



Universidad de Panamá
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica

Órgano informativo de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Universidad de Panamá



Anuario de Derecho N° 50

Año XLI, N° 50
(2021)

Universidad de Panamá
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica

Órgano informativo de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Panamá

Anuario de Derecho N° 50
Año XLI, N° 50
(2021)

ANUARIO DE DERECHO

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Panamá

Año XLI, N° 50 (2021)

ISSN L - 2953-299X

Centro de Investigación Jurídica (CIJ)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá

Mgtr. Arellys Eleana Ureña, Directora del Anuario

Consejo Editorial:

Dr. Hernando Franco Muñoz, Universidad de Panamá. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Mgtr. Arellys Eleana Ureña C., Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Directora del Centro de Investigación Jurídica

Dr. Jorge Giannareas, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Asesor en Política Social. Panamá.

Dra. Virginia Arango Durling, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Directora del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas.

Dra. Ana María Fernández, Universidad de Sevilla, España.

Dra. Adriana Dreyzin, Universidad de Córdoba, Argentina. Catedrática de Derecho Internacional,

Dr. José Carlos Fernández, Universidad Complutense de Madrid, España. Director del Departamento de Derecho Internacional

Dr. Carlos Salcedo, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador. Catedrático de Derecho Procesal.

Para correspondencia, canje y suscripción:

Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Centro de Investigación Jurídica (CIJ)

Estafeta Universitaria

Panamá, República de Panamá

Teléfono: (507) 523-6139

Correo electrónico: c_investigacion_juridica@up.ac.pa

<http://www.up.ac.pa/PortalUp/CentroInvestigacionJuridica.aspx?menu=456>

Corrección de textos

Consejo Editorial

Asistente Consejo Editorial

Eyda Jazmín Saavedra Herrera

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Asistente Técnico de Investigación

Diseño de Portada:

Imprenta Universitaria

Universidad de Panamá



***Autoridades de la Universidad de Panamá
2021***

Dr. Eduardo Flores Castro
Rector

Dr. José Emilio Moreno
Vicerrector Académico

Dr. Jaime J. Gutiérrez
Vicerrector de Investigación y Postgrado

Mgtr. Arnold Muñoz
Vicerrector Administrativo

Mgtr. Ricardo Him Chi
Vicerrector de Extensión

Mgtr. Mayanín Rodríguez
Vicerrectora de Asuntos Estudiantiles

Mgtr. Ricardo A. Parker D.
Secretario General

Mgtr. José Luis Solís
Director General de los Centros Regionales y Extensiones Universitaria



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
2021

Dr. Hernando J. Franco Muñoz
Decano

Mgtr. Francisco F. Flores Villa
Vicedecano

Lic. Judith Loré
Secretaría Administrativa

Mgtr. Arellys Eleana Ureña C.
Directora del Centro de Investigación Jurídica

Profesor Aresio Valiente López
Sub-Director - Centro de Investigación Jurídica

Investigadores

Mgtr. Vanessa Campos Alvarado
Mgtr. Oziel De Gracia
Mgtr. Carmen Rosa Robles
Lic. Camilo Rodríguez
Mgtr. Belquis C. Sáez N.

Asistentes de Investigación

Maybelline González
Lic. Wilfredo Gómez
Dylan A. Hernández A.
Clarisse Stella Jované A.
Eyda Jazmín Saavedra H.

Hemeroteca
Lic. Marcial Guerrero

Secretaria
Mirna E. Arcia

CONTENIDO		Páginas
EDITORIAL		9-13
IN MEMORIAM DEL PROFESOR CALIXTO MALCOLM BURNS		14-17
PALABRAS DE LA DIRECTORA DEL CONSEJO EDITORIAL		18-19
I. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES		21-26
II. DOCTRINA		
A. DERECHO AMBIENTAL		
Los desechos sólidos en tiempos de pandemia. El derecho a un ambiente sano en la ciudad de Panamá. Vanessa M. Campos A.		29-39
B. DERECHO CIVIL		
Responsabilidad civil por la anulación de contratos imperfectos. Abdiel Algis Ábrego.		41-57
Nociones generales sobre la simulación. Antonio Moreno Correa.		58-77
El abuso del Derecho en la renuncia del mandatario. Mitzi Sayde Villalobos Vargas.		78-87
Un vistazo a la pérdida de oportunidad como daño en el Derecho Civil panameño. David Zamora S.		88-105
El defensor de ausente en el Derecho Civil panameño. Jorge Luis. García García.		106-114
La función del notario en un testamento abierto y sus efectos jurídicos. Alexander Valencia Moreno.		115-134
La ineficacia jurídica de los testamentos. Jacinto Javier Espinosa González.		135-145
C. DERECHO COMERCIAL		
Derecho de propiedad intelectual en Panamá. Aresio Valiente M.		147-165
D. DERECHO DE FAMILIA		
Los derechos del cónyuge viudo. Antecedentes del Derecho sucesorio panameño. Belquis C. Sáez N.		167-182

E. DERECHO DEL TRABAJO

La eficacia de los mecanismos alternos de solución de conflictos en las relaciones laborales. Cecilio Cedalise Riquelme. 184-208

F. DERECHO INTERNACIONAL

La patología de la cláusula arbitral, Emanuel Castro. 210-222

G. DERECHO PENAL

Acerca de los límites del comportamiento justificado frente al COVID-19. Virginia Arango Durling. 224-238

A propósito del artículo 229A del Código Penal y su declaratoria de inconstitucionalidad. Campo Elías Muñoz. 239-260

La autoría en el Derecho penal panameño. Orestes Arenas N. 261-273

H. DERECHO PROCESAL PENAL

Principios aplicables a la detención provisional. Nadia Noemí Franco Bazán. 275-296

Derechos y garantías procesales en los casos de flagrancia. Luis Gabriel Peñalba R. 297-307

I. DERECHO ADMINISTRATIVO

Estado de emergencia en Panamá. Oziel De Gracia. 309-322

J. CRIMINOLOGÍA

Criminología corporativa. Carmen Rosa Robles. 324-328

III. LEGISLACIÓN

Compilación de leyes aprobadas por la Asamblea Nacional de Panamá durante el año 2020. Camilo Rodríguez. 330-337

IV. JURISPRUDENCIA

Discapacidad laboral. Demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción. Eyda Jazmín Saavedra Herrera. 339-342

V. RECENSIONES

Cecilio Cedalise Riquelme, Katia Rosas Méndez. Desafíos de la justicia contencioso 344-345

administrativa en Panamá. Maybelline González.

Cecilio Cedalise Riquelme. Ensayos sobre justicia constitucional, contencioso administrativa y laboral. Dylan Hernández. 346-347

VI. ARTÍCULOS INTERNACIONALES INVITADOS

La tradición legal panameña, Rubén E. Rodríguez Samudio. 349-365

Repercusiones de la pandemia causada por Sars-Cov-2 y sus variantes en la legislación de fusiones y adquisiciones en el Reino Unido y Panamá, así como la relevancia de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza en el contexto corporativo de la nueva normalidad. Juan Armengol. 366-384

Las flexibilidades en el sistema de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos en tiempos del COVID-19. José Guillermo Espinosa A. 385-404

VII. CRITERIOS DE PUBLICACIÓN 406-407

EDITORIAL



Es con suma complacencia que entregamos a la comunidad científica y estudiosa de los temas de Derecho y Ciencias Políticas nuestro número 50 del Anuario de Derecho dedicado a la memoria de nuestro compañero y amigo, Dr. Calixto Malcolm (Q.P.D.) quien laboró en esta unidad académica por 45 años (21 de mayo de 1976 hasta el 19 de febrero de 2021). El esfuerzo realizado por sus colegas y amigos para enriquecer esta publicación ha sido loable. Este número 50 se caracteriza por tener una diversidad de artículos científicos que abordan, con gran maestría, un número importante de áreas especializadas del Derecho.

En el área de Derecho Ambiental, Vanessa Campos hace un llamamiento de atención sobre la ausencia de una legislación especial sobre los nuevos desechos sólidos que se producen como consecuencia del COVID-19.

Por su parte, Abdiel Algis Ábrego inicia los tópicos de Derecho Civil realizando un análisis exhaustivo de la responsabilidad civil por anulación de contratos imperfectos que se inducen a partir de una negociación fallida del contrato o por violación del principio de buena fe o seriedad negocial en las ofertas públicas. Antonio E. Moreno Correa desarrolla, con gran destreza, otro tema del Derecho Civil: la simulación, explicando no solamente el concepto sino que descomponiendo el mismo en las diversas figuras que abarca que van desde un negocio simulado, un acuerdo simulatorio, un negocio disimulado. Asimismo, presenta las dos clases de simulación que considera de mayor importancia: la absoluta y relativa como la lícita e ilícita.

Por otro lado, tenemos otro aporte importante, en el área de Derecho Civil, de Mitzi Sayde Villalobos Vargas quien explica, con mucha claridad, las circunstancias en que se produce un abuso del derecho que puede tener el mandatario a renunciar al mandato recibido. También se tiene un aporte sobre un tema poco estudiado: la pérdida de oportunidad como daño en el Derecho Civil, realizado por David E. Zamora Smith, quien debe adentrarse para ello en el estudio del daño como elemento de la responsabilidad civil. Se cuenta también en esta sección con el artículo de Jorge Luis García García sobre el papel del defensor de ausente en el proceso civil panameño analizando, en detalle, las ventajas y desventajas de su participación. Alexander Valencia Moreno, con su artículo sobre las funciones del notario en el testamento abierto y los efectos jurídicos, aclara, con mucha propiedad, las funciones generales de los notarios públicos, para luego adentrarse en las funciones específicas en el caso de los testamentos y, muy en particular, los testamentos abiertos. La sección de Derecho Civil se cierra con broche de oro con el artículo preparado por Jacinto Javier Espinosa González denominado “La ineficacia jurídica de los testamentos”, en el cual se explica, con claridad, lo que es un testamento para luego pasar a analizar las diversas causas que producen la ineficacia jurídica del mismo

En el área de especialidad del Derecho Comercial se cuenta con un aporte importante realizado por Aresio Valiente López con su artículo sobre Derecho de propiedad intelectual en Panamá, en el cual inicia por definir propiedad, luego la propiedad intelectual para, finalmente, desarrollar el concepto de Derecho de propiedad intelectual, estableciendo el vínculo de éste con los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional. Se analiza, por el autor, el Derecho de propiedad intelectual indígena como un tema novedoso.

Belquis Sáez, estudiosa del Derecho de familia, presenta un artículo sobre los derechos del cónyuge viudo para lo cual hace un recorrido histórico desde el Derecho Romano, el Código Civil español, el Código Civil de Honduras y otros. Después analiza las diversas reformas del derecho sucesorio panameño desde 1916, concluyendo que no se han dado reformas sustanciales en el mismo hasta la fecha.

Se cuenta en el este número con la valiosa colaboración, en el área de Derecho del Trabajo, realizada por Cecilio Cedalise Riquelme quien analiza los mecanismos alternos de solución de

conflictos y la eficacia que los mismos tienen en las relaciones laborales, a la luz de diversos autores internacionales y nacionales.

En el área del Derecho nternacional encontramos el artículo de Emanuel Castro denominado “La patología de la cláusula arbitral” con un enfoque innovador en el cual el autor nos explica lo que significa el convenio arbitral tanto en su forma como sus requisitos y efectos. El punto medular es el análisis realizado sobre lo que se puede determinar como la cláusula patológica que sería el acuerdo arbitral que presenta incongruencias o defectos que limitan su efectividad, desarrollo y ejecución.

Tenemos tres artículos en el área de Derecho Penal, comenzando con el de Virginia Arango Durling titulado “Acerca de los límites del comportamiento justificado frente al COVID-19” en el cual la autora deja muy claro que las libertades fundamentales, libertad individual, libertad de tránsito, derecho al trabajo, derecho a la intimidad se han visto afectadas por el COVID-19, pero que en, resumidas cuentas, todas ellas quedan por debajo del derecho a la salud pública. Campo Elías Muñoz Arango realiza un detallado análisis del Fallo de Inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia hecho del artículo 229^a del Código Penal que castiga la ocupación ilegal de tierras. Seguidamente, Orestes Arenas Nero realiza un estudio sobre la figura de autoría en el Derecho Penal panameño, iniciando por las formas de participación y la delimitación del concepto de autoría en nuestra legislación y en el Derecho Penal comparado. Culmina su artículo con la presentación de la jurisprudencia sobre autoría.

Nadia Noemí Franco Bazán inicia la sección de artículos sobre Derecho Procesal Penal desarrollando sobre los principios aplicables a la detención provisional contemplados en la Constitución Política de la República de Panamá, en el Código Penal y en el Código Procesal Penal de Panamá. Seguidamente, se cuenta con el aporte de Luis G. Peñalba titulado “Derechos y garantías procesales en los casos de flagrancia” en el cual se estudia, de manera didáctica, el concepto de flagrancia y los derechos que asisten al detenido. Asimismo el autor presenta los resultados y el análisis de una encuesta aplicada a jueces, fiscales, defensores de oficio y abogados litigantes para determinar a través de sus respuestas qué tanto se podrían estar vulnerando los derechos del detenido en flagrancia.

En el área dedicada al Derecho Administrativo se cuenta con un importante e interesante aporte de Oziel De Gracia que lleva como título “Estado de emergencia en Panamá” en el cual el autor explica cómo se declaró el estado de emergencia en Panamá debido a la pandemia por COVID-19 y presenta un cuadro con algunos decretos, leyes y resoluciones emitidas por el gobierno a partir de la declaratoria de emergencia nacional el 13 de marzo de 2020 hasta el mes de junio de 2020.

Carmen Rosa Robles entrega, en este número 50, un artículo científico denominado “Criminología Corporativa” mediante el cual explica el surgimiento de la criminología corporativa y cuál sería el papel por desempeñar para el criminólogo, en las empresas. Con este aporte se analizan nuevas vías de trabajo de la Criminología.

El Anuario de Derecho N° 50 cuenta con la participación de algunos autores internacionales invitados, los cuales desarrollan diversos temas jurídicos, dos de ellos relacionados con el COVID-19. Rubén Rodríguez Samudio reflexiona sobre la tradición legal panameña. Por su lado, Juan Armengol estudia las repercusiones de la pandemia causada por el COVID y sus variantes en la legislación de fusiones y adquisiciones así como la nueva legislación creada con el propósito de minimizar los efectos de la pandemia en la reestructuración de operaciones corporativas en el Reino Unido. Este autor también estudia la posibilidad de desarrollar nuevos marcos jurídicos para regular los procesos de fusiones y adquisiciones en Panamá. José Guillermo Espinosa entrega un artículo científico titulado “Las flexibilidades en el sistema de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos en tiempos del COVID-19” en el cual analiza la colaboración en materia de investigación y desarrollo de vacunas que se ha dado durante este período histórico de la humanidad y hace un llamado de atención sobre los límites establecidos por el Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y las nuevas flexibilidades que ayudan a mitigar los efectos derivados de los derechos exclusivos conferidos por la propiedad intelectual.

En la sección de legislación tenemos el esfuerzo de recopilación de leyes aprobadas en nuestro país durante el año 2020, realizado por Camilo Rodríguez.

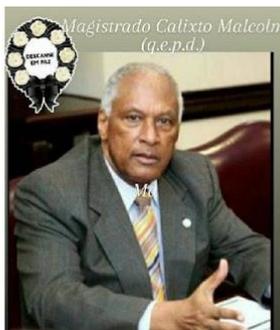
Eyda Jazmín Saavedra Herrera presenta, en la sección de jurisprudencia, una demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción de un caso de discapacidad laboral.

Para terminar, contamos en este número con dos recensiones; la primera correspondiente al artículo científico de Cecilio Cedalise Riquelme y Katia Rosas Méndez titulado “Desafíos de la justicia contencioso administrativa en Panamá” presentada por Maybelline González y la segunda se refiere al artículo de Cecilio Cedalise Riquelme que lleva como título “Ensayos sobre justicia constitucional, contencioso administrativa y laboral” que presenta Dylan Hernández.

Dr. Hernando Franco Muñoz

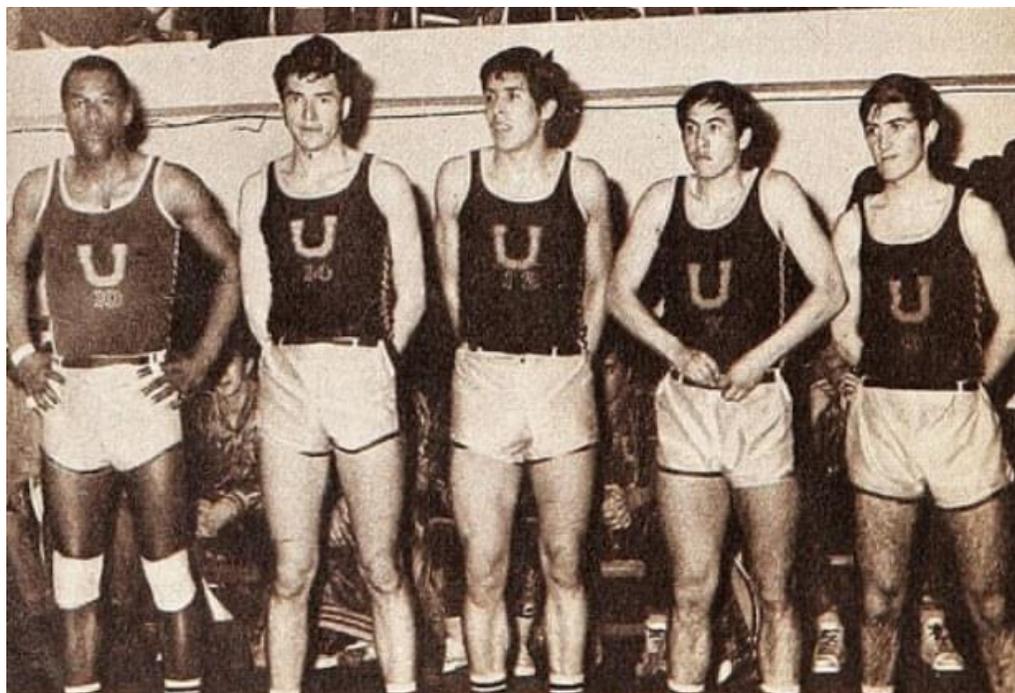
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá

IN MEMORIAM DEL PROFESOR CALIXTO MALCOLM BURNS



El 15 de febrero de 1947, nació en la Ciudad de Panamá un hombre sencillo, estudioso y trabajador quien iba a dar lustre a nuestro país, no solamente en el deporte sino como estudioso y profesor del Derecho Marítimo.

