna etapa del proceso. Sin embargo, todos aplicaron la prisión preventiva oficiosa en las audiencias cuando tuvieron la oportunidad. El

sustento para aplicar la prisión preventiva oficiosa fue que estaba ordenado en la ley, por lo cual, ellos expresaron la obligación de respetarla (carácter oficioso).

Por último, respecto al concepto de capital se pudo observar que los jueces: determinaron cuatro tipos de capital: económico, social, cultural y simbólico. En relación con el capital económico, entienden que privar de la libertad a una persona involucra varios factores: la pérdida de dinero, desempleo, problemas familiares y merma de relaciones sociales. Sin embargo, señalaron que la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva debe ser de manera excepcional para proteger a la sociedad. Por lo cual, destacaron la necesidad de utilizar en sus resoluciones el principio de proporcionalidad para ponderar los males o beneficios de la medida de prisión preventiva. Además, señalaron que no sienten remordimiento al aplicar la prisión preventiva porque está prevista en la ley. En cuanto al capital social señalaron en su mayoría que no afectan sus decisiones en su ámbito social debido a que aplican las normas, es decir, tienen una tendencia legalista. Sin embargo, en uno de los casos si se refirió daño familiar en cuanto a los sentimientos. Lo anterior debido a problemas por desplegados de la prensa.

Los jueces determinaron en relación con el capital cultural que emplean igualmente normas nacionales y leyes internacionales relacionadas con la prisión preventiva. Sin embargo, se apreció en las audiencias que en su mayoría utilizan normas nacionales para fundamentar sus decisiones. En menor grado se pudo observar emplear tesis jurisprudenciales. Por otro lado, manifestaron respecto al capital simbólico, que no se dejan influenciar por presiones sociales como en el caso de la prensa, pero señalaron que la prensa es muy parcial, debido a que algunos medios se refieren a ellos como jueces malos sin conocer a fondo los asuntos o sin saber el significado exacto de las leyes. Finalmente, en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva obligatoria (según el catálogo que obliga aplicar a ciertos delitos siempre la prisión preventiva) la mayoría coincidió en que no puede dejar de aplicarla por ser de estricta aplicación salvo cuestiones humanitarias.

VI. Conclusiones

Las prácticas de justicia en el sistema acusatorio incluyen utilizar conocimientos, habilidades y actitudes por parte de los jueces de control debido a la oralidad de las audiencias y la rapidez de la toma de decisión en la aplicación de una medida cautelar. La prisión preventiva se aplicó de dos formas: manera obligatoria y de manera justificada. La aplicación de la práctica de la prisión preventiva en el estado de Yucatán tiene elementos relativos al juicio del juez y otros externos relacionados a la estructura del sistema penal. En cuanto a elementos del juez, se destaca que necesitan ponderar cuando aplicar o no prisión preventiva valorando la idoneidad y la proporcionalidad. Por lo tanto, tienen que hacer un juicio interno y valorar la necesidad, las circunstancias del hecho, el tipo de delito y las actuaciones previas y posteriores de los sujetos procesados por un delito. Además ponderar refirió a establecer según su juicio que bien debe subsistir: la libertad del procesado o la seguridad de la víctima.

Existió una mayor tendencia judicial a utilizar la normativa local en la ponderación de aplicar la prisión preventiva. Por lo tanto, un factor a destacar en la normativa nacional es la aplicación obligatoria de la prisión preventiva oficiosa. Lo anterior denotó prácticas inquisitivas y similares al sistema penal que se aplicaba anteriormente. En este sentido, se destaca que los jueces se sintieron limitados por la normativa local considerando injusta la prisión preventiva oficiosa, pero por otro lado, consideraron adecuada la prisión preventiva justificada debido a la búsqueda de la justicia social y evitar la impunidad de los delitos. Estas conductas de impartición de justicia se justificaron en la ley, pero merman los principios siguientes: presunción de inocencia, igualdad ante la ley e igualdad entre las partes. Asimismo se viola el derecho al respeto a la libertad personal.

Por lo tanto, se percibe que el sistema acusatorio no garantiza la dignidad de las personas y cuidado de sus derechos al privar de su libertad a las personas sin haber sentenciado. Se visualizó un problema relacionado al término arraigo. Lo anterior, debido a la posibilidad de prácticas discriminatorias en contra de los procesados al ser privados de su libertad por no ser originarios de un lugar, no contar con un trabajo fijo o no tener los ingresos suficientes. Por consiguiente se dificultan las decisiones de los jueces y se requiere una ponderación de los derechos de la víctima del delito y los derechos de la persona acusada de un delito.

Por último, se debe continuar haciendo un análisis de las dinámicas que involucran la impartición de justicia. Está en juego no solo la vigencia de un sistema de justicia sino además la credibilidad de las autoridades y la tranquilidad de la sociedad sujeta a una investigación penal. Los jueces están interesados en brindar justicia pronta, expedita e imparcial pero las capacidades del sistema los imposibilitan. En éste punto se puede destacar que las resoluciones de prisión preventiva dependen del *habitus* de los jueces a partir de las estructuras normativas. La dificultad principal de dictar la prisión preventiva está en la ponderación de bienes jurídicos que realiza el juez entre la víctima y el imputado del delito. Por consiguiente, es importante continuar investigando a fondo las prácticas de prisión preventiva para lograr una mejor percepción de justicia en la sociedad.