Calixto Malcolm participó, desde muy joven, en los deportes lográndose destacar como jugador de baloncesto y llegando a participar como integrante de la Selección Nacional de Baloncesto de Panamá en varios eventos internacionales como fueron: Juegos Bolivarianos, realizados en Ecuador en 1965; Juegos Panamericanos celebrados en Canadá en 1966; Juegos Centroamericanos y del Caribe que tuvieron lugar en Puerto Rico en 1966 y en los cuales se obtuvo medalla de oro y en los Juegos Olímpicos de Verano que se realizaron en 1968 en la Ciudad de México. Fueron sus compañeros de equipo: Davis Peralta, Eliécer Ellis, Ernesto Agard, Francisco Checa, Julio Osorio, Luis Sinclair, Nicolás Alvarado, Norris Webb, Pedro Rivas, Percibal Blades y Ramón Reyes, también integrantes de esa exitosa selección nacional. Durante los años 70 fue capitán del equipo de baloncesto de la Universidad de Concepción (Chile) que se coronó campeón en los juegos distritoriales y regionales de ese país.



Calixto Malcolm: primero a la izquierda, como Capitán del equipo de baloncesto de la Universidad de Concepción (1969)

Calixto egresó como Bachiller en Letras del Instituto Nacional de Panamá y parte a Chile a realizar estudios de Derecho donde obtiene la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Concepción el 13 de junio de 1975. Obtuvo idoneidad como abogado chileno el 24 de noviembre de 1975. Aprovechó sus años de estadía en Chile para realizar estudios de Postgrado en Derecho Privado que culmina en 1976. Asimismo, realiza, durante sus estudios de Derecho, cuatro años de francés intensivo en el Instituto Chileno-Francés de Cultura.

Estando en Chile se desempeñó como instructor de práctica forense del Colegio de Abogados de la Ciudad de Concepción, Chile; profesor ayudante de la cátedra de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción; abogado ayudante del Consultorio Jurídico Periférico para Pobres de la Ciudad de Lota y ejerció la profesión de abogado en los tribunales de justicia chilenos por un año.

Calixto Malcolm obtiene su idoneidad de abogado, en Panamá, el 21 de mayo de 1976 e ingresa como profesor asistente tiempo medio a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá en junio de 1976. Asistió hasta 1979 la cátedra de Derecho del Trabajo

cuando parte hacia Inglaterra a realizar estudios de Maestría en Derecho Naviero y Política Naviera, en la Universidad de Gales, en la cual obtuvo su título en 1981.

A su regreso a Panamá, Calixto Malcolm, se reintegra a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá como profesor eventual tiempo parcial, lo cual comparte con el ejercicio del Derecho, ocupando cargos de asesor legal en diversas instituciones del Estado hasta llegar a formar parte del Órgano Judicial donde se desempeñó por casi 25 años, llegando a ser juez suplente en el Primer Tribunal Marítimo del año 1982-1995; juez del Primer Tribunal Marítimo de 1996-2014 y magistrado del Tribunal de Apelaciones Marítimas del año 2014 al 2021.



El profesor Calixto Malcolm dedicó gran parte de su vida al ejercicio del Derecho y se desempeñó, hasta sus últimos días, en la docencia y la investigación, acompañando a sus estudiantes en el desarrollo de sus tesis. Publicó diversos artículos y elaboró los programas de los cursos de su especialidad; fue miembro de la Comisión de Banco de Datos; miembro de la Comisión de Convalidaciones y Director de la Maestría en Desarrollo del Sector Marítimo, todos estos cargos en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

Tuve la oportunidad de tener a Calixto Malcolm no solo como compañero de trabajo, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, sino que nuestra amistad se remonta a los años en que él estudiaba Derecho en la Universidad de Concepción (Chile) mientras que yo lo hacía en la Universidad de Chile. Nuestros lazos de amistad continuaron en Panamá y perduraron

hasta el aciago día en que la muerte nos lo arrebató cuando aún tenía mucho que compartir con sus familiares, amigos, estudiantes, subalternos y conocidos.

Calixto dejó no solo legados académicos e intelectuales sino tres hijos profesionales: Cristian Malcolm, Irving Malcolm y Anthony Malcolm, quienes ayudarán a mantener su legado mucho más allá de su separación de este mundo terrenal el 19 de febrero de 2021.

Dr. Hernando Franco Muñoz
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá

Palabras por la Directora del Consejo Editorial

El Anuario de Derecho, siendo este el número cincuenta, más que una obra de referencias, que abarca el desarrollo de un conjunto de disciplinas y sub disciplinas del Derecho, lleva en su espíritu la actualización de importantes temas de trascendental importancia, dentro del marco del súbito y atípico desarrollo del Derecho en un entorno global con medio siglo de crecimiento y evolución.

En estos cincuenta años de publicación, el Derecho ha estado trascendiendo de ser el instrumento de coacción de la conducta humana para pasar a ser un transformador y protector de la humanidad, a ser orientador y motivador del empoderamiento de los grupos humanos, de sus derechos y obligaciones, por lo de esta forma, continúa, sí, siendo una herramienta eficaz para limitar o promover conductas con miras al equilibrio social desde la transversalidad, y de la mano de la interdisciplinariedad. Al mismo tiempo cabe destacar que los aportes que se obtienen con los nutridos e innovadores temas que entrega el Anuario de Derecho, nutridos de distintas disciplinas y diferentes ópticas, abraza a todos los miembros de la población jurídica y no jurídica y ofrece herramientas a la sociedad para abordar las situaciones emergentes que llegan como elemento de disrupción del estatus quo.

Las colaboraciones en este número, han sido desarrolladas por letrados y letradas, que abordan tópicos que integran lo jurídico, científico, lo técnico, e incluso lo informático; convirtiendo este cuerpo de entregas en una valiosa contribución en temas actuales, y motivando a todos, con y sin grado de Derecho a que debamos ocuparnos de ellos.

El siglo XXI está cursando la tercera década que a su vez es la tercera década del milenio, y es evidente como se erige un sostenido reconocimiento y defensa de los derechos de las personas a desarrollarse y presentarse como sea su derecho querer serlo, así como el papel fundamental de la intervención humana en todos los entornos físicos y digitales en que el Derecho debe entrar a organizar, y se ha reconocido lo esencial de esta visión para lograr a nivel global sociedades más igualitarias y justas como medio para el desarrollo pleno e igualdad de oportunidades de las

personas, en todos los entornos, es por ello que en este número con las visiones de los autores, las que se detallan en las magníficas palabras del Decano de nuestra facultad se formulan y explican los fenómenos políticos, jurídicos, económicos, sociales, humanos y de todo orden que hacen funcionar nuestra nación.

En definitiva, el Anuario de Derecho No. 50 lleva a todo lector a adquirir conocimientos, y ópticas que indefectiblemente se transforman en competencias esenciales para el ejercicio del Derecho del siglo XXI, por lo que para finalizar, no podemos cerrar esta presentación sin felicitar a los autores por el esfuerzo realizado para el logro de sus valiosos aportes y recomendamos la lectura de cada una de las contribuciones que se instituyen como indelebles improntas en la construcción de pensamiento crítico jurídico, siendo así un trabajo, será apreciado por el lector.

Mgtr. Arellys E. Ureña Castillo

*Directora, Centro de Investigación Jurídica
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Universidad de Panamá*

I. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES

✓ **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

✓ **Abdiel Algis Ábrego**

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, UP. Maestría en Derecho, LL.M., Columbus University. Postgrados en Educación Superior y Cultura Política, UNIEDPA. Abogado litigante. Correo electrónico: abdielabrego@gmail.com

✓ **Orestes Arena Nero**

Profesor Especial II Tiempo Completo del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del Centro Regional Universitario de San Miguelito de la Universidad de Panamá. Correo electrónico: profesororestes@gmail.com

✓ **Juan Armengol**

Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA) 2006- Bachelor's degree in Marketing with Concentration in Sales Management. University of California, Berkeley (Haas School of Business) 2010- Advanced Management Program for Innovation. Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA) 2010- master's in strategic management with Specialization in Financial Markets. (Cum Laude). Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA) 2012- Bachelor's degree in Law and Political Science. (Cum Laude). Currently dedicated to the study of Mergers and Acquisitions (M&A). Corporate lawyer. Correo electrónico: argolcliente@gmail.com

✓ **Vanessa Montserrat Campos Alvarado**

Investigadora jurídica de 1995 a 2018 en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Jefa de la Sala de Consulta Delia U. de Brenes. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Especialista en Docencia Superior de la Universidad de Panamá. Postgrado en Gerencia Estratégica y de la Investigación social de la Universidad Especializada de las Américas (UDELAS). Cursa Maestría en Ciencias Sociales con Énfasis en Teorías y Métodos de Investigación en la Universidad de Panamá. Diplomada en métodos alternos de resolución de conflictos, Derecho Ambiental, investigación en el nivel superior por el Instituto de Estudios Nacionales (IDEN). Ha publicado en materia de derecho ambiental en la Universidad Nacional de Autónoma de México (UNAM), Diario Digital Universidad de Panamá, Colegio Nacional de Abogados, organismo Estado de la Región y otros. Correo electrónico: vanecampsalva10@gmail.com

✓ **Emanuel Castro**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad de Panamá. Especialista en Docencia Superior por la Universidad de Panamá. Correo electrónico: emanuel.castro@up.ac.pa

✓ **Cecilio Cedalise Riquelme**

Profesor Titular I de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala 3ª Contencioso Administrativa y Laboral del Órgano Judicial de Panamá. Correo electrónico: cecilio.cedalise@organojudicial.gob.pa

✓ **Oziel De Gracia**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua, 2012. Máster en Gestión de Empresas Marítimo-Portuarias y Derecho Marítimo de la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Maestría en Derecho procesal de la Universidad Santa María la Antigua. Secretario Judicial del Juzgado Ejecutor de la Autoridad de los Recursos acuáticos 2013-2014. Abogado de la dirección de Inspección, Vigilancia y Control de la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá de 2014 hasta febrero de 2015. Abogado Independiente y asesorías a empresas de la localidad. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Panamá. Correo electrónico: odg_25@hotmail.com

✓ **Jacinto Javier Espinosa González**

Doctor en Derecho con especialidad en Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, España. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Ex – Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Director de Escuela de Derecho y del Departamento de Derecho Privado. Profesor titular de la Cátedra de Derecho Civil con más de cuarenta años de dedicación a la docencia universitaria. Miembro de la Comisión de Reforma Constitucional 2009. Ha publicado obras como: Legislación panameña sobre el negocio de banca; Dictámenes jurídicos sobre banca; El derecho de bienes, transmisión patrimonial mortis causa - régimen jurídico sucesorio; Los derechos reales en el ordenamiento jurídico panameño- Volumen I, II y III; Artículos de revistas y Anuarios sobre derecho patrimonial. Correo electrónico: jacintoespinosa17@hotmail.com

✓ **José Guillermo Espinosa A.**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Maestría en Administración de Negocios de la Universidad de Lindenwood, Missouri, Estados Unidos. Maestría en Derecho de la Universidad de Niigata, Japón. Doctorado en Derecho de la Universidad de Niigata, Japón. Se ha desempeñado como profesor en la Facultad de Negocios de la Universidad Latina de Panamá en las cátedras de Normas y Procedimientos de Comercio Exterior y Derecho Fiscal y Laboral. Realizó estancia post-doctoral en la Universidad de Niigata en materia de

propiedad intelectual, normas de competencia, y acceso a nuevas tecnologías. Actualmente es Abogado consultor en la firma forense Neolis Partners Consultants (Panamá y República Dominicana) y realiza investigaciones de manera independiente en el área de propiedad intelectual, tecnologías de la salud e inteligencia artificial. Correo electrónico: jepinosalawyer@gmail.com

✓ **Nadia Noemí Franco Bazán**

Nació en Grenoble, Francia. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá (1999). Especialista en Estudios Criminológicos del ICRUP (2000). Postgrado en Docencia Superior de la Universidad Latina de Panamá (2000). Máster en Práctica Jurídica de la Universidad de Salamanca (2004). Postgrado en Derecho Público de la ULACIT (2013) y Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la ULACIT (2013). Maestría en Derecho Procesal de la UAM (2014) y Posgrado en Derecho Procesal Penal con mención a los Principios, Garantías y Reglas Constitucionales que fundamentan el Sistema Acusatorio del INEJ (2014). Doctorado en Derecho por la Universidad de Salamanca (2014). Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del INEJ (2015). Posgrado en Sistema Penal Acusatorio de UDELAS (2016). Catedrática de derecho procesal penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Coordinadora de la Maestría en Derecho con Especialización en Derecho Penal del Centro Regional Universitario de San Miguelito de la Universidad de Panamá. Presidenta del Centro Internacional de Formación e Investigación Jurídica de Centroamérica. Presidenta de la Unión Nacional de Abogadas (2020-2021). Miembro del Centro de Estudios de Justicia de las Américas de la OEA. Correo electrónico: nfbol@gmail.com

✓ **Jorge Luis García García**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Maestría en Derecho Empresarial Corporativo de la Universidad del Istmo. Maestría en Derecho Administrativo del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua. Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua. Maestría en Derecho Procesal de ISAE Universidad. Especialización en Derecho Procesal de ISAE Universidad. Diplomados en; Sistema Penal Acusatorio, Derecho Público, Derechos Humanos y Juicio Justo, Derecho Ambiental, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Funcionario del Órgano Judicial, ocupando diferentes cargos, en diferentes jurisdicciones, tales como: Penal, Civil, Familia, Marítimo y Laboral de 1992 hasta el año de 1999. En el año 2013 regresa al Órgano Judicial como Juez de Circuito Civil de Panamá. Correo electrónico: jorgeluisgarcia1671@gmail.com

✓ **Antonio Moreno Correa**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá. Magíster en Derecho Privado de la Universidad de Panamá. Postgrado en Docencia Superior de la Universidad Tecnológica de Panamá y actualmente cursa estudios de Doctorado en Derecho con especialización en Derecho Civil. Como Docente universitario ha dictado las asignaturas de Derecho de Obligaciones y Práctica Forense. Correo Electrónico: anmorenoc@gmail.com

✓ **Campo Elías Muñoz A.**

Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales de la 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 de la Universidad de Salamanca, España, curso de 60 horas, 2007. Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003), Graduado Tercer Puesto de Honor 2005, Capítulo Sigma Lambda. Universidad de Panamá; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Correo electrónico: campoema@gmail.com

✓ **Luis Gabriel Peñalba R.**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en el Centro Regional Universitario de Veraguas de la Universidad de Panamá 2011. Postgrado en Sistema Penal Acusatorio, Universidad Especializada de Las Américas, 2016. Maestría en Sistema Penal, Universidad Especializada de Las Américas, 2016. Profesorado en Educación Media con Especialización en Derecho, 2017. Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Procesal, Centro Regional Universitario de Veraguas, 2017. Maestría en Docencia Superior, Universidad Especializada de las Américas, 2019. Diplomado En Teoría del Delito y Teoría del Caso, INEJ, 2019. Correo electrónico: luchogp26@hotmail.com

✓ **Carmen Rosa Robles**

Por sustentar Tesis de Maestría en Curriculum por el ICASE. Maestría en Asuntos Criminológicos de la Universidad de Panamá. Profesora e Investigadora Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Profesora de Segunda Enseñanza con Especialización en Derecho y Ciencias Políticas. Especialista en Docencia Superior. Maestra de Enseñanza Primaria, Instituto Normal Rubiano. Correo electrónico: carmen16755@gmail.com

✓ **Rubén Enrique Rodríguez Samudio**

Doctor en Derecho, Universidad de Hokkaido, Japón. Profesor asistente de la Universidad de Hokkaido, Japón. Profesor Adjunto, Universidad de Keio, Japón. Abogado de la República de Panamá. Correo electrónico: rubenr1618@gmail.com, ruben18@juris.hokudai.ac.jp

✓ **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. Doctoranda en Derecho con énfasis en Derecho Civil por la Universidad de Panamá. Correo electrónico: magistrabelquis@gmail.com

✓ **Alexander Valencia Moreno**

Doctor en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología (ULACIT) con auspicio de la Complutense de Madrid España en el Programa Latinoamericano de Doctorado en Derecho (PROLADE) que se imparte en San José, Costa Rica, 1996; posee un Post Grado en Docencia Superior de la Universidad de Panamá de 1999. Maestría en Docencia Superior por la Universidad de Cartago 2006. Diplomado en Registro Público 2009. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá 1992. Ha publicado ocho (8) libros, todos relacionados con temas de Derecho civil, además es autor de una docena de artículos publicados en la Revista Lex del Colegio Nacional de Abogados. Ha dictado más de treinta (30) conferencias en seminarios y congresos nacionales. Miembro de la Academia panameña de Derecho. Se desempeña como Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Notario público. Correo electrónico: alexandervalencia9@hotmail.com

✓ **Aresio Valiente López**

Abogado Guna graduado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Estudios de Propiedad Intelectual, Métodos Alternos de Resolución de Conflictos y en Derechos Humanos. Profesor de Derecho Agrario y Ambiental, Derecho Industrial y Minas, Derechos Humanos en su alma mater. Profesor de Derecho de Indígena y Legislación Educativa en la Universidad Especializada de las Américas. Ha sido Presidente de la Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá. Miembro fundador de la Alianza Ciudadana Pro-Justicia y de la Alianza Mundial de Derecho Ambiental (ELAW), y de Pluralismo Jurídico Latinoamericano (PRUJULA). Director del Centro de Asistencia Legal Popular. Vicepresidente del Instituto Panameño de Derecho Agrario, Ambiental e Indígena. Miembro del Colegio Nacional de Abogados. Asesor de los Congresos y Organizaciones Indígenas. Miembro de Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Correo electrónico: diwigdi@gmail.com:

✓ **Mitzi Sayde Villalobos Vargas**

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas en ISAE Universidad en el año 2013. Magíster en Derecho Procesal, ISAE Universidad, 2017. Especialista en Docencia Superior, Universidad de Panamá, 2008. Ingeniera Industrial, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, 2003. Licencia de traductor público del idioma inglés al español y viceversa. Ejerce privadamente la abogacía. Profesora asistente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Doctoranda en Derecho con énfasis en Derecho Civil, de la Universidad de Panamá. Correo electrónico: mitzi.villalobos@up.ac.pa

✓ **David E. Zamora Smith**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá Capítulo de Honor Sigma Lambda, Maestría en Derecho Privado en énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá con mención Sobresaliente Cum Laudem por el jurado calificador, Especialidad en Docencia Superior de la Universidad de Panamá; estudiante de los Cursos Intensivos válidos para el Doctorado de la Universidad de Buenos Aires; ha ocupado los cargos de Oficial Mayor, Secretario Judicial Interino y Asistente de Juez en los Juzgados de Circuito Civil y Seccional Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá. Correo electrónico: david_z_s@hotmail.com

II. DOCTRINA

A. DERECHO AMBIENTAL

Los desechos sólidos en tiempos de pandemia. El derecho a un Ambiente sano en la ciudad de Panamá

Vanessa M. Campos Alvarado

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro de Investigación Jurídica

[*vanecampsalva10@gmail.com*](mailto:vanecampsalva10@gmail.com)

Recepción: 23 de julio de 2020

Aceptación: 30 de julio de 2020

Resumen:

La pandemia del coronavirus, Covid-19 ha tomado sorpresivamente las ciudades del mundo. Muchas personas no se encontraban preparadas para afrontarlo ni médica, ni económicamente. La proliferación de contagios y la mortalidad que ella conlleva tiene alarmada a la población mundial. Para contrarrestar el contagio se hace obligante el uso de implementos de bioseguridad que son lanzados irresponsablemente por sus usuarios en la vía pública agravando la composición de los desechos sólidos y convirtiéndose en una amenaza para la salud de los recolectores. Sobre la recolección de estos desechos no existe una legislación o protocolo especial. Este vacío debe ser subsanado por eso se advierte y por tratarse del ambiente sano, esencial para retornar a una nueva normalidad.

Palabras Clave: Ambiente, Derechos Humanos, Derecho ambiental, nueva normalidad, pandemia, salud ocupacional.

Summary:

The Coronavirus pandemic, Covid-19 has surprisingly taken over the cities of the world. Many people were not prepared to face it, neither medically nor financially. The proliferation of infections and the mortality that she provokes has alarmed the world population. To counteract the contagion, the use of biosecurity implements is compulsory, which are irresponsibly thrown by their users on public roads, aggravating the composition of solid waste and becoming a threat to the health of collectors. Regarding the collection of these wastes, there is no special legislation or protocol. This gap must be filled for that reason and the healthy environment, essential to return to a new normality, is noticed.

Keywords: Environment, Human Rights, Environmental Law, new normality, pandemic.

Introducción

En tiempos anteriores los desechos sólidos fueron motivo de preocupación por la inadecuada recolección y ausencia de procesamiento con el objeto de aprovechar los residuos a través del reciclaje. La composición de estos desechos ha variado. Y esta una nueva situación es un agravante del problema. El cambio de los desechos sólidos en la ciudad de Panamá tiene como punto de partida la denominada Pandemia que ha originado el Coronavirus o conocido también como Covid-19.

El término pandemia significa la extensión de una enfermedad a distintos países, lo que actualmente ocurre con el Coronavirus o Covid-19. Su inicio en China en la ciudad de Wuhan ha trascendido a Europa, Asia, África y América Latina y Anglosajona donde millones de personas se han contagiado de esta enfermedad y con una gran mortalidad. El 11 de marzo de 2020 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud la Pandemia Panamá no ha sido excepción.

Actualmente, la cifra de contagios a nivel mundial ha superado los 9 millones y más de 482,000 fallecidos¹. En Panamá los contagiados llegan hasta el momento a más de 30,000 personas y más de quinientas defunciones.

Debido a la gravedad de la sintomatología que produce el coronavirus se justifica tomar medidas de protección a la salud o de bioseguridad tanto por el personal médico especializado y ciudadanos para evitar el contagio ya que sus resultados pueden ser fatales dependiendo de las condiciones de salud previas de quienes llegan a contagiarse. Los especialistas denominan comorbilidades a estas condiciones anteriores a la obtención de resultados positivos en las pruebas para su detección que hacen más susceptibles de agravarse el estado de los pacientes al ser contagiados con el Coronavirus, ocasionando fatalidad de gran incidencia en adultos mayores. “En los humanos se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el Síndrome Respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el Síndrome respiratorio agudo Severo (SARS)”²

Sin la intención de usurpar terrenos de especialistas, en ciencias de la salud los afectados por el coronavirus desarrolla cuadros respiratorios graves caracterizados por la ausencia de oxigenación y trombosis (formación de coágulos) entre otros síntomas que con las condiciones previas de salud afectadas (hipertensión, diabetes etc.) influye en que sobrevenga la mortalidad.

Ante este panorama, de una enfermedad tan temible y altamente contagiosa y que deja secuelas posteriores a quienes la padecen. Las alternativas planteadas de bioseguridad han sido el distanciamiento social, el uso de mascarillas o cubre bocas, guantes, lavados frecuentes de manos, objetos y otras medidas de higiene. Sin embargo en esta enfermedad “...no se cuenta con un tratamiento específico de eficacia establecida...”³

¹ Organización Mundial de la Salud. www.who.int.

² *Ibidem*

³ Harrison. Principios de Medicina Interna. 18ª edición. Editorial Mc Graw Hill. Volumen 1, impreso en China p.1488.

Es importante prestar especial atención al uso de mascarillas y guantes, que si bien se consideran desechos hospitalarios, hoy por la necesidad de protección, son utilizadas fuera de los claustros nosocomiales. Una vez eliminados, estos, no se recolectan de igual forma que en el ambiente hospitalario en donde se depositan en envases especiales por su peligrosidad y factor contaminante además de utilizarse membretes que los distinguen. Hoy están en las calles de la ciudad de Panamá formando parte común del panorama de las avenidas en sus aceras y calles. Y siendo de uso obligatorio para todos, el incremento de estos en la ciudad se observa con mayor frecuencia.

Esta ha sido la causa de los cambios en la composición de los desechos de la ciudad, donde guantes y mascarillas de un ambiente hospitalario y controlado hoy están por todas las ciudades sin restricciones, ni depósitos especiales. Están al aire libre cercano a residencias y centros comerciales.

El Tratado Universal del Medio Ambiente, aun cuando es una publicación elaborada hace varios años describe perfectamente el contenido de desechos urbanos y las causas que lo originan manteniendo su vigencia:

“Los desechos sólidos urbanos son en esencia los producidos en las zona habitadas, por los habitantes de la ciudad.

Los podemos clasificar en:

- Domiciliarios comerciales y de servicios
- Residuos procedentes de la limpieza de calles y zonas verdes y mercados
- Eventualmente y dentro de ciertos límites, residuos procedentes de establecimientos industriales urbanos⁴”.

La composición de los desechos urbanos obedece a diversas circunstancias y” ...dependen esencialmente de:

- Del nivel de vida de los habitantes
- De la estación del año
- De los hábitos de la población
- De si la zona es turística o no
- Del clima

- Del día de la semana⁵”

En el caso particular de este estudio la causa que es la pandemia o enfermedad no ha sido señalada como un condicionante de la composición de los desechos sólidos. Es una situación que no había sido considerada por lo cual debe prestarse especial atención para la búsqueda de soluciones.

⁴ Tratado Universal del Medio Ambiente. Tomo IV Rezza Editores México p.455

⁵ *Ibíd.*

Se han promulgado legislaciones especiales para obligar a los ciudadanos a protegerse como la Resolución 1420 del 1 de junio del 2020 “Que hace obligatorio el uso de mascarillas o barbijos para que de forma coactiva utilicen estos medios de bioseguridad cuyo incumpliendo acarrea una sanción de acuerdo con el código sanitario del país”. Si vigencia es hasta que se levante la pandemia y es de estricto cumplimiento para nacionales y extranjeros. No obstante ¿Qué ocurre con los desechos de bioseguridad que se depositan en lugares públicos sin ningún tipo de conciencia exponiendo a los transeúntes a que trasladen, por esta fuente, la enfermedad a otros escenarios? ¿Existe algún protocolo para que los recolectores de la Dirección de Aseo utilicen en torno a estos desechos que son frecuentes en calles y avenidas? ¿Se ha idea por el Estado garante de la conservación del ambiente alguna otra alternativa o contratación de equipo especializado en el procesamiento de estos desechos? ¿Se encuentran los trabajadores de la Dirección de Aseo protegidos para lidiar con estos desechos?

A diferencia de los residuos originados por el Covid-19, los desechos hospitalarios tienen regulaciones especiales como el resuelto 02212 del 17 de abril de 1996. En esta regulación se establecen los requisitos mínimos para el manejo de residuos hospitalarios peligrosos tanto público como privado.

Los desechos hospitalarios infecciosos que requieren especial cuidado poseen agentes patógenos que son una amenaza para la salud. De acuerdo con lo descrito en la norma en comento. Ejemplos de desechos infecciosos son: los residuos de cirugía, autopsias de pacientes de enfermedades contagiosas.

Los desechos hospitalarios según la presente norma son transportados en recipientes como bolsas de polietileno con espesor de 200 a 300 micras. Este solo ejemplo de las medidas que se toman con los desechos hospitalarios. En tanto que, los implementos de bioseguridad que utilizan los ciudadanos no tienen ninguna de las precauciones anteriores.

En la resolución 11 de 11 de enero del 2013, “Por la cual el ministerio de salud mediante la contratación de empresas debidamente autorizadas se encargará de la recolección y transporte, tratamientos y disposición final de los desechos hospitalarios peligrosos de sus instalaciones de salud a nivel nacional. La norma citada permite la contratación de empresas para la disposición de desechos hospitalarios públicos y privados que son responsables de la recolección de sus desechos. Ambas normas son ejemplos de las precauciones que se toman con los desechos hospitalarios. Igualmente debe prestarse la debida atención a los que se encuentran en la calle, originado con esta pandemia y que contienen agentes patógenos.

I. La nueva normalidad y la conciencia de los ciudadanos.

En vista de los efectos del Coronavirus que han degenerado en una pandemia en la cual se ha impuesto una cuarentena sanitaria, se ha restringido la libertad para crear coercitivamente un distanciamiento social un tanto cuestionado considerando la infracción a garantías fundamentales, sin las cuales se considera se producirían mayores pérdidas siendo la principal la vida. El objetivo primordial de esta medida ha sido la reducción de contagios para retornar a la denominada nueva normalidad.

La nueva normalidad es más que el retorno a las actividades cotidianas del país tanto comerciales, institucionales como las de cada ciudadano común del país adoptando medidas de bioseguridad impuestas legalmente. En la Nueva normalidad debe estar presente en cada individuo una actitud consciente y solidaria de adopción de medidas de protección en beneficio de las mayorías.

II. El régimen ecológico y la conservación del ambiente como tarea conjunta

La aceptación de estas medidas debe ser a conciencia y con convicción con miras a tener salud y un ambiente sano. Tarea obligada que todos los ciudadanos partiendo del Régimen Ecológico Constitucional Panameño que en su artículo 119 resalta la labor de todos en la construcción de un país sin contaminación. El texto del Régimen Ecológico Constitucional, recalcando especialmente sus artículos 118 y 119, enmarcan una participación conjunta en la protección del ambiente.

Por una parte el artículo 118 subraya el papel del Estado en la conservación de “un ambiente sano y libre de contaminación” que permita la vida de la población.

Artículo 118.

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 a la vida humana.

Desde el artículo 119 de la Constitución Panameña sobre régimen ecológico, se involucra en la conservación del ambiente a los habitantes en una tarea conjunta con el Estado que consiste en “...propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación”.

Artículo 119.

El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de ecosistemas.

En las circunstancias actuales mundiales que se afrontan por la Pandemia del Covid-19, que provoca enfermedades respiratorias graves que hasta el momento no tiene cura, es deber del Estado y de todo ciudadano, la práctica de medidas de bioseguridad para evitar mayores contagios y altas tasas de mortalidad.

Sin la práctica consciente de medidas de bioseguridad, como el lavado de manos frecuente con jabón o alcohol, utilizar mascarillas para evitar el contagio vía aérea, el distanciamiento social y el debido respeto a la cuarentena como uno de los mecanismos de distanciamiento, se dificulta la disminución de contagios.

La transmisión de la enfermedad se origina a partir de:

“... persona a persona a través de gotículas que salen despedidas de la nariz o de la boca de una persona infectada al toser o estornudar o al hablar. Estas gotículas son relativamente pesadas, no llegan muy lejos y caen rápidamente al suelo⁶”.

La forma de transmisión aérea hace forzoso el uso de protección que inhiban la presencia de las gotículas como los tapa bocas y mascarillas presentes libremente en la ciudad. La mala disposición de estos desechos sin que se tome consciencia de los agentes contaminantes que en ellos se encuentran y que contribuyen a la propagación de la enfermedad. Los transeúntes que circulan, pueden transportarlos a sus hogares, por esto es tan importante las medidas de recolección y freno a esta conducta imprudente.

Si bien la norma constitucional dicta preceptos básicos para un ambiente sano corresponde a las autoridades del país hacer operativa dicha norma a través de reglamentos que la dinamicen y que las autoridades sean vigilantes de su cumplimiento de suerte tal que no se conviertan en lo que se denomina letra muerta pues no se cumple.

III. El Estado como procurador del bienestar social

El Estado como administrador público tiene un papel que cumplir como garante del bienestar social que la norma de procedimiento administrativo expone al definir en que consiste la administración pública en sus artículos 201 numeral 8 de la Ley Procedimiento Administrativo N. 38 de 31 de julio de 2000 en la cual expresa : desde el punto de vista objetivo”... el conjunto de actividades heterogéneas que tienen por finalidad lograr el bienestar social , como son la prestación de servicios públicos , medidas de estímulo a las actividades sociales y medidas de freno a dichas actividades” .

El papel del Estado de garante de un ambiente sano y ejecutor de acciones para el bienestar general lo conduce a la creación de medidas que construyan los lineamientos a seguir para que el ambiente tenga la calidad que se requiere para ser habitable. Esto se traduce en la eliminación de desechos para la protección de los ciudadanos que hoy se encuentran en aceras y calles del país.

III. La protección de los trabajadores recolectores de desechos en época de pandemia.

⁶ Revista El Mundo www.elmundo Madrid, España.

El Personal de la Autoridad de Aseo Urbano y domiciliario de Panamá es el encargado de la recolección de desechos sólidos del país. Ante la pandemia del Covid-19 que ocurren actualmente en el país y que afectan la salud de todos, estos trabajadores recolectores que se encuentran altamente expuestos a agentes contaminantes y productores de enfermedades.

“La gestión eficaz de los residuos sólidos es un servicio básico que las ciudades necesitan para funcionar. A la luz de la situación actual, se vuelve crucial para mantener esta crisis de salud pública⁷”

En la búsqueda de un ambiente sano y equitativo es necesario tomar acciones para mejorar las condiciones en que estos desempeñan sus labores a diario. Se observa diariamente que no se les ha suministrado algún tipo de protección adicional a las que regularmente usan más que una simple mascarilla. Se realizan controles en la institución de toma de temperatura y alcohol además de mascarillas únicamente.

Como panameños los trabajadores recolectores de residuos requieren igualmente conservar la vida y esto implica no convertirse en agentes transmisores de enfermedades que llevaran a sus hogares. “Durante esa crisis mundial sin precedentes, los gobiernos y el público también deben apoyar a los recolectores de residuos municipales ya que representan un componente clave de la lucha de los países contra el virus⁸”

La actitud irresponsable de panameños que desechan mascarillas guantes y otros implementos de bioseguridad sin ningún tipo de control los pone al frente de agentes de contaminación a estos trabajadores del aseo diariamente.

En la práctica, se ha observado que los recolectores institucionales depositan en los equipos compactadores de recolección los desechos sólidos que están en bolsas plásticas. Pero al realizar esta misión y pasar por los lugares de recolección los que no han sido colocados debidamente en las calles, permanecen indefinidamente en exposición, pudiendo impactar tanto a los transeúntes como a aquellos que desarrollan la labor de recolección.

Aun cuando estos residuos no sean recolectados es comprensible la actitud de estos trabajadores que protegen sus vidas y la de sus familias al no existir alternativas que subsanen esta ausencia de medidas.

La inexistencia de un protocolo para la recolección de estos desechos los hace permanecer en la intemperie indefinidamente. También el hecho de que estos trabajadores no tengan equipos especiales para su recolección o como alternativa la recolección por instituciones especializadas en estos menesteres. Es

⁷ Banco Interamericano de Desarrollo .2020

⁸ *Ibíd.*

indispensable la elaboración de una legislación protectora, de acciones y estrategias. Por tanto cada Estado deberá través de: ... “desarrollar regulaciones apropiadas para eliminar los desechos potencialmente contaminados y así evitar la propagación del virus. El diseño de planes de urgencia también ayudara a las naciones a abordar los desafíos financieros y sociales. Relacionados con el coronavirus⁹”.

Hay que tener presente que la composición de los desechos vario substancialmente y las mascarillas que antes eran de uso hospitalario hoy pululan por cualquier calle o avenida del país y con un contenido peligroso que exige medidas de control.

El retorno a una “nueva normalidad” como una vuelta a la vida cotidiana conlleva cambios que no pueden lograrse sin una labor conjunta entre Estado y ciudadanos como ya se ha advertido.

En la situación particular que se describe estos cambios claman por instructivos y directrices para restablecer la calidad necesaria de un ambiente sano. Estas deben orientar la labor de recolección de desechos sólidos. También debe extenderse a los ciudadanos y en el caso que lo amerite en la imposición de sanciones así como cuando se incumple el uso de mascarillas. En esta labor deben participar autoridades comunitarias y de policía.

Estos desechos de bioseguridad que están expuestos libremente no tienen los controles de los hospitalarios que si han recibido la debida atención evidente en la contratación de personal especializado en la labor de su traslado y procesamiento.

El componente operativo que forma parte de la administración pública a quien le corresponde la tarea de recolección fue creado mediante la Ley 51 de 29 de septiembre de 2010 denominada Autoridad de Aseo Urbano y domiciliario y dicta otras disposiciones, tiene a su cargo la gestión integral de residuos sólidos, su manejo. En esta tarea pueden realizar explotación y aprovechamiento y disposición final con las debidas directrices para ejercer controles sobre la contaminación y salvaguardar la protección de la salud pública.

Entre sus funciones también se encuentra la realización de programas políticas y estrategias con el objeto de optimizar la disposición de desechos. Sus acciones se extienden a la promoción de políticas que provean de financiamiento para alcanzar sus metas. Esta tarea la realizarán en coordinación y supervisión del Ministerio de Salud.

⁹ *Ibíd.*

Sus facultades descritas en el artículo 7 de la Ley en comento, le permite contratar en la tarea de recolección, barrido, cobro y transporte de desechos con empresas que pueden ser nacionales o extranjeras. En este sentido y observándose la necesidad imperiosa de retornar a una normalidad con un ambiente sano, esta institución puede hacer una contratación con una empresa nacional o bien extranjera que posea los insumos necesarios para descontaminar la ciudad de estos desechos de bioseguridad.

La Dirección de Aseo como parte de la administración pública que “Desde un punto de vista subjetivo, es el conjunto de organismos o dependencias estatales que conforman parte del Órgano Ejecutivo, cuya actividad está encaminada a lograr el bienestar social...”, según el artículo 201 numeral 8 tiene el deber de coadyuvar en el desarrollo de un ambiente sano en la recolección de agentes contaminantes. Pero requiere de equipos más efectivos para la protección de sus colaboradores y para la manipulación de los desechos peligrosos contenidos en los guantes y mascarillas que la población irresponsablemente bota a sabiendas de que puede estar contenido en ellos el agente del Covid-19. Esta es una exigencia como parte de preservar los derechos humanos y la salud ocupacional de estos trabajadores.