VII. Bibliografía

- Aguirre, García, Juan Carlos; Jaramillo, Echeverri, Luis Guillermo Aportes del método fenomenológico a la investigación educativa Revista Latinoamericana de Estudios Educativos, Universidad de Caldas Manizales, Colombia, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2012, p.71.
- Álvarez, Juan, Cómo hacer investigación cualitativa, fundamentos y metodología, Ediciones Paidós Mexicana, S.A. de C.V. México, ISBN: 978-968-853-516-5, 2009, p 109.
- Amézquita, Constanza, Los campos Jurídico y político en perspectiva comparada. Una aproximación desde la teoría de Pierre Bourdieu, Universidad Nacional de Colombia, Universitat Humanísticas, Número 65, ISSN: 0120-4807, Colombia, 2008, p.102.
- Benavente Chorres, Hersbert, Hidalgo Murillo, José Daniel y Pérez Flores José Christian, Código Nacional de Procedimientos Penales Guía práctica, comentarios, doctrina y jurisprudencia. Práctica procesal del sistema acusatorio, tercera edición, Flores editor y distribuidor, 2017, p.508.
- Bourdieu, Pierre, Algunas propiedades de los campos en Bourdieu Pierre Sociología y cultura, México, Grijalbo, 1990, p. 102.
- Bourdieu, Pierre, Cosas Dichas, Colección el mamífero parlante Serie Mayor, ISBN 84-7432-503-X, Gedisa Editorial, España, 2000, p.51.
- Bourdieu, Pierre, El Sentido Práctico, Siglo XXI Editores Argentina, ISBN 978-987-1220-84-7, Buenos Aires, 2007, p.92.
- Bourdieu, Pierre, El Sentido social del gusto. Elementos para una sociología de la cultura, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010, p.9.
- Bourdieu, Pierre, La Distinción criterio y bases sociales del gusto, Editorial Taurus, ISBN: 84-306-0338-7, Madrid España, 1998, p.103.
- Bourdieu, Pierre "Le capital social", en: Actes de la Recherche en Sciences Sociales, Número 31, Francia 1980, p.2.
- Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean Claude, La Reproducción, elementos para una teoría del sistema de enseñanza, Editorial Fontamara, ISBN: ISBN 968-476-249-6, México, 1996, p.115.

- Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, La fuerza del derecho, traducción Carlos Morales de Setién Ravina, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000, p.159.
- Carbonell, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, Av. República de Argentina México, 2016.
- Carbonell, Miguel, Los juicios Orales en México, México, D.F. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p.119.
- Cárdenas Delgado, Alfredo, Principios rectores de las medidas cautelares, Nova Iustitia, Revista Digital de la Reforma Penal, Año V, No. 20, Agosto 2017, p.26.
- Chorres, Hsbert, Antología Penal Federal, México, D.F. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. 2016, p.126.
- Constantino Rivera, Camilo, Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio. Flores Editor y Distribuidor, Segunda edición, México 2015, p.21.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, D.F. Editorial SISTA, S.A. de C.V. 2017, p.10.
- Cuellar, Angélica, La utilidad práctica de la teoría relacional de Pierre Bourdieu en la Investigación Socio-jurídica, NOVIUM JUS, ISSN: 1692-6013, Volumen 9, Número 1, 2015, p.103.
- Espinosa, Nicolás, El Campo Jurídico del “Otro derecho” en la Sierra de la Macarena. Elementos para un análisis crítico de la justicia alternativa en una zona de fuerte conflicto armado, Revista Colombiana de Sociología, Volumen 32, Número 2, ISSN1020-159X, Universidad de Antioquia, Bogotá Colombia, 2009, p.150.
- Flores Cruz, Jaime, Análisis de la Nomenclatura empleada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda reimpresión, 2015, p.161.
- Fortich, Mónica Patricia et al, Elementos de la Teoría de los Campos de Pierre Bourdieu para una aproximación al derecho en América Latina: consideraciones previas, Verba iuris 27, ISSN: 0121-3474, Bogotá Colombia, 2012, p.54.
- Garduño Venegas, Joel de Jesús, La prisión preventiva oficiosa y justificada como medida cautelar, Nova Iustitia, Revista Digital de la Reforma Penal, Año V, No. 20, Agosto 2017, p.128.
- Góngora Pimentel, Genaro David y Huitrón García, Carlos Enrique, La Justicia Penal y los Juicios Orales en México, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2016, p.107.
- Gutiérrez, Alicia Las Prácticas Sociales: Una Introducción a Pierre Bourdieu, Ferreyra Editor, ISBN N° 987-1110-20-0, Argentina, 2005, p.86.
- Hernández Samperi, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar, Metodología de la investigación, Editorial Mc Graw Hill, cuarta edición, ISBN 13978-970-10-5753-7, México, 2006, p.545.
- Hernández Samperi, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar, Metodología de la investigación, Editorial Mc Graw Hill, quinta edición, ISBN 978-607-15-0291-9, México, 2010, p.447.
- Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sobre su misión a México, p.19. Véase, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>, Consultada el 14 de Noviembre del 2018.
- Kalife, Alfredo Dagdug, Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría y práctica, Editorial UBIJUS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F. 2016, p. 805.
- Merlino, Aldo Et. Al. Investigación Cualitativa en Ciencias Sociales, Cengage Learning América Lee, ISBN 978-987-1486-14-4, Buenos Aires Argentina, 2009, p.106.

- Monje Álvarez, Carlos Arturo, Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa guía didáctica, Universidad Sur Colombiana, facultad de ciencias sociales humanas, programa de comunicación social y periodismo Neiva, 2011, p.130.
- Moreno, Álvaro, El Sistema Oral Acusatorio en Colombia: Reforma y Habitus Jurídico, ISSN: 1900-0448, IUSTA, Número 39, julio-diciembre de 2013, p. 321.
- Posada Garcés, Juan Pablo, Elementos Fundamentales de la Hermenéutica Jurídica, Nuevo Derecho, Vol. 5, N° 6. Enero-Junio de 2010. pp. 47-63 - ISSN 2011-4540. Envigado – Colombia, 2010, p.60.
- Rodríguez Gómez, Gregorio, Gil Flores, Javier y García Jiménez, Eduardo, Metodología de la Investigación Cualitativa, Ediciones ALJIBE, ISBN 84-87767-56-7, Málaga, 1999, p.88.
- Sánchez Gil, Rubén, El principio de Proporcionalidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, ISBN 9789703239399, México, 2007, p. 69.
- Sánchez Gil, Rubén, El Principio de Proporcionalidad notas esenciales y aplicaciones prácticas, Posiciones, El Mundo del Abogado, número 130, febrero 2010, p. 5.
- Valles Martínez, Miguel, Técnicas cualitativas de investigación social, Editorial Síntesis S.A. Madrid, p.183.

Correo electrónico: revista@derecho.unam.mx

Artículo recibido: 6 de diciembre de 2018

Aprobado: 14 de diciembre de 2018

EL ESTADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

WILLIAM ESTEBAN GRISALES CARDONA¹

Corporación Universitaria Americana, Colombia

E-mail: estegris@gmail.com

DIEGO CORREA C.²

Corporación Universitaria Americana, Colombia

E-mail: dcorrea@americana.edu.co

WALTER MAURICIO MONTAÑO ARIAS³

Corporación Universitaria Americana, Colombia

E-mail: wmontano@americana.edu.co

ADRIANA ESTRADA⁴

Universidad de Medellín

ALEJANDRA ALVAREZ CARMONA⁵

E-mail: alejis210@hotmail.com

RESUMEN.