Los ciudadanos que actúen en omisión del deber de desechar adecuadamente estos implementos de bioseguridad, en cualquier área deben ser igualmente sancionados por su omisión. Sobre esta materia no se ha legislado y requiere atención. La legislación existente tiene vacíos al respecto debido a que es una situación nueva y ha tomado desprevenidos a muchos. Pero el derecho, debe evolucionar de acuerdo con las necesidades sociales. No puede estancarse ante los eventos que se suscitan y que requieren pronta atención ya que entonces el derecho no estaría logrando el objetivo de una protección oportuna y armónica de los derechos en el tiempo real que se requiere.

Si no hay alternativas para dotar a los recolectores de la Dirección de Aseo de lo necesario para preservar la salud propia y de los ciudadanos, debe contratarse una empresa especializada en este tipo de saneamiento.

El propósito final es tener un ambiente sano como escenario donde se desarrollará la nueva normalidad que debe ser producto de una labor conjunta entre Estado y Ciudadanos.

Si bien la norma constitucional no habla de una Nueva Normalidad evidentemente, no hace referencia a este nuevo término en el mantenimiento de un ambiente sano, todos los actores deben intervenir. Ambas situaciones entrañan acciones colectivas para lograr una aproximación a la vida antes del Covid-19 con

una mejor actitud en la que no deben faltar valores como la solidaridad, el respeto, la tolerancia, la justicia y la igualdad.

Los valores expuestos se materializan procurando un mayor bienestar a aquellos sectores con mayores carencia de la población, en el respeto a sus derechos a una vida digna, en la calidad de la educación, que no es accesible a todos debido a las falta de tecnología adecuada para aprender a distancia en estas circunstancias de pandemia, en la garantía al derecho alimentario, que se encuentra afectado por el desempleo y por las medidas restrictivas de la libertad que si bien tienen el propósito de salvaguardar la vida evitando contagio a enfermedades, por otra parte, impide que los que trabajaban informalmente tengan recursos para suplir sus necesidades diarias, en la justicia que es según Ulpiano dar a cada cual lo que corresponde. ¿Qué es lo que corresponde a cada cual en el presente? Un ambiente sano para desarrollar actividades de subsistencia, una educación de calidad, seguridad alimentaria que permee a los ciudadanos, una salud igual para todos en su atención, condiciones de trabajo dignas, en la que los trabajadores no peligren y transmitan enfermedades a sus familias.

IV. Reflexión final

El retorno a una nueva normalidad plantea cambios individuales y de Estado. En las personas, este cambio se refleja en una actitud colaborativa, solidaria y de acatamiento a las leyes frente a la realidad que se vive. La actitud de los Estados en tanto debe consistir, en la ejecución de acciones para un bien común. Este bien común debe materializarse en procurar una educación adecuada en los tiempos de pandemia, en la seguridad alimentaria de los más carenciados muchos de ellos son trabajadores del sector informal que en estos momentos no pueden ejercer sus ocupaciones debido a las restricciones de circulación debido a la cuarentena lo que puede ocasionar la ruptura de esta medida de aislamiento para sufragar sus necesidades. Ante esta posibilidad el Estado debe garantizar esta seguridad alimentaria. Pero sobre todo procurar un ambiente sano para retornar a la normalidad en condiciones que permitan una recuperación del país del desarrollo humano y económico.

Por esto es importante establecer condiciones en las que la vida pueda desarrollarse con seguridad mediante legislación especial, protocolos directrices planes o programas que permitan sanear el ambiente construidas por personal idóneo y consultando a los sectores involucrados. La consulta en esta Pandemia a organizaciones especializadas y otros países es válida e importante por los aportes que pueden adquirirse para la construcción de una nueva normalidad proveniente de otras latitudes. Al pretender adoptar uno de esos modelos foráneos debe tenerse muy en cuenta el componente social, su comportamiento, la cultura

para que lo que se implemente como alternativa sea viable y aceptado además de impregnarse de las particularidades de aquellos que deban acatarlas para lograr una mejor aceptación y acatamiento.

Referencias Bibliográficas

Organización Mundial de la Salud. www.who.int. Consultada el 26 de junio de 2020.

Revista El Mundo www.elmundo Madrid, España. Consultada el 27 de junio de 2020.

Harrison. Principios de Medicina Interna. 18ª edición. Editorial Mc Graw Hill. Volumen 1, impreso en China p.1488.

Tratado Universal del Medio Ambiente, Volumen 4. Rezza Editores de C.V Héroes de la Independencia. Coecillo-León Guanajuato México. Primera Edición 1993 *Ibidem*.

Resolución 1420 del 1 de junio del 2020. Publicada en la Gaceta Oficial 29037-A. Que ordena el uso de mascarilla barbijo en todo el territorio de la República de Panamá.

Resuelto 02212 del 17 de abril de 1996. Publicado en la Gaceta oficial 23021 del 23 de abril del 1996.

Resolución 11 de 11 de enero del 2013 Publicado en la Gaceta 7206 de 18 de enero de 2013.

Constitución Política de la República de Panamá. Editor Asamblea Nacional, Edición de Bolsillo, 2017.

Ley 38 de 31 de julio de 2000. Gaceta Oficial 24,109 de 2 de agosto de 2000.

Banco Interamericano de Desarrollo. ¿Cómo protegemos del Covid-19 a quienes mantienen nuestras ciudades limpias? www.iadb.org. Consultada el 29 de junio de 2020.

Ley 51 de 29 de septiembre de 2010. Publicada en la Gaceta Oficial 26631-A de 29 de septiembre de 2010.

B. DERECHO CIVIL

Responsabilidad civil por la anulación de contratos imperfectos

Abdiel Algis Ábrego. LL.M.

Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Privado. Panamá
abdielabrego@gmail.com

Recepción: 16 de noviembre de 2020

Aceptación; 30 de noviembre de 2020

Resumen

La Responsabilidad Civil por la anulación de contratos imperfectos surge de la obra del jurista alemán Rudolph Von Ihering (1818-1892) publicada por primera vez en una monografía que data del año 1860, basándola en la culpa *in contrahendo*. Esta responsabilidad es la que surge por hechos ocurridos mientras el contrato aún no está concluido, o sea que se encuentra en fase de tratativas o formación, estando pendiente del hecho del perfeccionamiento.

Palabras clave: responsabilidad civil – contrato – negocio – indemnizaciones – tratativas – daños civiles – buena fe

Abstract

The guilt in *contrahendo*, theory arises from the work of the German jurist Rudolph von Ihering (1818-1892), dating from 1860 on pre-contractual liability. This is the responsibility that arises from events that occurred while the business is in talk or training stages, the fact of pending development.

Keywords: responsibility – business – contract- agreement – compensation – liability – negotiation – civil laws – fair dealing

Introducción

La fase *In contrahendo* corre desde la invitación a conversar, aunque no incluya oferta formal, hasta la recepción de la aceptación. Se entiende por fase de tratativas o formación la etapa de la negociación que corre desde la oferta formal, hasta la recepción de la aceptación. Si en el periodo de tratativas o negociaciones, que puede ser anterior a la oferta, una de las partes sufre un daño como consecuencia del accionar de la otra, que no le permite concluir válidamente el contrato -y aunque se concluya- pero se concluya con daños causados en el *impasse*, cabe que se le reparen los perjuicios.

La doctrina de Ihering denominada “*La culpa in contrahendo*” o doctrina de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o imperfectas, producida por el citado autor a mediados del siglo XIX, tiene su fundamento en el derecho romano que reconocía dos casos en que la parte perjudicada podía resarcirse aunque el contrato fuera nulo o anulable: 1. Al vendedor de *res extracomercium* y 2. Al de una herencia

inexistente se les podían perseguir por los daños a pesar de la nulidad o anulabilidad del contrato. (V. IHERING, R., “*De la culpa in contrahendo ou des dommages-interdid dans les convention ou restées imparfaites*”, Traducción francesa por DE MEULENAERE, Ouvres choisis de R. VON IHERING, T. II, Maresq, Paris) (Su titulación original fue “*Culpa in contrahendo oder Schadersatz bei nichtingen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”) (Ihering se ocupa del tema producto de su obra más famosa “*Geist des römischen recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*”) (El espíritu del derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo)

La responsabilidad por culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual tiene precedentes legislativos, y no solamente en base a los preceptos romanos citados, sino que, también al amparo de aquello principio de derecho romano que ordena reparar cualquier daño causado otro culposa o dolosamente. (v. FAGELLA, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*) La responsabilidad resultante ¿se considerará contractual o extracontractual?

Al estudiar el instituto de la responsabilidad culpable en el periodo *in contrahendo* es forzoso referirse a lo que hayan sido las negociaciones preparatorias (tratativas) del contrato en referencia, se haya o no concluido éste, pues en caso de que así hubiera sucedido no encontraríamos frente a un evento de imposible ejecución por hallarse dicha convención atacada por vicios derivados del periodo preparatorio, sería preciso averiguar quién es el responsable de los gastos realizados *in contrahendo* o de los perjuicios causados en dicho período temporal.

Las conversaciones preliminares a la formación del contrato no generan per se ningún tipo de responsabilidad. Es necesario para ello que ocurra que se produzcan daños a la esfera de interés de una de las partes y que éstos hayan acaecido por la culpa o negligencia de la otra parte, siendo necesaria aquí también la concurrencia de la relación causa-efecto.

Sin embargo, los sujetos de dichas conversaciones asumen deberes de comportamientos mientras negocian, que son los de actuar correctamente en relación con la otra parte de la negociación, observando pautas que configuren el más estricto apego a la Buena Fe. V. FAGELLA, Op. cit.)

Vistas las cosas tal y como se han dejado expuestas –hasta ahora- cabe plantearse si el mero hecho de entrar en conversaciones con una determinada persona con la finalidad de preparar la perfección de un contrato ha de conllevar forzosamente incurrir en responsabilidad cuando dichos tratos se abandonen de forma que se malogre el negocio que se quería realizar. Pensamos que sí.

Analicemos este ejemplo: Primus es presidente de una conocida corporación de seguros. Ha sido demandado por su familia para que sea inhabilitado por senilidad. En una reunión de inversionistas conoce a Segundo, quien es gerente de una empresa de alquiler y leasing de maquinaria pesada. Conversando sobre diversos temas Segundo pregunta a Primus por las nuevas tarifas de su empresa para el equipo que él regenta, y concretan cita para una entrevista de negocios. Después de varias reuniones llegan a acordar las condiciones para un contrato, y fijan fecha para la firma de este. Segunda cancela todas las pólizas de sus equipos para aprovechar las nuevas tarifas. Antes de la fecha fijada queda en firme la sentencia que declara interdicto a Primus y lo inhabilita para la administración. El contrato se cae, obviamente. Posterior a esa fecha un valioso equipo de Segundo sufre un grave percance antes de que haya podido negociar otras pólizas. ¿Habrá o no responsabilidad para la empresa de Primus?

I. Delimitación del período in contrahendo

Es necesario un acotamiento o delimitación de las fronteras dentro de las cuales han de moverse o tener lugar los contactos sociales para la formación de la voluntad contractual.

En definitiva, que se señalen los límites dentro de los cuales han de acontecer las conversaciones preparatorias de un contrato y todo ello, naturalmente, para que pueda establecerse sin dificultad una eventual responsabilidad en el período *in contrahendo*, que devendrá en realidad cuando el comportamiento culpable de una de las partes en los tratos preliminares para la formación de un negocio haya producido daños a la otra parte de la relación.

Los contratos que se concluyen eficazmente, y por ende producen efectos, aquellos negocios que se perfeccionan con toda una apariencia de legalidad, e incluso aquellos contratos que tienden a la formación de la voluntad contractual y se interrumpen justificada o injustificadamente, todos dichos supuestos se iniciaron, con independencia de como terminaron, en virtud de una invitación o una oferta de una persona a otra con la finalidad de comenzar unos tratos que si llegan a buen término concluirán en un contrato.

Se trata, pues, de entablar una serie de conversaciones tendientes a la formación de la necesaria voluntad de contratar. Ese es el momento en que se inicia el período temporal llamado *in contrahendo*. Las indicadas conversaciones preliminares de un negocio jurídico duran hasta que éstas se interrumpen justificada o injustificadamente.

En el segundo de los casos anteriores –interrupción injustificada– si produjeron perjuicio a aquella ora persona de la relación que tenía puesta la esperanza en que el contrato se celebraría, se trata de daños a la confianza por culpa *in contrahendo*.

II. Naturaleza jurídica de la culpa en contrahendo

La doctrina y la jurisprudencia han atribuido alternativamente la responsabilidad precontractual los caracteres propios de la responsabilidad contractual y la aquiliana. También existe la postura que aboga por el reconocimiento de un tercer género.

Desde luego que de una u otra postura se siguen consecuencias prácticas. Asimilar la responsabilidad precontractual.

Distintas doctrinas pretenden explicar el fundamento de la responsabilidad civil durante el periodo de formación de consentimiento. Algunas de ellas tienen una base contractualista y otros sitúan la cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Asimilar la responsabilidad precontractual llevará a limitar la responsabilidad a las consecuencias inmediatas y a aplicar un plazo de prescripción determinado que en el supuesto de admitirse teorías extracontractualistas se reduciría considerablemente. Una tercera posición propone que existe la posibilidad de que los distintos tipos de responsabilidad precontractual respondan a diferentes naturalezas.

El supuesto de responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones (y sus variantes) y el de nulidad del contrato celebrado responden a criterios propios de naturaleza extracontractual.

En cambio, responden a pautas de naturaleza contractual los que se originan en vicisitudes de la oferta y la aceptación y en la ruptura del consentimiento ya logrado en los contratos reales no perfeccionados por falta de tradición.

En las vicisitudes de la oferta y la aceptación se trata de actos jurídicos unilaterales o de hechos que los afectan. En el caso de los contratos reales no perfeccionados, aunque no son contratos si son convenciones por lo que resulta natural aplicarles el sistema contractual en consideración a que la convención guarda una analogía mayor con el contrato que la que éste tiene con el acto jurídico unilateral.

III. Fundamento de las diversas doctrinas

Distintas doctrinas pretenden explicar el fundamento de la responsabilidad civil durante el periodo de formación del consentimiento. Algunas de ellas tienen una base contractualista y otras sitúan la cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

1. Doctrinas contractualistas

a) Culpa in contrahendo.

Entiéndase como la consecuencia de la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato sino en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo y se fundamenta en los principios de la Buena Fe contractual. Ese deber de diligencia nace con la oferta, por ello las tratativas anteriores no originan responsabilidad alguna según los contractualistas.

Para estos doctrinantes la responsabilidad por culpa *in contrahendo* es de naturaleza contractual, aunque nace en el periodo previo a la formación del contrato: se ha violado el deber de diligencia que debe observarse tanto en la ejecución del contrato como en el periodo previo a su formación.

En relación con la culpa *in contrahendo* nos dicen que debe resarcirse el “interés negativo” o de confianza consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio, y que no hubiera sufrido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio fallido o nulo.

b) Responsabilidad Precontractual.

El fundamento de esta responsabilidad se halla, según la corriente contractualista, no en la culpa sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Puede no haber culpa o dolo, basta una separación arbitraria de las conversaciones sin justificación suficiente.

El tema visto desde el punto de vista del jurista italiano Gabriel Fagella, replanteando lo expuesto por el jurista alemán Von Ihering, nos manifiesta que la formalización se compone de dos etapas: La primera comprende las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta, y la segunda la que comienza con la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones.

2. Doctrinas extracontractualistas

Deberán considerarse extracontractuales los actos cumplidos en las tratativas independientemente de que existiese o no la oferta, a fin de establecer las recíprocas expectativas y el grado de confianza que se ha despertado en la conclusión del contrato, pues de todo ello dependerá la existencia de la culpa en la conducta del que motivó la interrupción de la gestión o la nulidad del acto.

Con respecto al resarcimiento alcanzaría a aquellos daños que sean consecuencias mediatas e inmediatas de la conducta culposa del responsable. En este sentido habrá que determinar en cada caso la mayor o menor responsabilidad de ganancia con el criterio con que se juzga la pérdida de una oportunidad (pérdida del chance).

a) Enriquecimiento sin causa.

El deber de restituir los beneficios obtenidos durante las negociaciones es quizá el mejor fundamento para establecer la responsabilidad precontractual. Una de las partes de las negociaciones no puede adjudicarse de manera injusta beneficios para provecho propio.

Para prevenir tal enriquecimiento sin causa se impone que haya responsabilidad medida a partir de los intereses de restitución de la parte afectada.

Los casos más claros al respecto son aquellos que involucran la apropiación de ideas de manera indebida y uno de los supuestos más usuales para designar tal responsabilidad es cuando la idea es considerada como “propiedad” del dueño del negocio. Cuando se trata de apropiación indebida el propietario de la idea tiene derecho a daños por responsabilidad y a un *equitable relief* (alivio justo).

Pero a la vez debeos tomar en cuenta otro supuesto aceptado por algunas cortes, en torno a la apropiación indebida, al considerar estos supuestos como una violación de una relación confidencial.

b) Misrepresentation (Falsa representación).

Una parte no puede presentar fraudulentamente intenciones de llegar a un acuerdo y quedar impune. Esta acción será fraudulenta tan solo cuando la promesa sea hecha sin cuidado o cuando no se sabe si va a ser cumplida.

Se aplica, aun en ausencia de cualquier representación explícita, si una de las partes entra en la negociación sin la más mínima intención de llegar a un acuerdo. También se aplica si una de las partes, habiendo perdido esa intención, continua en negociaciones o retarda en dar a la otra parte pronta notificación de su cambio de opinión.

Así entonces una parte que estuvo involucrada en negociaciones fallidas puede demandar basándose en el presupuesto de *misrepresentation*, incluyendo el ocultamiento de información, que al ser descubierta ocasionó que las negociaciones fracasaran.

Y cuando se utilice este tipo de *misrepresentation*, puede que la parte afectada, se vea desalentada de demandar por la dificultad de probar el intento fraudulento o ignore la posibilidad de cuantificar la pérdida sustancial que ha sufrido.

c) Promesa específica

Se establece que una parte le hace a la otra una promesa específica de tal manera que esta última se interese en las negociaciones, por lo cual se puede atribuir responsabilidad sobre la base de este tipo de promesas; una parte no puede impunemente romper una promesa efectuada durante las negociaciones si la otra ha contado con esta.

Este tipo de responsabilidad se ha desarrollado en gran medida por los casos surgidos de las negociaciones entre los franquiciantes y los potenciales franquiciados, quienes han sido en muchos casos indemnizados por daños a la confianza.

d) Obligación general

Algunos autores han llegado a sostener que una obligación general de *fair dealing* surge de las negociaciones en sí mismas, al menos si la parte afectada ha sido llevada a creer que llegará a un acuerdo final.

Las partes que han entrado en una negociación deben actuar de buena fe y no pueden romper las negociaciones arbitrariamente sin compensar al otro por daños a la confianza.

Las partes negociantes deben acelerar el proceso de la negociación para alcanzar el acuerdo final tan rápido como sea posible. Esto dará a las partes la protección que cada contrato ofrece con respecto al enriquecimiento sin causa y a la confianza.

IV. La teoría en Europa y algunos países del Common Law

Lo anteriormente expuesto ¿es válido para los países de la comunidad europea y los del *common law*?

1. Inglaterra

Un estudioso inglés resume el estado de la cuestión en su país:

“Jamás hemos adoptado el principio jheringniano de la culpa in contrahendo. No reconocemos, pues, que la iniciación de negociaciones para un contrato pueda crear, por sí misma, ninguna especie de deber. Nosotros creemos que las partes asumen un riesgo mientras el contrato no se ha formado realmente. No vemos nada de malo, por lo tanto, en que una parte que desarrolla negociaciones se aparte arbitrariamente de ellas, aunque solo faltara la firma de la otra para finiquitarlas. Tampoco vemos nada de malo en que una parte realice negociaciones en paralelo con varios tratantes, sin decir a nadie que está negociando con otros.” (<http://www.responsabilidadprecontractual.html>)

Esta singularidad del *common law* inglés representa uno de los puntos críticos en los actuales intentos de los académicos empeñados en encontrar una forma de uniformar el derecho contractual europeo.

2. Estados Unidos

En Estados Unidos la buena fe contractual tampoco es considerada como un deber general en la negociación de los contratos. Aunque se habla del *fair deal* como una buena costumbre, en forma alguna es considerada una obligación generadora de responsabilidades.

Es importante tener en cuenta que, aunque en el mundo del *common law* se desconozca la existencia de un deber de buena fe en la negociación, ello no quiere decir que la responsabilidad bajo examen sea ignorada. Lo cierto es que para darle sustento entran a desarrollar otros conceptos.

3. La experiencia francesa

En Francia no existe una regulación específica del supuesto en examen, no obstante, lo cual ha sido ampliamente reconocido a nivel jurisprudencial y doctrinal. Existen sentencias francesas relativas a la ruptura injustificada de las tratativas, a la pérdida de manuscritos enviados con el fin de iniciar las tratativas,

y el viaje largo, efectuado inútilmente, a causa de la revocación injustificada de la oferta, que se remontan hasta inicios del siglo XX, inclusive.

Para su planteamiento, las explicaciones se centran en el artículo 1382 del *Code Napoléon*, que impone la obligación general de reparar el daño ocasionado con dolo culpa, tal cual señala entre nosotros el artículo 1644 del Código Civil vigente.

En el ordenamiento jurídico francés, la ruptura maliciosa de las tratativas (*pourparles*) es considerada como un acto ilícito, generador de responsabilidad “delictual” (*délictuelle*), o extracontractual (*extracontractuelle*), y es la víctima del perjuicio la que tiene que probar la culpa (*faute*) de la parte a la que se imputa la frustración de la operación.

4. En Bélgica

También en Bélgica rige el *Code Napoléon*. En este país tampoco existen prescripciones que sirvan de sostén directo a los perjudicados con el rompimiento de las tratativas, pero la Buena Fe si ha sido utilizada en la argumentación judicial.

También en ese país se reconoce la naturaleza extracontractual de la especie de responsabilidad que nos ocupa.

El criterio jurisprudencial establecido fue que “el periodo precontractual se rige por el principio de la libertad de contratar o no contratar. Sin embargo, este principio debe ser atenuado, por un lado, con la obligación de buena fe que recae sobre las partes durante la fase preparatoria, y por otro, con las reglas de responsabilidad delictual.

En caso de tratativas trucas se tiene que brindar la prueba de una culpa atribuible a la parte que se aparte de ellas, para obtener la indemnización.

La víctima de la ruptura debe abstenerse de todo comportamiento prepotente o que denote falta de seriedad y rigor de su parte.

5. España

En España existe una norma que regula la materia de la culpa *in contrahendo*, y propiamente es en el Derecho Público, donde se contempla la responsabilidad precontractual en el reglamento general de c

contratación del Estado aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, en el artículo 47, con referencia a los actos previos al contrato.

Impone esta norma a la parte que haya sido culpable de la anulación el deber de indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido la otra. Esto en lo referente a los tratos preliminares, y los casos generales de responsabilidad originados en la fase de formación contractual se acude a la norma general del código civil, artículo 1902, y al artículo 7.1:

Art. 1902: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado. (Igual al art. 1644 del CC de Panamá).

Art. 7.1: Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Como queda visto, en los casos de España, Francia y Bélgica se aborda el tema de las rupturas precontractuales desde la fórmula general de la responsabilidad aquiliana, por su postulado general. Se reconoce la responsabilidad de indemnizar los detrimentos causados en las negociaciones o actos precontractuales, ya que al no existir preceptos concretos hace que el problema se plantee con presupuestos muy distintos a los que se dan en Alemania, Italia, Portugal y Suiza.

6. La experiencia alemana

En Alemania, como se suele afirmar, donde se descubrió o reinventó la responsabilidad precontractual, la especie tampoco contaba con un reconocimiento expreso.

La **Buena Fe** constituye un principio, no solo fundamental, sino caracterizador del derecho civil alemán.

Es de destacar, de igual forma, que la ley alemana sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (AGB-Gesetz) de 9 de diciembre de 1976, reconoce con carácter general la existencia de la responsabilidad surgida de la violación de deberes contractuales, considerando ineficaz la cláusula que excluya o limite la responsabilidad derivada de los daños producidos si concurre culpa grave.

En Alemania, pese a que existe una norma como la que se contempla en el 823 del B.G.B., según la cual está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, o cualquier otro derecho ajeno o bien jurídico, para

el caso de los tratos preliminares no se acudía a esta por tratarse de daños primariamente patrimoniales o económicos.

Y conforme a esa aplicación legal múltiples estudiosos rechazaban la aplicabilidad de la teoría de la culpa *in contrahendo* dentro de los diferentes ordenamientos legales europeos. Debate que en la actualidad queda superado con la novísima reforma del Código Civil Alemán(BGB), ya que al incluirse una norma concreta y armonizadora con la naturaleza contractual de la teoría, no da lugar a aplicaciones extensivas de una responsabilidad, criterio que era la cuestión debatida por la mayoría de los opositores, cuyos pensamientos estaban influenciados por las doctrinas más clásicas y conservadoras del derecho civil europeo e incluso llegaron a defender a ultranza las cláusulas generales de indemnización, que en el derecho alemán no existían y de cuya ausencia se percatan aun en la actualidad.

En una sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia) del 11 de mayo de 1979, se llegó a definir la culpa *in contrahendo* como “una costumbre reconocida por todos”, con lo cual quedaba reafirmado que se trataba de una “hipótesis de responsabilidad de derivación jurisprudencial”, cuya identificación contribuía al recubrimiento de las lagunas del ordenamiento jurídico.

7. Modelo italiano

Del Código Civil italiano de 1942 hay que saber, ante todo, que dio origen a una diversidad de soluciones al problema que nos ocupa: mientras la jurisprudencia se pronuncia mayoritaria y tradicionalmente por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo*, la tesis contractualista, eco de la obra de los autores germanos es consistentemente defendida por la doctrina.

Y se caracteriza por otro lado porque el criterio jurisprudencial italiano ha establecido como presupuestos de la responsabilidad precontractual 1) el estado avanzado de las tratativas, 2) la confianza razonable puesta en la celebración del contrato,3) la ausencia de una justa causa del apartamiento de las tratativas y 4) la violación del deber de buena fe.

En Italia se considera que la buena fe a la que se refieren las normas es la buena fe “objetiva”, es decir la realización de un comportamiento con arreglo a la lealtad.

Para mayor confusión la referencia al “principio de la buena fe” se incluye en el libro dedicado a la regulación del negocio jurídico, es decir al contrato.

8. Tratamiento comunitario del tema

La Unión Europea ha realizado varios intentos por unificar la legislación sobre los contratos mediante la creación de un Código Europeo de los Contratos, desde los proyectos de Ole Lando hasta los trabajos del grupo de Pisa, pero no se ha llegado a un borrador definitivo sobre ello. Existen varias directivas del Consejo Europeo sobre diversos temas legales, entre ellos la materia de los contratos.

Es importante resaltar que en los reglamentos unificadores sobre normas en conflicto en relación con los daños contractuales y extracontractuales Roma I y Roma II, se trató de esclarecer el panorama sobre uno de los puntos de más controversia es la materia de la culpa in contrahendo, y cuyos resultados por desgracia resultaron siendo totalmente opuestos. Basta revisar el reglamento Roma I (sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales) en donde se intentó resolver el debate así:

“obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) No. 864/2007, por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

Al remitirnos al Reglamento Roma II encontramos que el artículo 12 manifiesta:

Art. 12. Culpa In Contrahendo: *La Ley aplicable a una obligación extracontractual que se origine de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse, será la ley aplicable al contrato o la que habría aplicado al contrato si este se hubiere celebrado”.*

V. La teoría fuera del contexto europeo

1. En Latinoamérica

En Latinoamérica hay varias corrientes del Derecho Civil. La del norte, la del centro y las del sur. Corresponden a los códigos que citaremos:

Código Civil Mexicano, art 1910 cc:

El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Código Civil Chileno, Art. 2314. *El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.*

Código Civil Argentino: ARTÍCULO 1716. - *Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.*

ARTICULO 1717.- *Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.*

Colombiano, Artículo 2341. *Responsabilidad extracontractual*
El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Todas coinciden en reconocer carácter extracontractual a toda actividad y daño que temporalmente se ubique antes del perfeccionamiento del contrato, resolviendo a través de la culpa aquiliana la aplicación de cualquier solución.

2. En Israel

Podemos mencionar a la ley israelí sobre contratos (Ley del Knesset, 1973-5733) contentiva de una norma muy acorde al panorama ya estudiado. Consignó una norma específica sobre el comportamiento en la fase de formación contractual. El precepto dice:

Art. 12.- a) Los sujetos que adelantan las negociaciones de un contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe (*tom lev*) y de conformidad con los usos (*bederech mekubélet*)

b) La parte que no se comporte de acuerdo con la buena fe y a los usos está obligada a compensar a la otra parte de los daños causados en virtud de las negociaciones.

VI. Supuestos doctrinales de responsabilidad precontractual

1. Ruptura intempestiva de las negociaciones

Si bien no existe deber de seguir tratativas precontractuales, en algunos supuestos su ruptura genera responsabilidad. En particular se configuran cinco (5) casos al menos en los que la ruptura intempestiva de las negociaciones precontractuales genera responsabilidad. A saber:

a) Responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones originada en no respetarse acuerdos parciales ya logrados.

Suele existir un *iter negocial* en el que se avanza de las prestaciones principales a las accesorias. Y si bien no existe contrato hasta que exista acuerdo sobre todos sus elementos constitutivos, es razonable

entender que los temas tratados y acordados no pueden volver a tratarse unilateralmente. Si se vuelve en a tratar y eso ocasiona el quiebre de la negociación, el negociante que planteó la revisión de lo acordado deberá responder.

b) Responsabilidad precontractual por dolo.

En este caso una de las partes del futuro contrato adultera la realidad (dolo positivo) o la oculta a la otra parte (dolo negativo) de suerte que la ignorancia de la falso o el conocimiento de lo verdadero hubieran llevado a otra decisión a la hora de celebrar el contrato.

c) Iniciar o continuar las tratativas contractuales sin seriedad.

También se incurre en responsabilidad por iniciar tratativas de negocios con el conocimiento de que no culminarán en un contrato, y que de hacerlo este no producirá efectos. Sea porque se tiene una decisión contraria ya tomada, sea porque se conoce la existencia de una causa, incluso ajena a la parte, que obstará la concertación o la validez.

d) Retractación o revocación de oferta no vinculante.

Una vez emitida la oferta transcurren tres etapas antes de ser aceptada. En el primer periodo la oferta no ha llegado a conocimiento del futuro co-contratante por lo que no ha producido su efecto recepticio. Si la deja sin efecto se dice que **la retira**. Retirar la oferta en ese contexto no genera responsabilidad precontractual.

Distinto sucede en el segundo periodo. El que media entre el conocimiento de la oferta por el futuro co-contratante y su aceptación. La doctrina llama peticación este periodo. Dejar sin efecto la oferta en este periodo se denomina revocación o retractación, como la denomina el C. Civil argentino y hacerlo genera responsabilidad.

e) Retractación o revocación de oferta o vinculante.

Después de la aceptación decimos la oferta son vinculantes. Pero puede ser revocada hasta que el contrato se celebre, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

En todo caso la oferta no podrá revocarse:

- Si en ella se indica que es irrevocable.

- Si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta.

2. Aceptación de la oferta ignorando la retractación del oferente

Por regla la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente no afectará el contrato, salvo que contenga prestaciones *intuitu personae*.

Al no existir en el sistema jurídico reproche alguno que pueda efectuarse al oferente fallecido o incapacitado con posterioridad a la emisión de la oferta, cabe concluir que la responsabilidad precontractual en estos casos es de naturaleza objetiva.

Esta conclusión permite seguir alguna inferencia interesante respecto a las teorías que intentan explicar el fundamento de la responsabilidad precontractual.

La responsabilidad fundada en un factor de atribución objetivo es frecuente en el ámbito extracontractual, pero sumamente difícil de hallar en el contractual. En este último apenas se encuentra el factor objetivo del riesgo profesional en el contrato de trabajo y el factor objetivo deber de seguridad en el contrato de transporte.

Así las cosas, debe asumirse que la responsabilidad precontractual configura un sistema de responsabilidad de naturaleza contractual que admite excepcionalmente un factor objetivo, o concluir que es de orden extracontractual en donde concurren tantos factores de atribución subjetivos como objetivos. En lo personal estoy con esta última postura.

3. Responsabilidad precontractual por incumplimiento de promesa aceptada de celebrar un contrato real. La tercera etapa de las tratativas precontractuales

Resulta claro que en la letra del Código Civil panameño, español y napoleónico, no hay contrato real hasta que se efectúa la entrega, aunque se haya aceptado la oferta, y por ende, formado el consentimiento.

En esta tercera etapa la responsabilidad es precontractual y se juzga por los principios de la responsabilidad extracontractual.

4. Nulidad de contrato celebrado

Como la nulidad declarada priva retroactivamente al contrato del efecto querido por las partes, el contratante que dio origen a dicha causa de nulidad incurre en responsabilidad precontractual.

La nulidad puede originarse en un vicio de la voluntad en otra de las causas que dan pie a esa sanción civil.

Conclusión

Me remito al artículo 1112 de nuestro Código Civil panameño, que señala:

“No hay contrato sino cuando concurran los requisitos siguientes:”

Redacción curiosa para un texto legal, pero que para efectos del presente análisis es asaz iluminadora. El legislador dijo que no hay contrato sin perfeccionamiento. La expresión no hay denota la nada, la no existencia. Esta norma nos conduce indefectiblemente a dos supuestos en los casos de responsabilidad civil derivada de una negociación:

1. La responsabilidad civil en caso de negociación fallida, esto cuando no se perfeccionó – por cualquier causa - el contrato en los términos del artículo 111. A mi modo de ver la expresión no hay contrato nos indica que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, puesto que un contrato que no ha existido no puede generar consecuencias jurídicas.
2. La responsabilidad civil por daños causados en el período previo al perfeccionamiento de un contrato celebrado. En este caso nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual.

Ejemplo: Se lanza una oferta pública para recibir propuestas que presenten planos y diseños para un edificio con determinadas especificaciones. Días antes de vencer el término para presentar propuestas el oferente cambia las especificaciones de los diseños, con lo cual los interesados pierden lo invertido en los primeros planos y cálculos de materiales. Llega el día. Se escoge una propuesta. A mi modo de ver el oferente deber indemnizar a todos por los daños y perjuicios causados. Al contratado por vía de responsabilidad contractual y a los demás por responsabilidad civil extracontractual, teniendo como factor de atribución la violación al principio de buena fe y seriedad negocial en las ofertas públicas.

Recursos literarios

B.G.B., Alemania.
Code Napoléon

Código Civil de la República de Argentina
Código Civil de la República de Colombia
Código Civil del Estado Español
Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos
Código Civil de la República de Panamá
Código Civil italiano de 1942
Ley del Knesset de 1973, Israel
Ley sobre regulación de las condiciones en los negocios (AGB-Gesetz) de 12/9/1976, Al.
Reglamento General de Contratación del Estado Español, de 11/25/1975
Reglamento Número 864/2007 de la Unión Europea.
Sentencia de 11 de mayo de 1979/ Bundesgerischkof, Tribunal Federal de Alemania
DE MEULENAERE, 1983, Ouvres choisies de R. Von Ihering, tomo II, Maresq, Paris
FAGELLA, Gabriel, 2016, <http://responsabilidaprecontractual.html>
OVIEDO-ALBÁN, 2014, Jorge, Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual.

Nociones generales sobre la simulación

Antonio E. Moreno Correa
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Panamá
anmorenoc@gmail.com

Aceptación: 8 de julio de 2020

Aceptación: 20 de julio de 2020

Resumen

En el presente artículo se delimitan los elementos de la simulación, a partir de los cuales se esboza un concepto de esta y se exponen sucintamente los efectos del negocio simulado, del acuerdo simulatorio y del negocio disimulado -cuando existe-, perfilando en forma sumaria las principales similitudes y diferencias entre el instituto examinado y los otros supuestos de discrepancia entre la declaración y la voluntad.

Palabras clave: Simulación, negocio simulado, acuerdo simulatorio, negocio disimulado, simulación absoluta, simulación relativa, simulación lícita e ilícita.

Abstract

In this article the elements of simulation are outlined, from which a concept of the same is defined and the effects of the simulated business, the simulatory agreement and the disguised business -when it exists- are summarily indicated, abridging the main similarities and differences between the examined institute and other cases of discrepancy between the declaration and the true intent.

Keywords: Simulation, simulated business, simulated contract, disguised business, absolute simulation, relative simulation, licit and illicit simulation.

A. Aspectos preliminares

Aunque bajo circunstancias normales la manifestación de voluntad, es decir, la voluntad declarada, es conforme con el querer interno del o los declarantes, es posible que por razones voluntarias o involuntarias no haya tal concordancia entre la voluntad y la declaración.

Cuando el contenido de la voluntad declarada es distinto de aquello que el declarante quiso verdaderamente en su fuero interno, se dice que hay una discrepancia entre la declaración y la voluntad.