La necesidad de generar nuevos espacios es vital en la actualidad, máxime cuando las actividades comerciales de los ciudadanos de diferentes Estados requieren adquirir diversos productos, exigen la creación de normas de carácter internacional que regulen estas actividades, pero que a su vez sean acordes con las normas internas. Las Mipymes se convirtieron en la mejor forma de generar nuevas relaciones comerciales con empresas de igual categoría en otros estados. Tal como se muestra en este artículo, estas empresas han contribuido con el desarrollo de la economía interna y externa de los diferentes países, donde el Derecho Internacional Privado presenta las herramientas más importantes para la evolución comercial, tanto desde los inicios de la humanidad, como con posterioridad a la segunda guerra mundial donde se establece una nueva forma de ver el mundo.

Palabras claves.

Derecho Internacional Privado. Mipymes, comercio, nuevos espacios.

ABSTRACT.

The need to generate new spaces is vital today, especially when the commercial activities of the citizens of different States require purchasing different products, require the creation of international rules governing such activities, but which are consistent with the internal rules. MSMEs became the best way to generate new business relationships with companies in the same

¹ Abogado y Magister en Derecho Procesal de la U. de M., Doctorando en Filosofía de la UPB, Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. wgrisales@coruniamericana.edu.co

² Filósofo y Magister en Filosofía de la UPB, Doctorando en Filosofía de la UPB, Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana.

³ Economista, Magister, Doctorando.

⁴ Abogada de la U. de M., Maestranda de la Universidad de Medellín, Directora del programa de Derecho

⁵ Estudiante de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Programa de Derecho.

category in other States. As shown in this article these companies have contributed to the development of the internal and external economy of different countries. Private international law presents the most important tools for the commercial evolution, from the beginnings of humanity, both after the Second World War to establish a new way of seeing the world.

Keywords. Private International Right. Mipymes, trade, new spaces

Introducción. Este texto surge como resultado inicial de la investigación titulada “El Derecho contractual en el contexto internacional, Mipymes. Una mirada desde la Filosofía Política”, en la cual se muestra la relación entre el Derecho contractual internacional y las Mipymes, lo anterior, tomando como punto de partida la filosofía política. Hoy en día, varios de los conceptos tradicionales de la filosofía política han ido cambiando a lo largo de la evolución histórica del Derecho, de la política y de la misma sociedad, esa evolución se presenta gracias al desarrollo que ha tenido el Derecho internacional privado y la fuerza que este ha tomado en los últimos años, es así como, la relación entre los particulares genera una nueva regulación de las actividades mercantiles desde el punto de vista normativo, comprometiendo al Estado a tener una relación diferente con aquellos que están más allá de sus fronteras territoriales.

Es cierto, las relaciones entre particulares de diferentes Estados se han dado desde tiempo atrás, pero sólo con el auge de las tecnologías de la información y la comunicación TIC, se han hecho mucho más ágiles esas relaciones mercantiles, demandando la presencia de normas mucho más rápidas y adecuadas para resolver los posibles conflictos que se puedan presentar en el desarrollo de los negocios jurídicos. Las normas internacionales de Derecho Privado son hoy en día una necesidad y por ello, es indispensable la ratificación de esos tratados de Derecho privado y la verdadera inclusión en el ordenamiento jurídico interno.

Función del Derecho Internacional Privado y como ha influenciado en la nueva estructura del Estado. La influencia mencionada es referente al cambio en el paradigma de la soberanía, entendida como facultad exclusiva dentro de un determinado territorio, ahora tribunales internacionales creados para la solución de casos entre particulares de diferente nación, deben ser reconocidos y también las decisiones que ellos tomen.

En este sentido, importa reconocer que esa necesidad de la legislación internacional (tratados) puede generar contradicción con el manejo que el ordenamiento jurídico interno haga sobre una determinada materia. Además de lo anterior, debe tenerse presente que cada uno de los países poseen sistemas jurídicos diferentes, como, por ejemplo, las relaciones entre particulares de Latinoamérica y anglosajones. Basta con recordar el sistema jurídico vigente, conocido como civil law o sistema continental, mientras que otros países pueden tener un sistema anglosajón o Common law, socialista, entre otros. Dicha diversidad de sistemas contiene, cada uno de ellos, distintas regulaciones en material contractual o de las obligaciones.

De acuerdo con lo anterior, “la función del derecho internacional privado consiste en proporcionar respuestas adecuadas a dichas relaciones, procurando resolver su discontinuidad, al tiempo que

facilitar las relaciones personales entre los sujetos y los intercambios comerciales a través de las fronteras” (Fernández, 2015, p. 25-26). Con el ejercicio del derecho internacional privado se rompieron las barreras territoriales en cuanto al manejo de las normas jurídicas territoriales.

El derecho internacional privado, tal como sucede con el derecho privado se da una protección especial a la autonomía de la voluntad. Esta comprende la posibilidad de autogobernar las reglas que regirán las respectivas relaciones contractuales entre los particulares. En el artículo 1602 del Código Civil Colombiano, se establece que el contrato es ley para las partes, esto significa que para los nacionales colombianos el acuerdo de voluntades prima sobre la ley, la cual es supletiva. Sin embargo, esta posibilidad de autogobernar la voluntad contractual no es amplia desde las legislaciones internas, por ejemplo, en el caso colombiano los artículos 19 y 21 señalan las reglas que se deben tener en cuenta frente a las distintas relaciones privadas que se generan. Para los casos del estado civil de las personas y asuntos de familia, se aplicarán las normas colombianas independientes del Estado en que se encuentre el nacional colombiano. Para los eventos de actividades negociales se aplicarán las normas del lugar de la celebración del contrato.

Las anteriores normas, en especial la segunda, antes de la aparición del Internet no tenía discusión, pero ahora cuando mediante un click se cierran negociaciones, se debe aclarar ¿Dónde se celebró el contrato? ¿Se rige por las reglas del país del aceptante o las reglas del país del oferente? Ante el incumplimiento ¿qué norma procesal se aplicaría? Son interrogantes a los que se aboca este texto y espera dar una respuesta acorde al nuevo modelo de Estado exigido por esta serie de relaciones contractuales.