Es menester aclarar que, al referirme a la voluntad declarada, aludo a aquella que se desprende del espíritu de la declaración y no solo se circunscribe a su contenido literal, mientras que por voluntad interna me refiero a aquella que, a pesar de haber trascendido al exterior, no repercute en el negocio jurídico. (Albaladejo, 1958). Ello por cuanto que para el derecho no tiene relevancia jurídica un acto que queda confinado exclusivamente a la esfera del pensamiento, sin que se revele en forma sensible al mundo exterior.

Por otro lado, es menester tener en cuenta que la divergencia entre la voluntad real o interna y la voluntad declarada no se presume, sino que le corresponde probarla al que la alegue, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 784 del Código Judicial.

La doctrina se ha planteado ¿qué hacer cuando existe una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna? Diversas teorías se han elaborado para dar respuesta a esta interrogante, entre ellas, las más conocidas son: la teoría volitiva, la de la declaración de la voluntad y las teorías intermedias, que constituyen en realidad un conjunto variopinto de cinco construcciones doctrinales.¹

La declaración discrepa de la voluntad en los casos de error obstativo; reserva mental, declaración no hecha en serio y la simulación. En esta ocasión me ocupo solamente de esta última, no obstante, al examinar las similitudes y diferencias entre la simulación y otras figuras jurídicas se analizará de manera breve los restantes casos de divergencia entre la voluntad interna y la declarada.

¹ La teoría volitiva, cuyo principal exponente es Federico de Savigny, se fundamenta en el principio de la soberanía de la voluntad humana, y plantea que el negocio jurídico que no se corresponde fielmente a la voluntad interna del o los declarantes carece de eficacia. En otras palabras, se propone que, en caso de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, la preeminencia corresponda a la primera y, por lo tanto, el negocio jurídico sea nulo.

La teoría de la declaración de la voluntad surge como reacción en contra de la teoría volitiva, por la necesidad de un tráfico mercantil más expedito, de mayor seguridad jurídica en las transacciones y de protección a la buena fe de aquellos contratantes que atendiendo a la voluntad declarada, quedaban expuestos a sufrir perjuicios en virtud de la invalidez del negocio jurídico que no fuera conforme a la voluntad interna de alguna de las partes.

De acuerdo con esta teoría, dado que el Derecho solo reconoce eficacia a la voluntad exteriorizada y no al querer interno, será la manifestación de voluntad destinada a producir un efecto jurídico la única que el Derecho tome en cuenta en orden a determinar la validez del negocio y sus consecuencias jurídicas. (Suarez M., 1993).

Las dos teorías expuestas previamente tienen un carácter radical y ambas conducen a resultados que en la práctica resultan inconvenientes. Por esta razón algunos exponentes de las teorías volitiva y de declaración de la voluntad empezaron a hacerse concesiones recíprocas, surgiendo así las teorías intermedias que consisten en cinco construcciones doctrinales, a saber: la de la índole del negocio jurídico; del compromiso tácito de garantía; de la culpa; de la confianza y de la responsabilidad. (Suarez M., 1993).

Explicar cada una de las teorías intermedias excedería el límite del presente trabajo e importaría acaso hacerlo demasiado extenso. Baste señalar con relación a las referidas teorías, que las mismas son desarrolladas a partir de los errores endilgados a las teorías volitiva y de la declaración de voluntad, ya que estas no consideran los dos elementos de la voluntad, es decir, el volitivo y el de la declaración, sino que toman partido por uno u otro, soslayando el hecho de que en materia jurídica no es factible escindirlos, pues ambos elementos se complementan recíprocamente y son constitutivos de la voluntad real.

Por mi parte, opino que el derecho panameño se decanta a favor de la teoría volitiva. Prueba de ello es lo dispuesto en los Artículos 707 y 1132 del Estatuto Civil. El primero, al referirse a la interpretación del testamento, señala que en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento; el segundo, dispone que cuando los términos de un contrato parecen contrarios a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellos. En el mismo sentido, el Artículo 214 del Código de Comercio señala que los contratos de comercio se ejecutarán de buena fe, según los términos convenidos, atendiendo a la verdadera intención de los contratantes más que a la letra de los pactos.

B. Elementos de la simulación

Antes de entrar a definir la simulación como negocio jurídico, es oportuno explicar la estructura de la misma. La doctrina científica plantea la unidad del proceso simulatorio, de suerte que el negocio simulado, el acuerdo simulatorio y el negocio disimulado (cuando exista) no pueden ser apreciados como actos autónomos, independientes unos de otros, sino que deben ser interpretados teniendo en cuenta el fin o propósito final que persiguen los otorgantes. Dicho esto, paso a explicar en breves líneas, los elementos estructurales antes indicados.

1. Un negocio simulado

Consiste en el acuerdo de voluntades de las partes otorgantes o la declaración de voluntad con destinatario determinado, según se trate de un negocio jurídico bilateral o unilateral, respectivamente, en el cual se declara, deliberadamente, una causa aparente que no es realmente querida por las partes o por el declarante.

Es necesario indicar, sin embargo, que el negocio jurídico simulado puede ser de carácter unilateral siempre que tenga un destinatario determinado, es decir, que se trate de un negocio de carácter recepticio, lo cual importa que la declaración de voluntad sea recibida por el sujeto a quien va dirigida para que el negocio sea eficaz.

Aspecto esencial del negocio simulado es que no solo persigue un propósito de ocultamiento de la verdadera voluntad de las partes o del autor de la declaración de voluntad, sino el de crear frente a los terceros, una apariencia para un fin determinado, que puede ser lícito o ilícito; que puede dirigirse o no a otro negocio (disimulado), según se trate de una simulación absoluta o relativa.

En principio, mientras no sea destruida su apariencia mediante la prueba de la simulación, el negocio simulado surtirá provisionalmente sus efectos, al menos frente a los terceros de buena fe. Por esta razón, al analizar la eficacia del negocio simulado, es conveniente distinguir entre los efectos que este surte frente a sus otorgantes y con respecto a los terceros de buena fe.

a) Efecto frente a los terceros

Mientras no se destruya la apariencia creada por el negocio simulado, acreditando que la causa expresada en él no existe o es distinta de la realmente querida por las partes que lo celebraron o por el declarante, el mismo

surtirá sus efectos frente a los terceros de buena fe, al menos provisionalmente, hasta tanto no se haya dictado la sentencia judicial que lo declara nulo.²

Los terceros de buena fe son aquellas personas que no han intervenido como parte en el negocio simulado ni conocen del acuerdo de simulación, pues en fin de cuentas, a ellos va dirigida la apariencia que se crea con este. Ello es consecuencia, sin duda, del carácter oculto del acuerdo de simulación y del negocio disimulado (en caso de simulación relativa) y también del hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico los actos nulos pueden surtir efectos jurídicos hasta tanto no se haya declarado judicialmente la nulidad.

Ahora bien, si los terceros sabían que el negocio aparente era simulado, entonces el mismo no surte efecto frente a ellos, pues el ordenamiento jurídico le otorga validez a dicho negocio simulado para proteger la buena fe de los que desconocen la simulación.

b) Frente a los otorgantes del negocio simulado

Cosa distinta acontece respecto a las partes del negocio simulado, pues, ellas deberán regirse por el acuerdo de simulación y/o el acuerdo disimulado (en caso de simulación relativa), en virtud del cual se destruye, hace ineficaz o modifica el negocio simulado (Ripert, 1964). Ello es que sea lógico suponer que, conociendo perfectamente las partes que la causa expresada en el negocio simulado no es la querida realmente por ellas, las mismas no deseen hacer valer los efectos de dicho acto, por no corresponder su causa a su voluntad real. En todo caso, aun en el evento de que una de ellas pretendiera hacer cumplir el negocio simulado, la otra podría invocar la existencia del acuerdo simulatorio o del negocio disimulado si este último se hubiera celebrado.

2. Un acuerdo simulatorio

La doctrina científica ha venido sosteniendo, casi unánimemente, que el acuerdo simulatorio es un elemento esencial para el instituto de la simulación, que permite distinguirla de otras anomalías de negocios jurídicos.

El acuerdo simulatorio es la convención en virtud de la cual las partes del negocio jurídico bilateral simulado o, el declarante y el destinatario determinado de la voluntad del negocio jurídico simulado unilateral, acuerdan

² El derecho panameño no receptó la teoría de la inexistencia del negocio jurídico, sino la de la nulidad, que puede ser absoluta o relativa, con arreglo a lo normado en los Artículos 1141 (numeral 1), 1142 (numeral 1), 1151 y 1154 del Código Civil. Precisamente, uno de los caracteres del instituto de la nulidad, es que, por regla general, el negocio jurídico nulo puede producir -al menos provisionalmente- sus efectos hasta tanto sea declarado nulo mediante sentencia judicial. Es decir, que en principio, la nulidad no opera de pleno derecho, sino que debe ser declarada judicialmente, debiendo entonces las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del negocio jurídico, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo las excepciones previstas para los terceros de buena fe, según lo dispuesto en los Artículos 1159, 1161, 1762 y 1763 del Estatuto Civil.

que la voluntad manifestada en el negocio simulado o aparente no es la realmente querida, ya sea total o parcialmente, ora porque persigan un fin divergente de la causa típica reconocida o porque este fin sea contrario a la existencia misma de la causa expresada en el negocio aparente.³

Si el negocio simulado es bilateral, el acuerdo simulatorio lo celebran las partes que intervienen en aquél; si es unilateral, en cambio, intervienen el declarante del negocio simulado y el destinatario determinado de la voluntad declarada, ya que, como hemos indicado, la simulación puede darse en los negocios jurídicos unilaterales de carácter recepticio.⁴

3. Negocio disimulado

Puede darse el caso de que además del negocio simulado, en virtud del cual se crea, de manera consciente, para un fin determinado, la apariencia frente a terceros de un negocio jurídico que no es querido realmente por las partes que lo celebraron, exista otro negocio que las partes han querido celebrar verdaderamente y al mismo tiempo mantener oculto frente a terceros. Este último es el negocio jurídico disimulado o encubierto, que se celebra en los casos de simulación relativa.⁵

Tal como lo señala la jurisprudencia y la doctrina científica, para que el negocio disimulado sea válido y pueda desplegar sus efectos, es menester que en él concurren todos los elementos exigidos por la ley. Con todo, Federico De Castro y Bravo anota que para determinar la validez del negocio disimulado debe tomarse en

³ El acuerdo simulatorio es aquel en virtud del cual se determina que la voluntad declarada en el negocio simulado no es realmente querida, ya sea que dicha divergencia sea total o parcial. (ALBALADEJO, 1958).

⁴ En sentencia de 2 de diciembre de 1971, de la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, se refiere al acuerdo simulatorio en los términos siguientes: "Quien alega la simulación debe probarla. **Si se trata de destruir entre los contratantes una convención que consta en documento público, la prueba no podría ser otra que el contradocumento.** "Si admitiéramos la prueba libre de la simulación entre las partes, sería mejor retirar del ordenamiento civil la serie de artículos que amparan la eficacia de los instrumentos, para que queden expuestos al capricho de la voluntad humana", dice Cámara, (Op. cit. 183). Otra cosa es que exista un principio de prueba por escrito o una confesión de parte, pues entonces se admite la prueba libre, según lo tiene resuelto la Corte. Ha dicho ésta: "Tratándose de simulación de contratos en que rara vez, por no decir nunca, es posible producir prueba directa de los hechos constitutivos de la simulación en estos casos, hay que recurrir necesariamente a la prueba circunstancial o de indicios, **y a las conjeturas que emanan de la correlación de ciertos hechos ejecutados por las partes con el fin visible de librarse del cumplimiento de obligaciones legítimas.**" (Herrera Lara, N°479, Tomo 2°, p.96)." (Luis Gervasio Velásquez, recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue a Secundina Castillo Ortega de Pineda y José Inés Ortega o José Luis Castillo) (Lo destacado y subrayado es nuestro).

⁵ En sentencia de 29 de diciembre de 2011, el Tribunal Supremo Español sostuvo el criterio siguiente: "La simulación relativa ("simulatio non nuda") constituye un supuesto de anomalía de la causa; es decir, comporta la expresión de una causa falsa cuando en realidad el resultado contractual querido y ocultado se funda en otra causa verdadera, suficiente y lícita (artículo 1276 del Código Civil), de modo que, descubierta la simulación, cambia la efectividad de la presunción sobre la causa, pues ya no se presume su existencia y licitud ni recae sobre el deudor la carga de probar su inexistencia (artículo 1277). En tal caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1276 del Código Civil, demostrada la simulación, ésta se presume absoluta y frente a dicha presunción legal habrá de probarse la existencia del negocio disimulado y que su causa es verdadera y lícita."

cuenta el fin perseguido con el acuerdo simulatorio, pues, si este fue ilícito “el negocio disimulado queda contagiado de ilicitud, al incorporarse la causa simulationis a la causa del negocio disimulado.” (De Castro y Bravo, 1997).

Así, probada la simulación, el negocio jurídico disimulado queda expuesto a la luz pública y, como indicamos en el párrafo anterior, es necesario verificar que reúna los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que sea válido y eficaz. En este caso, se produce una inversión de la presunción de la existencia de la causa del negocio, prevista en el Artículo 1128 del Código Civil -que corresponde al Artículo 1277 del Código Civil español-, de suerte que habrá que acreditar que dicho negocio tiene una causa lícita.

Expuesta queda la estructura de la simulación, seguidamente me ocupo en breves líneas del concepto de este instituto.

Concepto de simulación⁶

A diferencia de otros códigos civiles, el nuestro no regula la simulación de manera sistemática e integral, es más, ni siquiera la regula con este nombre. Se ocupa de ella en ciertos artículos sobre la donación (Artículo

949); el testamento (Artículo 640) y, sobre la causa falsa (Artículo 1127).⁷

⁶ Uno de los aspectos más difíciles de la simulación es el de su prueba, especialmente cuando se trata de actos simulados que constan en documentos públicos. En este sentido, la Sala Primera, de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que en tales casos, la simulación puede acreditarse por: 1) otro documento público, denominado contraescritura o contradocumento; 2) La confesión y 3) Un principio de prueba por escrito, complementado por testimonios, indicios o medios de convicción semejantes. (Consúltese al respecto, entre otras, las sentencias de 2 de diciembre de 1971 y de 13 de diciembre de 2001). Considero que el criterio jurisprudencial antes citado limita excesivamente los medios de prueba que pueden emplearse para probar la simulación, ya que, en la práctica, las partes del negocio simulado se esfuerzan por eliminar cualquier rastro del acuerdo simulatorio y, por lo tanto, generalmente no existen contradocumentos, debiendo el demandante, además, lidiar con una contraparte inescrupulosa y desleal y con testigos instruidos y preparados, que restan utilidad a las pruebas testimoniales y de declaración de parte. Por esta razón, es común que el actor, colocado en el trance de soportar la carga de la prueba de la existencia de la simulación, no pueda valerse más que de indicios. De allí que la doctrina destaque la extraordinaria fuerza probatoria e importancia del indicio en los supuestos de negocios simulados. Así, el autor Joan Picó Junoy, en un interesante artículo intitulado Los indicios en la prueba de simulación contractual, refiere los indicios más utilizados por el Tribunal Supremo Español (2014 a 2016) y por las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona (2010-2016), como prueba de la simulación contractual, siendo ellos los siguientes: Causa simulandi, falta de pago o de cobro del precio pactado, precio vil, familiaridad/parentesco/amistad, no entrega o uso del objeto o bien contratado (falta de traditio o uso), informalidad del contrato (o contratación bajo condiciones o circunstancias infrecuentes o poco habituales en la materia objeto del contrato), inexistencia del precio, tiempo sospechoso del negocio, conducta procesal de la parte (indicios endoprocesales), doble pago cruzado, sociedades ficticias, silencio de datos, inidoneidad de una de las partes para la actividad simulada, inexistencia (o no aportación) del contrato, intervención en el contrato de personas ajenas a la relación contractual simulada, o ausencia de personas directamente afectadas por el negocio simulado y la falta de reclamación judicial o extrajudicial frente al incumplimiento contractual. (Picó Junoy, 2017), tomado desde <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1328.pdf>

⁷ El proyecto de Código Civil del profesor Narciso Garay Preciado, se ocupa de la simulación en los Artículos 210 a 215, dentro de la Sección Segunda del Título Tercero (De los actos jurídicos) del Libro Primero.

No es fácil definir la simulación, ya que según la concepción que sobre su naturaleza jurídica y su estructura se tenga, los autores y tratadistas e incluso algunos códigos⁸ formulan conceptos distintos.

Desde el punto de vista etimológico simular viene de *simulare* que significa fingir, es decir, dar a entender algo que no es cierto o dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene.

En la doctrina italiana Ferrara define la simulación como: “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.” (Ferrara, 1953).

Por mi parte, considero que la simulación es la convención en virtud de la cual se acuerda que la voluntad declarada en forma consciente, y para fines de producir frente a terceros de buena fe una apariencia de un negocio jurídico con un propósito determinado, no es querida por la o las personas que celebraron dicho negocio, ora porque existe una causa distinta (negocio disimulado) o porque la expresada no existe (simulación absoluta).

C. Clases de simulación

En el presente trabajo, me limitaré a examinar las dos clasificaciones de la simulación que juzgo de mayor importancia, sin perjuicio de que la doctrina científica e incluso el derecho comparado reconozcan otras.

La primera atiende a si la voluntad real de las partes o del declarante en los negocios jurídicos unilaterales recepticios, es solo la de crear la apariencia de un negocio que en realidad no han querido celebrar (conservando idéntica la relación negocial previa a la celebración de dicho negocio) o bien la de crear la apariencia de un negocio que oculta la existencia de otro distinto que es el querido en verdad. Así se habla, en el primer caso de simulación absoluta y, en el segundo, de simulación relativa.

La segunda clasificación de la que me ocuparé dice relación con el carácter lícito o ilícito del fin perseguido con la simulación. Así, la simulación será lícita o ilícita, según se trate de uno u otro supuesto.

1. Simulación absoluta y relativa

⁸ El Artículo 333 del nuevo Código Civil y Comercial argentino señala que: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.”

a. Simulación absoluta

En esta clase de simulación no hay en realidad ningún negocio jurídico, sino tan solo la apariencia de uno.

En efecto, en la simulación absoluta, que constituye la forma más simple de simulación, el negocio jurídico simulado no esconde otro negocio que se haya querido celebrar, es decir, que las partes celebrantes del negocio aparente se limitan a pactar que no quieren el negocio simulado, sin pretender esconder otro negocio (disimulado) distinto total o parcialmente.

O sea, que, con la simulación absoluta, se persigue únicamente crear frente a terceros de buena fe, la apariencia de un negocio jurídico, al tiempo que se conserva secretamente la relación negocial, tal como existía antes de la celebración del negocio aparente.⁹

Un ejemplo de simulación absoluta sería el siguiente: Juan se entera que Pedro ha interpuesto en su contra un proceso ejecutivo por haber desatendido el pagaré emitido a la orden del ejecutante. Así, para evadir el embargo y posterior venta judicial de su biblioteca personal, Juan acuerda enajenar todos sus libros a X, en concepto de dación en pago de una deuda que no existe, conviniendo secretamente con ella que en verdad los libros seguirán siendo de él y que los podrá retirar y utilizar cuando quiera.

En este caso se aprecia que existe: a) Un negocio jurídico aparente o simulado (la dación en pago) que no es querido por las partes, que carece de causa y que tiene el propósito de crear una apariencia de una enajenación frente a los terceros de buena fe, especialmente, frente al acreedor del enajenante; b) Un acuerdo simulatorio, en virtud del cual Juan y X acuerdan que la dación en pago no es válida ni eficaz. Evidentemente, dado que las partes en el negocio simulado simplemente no quieren la dación en pago y, por lo tanto, este no oculta otro negocio jurídico distinto, nos encontramos frente a un supuesto de simulación absoluta, con una finalidad ilícita, resultando nulo de nulidad absoluta el negocio jurídico aparente, por carecer de causa.

En definitiva, en la simulación absoluta la intención real de las partes es la de no celebrar ningún negocio jurídico sino tan solo crear la apariencia que produce el negocio aparente. Por lo tanto, en caso de simulación absoluta, no hay ningún negocio disimulado.

⁹ Con relación al concepto de simulación absoluta, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 24 de abril de 2013, señala lo siguiente: “Puede considerarse que en los casos en que **existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia hace referencia a la "causa ilícita" se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente justamente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación.** Dado que pueden existir móviles determinantes de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales (la jactancia, la discreción, la confianza), pueden distinguirse simulaciones absolutas con causa lícita y con causa ilícita, por más que la simulación absoluta sea siempre una patología determinante de la nulidad absoluta del negocio, pues "los contratos sin causa... no producen efecto alguno" según prevé el art. 1275 del Código Civil.” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

b. Simulación relativa

Cuando detrás del negocio simulado se oculta un negocio jurídico distinto -total o parcialmente-, llamado negocio disimulado, nos encontramos frente a la simulación relativa.¹⁰

En esta clase de simulación, el propósito del negocio simulado o aparente es el de ocultar el negocio disimulado, de manera que los efectos frente a terceros sean percibidos como dimanantes del negocio aparente y no del querido realmente por el o los otorgantes. Es decir, que se aparenta frente a los terceros de buena fe, o sea aquellos que son ajenos al acuerdo simulatorio, la celebración de un negocio jurídico que no se quiere en realidad, con el propósito de encubrir el negocio jurídico que sí es querido.

En la simulación relativa, que es mucho más compleja que la absoluta, se debe tomar en cuenta, no solo el acuerdo simulado y el acuerdo simulatorio, sino también el negocio disimulado. Ello importa tener presente la influencia que puede ejercer el fin perseguido por el acuerdo simulatorio sobre el negocio disimulado, así como el papel que puede desempeñar el negocio aparente o simulado en orden a la interpretación del negocio oculto o disimulado.¹¹

A partir de las consideraciones antes expuestas, se pueden colegir las siguientes notas distintivas de la simulación relativa:

- El negocio jurídico aparente -que no es deseado por el o los otorgantes- encubre un negocio que sí es querido, llamado negocio jurídico disimulado.
- Además de la celebración de un acuerdo simulatorio, en el cual las partes del negocio jurídico simulado o el declarante y el destinatario de la voluntad (en los negocios jurídicos unilaterales recepticios) convienen que la voluntad declarada en el negocio aparente no es la querida, es preciso que se celebre

¹⁰ El Código Civil Peruano se refiere a la simulación relativa en su Artículo 191, que dice así: “Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.”

¹¹ El Tribunal Supremo Español, en sentencia de 11 de febrero de 2005, se refiere a la simulación relativa en los términos siguientes: “Lo que aquí sucede, conforme a lo expuesto, es que no quedó demostrado la fiducia alegada por el recurrente y si bien es cierto que entre el negocio fiduciario y el afectado de simulación relativa (artículo 1276 del Código Civil), existe convergencia en cuanto a la discordancia que presentan entre las voluntades declaradas y las internas, (Sentencia de 15-6-1999), tampoco concurre aquí situación de simulación relativa, resultando acertada la declaración del Tribunal de Apelación en esta cuestión, **ya que la simulación relativa se da cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, el que ha de reunir todos los requisitos legales para reputarse válido y entre ellos que se dé causa verdadera y lícita y las condiciones formales precisas y de exigencia.**” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

el negocio disimulado, que como se verá más adelante, puede tratarse de una especie de negocio distinta del negocio aparente (por ejemplo, Padre e Hijo celebran una compraventa de bien inmueble determinado por un precio cierto, cuando en realidad lo que quieren celebrar es una donación) o bien, diferir del negocio simulado solo parcialmente o en alguno de sus elementos, verbigracia, en la compraventa mencionada en el ejemplo anterior se estipula que el precio de venta es de diez mil balboas (B/.10,000.00), cuando en realidad, el precio de la compraventa verdaderamente querido es de cien mil balboas (B/.100,000.00), o puede que tenga por objeto el mismo bien y precio, pero que el comprador sea realmente otro de los hijos del vendedor.

- Para que el negocio jurídico disimulado sea válido, es menester que cumpla con todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo una causa lícita.

Según que el negocio disimulado sea de una especie distinta de la del negocio jurídico aparente o simulado, o que solo difiera respecto de este último parcialmente, es decir, en alguno de sus elementos, se dice que existe una simulación relativa total o parcial. (Albaladejo, 1959).

2. Simulación lícita e ilícita

Nos encontraremos frente a una simulación lícita o ilícita, según esta persiga o no una finalidad digna de tutela jurídica por el ordenamiento jurídico.

D. Efectos de la simulación

1. Efectos de la simulación absoluta

Tal como se ha señalado anteriormente, el negocio jurídico simulado es nulo de nulidad absoluta, no obstante, mientras no se haya declarado dicha nulidad se le considera válido y eficaz y, por lo tanto, surtirá sus efectos provisionalmente -mientras no sea declarado nulo por sentencia judicial- al menos frente a los terceros. Así, dividimos el estudio de la simulación absoluta en dos partes, a saber: antes de la declaratoria de nulidad absoluta del negocio aparente y con posterioridad a ella.

a. Antes de la declaratoria de nulidad absoluta

a.1. Frente a terceros

Mientras se mantenga la apariencia del negocio jurídico simulado, este surtirá sus efectos frente a los terceros de buena fe, es decir, aquellas personas que no tienen participación ni conocimiento del mismo.

a.2. Entre las partes

Tal como apunta el maestro Dulio Arroyo Camacho, en la simulación absoluta se crea la apariencia de haber celebrado un negocio jurídico que las partes no han querido celebrar. (Arroyo y Camacho,1992). Dado que la voluntad declarada en el negocio jurídico simulado no es la querida por las partes celebrantes o por el declarante en los negocios unilaterales recepticios, prevalece respecto a ellos lo convenido en el acuerdo simulatorio, en el cual se establece que no han querido celebrar el negocio jurídico simulado, sino tan solo crear su apariencia y, por lo tanto, este último no surte ningún efecto frente a ellas.

b. Nulidad absoluta del negocio simulado

Reitero que el negocio jurídico simulado adolece de nulidad absoluta, ya que carece de causa e incluso de consentimiento, de conformidad con lo previsto en los Artículos 1112 (numerales 1 y 3), 1113, 1125,1126 y 1141 (numeral 1) del Código Civil, pues se trata de una declaración de voluntad fingida, habida cuenta que las partes, conforme al acuerdo simulatorio, no lo han querido celebrar y solo desean mantener su apariencia frente a terceros.¹²

Empero, en lo tocante a la nulidad absoluta del negocio simulado, no puede soslayarse que el mismo podrá ser saneado mediante la ratificación de las partes, de acuerdo con lo normado en el Artículo 1143 del Código Civil, siempre que la causal de nulidad no consista en tener objeto o causa ilícitos.

El Artículo 1154 del Código Civil consagra la regla general sobre los efectos de la nulidad absoluta¹³, al disponer que una vez declarada la nulidad de un negocio jurídico, las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, teniendo en cuenta lo normado en los Artículos 1156, 1157 y 1159 del Estatuto Civil.

¹² En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 20 de octubre de 2005, señala lo siguiente: “Tampoco es baldío recordar el concepto y el tratamiento jurisprudencial de la simulación absoluta. **El negocio jurídico carente de causa es el simulado con simulación absoluta, que al estar falto de aquel elemento esencial es inexistente, aunque doctrinal y jurisprudencialmente se habla con frecuencia de nulidad ya que los efectos de aquella y ésta son coincidentes.** Hay negocio aparente y acuerdo simulatorio por el que las partes coinciden en la inexistencia de aquél; lo cual difícilmente se acredita por prueba directa, siendo necesaria la prueba de presunciones.” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

¹³ Al respecto, véase la sentencia de 12 de julio de 2005 del Tribunal Supremo Español.

c. De la validez del acuerdo simulatorio

El acuerdo simulatorio, es en principio un acto válido, que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y en el reconocimiento que la doctrina moderna hace al derecho de celebrar actos secretos.

Digo que es válido en principio, toda vez que su validez dependerá de la licitud o ilicitud del fin o propósito jurídico económico que persigan las partes al momento de celebrar el acuerdo simulatorio, es decir, de si la causa de dicha convención es o no lícita.

Cuestión interesante es la que se plantea respecto a si la declaratoria de nulidad del acuerdo simulatorio provoca o no que el negocio simulado adquiera validez definitiva y no solo meramente provisional. Me inclino por una respuesta negativa, ya que, como señalé en líneas superiores, tanto el negocio simulado como el acuerdo simulatorio y el negocio disimulado (en la simulación relativa) deben ser vistos siempre como la “parcelación documental de un único y mismo proceso negocial” (De Castro y Bravo, 1997), de manera que no se puede plantear simple y llanamente la validez del negocio aparente al margen de la finalidad perseguida o el propósito negocial consignado en el acuerdo simulatorio y, de otra parte, porque la voluntad manifestada en el negocio simulado -en la simulación absoluta- no es real sino, pues los sujetos solo quieren crear la apariencia del negocio simulado.

2. Efectos de la simulación relativa

Dada la mayor complejidad de la simulación relativa respecto a la absoluta, ya que aquella oculta un negocio jurídico disimulado que es realmente el querido, es menester que me refiera particularmente a los efectos del negocio disimulado y su relación con el negocio aparente.

a. Efectos del negocio disimulado entre las partes

Es claro que al no ser querida la voluntad declarada en el negocio simulado, con arreglo a lo convenido en el acuerdo simulatorio, el negocio que realmente quieren celebrar las partes o el declarante en los casos de negocios jurídicos unilaterales recepticios -y que permanece oculto frente a los terceros de buena fe-, es el negocio disimulado, que por lo tanto, será el que rija la relación jurídica de sus otorgantes.

Evidentemente, para que el negocio disimulado sea válido y eficaz, es indispensable que reúna todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo una causa verdadera y lícita.

b. Efectos del negocio disimulado frente a terceros

En principio, en la simulación relativa el negocio disimulado permanece oculto, pues mediante el negocio simulado -que en realidad no quisieron celebrar- los sujetos encubren el negocio verdaderamente querido.

Luego, resulta palmario que en tanto se mantenga la apariencia creada por el negocio simulado, el disimulado no surtirá efectos frente a los terceros que desconocen su existencia, quedando circunscrita su eficacia a los celebrantes.

Ahora bien, al probarse la simulación relativa (es decir, la existencia de un convenio válido -distinto del negocio aparente- que es el realmente querido por las partes y que se mantuvo encubierto hasta ese momento por la apariencia creada por el negocio aparente) y declararse consiguientemente la nulidad absoluta del negocio simulado, el negocio disimulado también surtirá efecto frente a los terceros, dejando a salvo a los terceros de buena fe a que se refieren los Artículos 1159 y 1762 y 1763 del Código Civil.¹⁴

E. Diferencia entre la simulación y otras figuras jurídicas

A fin de esclarecer más el concepto de la simulación, seguidamente realizo una breve comparación entre ella y otras figuras jurídicas afines.

1. Simulación y reserva mental

Hay reserva mental cuando una de las partes que interviene en el negocio jurídico desea o quiere internamente algo, pero declara una cosa diferente con el fin de hacer consentir a la otra parte, pero sin que esta tenga conocimiento de este hecho. (Suarez, 1993).

En efecto, como señalan Diez Picazo y Gullón, la reserva mental “supone una divergencia consciente entre el querer interno y la manifestación externa del mismo (mediante la declaración de voluntad o la realización de un comportamiento negocial). (Diez Picazo y Gullón, 1982).

La reserva mental, explica Arturo Alessandri, consiste en querer en realidad una cosa diversa de la que se declara, de modo que el contratante hace deliberadamente una declaración disconforme con su verdadera voluntad. (Alessandri, 1994).

Es evidente que el fin perseguido en el caso de la reserva mental, es el de engañar al destinatario de la voluntad declarada así como a todos aquellos que tengan conocimiento de ella -por razones o motivos que pueden ser lícitos o ilícitos- puesto que el declarante carece de voluntad negocial. (Albaladejo, 1958).

¹⁴ El Artículo 194 del Código Civil peruano dispone que la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente.

Así, se advierte que ambas figuras, simulación y reserva mental, constituyen supuestos de divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, en ambos casos, con el fin de producir un engaño que no necesariamente tiene carácter ilícito.

A partir de las definiciones antes transcritas, se puede colegir las diferencias entre la simulación y la reserva mental.

- a. Mientras que la reserva mental se mantiene exclusivamente en el ámbito del fuero interno del declarante, la misma no trasciende al mundo exterior ni afecta en principio al negocio jurídico; en cambio, en la simulación, la divergencia entre la voluntad real de las partes y la declarada en el negocio simulado se exterioriza de manera consciente, es decir, trasciende al mundo material mediante el acuerdo simulatorio.
- b. La simulación supone la existencia de un negocio jurídico que se celebra solo para crear una apariencia, ya que en realidad las partes no quieren celebrarlo; en tanto, en la reserva mental, la persona a la cual va dirigida la voluntad fingida no tiene conocimiento de ella.
- c. La simulación relativa encubre un negocio jurídico (disimulado) que es el que las partes realmente quieren celebrar; en la reserva mental, en cambio, solo existe el negocio celebrado con arreglo a la voluntad declarada, ya que la otra parte, al no tener conocimiento de la reserva mental no puede consentir sobre ella.
- d. Si la reserva mental llega a ser conocida por la otra parte el negocio jurídico es nulo, habida cuenta que no hay voluntad seria (Artículos 1112, numeral 1, y 1141, numeral 1, del Código Civil, entre otras disposiciones); por el contrario, en la simulación, las partes tienen pleno conocimiento que la voluntad que están declarando en el negocio simulado no es la querida por ellas y el acto es válido y eficaz - respecto de terceros- al menos provisionalmente.

2. Simulación y declaraciones informales

La voluntad seria es aquella que va dirigida a alcanzar un fin jurídico. Por el contrario, si se declara sin intención de producir una relación jurídica, ora por broma, por complacencia, por razones didácticas, en las que es ostensible que no hay intención de obligarse, entonces nos encontramos frente a un supuesto de declaración informal. (Alessandri, 1994).

Se trata de un supuesto de divergencia consciente entre lo manifestado y lo querido, ya que el declarante emite una voluntad pero que no es seria, debido a que no tiene intención de obligarse. La voluntad que no es seria no puede originar ningún negocio jurídico.

Nuevamente, el común denominador de ambas figuras es la discordancia entre la voluntad real y la declarada, no obstante, entre ambas existen las diferencias siguientes:

- a. En la simulación hay la intención de crear la apariencia de un negocio jurídico que o bien no es querido, o encubre otro negocio jurídico distinto (simulado) que es el que verdaderamente se quiere; en la declaración informal de voluntad, por el contrario, no existe intención de crear apariencia jurídica, ya que la voluntad no es seria, en tanto no se emite para alcanzar un fin jurídico.
- b. En la simulación relativa, existe un negocio jurídico oculto (disimulado) que es el que realmente se quiere; en tanto que en la declaración informal de voluntad no hay ningún negocio jurídico, puesto que no hay consentimiento.

3. Simulación y fraude a la ley

a. Concepto de fraude a la ley¹⁵

El Artículo 6 (numeral 4) del Código Civil español, se refiere al fraude a la ley al indicar que: “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude a la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

El fraude, explica Díez Picazo y Gullón, importa un mecanismo, un subterfugio que permite a un sujeto alcanzar un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, eludiendo, el cumplimiento de una regla de conducta imperativa (que prohíbe u ordena algo) a la cual estaba obligado a someterse, sin infringirla de manera frontal. (Díez Picazo y Gullón tomado desde <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15338/15799>).

Por su parte, Federico De Castro y Bravo concibe el fraude a la ley como una manifestación especial del fraude a la ley, que consiste en “utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se busca evitar las

¹⁵ En sentencia de 27 de julio de 2010, el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, se refiere al fraude a la ley en los términos siguientes: “Tampoco puede prosperar el recurso desde la perspectiva sustantiva ya que, como afirma la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, **la institución del fraude de ley tiene por objetivo deshacer la apariencia de protección que un acto recibe de la "Ley de cobertura", a fin de someterlo al imperio de aquella que se trató de eludir**, por lo que, como sostiene la sentencia número 232/2008, de 18 de marzo, reproduciendo la de 9 de marzo de 2006, se precisa la presencia de dos normas: la conocida, denominada "de cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada "eludible o soslayable". (...) Es decir, para que concorra fraude de ley no basta con denunciar la infracción más o menos grosera de la norma defraudada, también es preciso identificar la norma de cobertura utilizada instrumentalmente para eludir la norma defraudada...” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

normas dictadas para regular otro negocio; aquel precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica.” (De Castro y Bravo, 1997).

El fraude a la ley viene a ser un mecanismo, procedimiento, subterfugio, en virtud del cual un sujeto, valiéndose del amparo de una disposición legal (llamada norma de cobertura), evade el cumplimiento de un mandato legal imperativo al cual estaba obligado a someterse, a fin de realizar una conducta prohibida o bien abstenerse de realizar un determinado comportamiento.