El Estado debe crear normas acordes con las exigencias actuales de la comunidad y de manera especial del comercio, reconocer que ya este trascendió sus fronteras no solo a través de las grandes empresas, sino también a través de las denominadas medianas y pequeñas empresas, que son las que mayormente hacen uso de los tratados internacionales.

Estas empresas constituyen más del 90% del total global, contribuyendo casi al 50% del PIB mundial y emplean más del 70% de la fuerza de trabajo. Sin embargo, de acuerdo al informe 2016 de la OMC, participan de manera desigual y con grandes dificultades en el comercio internacional, que es sin duda el ámbito de crecimiento para los países y para ellas mismas. Los datos demuestran que, en el caso de los países desarrollados, constituyen el 78% de los exportadores, pero sólo el 34% de las exportaciones. Y en el caso de los países en desarrollo, dan cuenta solamente del 8% de las exportaciones de manufacturas, que en África llega sólo al 3%. Si se trata de exportación de servicios, las Mipymes llegan al 1% de las ventas totales en el mercado formal (Casanueva, 2017).

En el contexto colombiano se encuentra:

No cabe duda sobre la importancia de las Pymes en nuestro país. Las micro, pequeñas y medianas empresas son fundamentales para el sistema productivo

colombiano, como lo demuestra el hecho de que, según el Registro Único Empresarial y Social (RUES), en el país 94,7% de las empresas registradas son microempresas y 4,9% pequeñas y medianas”, explica Julián Domínguez, presidente de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras)” (Dinero, 2019).

De acuerdo con lo anterior, el papel de las Mipymes en el comercio internacional es de gran importancia, lo que exige que países como Colombia y los de América Latina tengan una relación contractual internacional adecuada, además de ser reconocida en cada ordenamiento jurídico interno. No basta con participar de los diálogos multilaterales para la creación de normas internacionales sobre una materia, se requiere adicionalmente el reconocimiento de estas en un orden jurídico coordinado, ordenado, de una sola reglamentación y no de leyes sueltas en materia internacional.

Adicional a lo anterior, se requiere establecer normas procesales claras para la solución de las eventuales controversias. La legislación procesal colombiana, establece en el artículo 605 el reconocimiento de las sentencias extranjeras de acuerdo a los tratados internacionales suscritos. Lo anterior permite manifestar que “La jurisdicción es, pues, una función de Estado que no queda afectada por la existencia de elementos extranjeros en el proceso” (Fernández, 2015, p. 51)

Las normas internacionales deben estar acordes, tal como se dijo anteriormente, con el ordenamiento jurídico, es decir, entre las normas internas y externas debe existir la menor discrepancia posible. El legislador en su tarea debe generar leyes que permitan el desarrollo de normas internacionales, en este caso, normas que favorezcan la evolución de las Mipymes y de las actividades que ellas realizan.

Los convenios, los contratos, las obligaciones establecidas por los contratantes requieren un alto grado de coercibilidad, es decir, contar con mecanismos fuertes para lograr el cumplimiento forzado de lo pactado. La posibilidad de tener una jurisdicción internacional, obliga a los Estados a abrir sus fronteras y su soberanía, para aceptar o recibir un orden internacional que regule de una u otra forma las conductas de sus nacionales. Las Mipymes como personas jurídicas tienen su nacionalidad, su domicilio, su país, entre otros.

Dentro de las características de las normas del Derecho Internacional Privado, está la de fijar la competencia para conocer de las distintas controversias que se susciten entre los contratantes, por ello

Las normas de competencia judicial internacional, por su naturaleza, presentan un carácter unilateral, toda vez que únicamente proceden a delimitar el ámbito jurisdiccional de los tribunales de un Estado. En un régimen convencional o institucional, sin embargo, la característica esencial es la bilateralidad de las normas que incorporan. Los textos convencionales proceden a repartir, distribuir o localizar

la competencia judicial internacional en los distintos Estados parte en dicho régimen (Fernández, 2015, p. 55).

El derecho internacional privado cumple la función de prestar regulación de actos entre particulares de diferentes Estados, que por exigencias de las actuales relaciones contractuales se necesita llevar productos a otros territorios, además de generar servicios de primera y segunda necesidad, entre los diferentes contratantes.

Espacios Geopolíticos. Estos espacios surgen en un primer momento después de la segunda guerra mundial, momento en el cual se hace una reestructuración del mundo en torno a dos naciones, pero también durante ese periodo el comercio empieza a romper las fronteras, y las necesidades poblacionales llevan a que se dé una nueva forma de negociación. Ya los tribunales internacionales no solo se crean para efectos penales, también comienzan el desarrollo de otros tribunales dedicados a resolver controversias en el ámbito comercial.

A pesar de lo anterior, en materia comercial, la necesidad de realizar intercambios de materias primas o de productos es mucho más antiguo, desde los albores de la humanidad se ha necesitado de este intercambio, creándose en cada momento en particular reglas o normas para la regulación de la actividad comercial. Puede decirse que:

En el Renacimiento se empezaron a abrir fronteras geográficas que limitaban el mundo antiguo. El hombre se aventuró allende esos límites, supo que podía vivir en parajes exteriores al espacio hasta entonces familiar. Primera gran apertura del mundo vivido, más allá de la morada ancestral... (Villoro, 2010, p. 142).

El ir más allá de sus fronteras, no solo para buscar una nueva vida, si no también productos con los cuales trabajar, requieren del Estado, la creación de normas que protejan a sus nacionales, pero esas reglas deben ser de carácter universal, internacional, y como se dijo anteriormente, de tribunales que resuelvan los conflictos y las normas a aplicar.

En el caso de los tribunales arbitrales internacionales ha habido una evolución paralela al proceso de mundialización capitalista: concebidos inicialmente para dirimir conflictos bien entre Estados o bien de Derecho Privado nacional e internacional entre particulares, fueron ampliando su jurisdicción a los conflictos entre Estados y particulares. En este último caso, primero, solo se ocuparon de las controversias surgidas en la interpretación y aplicación de contratos y, luego, se extendieron a la responsabilidad extracontractual de Derecho Privado hasta alcanzar la esfera del Derecho Público (Observatorio de multinacionales en América Latina, 2019).

Pero no solo se trata de materia arbitral, también se encuentran cámaras de comercio internacionales, centros de conciliación, entre otros; tribunales que diseñan un marco normativo para la solución de conflictos en materia de comercio internacional.

Lo anterior, lleva a darse espacios geopolíticos diferentes a los simplemente materiales, tal vez como los establecidos por Rusia y Estados Unidos. Esos espacios a que se hace referencia están mediados las tecnologías de la información y la comunicación. Las negociaciones que se realizan actualmente, como se dijo antes, solo requieren de un click para formar el consentimiento en un negocio jurídico.

Un ejemplo del manejo de información, se encuentra en *google maps*, allí se puede observar al mundo entero, puede verse el lugar con quien se está negociando, incluso hasta ver el local comercial o el domicilio de la persona, en tanto que “Da la impresión de que hoy cualquier parte de la tierra puede ser potencialmente observada y cartografiada online por cualquiera, sin el inevitable sesgo subjetivo y los prejuicios del cartógrafo” (Brotton, 2014, p. 486). El manejo de la información ha establecido la necesidad de un nuevo espacio para el comercio y las leyes que lo regulen por fuera del espacio territorial del Estado (Soberanía).

Desde el punto de vista económico, los dos modelos más importantes son: el Capitalismo y el socialismo. El primero de ellos, tiene origen en la edad media a partir del fortalecimiento de la riqueza de los Estados, posteriormente y como parte de su desarrollo aparece el expansionismo mercantil, generando la presencia de la empresa privada, ya como productora de bienes y servicios.

Esta teoría económica es hoy por hoy una política económica, y así puede percibirse desde la misma Constitución Política de Colombia, tal como se desprende de su artículo 333:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

A manera de ejemplo, puede citarse el caso colombiano en lo que se refiere a la vía económica. De esto lo que establece en el artículo señalado, la Corte Constitucional Colombiana ha manifestado en su sentencia C-032 de 2017 lo siguiente:

En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribía la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un

monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia.

Para finalizar, es necesario decir que no solo los países desarrollados son los que intervienen en el cambio del mundo con sus grandes y medianas empresas, también los países en desarrollo con la promoción de las pequeñas y medianas empresas, las cuales ayudaron a mejorar los ámbitos empresarial, económico y comercial de los distintos países.

Las críticas a la presentación del subdesarrollo como etapas históricas superables pueden realizarse desde distintos frentes. La experiencia histórica nos ha mostrado que no existe un camino único generalizable; ni siquiera podemos insinuar que se trate de un estadio imperfecto, haciendo abstracción del contextos interregional y supranacional. Cabe pensar, no obstante, que si cada parte del sistema sigue la evolución que le corresponde, la distancia entre los países desarrollados y los subdesarrollados no desaparecerá. Lo más próximo a la realidad es que desde las regiones ricas «surgen» actuaciones y se desencadenan mecanismos que, en vez de ayudar frenan y bloquean las posibilidades de desarrollo de los más pobres. Por otra parte, en lo que a los automatismos del crecimiento y la redistribución se refiere, nada mejor que fijarse de nuevo en las experiencias vividas en los últimos años; en los procesos sociales y económicos no parece que existan automatismos correctores de los desequilibrios, muy por el contrario, los desajustes se nos muestran como un fenómeno acumulativo (Sotelo N, 2001).

Los Estados deben buscar nuevos espacios tanto internos como externos, que permitan la evolución y desarrollo de sus empresas, solo de esa forma podrán avanzar y salir del subdesarrollo o de ser países en desarrollo, como el caso de los países latinoamericanos.

Conclusión. Desde el mismo Derecho Romano, como también en otros espacios geográficos de la antigüedad el comercio se convirtió en un elemento social para el avance de las distintas comunidades. Esos intercambios fueron en aumento implicando ya la necesidad de generar normas

que permitan solucionar las controversias que entre ellos se puedan suscitar. El Derecho Internacional Privado, es decir, los distintos acuerdos entre los Estados que regulan esas actividades donde prima la autonomía de la voluntad, establecen las normas sustanciales y procesales para darle solución. Esos tratados imponen la obligación de hacer que dichas normas internacionales sean reconocidas por los ordenamientos internos, además de obligar a realizar normas coherentes con ese orden externo. Las Mipymes se han convertido en la mejor forma de incentivar el comercio y la economía interna pero vista como una buena oportunidad del intercambio de productos, eso lo muestra la importancia que han cogido estas en los últimos años. Y como consecuencia de lo anterior, el Derecho Internacional Privado ha ido en aumento en las distintas legislaciones latinoamericanas y distintas ratificaciones de tratados que ha hecho Colombia.

Referencias

Brotton, J. (2014). *Historia del mundo en 12 mapas*. Bogotá: Debate.

Casanueva, H. (24 de julio de 2017). Las mipymes en el comercio internacional. *América Económica*.

Dinero. (16 de Febrero de 2019). Mipymes generan alrededor del 67% del empleo en Colombia. *Dinero*.

Fernández R, J. C. (2015). *Derecho Internacional Privado*. Navarra: Civitas.

Observatorio de multinacionales en América Latina. (18 de febrero de 2019). <http://omal.info/spip.php?article4809>. Recuperado el 18 de Febrero de 2019, de <http://omal.info/spip.php?article4809>: <http://omal.info/spip.php?article4809>

Sotelo N, J. A. (2001). Modelos territoriales vs modelos de desarrollo en el nuevo mapa geopolítico mundial. *Anales de geografía de la Universidad Complutense*, 311-341.

Villoro, L. (2010). *El pensamiento moderno. Filosofía del Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

Artículo recibido: 11 de diciembre de 2018

Aprobado: 20 de diciembre de 2018

**LA RESOCIALIZACIÓN EN COLOMBIA: UN FRACASO
DE RECURSOS O DE VOLUNTAD**

Steven David Jaller Merlano¹

Corporación Universitaria Americana, Colombia

E-mail: sdjeller@gmail.com

Eliana Lizeth González López¹

Corporación Universitaria Americana, Colombia

E-mail: ligonzalezl@gmail.com

RESUMEN

La finalidad de este artículo es analizar el Concepto de resocialización en Colombia, la aplicación de sus programas y su efectividad, relacionando estos con él, porque del fracaso para alcanzar el objetivo normativo, si bien, es de conocimiento público que la restauración de las personas privadas de la libertad no se refleja en nuestro país como un resultado destacable, nuestra investigación trata de hacer un aporte a esta gran labor de recuperar a estas personas que se equivocaron y tomaron la ruta del delito, por medio de un centro propio de la institución que cuente con actividades laborales y de apoyo como; Call Center, Tele trabajo y la vinculación de la familia dentro de este proceso, desde un enfoque de experiencias significativas que hayan producido efectos positivos dentro de este contexto y que permita acercarse más a la resocialización de esta población.

Palabras Clave: Resocialización, fines de la pena, discriminación, falta de recursos, reincidencia, hacinamiento, voluntad.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the concept of resocialization in Colombia, the application of its programs and their effectiveness, relating these with concept of resocialization , because of the failure to reach the normative objective, even though , it is public knowledge that the restoration of private persons of freedom is not reflected in our country as a remarkable result, our research tries to make a contribution to this great work of recovering to these people who were wrong and took the path of crime, through of a center of the institution that has work activities and support as; Call Center, Telework and family bonding within this process, from a focus of significant experiences that have produced positive effects in this context and that allows get closer to the resocialization of this population.

KEYWORDS

Resocialization, purposes of punishment, discrimination, lack of resources, recidivism, injury, volition.

¹ *Estudiantes del último Semestre del programa de Derecho, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana de Medellín - Colombia, Participantes en el Semillero de Investigación Eureka.*

Introducción

Alguna vez nos hemos preguntado ¿Qué hacen las personas después de salir de la cárcel? ¿Salen con un enfoque diferente? ¿La duración de su estadía en la cárcel es el tiempo que tardan en ser restaurados y aptos para la sociedad? Sí y No. Puede ser difícil impulsar el cambio en una persona, ahora imagina como sería tratar de hacerlo con miles de ellas, ¿Es esto posible? Aunque existan programas internos en los centros penitenciarios que permiten convertir al “Malo en Bueno”, o por lo menos ese es el objetivo, su estadía en estos lugares puede convertir al “Bueno en Malo”. Se estarán preguntando ¿Cómo que al Bueno en Malo? Si están allá es porque son Malos, la respuesta es No. Es desacertado afirmar que todas las personas privadas de la libertad son “Malas”: este concepto es muy usado desde el punto de vista de la sociedad y tal vez el menos degradante del ser humano para describir a las personas que comenten o cometieron delitos. Retomando, muchas de estas personas no cometieron el injusto penal, pero que por diversas situaciones, algunas relacionadas con la mediocridad de la profesión del abogado que no tiene un horizonte marcado y no pelea hasta el final, sino que simplemente le dice a su protegido “allánese que le va mejor así”. Es decir, son culpables en el proceso, pero no en el mundo fenoménico. Regresando al tema de volver Bueno al Malo, este primer enfoque es el énfasis y el que nos interesa, ya que la misión es que no vuelvan a cometer delitos.

A ese proceso de transformación se le llama Resocialización y es de carácter fundamental saber que este es una segunda oportunidad, es decir es una segunda socialización, que tienen las personas privadas de la libertad para volver a ser parte de un grupo social armónico al cual dejaron de pertenecer al momento de ser objeto de investigación penal por una conducta punible en la que fueron encontrados culpables y que por consecuencia acarrea la imposición de una pena privativa de la libertad, que de una u otra manera marca su trayectoria en toda su vida dentro de la sociedad, por falta la de aceptación de ella, que pueden ser traducidas al simple mensaje de una frase “El que es, no deja de ser” y que por ende en el contexto social seguirá representando peligro, zozobra, entre otra variedad de expresiones que generan como efecto el apartarse y rechazar de primer plano a alguien que fue penado.

Ahora ya sabemos o tenemos material para responder a esas preguntas. Pero ahora, si las personas que salen de la cárcel no cambian o no están saliendo con ese enfoque diferente la pregunta más importante aquí es.

¿Qué Factores impiden que las personas privadas de la libertad alcancen la resocialización?

Cuando a una persona le es impuesta la pena de prisión y esta no ha sido beneficiada con alguno de los mecanismos alternativos o sustitutivos que permitan su excarcelación, porque no son procedentes, aquella deberá ser recluida en un establecimiento de reclusión en la calidad de condenada. Para la ley penal desde este momento -hace parte de la fase de ejecución de la pena- y

se tendrá en cuenta la prevención especial y la reinserción social, De que trata el inciso 2° del Artículo 4 de la Ley 599 de 2000, siendo el objetivo principal la resocialización.

El concepto de resocialización adopta un estándar que busca la rehabilitación del penado, con esto se pretende que el individuo no vuelva a delinquir en el futuro (Hernández, 2017), para lo cual entran a jugar un papel importante los programas de resocialización y su correcta aplicación. El sentido de estos programas apuntan a que las personas privadas de la libertad se contextualicen con la sociedad por medio de actividades que tienen los siguientes componentes: “bienestar social del interno, educación, deporte y cultura, emprendimiento y trabajo con enfoque diferencial”. (Ley N° 1709 de 2014)

La Corte Constitucional ha señalado que:

“Es imperioso recordar que el esfuerzo por la resocialización del delincuente y por su incorporación a la vida en sociedad después de su castigo, se traduce en beneficios para la comunidad. Por el contrario abandonar tal enfoque hace que el sistema penitenciario y carcelario se convierta en un sistema multiplicador de conflictos que genera más y “mejores” delincuentes (la cárcel como universidad del delito), lo que finalmente termina siendo más costoso para el conglomerado social” (Vélez y Medina, 2016).²

En esta misma providencia se enfatiza más adelante que si no se alcanza la resocialización real de los condenados no se reduce la reincidencia (Hernández, 2017).

La idea de castigo que se relaciona a la labor de recuperar esa población que siguió el camino del delito y convertirlos en personas de bien, que puedan volver a ocupar sus posiciones dentro de la sociedad; de padres, madres, hijos, hermanos, etc. Es la Prevención Especial Positiva, esta una figura jurídica que alude a los efectos que tendría la aplicación de una pena en el individuo a la que va dirigida. Alejándose de toda pena desproporcionada y sin fines restauradores que no permitan cumplir con los fines legales -prevención especial y reinserción social- como lo expresamos inicialmente.

Para que se cumpla el mandato legal rehabilitador las prisiones deben ofrecer unas condiciones de vida mínimas, que se desprenden propiamente del Derecho Internacional Humanitario y las interpretaciones de sus entes principales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Siendo estos de imperativo cumplimiento (Hernández, 2017).

Dichos requerimientos los relacionaremos a continuación:

²En esta providencia la Corte se ha pronunciado mediante las Sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013, en las cuales declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucionales “en las prisiones” y en el “Sistema Penitenciario y Carcelario”.

- Derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos.
- Derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana.
- Derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal.
- Derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas.
- Derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable, suficiente y adecuada.
- Derecho a tener una adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión.
- Derecho a recibir implementos necesarios para el debido aseo personal.
- Derecho de los reclusos a practicar, cuando ello sea posible, un ejercicio diariamente al aire libre.
- Derecho de los reclusos a ser examinados por médicos a su ingreso al establecimiento y cuando así se requiera.
- Derecho de los reclusos a recibir atención médica constante y diligente.
- Prohibición de las penas corporales y demás penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Derecho de los reclusos a acceder a material de lectura.
- Derechos religiosos de los reclusos.

Después de observar cada uno de estos requerimientos de carácter obligatorio nos surgirá otra pregunta ¿Cuáles son las condiciones vida de las personas privadas de la libertad en las prisiones de Colombia?

Condiciones de vida en las prisiones de Colombia

Además de infraestructuras deficientes que son la realidad de la mayoría de prisiones en Colombia, si no todas, el personal disponible para trabajar en estos planteles es bastante bajo en relación al número de internos, datos que dan claridad de la dificultad para garantizar una adecuada estadía y un trato digno a todas las personas que se encuentran reclusas en las prisiones de nuestro país. Principio que tiene gran auge dentro del Derecho y nuestro sistema Jurídico: la Dignidad Humana.

Las violaciones de dicho principio parten de la imposibilidad de cumplir con los requerimientos obligatorios que relacionamos anteriormente, por nada más que falta de recursos planeación y logística. La cantidad de delincuencia equivalente al gran número de penados que al ser intramural no es posible contrarrestar desde una realidad de recursos muy limitados con los que cuenta el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario; hecho que no justifica las condiciones de vida que vulneren derechos fundamentales de los penados intramural como lo expresa el artículo 4° inciso 3° de la ley 1709.

La misma Ley en su artículo 8 inciso cuarto: “*Se faculta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público asignar los recursos suficientes a la Uspec para la creación, organización y mantenimiento de los establecimientos de reclusión*”. ¿Qué pasa con esos recursos? A veces

producto de la corrupción entre varias situaciones principalmente esta que no permite que se esté trámite legal.

Población Penitenciaria

Un informe estadístico del mes de septiembre de 2018 del INPEC muestra el total de la población carcelaria hasta dicha fecha, con las diferentes modalidades de ubicación: intramural, domiciliaria y vigilancia electrónica, entre otros datos relacionados a continuación en la tabla 1.

“Al cierre del tercer trimestre de 2018, en los diferentes centros penitenciarios y carcelarios del país se encontraban 186.175 personas privadas de la libertad. De acuerdo a la entidad que debe responde por su custodia y vigilancia se tiene:

- *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec 98,2%(183.506).*
- *Establecimientos de Reclusión del Orden Municipal 1,4%(2.631).*
- *Establecimientos de Reclusión de la Fuerza Pública 0,4%(801).*

La población reclusa a cargo del Inpec (183.506), se encuentra bajo las siguientes modalidades de ubicación:

- *En Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional –ERON (intramuros), 64,9%(119.125).*
- *En detención y prisión domiciliaria, 32,6% (59.765 - incluye 226 Gestores de Paz).*
- *Con vigilancia electrónica, 2,5%(4.616).*

Tabla 1. Población con medida de aseguramiento en Colombia

Entidades a cargo de la custodia y vigilancia de los reclusos(as)	Ubicación	Reclusos(as)	Participación	
			Con respecto al total de la población a cargo de la entidad	Con respecto al total de la población reclusa del país
INPEC	Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional -ERON	119.125	64,9%	63,7%
	Domiciliaria (incluye 226 Gestores de Paz)	59.765	32,6%	32,0%
	Vigilancia Electrónica	4.616	2,5%	2,5%
	Subtotal INPEC	183.506	100,0%	98,2%
OTRAS ENTIDADES	Establecimientos Municipales	2.631	76,7%	1,4%
	Establecimientos Fuerza Pública	801	23,3%	0,4%
	Subtotal otros establecimientos	3.432	100,0%	1,8%
Total población reclusa país		186.938		100,0%

Fuente: GEDIP – Septiembre 2018

La población reclusa en Colombia se incrementó de agosto a septiembre en 0,4% (763 personas).

La población reclusa a cargo del Instituto en todas las modalidades de privación de la libertad (183.506), aumentó 0,4% (774 personas) con respecto al mes de anterior (182.732)” (INPEC, 2018, p.).

El número de personas que se encuentra recluso en prisiones a nivel país es 119,125. A pesar de que en los diferentes estudios que dan las estadísticas mes a mes y anuales de estos datos, se presentan diversas variaciones en cuanto a los porcentajes de aumento y disminución de la población que se encuentra privada de la libertad. La tendencia en Colombia es la del incremento, información que se relaciona en las tablas 2 y 3.

“La evolución de la población intramural a cargo del Instituto en los últimos cinco años muestra que el año 2014 cerró con una considerable caída en el número de internos(as) de -5,3% (-6.409) producto de la aplicación de la Ley 1709 de 2014; sin embargo, en 2015, una vez menguado el impacto de la ley antes mencionada, la población interna se estabiliza y retoma su tendencia creciente, al punto de culminar el año con un incremento porcentual del 6,0% (6.821). En 2016 se observa una tendencia decreciente, cerrando con una variación porcentual de -1,6% (-1.912). En 2017 la variación continua en la misma línea, concluyendo en -3,2% (3.782 personas menos). En septiembre de 2018 se observa incremento de 3,8% (4.375 internos(as) más) (INPEC, 2018, p.).

Tabla 2.

Población reclusa a cargo del Inpec 2013 – 2018: Tasa por 100 mil habitantes

Año	Población colombiana	Población reclusa Inpec(intramural, domiciliaria y con vig. electrónica)	Variación anual población reclusa		Participación nacional	Tasa población reclusa por 100 mil habitantes
			Absoluta	Relativa		
2013	47.121.089	151.368	10.639	7,6%	0,3%	321
2014	47.661.787	153.998	2.630	1,7%	0,3%	323
2015	48.401.701	169.662	15.664	10,2%	0,4%	351
2016	48.747.708	175.336	5.674	3,3%	0,4%	360
2017	49.582.835	178.397	3.061	1,7%	0,4%	360
2018	49.834.240	183.506	5.109	2,9%	0,4%	368

Fuente: (INPEC, 2018)

Tabla 3.

Población reclusa intramural a cargo del Inpec 2013 – 2018: Tasa por 100 mil habitantes

Año	Población colombiana	Población reclusa intramural Inpec	Variación anual población reclusa intramural		Participación nacional	Tasa población intramural por 100 mil habitantes
			Absoluta	Relativa		
2013	47.121.089	120.032	6.148	5,4%	0,3%	255
2014	47.661.787	113.623	-6.409	-5,3%	0,2%	238
2015	48.401.701	120.444	6.821	6,0%	0,2%	249
2016	48.747.708	118.532	-1.912	-1,6%	0,2%	243
2017	49.582.835	114.750	-3.782	-3,2%	0,2%	231
2018	49.834.240	119.125	4.375	3,8%	0,2%	239

Fuente: (INPEC, 2018)

Uno de los efectos que se presenta al surgir ese incremento que de la población privada de la libertad es el hacinamiento concepto que es una realidad en nuestras prisiones, desde personas que duermen en el suelo de las celdas, en el suelo de los pasillos, colgados con hamacas o a la altura del techo en tablas que ellos mismos organizan como sus dormitorios e incluso en los baños lugares de poca higiene y olores fuertes.

Para algunos estará bien que la pasen mal, ya que por hacer un mal fue que llegaron a una prisión, aunque lejos de todo trato inhumano el principio de la Dignidad Humana no es compatible con ninguna de estas condiciones en las que conviven los internos en nuestras cárceles, factores que se relacionan directamente con la falta de centros penitenciarios el mantenimiento de los mismos, el compromiso de los entes administrativos encargados de proveer estos recursos y del mismo Estado y la sociedad, el primero por no contar con la fuerza o recurso suficiente como para controlar práctica de actividades no permitidas por la ley con el apoyo de la fuerza pública, porque esta es insuficiente. No hay para colocar a un policía en cada sector y lugares que faciliten la comisión de delitos, ya que una calle iluminada patrullas bien distribuidas instituciones no contaminadas de la corrupción, sería un gran aporte del Estado pero como esto es toma y dame la sociedad debe tener más compromiso desde su cultura, no podemos dejar que nuestros hijos el futuro de nuestro país tengan o apoyen ideologías paganas que inciten a delinquir, todo esto viene desde la casa ya que los delitos, está comprobado, no solo se presentan en la clase social de bajos recursos, sino que también en la clase social alta y los más escandalosos se dan en la comunidad administradora de nuestro país.

De acá nace mi confrontación entre la voluntad o falta de recursos, que podemos aducir la a la comisión de los delitos y la situación del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, del porque

fracasan los fines punitivos, porque las personas no se re-socializan, al principio comentábamos que para esto deben existir las condiciones de vida mínima dentro de estos centros penitenciarios, aunque desde la vista interior y siendo cierto los programas de resocialización se brindan sin excepciones a todos los internos y ellos los rechazan o la mayoría lo hacen, esto según manifestaciones de algunos miembros del INPEC y algunas personas creen que el que no cambia es porque no quiere, pero ahora que creen ustedes ¿Será la cura o la forma de brindarla? Alguien que tiene problemas, porque en general las personas que están privadas de la libertad en su mayoría tienen problemas para encajar en una vida social sin cometer delitos como o desde que óptica pueden apegarse a métodos que no les incentiven. El enfermo no se cura solo. No es posible y menos desde sus condiciones de vida, aunque no negamos que la voluntad sea un elemento esencial del cambio “el querer es poder” y en realidad algunas personas lo han conseguido, han alcanzado su restauración y por ende la resocialización. Pero ¿Qué pasa con los demás entonces? ¿Qué ven los que pueden y quieren en estos programas, que los que no quieren no ven? No será mejor que intentemos colocar esa visión en los otros, lográndolo sería una forma de tener mejores resultados y con actividades propias, idóneas para conseguirlo. Sé que es posible y la voluntad cambia si las condiciones cambian.

Nuestra institución por medio de este proyecto tiene planteado crear un centro propio de la Universidad que cuente con infraestructuras aptas para tales actividades realizadas por los internos como: Call Center, Tele trabajo y por supuesto incluir a la familia dentro de este proceso, ya que es de vital importancia este apoyo que motiva, las garantías que brindan probabilidades de resultados positivos son la recopilación de experiencias significativas, es decir probar con métodos implementados por alguien más que fueron eficaces y efectivos, teniendo como motor principalmente la familia. Recordemos que el compromiso es de todos y esas personas que hoy están allá, algún día vieron la vida desde la libertad y sé que quieren volver a hacerlo. No puede ser reproche social el hecho de que alguien que se equivoque, cambie; por lo tanto, no es prudente ni humano discriminarlos, ya que cualquiera se puede equivocar y es de seres humanos cometer errores.

Conclusiones

El fracaso de la resocialización en Colombia no se debe al desinterés de los internos en los programas de los centros penitenciarios, sino que es más por la forma en la que llegan éstos a ellos, y en qué condiciones ellos las reciben. Esta afirmación se realiza tomando como referencia los trabajos realizados por voluntarios gestores de segundas oportunidades y defensores de los derechos de la población carcelaria de Colombia. Para ello, utilizan didáctica, talleres y recreación entre otras actividades, que les permiten a los internos tomar conciencia acerca de la importancia que tiene el abandonar la conducta delictiva y aportar a la sociedad.

Referencias

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO DE COLOMBIA – INPEC. (2018). *Informe Estadístico del mes de septiembre de 2018*. Recuperado de <http://www.inpec.gov.co>

Hernández, N. (2017). El Fracaso de la resocialización en Colombia. *Revista de derecho*, Universidad del Norte, (49), 1-41.

Vélez S., Escobar M., (2016). Sentencia de la Corte Constitucional T-762 de 2015, de dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), sobre estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. *Revista Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT,

Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1709, Bogotá, Colombia, 20 de enero de 2014. Artículo 102 programas de resocialización de 2014.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599, Bogotá, Colombia, 24 de julio de 2000, artículo 4°, funciones de la pena.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 65. Bogotá, Colombia, 19 de agosto de 1993. Artículo 9°. Funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad, Artículo 10, finalidad del tratamiento penitenciario.

Artículo recibido: 9 de diciembre de 2018

Aprobado: 15 de diciembre de 2018