Nota característica de esta figura es la vulneración de una norma imperativa, no de manera frontal, sino mediante un artificio jurídico. En otras palabras, en el fraude a la ley una persona se vale de un negocio permitido por el ordenamiento jurídico, para lograr un resultado prohibido por una norma de carácter imperativo que estaba obligado a cumplir.

b. Semejanzas entre el fraude a la ley y la simulación

Se advierte, pues, que tanto el fraude a la ley como la simulación se valen de la apariencia; la primera del negocio jurídico protegido por la ley que es utilizado como subterfugio para eludir el cumplimiento de una disposición de carácter imperativo; la segunda, del negocio simulado.

Existe en ambas instituciones un engaño para alcanzar un propósito. En el fraude a la ley, el engaño consiste en hacer creer que el acto fraudulento se basa en una disposición de cobertura, lo cual constituye en realidad un ardid para burlar una prohibición o un mandato de una norma de carácter imperativo, haciendo lo que esta prohíbe o no haciendo lo que ordena. En la simulación el engaño se realiza por conducto del negocio jurídico simulado que crea la apariencia, de manera consciente, de un negocio que no se quiere en lo absoluto o bien esconde a otro negocio distinto que es el realmente querido por las partes.

Tanto el fraude a la ley como el negocio simulado son nulos de nulidad absoluta, en el primer caso por tener una causa ilícita y, en el segundo, por carecer de ella.

c. Diferencias entre el fraude a la ley y la simulación

c.1. El fraude a la ley se caracteriza por la vulneración de una norma jurídica imperativa a la cual está obligado a someterse el sujeto que celebra el acto fraudulento con el fin de evadir su cumplimiento; en cambio, en la

simulación no necesariamente hay una violación de una disposición legal, ya que esta puede tener un fin lícito o ilícito.

c.2. Mientras que en la simulación hay un acuerdo simulatorio en el cual se establece que la voluntad declarada en el negocio simulado no es la querida; en el fraude a la ley no hay necesidad de convenir que el negocio celebrado no se quiere, pues precisamente de lo que se trata es de evadir el cumplimiento de una disposición de carácter imperativo mediante un acuerdo fraudulento que se celebra empleando una norma de cobertura.

4. Simulación y error en la causa

Existe error en la causa, por ejemplo, cuando una persona se cree obligada a pagar una cantidad que en realidad estaba pagada. En este caso la obligación sería nula por carecer de causa.

El error en la causa importa generalmente la ausencia de causa. (Alessandri, 1994). Por consiguiente, la nulidad se origina precisamente por carecer de causa el negocio jurídico en el cual tuvo lugar el error en la causa.

Habrà error en la causa cuando alguien tuviera como motivo o causa principal algo que no existe. (De Castro y Bravo, 1997).

Entre las principales diferencias entre el error en la causa y la simulación podemos mencionar las siguientes:

- a. Cuando alguien incurre en un error en la causa, declara algo que de haber sabido la verdad no hubiera declarado; en el negocio simulado, en cambio, se declara de manera consciente una voluntad que no es querida por las partes.
- b. En la simulación existe el propósito de engaño; en tanto que en el error en la causa no existe tal propósito.
- c. El acuerdo simulatorio constituye una convención en virtud de la cual se estipula que el negocio simulado no es querido por las partes; el error en la causa, por el contrario, es producto de una de las partes.

F. Negocios jurídicos no susceptibles de simulación

Aunque la simulación es una figura que se refiere al negocio jurídico, sin embargo, no todos los negocios jurídicos son susceptibles de simulación.

Dado que un elemento estructural esencial en la simulación es el acuerdo simulatorio, que comporta un acuerdo de voluntades, la simulación no puede darse en los negocios jurídicos unilaterales no recepticios, que se

caracterizan por no estar dirigidos a una determinada persona y que producen efectos, con independencia de que sean comunicados a una persona.

En vista de la relevancia que tiene la causa en la figura de la simulación, esta última no tiene lugar en los negocios jurídicos abstractos, es decir, aquellos que son válidos y eficaces aunque no concurra una causa; distintos de los negocios causales, que sí requieren una causa verdadera y lícita como requisito de validez y constituyen la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, según lo previsto en el Artículo 1112 (numeral 3), 1125 y 1126 del Código Civil.

Se discute en la doctrina científica sobre si es factible la admisión de la figura de la simulación en negocios de Derecho de Familia, tales como simulación de matrimonio, de adopción y de reconocimiento de hijo, entre otros. (De Castro y Bravo, 1997).

Al respecto, es necesario tomar en cuenta que las normas del Código de la Familia tienen carácter de orden público e interés social, según lo previsto en el Artículo 3 de la precitada excerta legal, por ende, dichas disposiciones son imperativas y no pueden ser alteradas o variadas por la voluntad de los particulares. De allí que en mi opinión sea nulo un acuerdo simulatorio mediante el cual se convenga secretamente, destruir o modificar un negocio jurídico como los mencionados en el párrafo anterior, en los que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada, habida cuenta que se trata, como señalé, de una materia de orden público e interés social.¹⁶

Conclusiones

La simulación constituye un caso de discrepancia entre la voluntad y la declaración, viniendo a ser la convención en virtud de la cual se acuerda que la voluntad declarada en forma consciente, y para fines de producir frente a terceros de buena fe una apariencia de un negocio jurídico con un propósito determinado, no es querida por la o las personas que celebraron dicho negocio, ora porque existe una causa distinta (negocio disimulado) o porque la expresada no existe (simulación absoluta).

A partir del concepto de simulación, se pueden identificar los siguientes elementos: a) Una discordancia consciente entre la voluntad expresada y la realmente querida; b) Una finalidad de crear la apariencia de un negocio jurídico, de engañar a los terceros que no participan en la celebración del negocio aparente y c) un acuerdo simulatorio celebrado entre las partes del negocio aparente o entre el declarante y el destinatario de la

¹⁶ Federico De Castro y Bravo señala al respecto que se plantea lo peligroso que puede resultar minar con la simulación la seguridad que precisa una materia como la del estado civil. (De Castro y Bravo, 1997).

voluntad en los negocios jurídicos recepticios, en virtud del cual se establece que la voluntad expresada en el negocio jurídico aparente no es querida por el o los otorgantes de dicho negocio.

Según la voluntad real de las partes, o del declarante en los negocios jurídicos unilaterales recepticios, sea solo la de crear la apariencia de un negocio que en realidad no han querido celebrar o bien la de crear la apariencia de un negocio que oculta la existencia de otro distinto que es el querido en verdad, nos encontraremos frente a la simulación absoluta o relativa, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBALADEJO, Manuel. (1958). El Negocio Jurídico. Barcelona: Bosch, S.L.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. (1994). De los Contratos. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
3. ARROYO CAMACHO, Dulio. (1992). Estudios Jurídicos Tomo IV. Panamá: Litho Impresora Panamá, S.A.
4. BETTI, Emilio. (1959). Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid: Revista de Derecho Privado.
5. DE CASTRO y BRAVO, Federico. (1997). El Negocio Jurídico. Madrid: Civitas, S.A.
6. DE RUGGIERO, Roberto. (1944). Instituciones de Derecho Civil. Madrid: Reus, S.A.
7. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. (1982). Sistema de Derecho Civil. Volumen 1. Madrid: Tecnos, S.A.
8. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. Tomado desde <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15338/15799>
9. FERRARA, Federico. (1953). La simulación de los Negocios Jurídicos. Madrid: Revista de Derecho Privado.
10. JOVANÉ, Jaime y Rodríguez, José M. (1993). Jurisprudencia Civil al Día. Panamá: Publipan.
11. OSSORIO, Manuel. (1994). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
12. PICÓ JUNOY, Joan. (2017). Los indicios en la prueba de la simulación contractual. Barcelona: InDret Revista para el Análisis del Derecho desde <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1328.pdf>
13. PUIG BRUTAU, José. (1978). Fundamentos de Derecho Civil. Tomo 2. Barcelona: Bosch, S.A.
14. RIPERT, George. (1964). Tratado de Derecho Civil. Las Obligaciones. Madrid: La Ley.
15. SUAREZ M., Hellmut E. (1993). Simulación en el Derecho Civil y Mercantil. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

16. ZIMMERMANN, Reinhard. (2008). El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones. Barcelona: Bosch.

El abuso del derecho en la renuncia del mandatario

Mitzi Sayde Villalobos Vargas
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Panamá
mitzi.villalobos@up.ac.pa

Recepción: 29 de julio de 2020

Aceptación: 10 de agosto de 2020

Resumen

Es frecuente que un mandatario, por distintas circunstancias, se vea obligado a renunciar al mandato recibido. El ejercicio de este derecho, sin embargo, no puede caer en la arbitrariedad, pues no es absoluto, sino que se encuentra sujeto a la observancia de límites, cuya transgresión nos coloca de lleno en el ámbito del abuso del derecho, cual es precisamente la materia que se estudia en el presente artículo. Así, partiendo del concepto del contrato de mandato, de sus características, del derecho de renuncia del mandatario y de los límites normales para el ejercicio de este, procuro fijar los linderos dentro de los cuales debe discurrir la conducta del mandatario que pretende renunciar a su mandato, para no incurrir en un ejercicio abusivo del derecho ni ser, consecuentemente, responsable de los perjuicios que cause su actuar ilícito.

Palabras clave: Abuso del derecho, mandato, características del mandato, renuncia del mandatario, derechos relativos, límite normal del ejercicio del derecho.

Abstract

Frequently, a mandatory, due to different circumstances, is forced to renounce the mandate received. The exercise of this right, however, cannot fall into arbitrariness, since it is not absolute, but submitted to the observance of limits, whose transgression places us squarely in the field of abuse of rights, which is precisely the subject studied in this article. Thus, based on the concept of the mandate contract, its characteristics, the mandatory's right of resignation and the normal limits for the exercise of such capacity, I try to set the boundaries within which the conduct of the mandatory who intends to resign his mandate must be adhered to, in order to not incur in an abusive exercise of the right nor to be, consequently, responsible for the damages caused by its illegal action.

Keywords: Abuse of rights, mandate, characteristics of the mandate, resignation of the mandatory, relative rights, normal limit of the exercise of the right.

Sumario

A. Introducción. B. Consideraciones Generales. C. Características del contrato de mandato. D. El Derecho de Renuncia del Mandatario. E. Relatividad del Derecho de Renuncia del Mandatario. F. ¿Qué es abuso del Derecho? G. ¿Cuál es el límite para el ejercicio no abusivo del derecho de renuncia del mandatario? Conclusiones y Bibliografía.

A. Introducción

Desde su aparición, la teoría del abuso del derecho ha suscitado grandes debates en el terreno jurídico. Aspectos tales como la relatividad de los derechos, el límite normal del ejercicio de un derecho y la dilucidación de cuándo un derecho se entiende ejercido en forma abusiva, han sido objeto de estudio por numerosos autores y escuelas del Derecho.

En el presente trabajo, me ocupo de tratar de manera sencilla, lo concerniente al ejercicio abusivo del derecho de renuncia que el ordenamiento jurídico le reconoce al mandatario. Con este propósito, he juzgado conveniente referirme al concepto de contrato de mandato, sus características y a la forma como se encuentra regulada la renuncia del mandatario en nuestro derecho, ocupándome de analizar sus límites, conforme a la función económica jurídica que cumple tal derecho en la sociedad. Para realizar esto último, ha resultado imperioso el examen del concepto mismo de abuso del derecho y de sus elementos característicos.

El artículo que ahora presento persigue suscitar la discusión y estudio de un tema que, sin lugar a dudas, resulta de sumo interés y utilidad en la sociedad actual, urgida de cambios en los paradigmas vigentes, sin que con ello se pretenda poner punto final al estudio de esta materia.

B. Consideraciones Generales

El mandato es un contrato consensual en virtud del cual una persona llamada mandatario se obliga hacia otro (mandante) a realizar algún acto jurídico por cuenta de éste. (Albaladejo, 1994).

El código civil peruano lo define como el contrato mediante el cual “el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante.” hacia otro (mandante) a realizar algún acto jurídico por cuenta de éste. (Albaladejo, 1994).

De acuerdo con el Artículo 1319 del Código Civil y Mercantil de la Nación Argentina: “Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella.”

El mandato es un acto jurídico bilateral, un contrato, en tanto que se requiere el consentimiento del mandante y del mandatario para que se perfeccione y surja a la vida jurídica.

C. Características del contrato de mandato

En materia civil el mandato es un contrato consensual (De acuerdo con lo previsto en los Artículos 1400 y 1401 del Código Civil) y generalmente gratuito (Artículo 1402 del Código Civil) y, por ende, generalmente unilateral, dado que al perfeccionarse solo resulta obligada una de las partes contratantes.

Es un contrato generalmente representativo, pues se estima que la representación es un elemento de la naturaleza del contrato. Con todo, se admite que puede haber mandato sin representación.

El mandato tiene carácter de confianza, es decir, *intuitu personae*, toda vez que se elige al mandatario por consideración a su persona, en atención a sus cualidades personales. (Ossorio, 1994).

D. El Derecho de Renuncia del Mandatario

La renuncia es uno de los derechos del mandatario, tal como lo regulan los Artículos 1423, 1427 y 1428 del Código Civil y 599 del Código de Comercio.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contempla la renuncia del mandatario como una excepción al principio de que los contratos son ley entre las partes y que la validez y cumplimiento de estos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (*pacta sunt servanda*), según lo dispuesto en los Artículos 976 y 1109 del Código Civil.¹

En la Sentencia de 11 de mayo de 2012, la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, se refiere a la renuncia del mandatario al señalar que:

“(…) el contrato de mandato por su carácter de *confianza "intuitu personae"*, se presenta como una excepción a la regla, ya que la propia ley permite su terminación, ya sea, por *revocación por el mandante* (Cfr. ordinal 1 del artículo 1423 del Código Civil) o por renuncia del mandatario (Cfr. ordinal 2 del artículo 1423 del Código Civil).” (Cochez-Martínez & Asociados contra Procesos y Análisis Metalúrgicos, S.A. (PAMETSA).

La renuncia viene a ser un modo de acabar el mandato, por un acto unilateral del mandatario, aun así, como se verá, el derecho de renuncia no es absoluto, esto es, no puede ser ejercido de manera irrestricta. Así, el mandatario puede incurrir en responsabilidad frente al mandante en tanto y en cuanto su renuncia se realice con el propósito de causar daño o de frustrar o impedir la celebración del negocio para el cual se otorgó el mandato, o bien, que no se sustente en un interés serio y legítimo.

E. Relatividad del derecho de renuncia del mandatario

¹ En la sentencia de 14 de abril de 2016, la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia se refiere a la fuerza vinculante de los contratos celebrados en los siguientes términos: “Consideramos que se ha violado el artículo 976 del Código Civil, ya que el mismo establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse, de acuerdo al principio del Derecho Civil que se remonta al Derecho Romano, *pacta sunt servanda*, es decir, que lo pactado obliga y debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo convenido, constituyendo entonces que el contrato es ley entre las partes.”

Frente a la posición que concibe a la ciencia del derecho como una ciencia exacta, dogmática, existe aquella que conceptúa al derecho como una ciencia social que evoluciona conforme cambia la sociedad, de la cual emana.

Con arreglo a la primera posición, los derechos subjetivos tienen un carácter rígido y absoluto, esto es, llevan en sí mismos su propia finalidad.

Frente a este criterio, se erige la teoría de la relatividad de los derechos, que admite un posible ejercicio abusivo de estos cuando se ejercen al margen del espíritu y la finalidad para la cual fueron concedidos. Este espíritu y finalidad se recibe de la sociedad, pues los derechos son creados para la sociedad y no la sociedad para ellos. (Josserand, 2009).

De suerte, pues, que el mandatario no puede renunciar al poder, sin incurrir en abuso del derecho y resultar obligado a indemnizar al mandante de los daños y perjuicios que sean causados por razón de la renuncia, si no actúa en función de un interés serio y legítimo y conforme a la finalidad del derecho que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para terminar de manera unilateral el contrato.

Ese interés serio y legítimo, esa finalidad que justifica el ejercicio del derecho de renuncia del mandatario se encuentra regulada en nuestro derecho positivo, en el Artículo 1427 del Código Civil², que dice así:

“El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufriese perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, **a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo.**”(Lo destacado y subrayado es nuestro)

En el mismo sentido, el Artículo 599 del Código de Comercio dice así:

“**La revocación o la renuncia del mandato no justificadas**, dará lugar, a falta de pena convencional, a indemnización de daños y perjuicios.” contrato mediante el cual “el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante.” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

Al aludir a la renuncia del mandato “no justificada” como causa del deber de indemnizar los daños y perjuicios que se causen con ella al mandante y otros terceros que puedan resultar afectados resulta más práctica y clara que la seguida por el Artículo 1427 del Código Civil, no obstante, considero que el sentido y alcance de ambas disposiciones resulta inequívoco, el mandatario no tiene en la renuncia del mandato un derecho absoluto.

² El Artículo en cuestión es fiel copia del Artículo 1736 del Código Civil español.

F. ¿Qué es abuso del Derecho?³

No pretendo ocuparme en este momento de las distintas teorías que explican el fundamento y el concepto del abuso del derecho, más considero que para la mejor inteligencia de las nociones que se plantean en este trabajo, es necesario contar con una definición de dicha figura. Así, con el propósito antes indicado, es preciso expresar los razonamientos siguientes.

El ordenamiento jurídico reconoce derechos a favor de las personas⁴, sin embargo, el ejercicio de estos supone límites. Los derechos pueden y deben ser ejercidos dentro de los límites normales para los cuales fueron otorgados⁵. Cuando alguien ejerce un derecho transgrediendo su finalidad, debe responder por los perjuicios que cause a otras personas. En otras palabras, nadie está obligado a soportar el menoscabo en sus bienes -patrimoniales o morales- sufrido por razón del ejercicio de un derecho que transgrede el fin mismo de este.

Pero ¿cuándo se traspasa la frontera del ejercicio válido de un derecho y se ingresa en el terreno del abuso del derecho?

Tal como señalé al inicio de esta sección, no pretendo elucidar el fundamento y validez de las distintas teorías que se han elaborado en respuesta a la interrogante antes planteada. No obstante, considero que los derechos son otorgados y reconocidos con el fin de satisfacer un interés legítimo del titular y, en ese sentido, cumplen una función en la sociedad.

De este modo, puede afirmarse, aunque sea solo para los fines de este artículo, que el abuso del derecho viene a ser el ejercicio de una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico, de una forma que revela la ausencia de un interés serio y legítimo por parte de su titular según las circunstancias del tiempo y del lugar-

³ La teoría del Abuso del Derecho es el resultado de los cambios de los valores y de la vida social y económica en la sociedad, que influye en la evolución jurídica y en la necesidad de realizar modificaciones y actualizaciones periódicas en los ordenamientos jurídicos. (Véase al respecto CUENTAS ORMACHEA, Enrique. El abuso del Derecho desde <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6225/6262>, tomado el 20 de julio de 2020.

⁴ En el caso de las personas naturales, la fuente de los derechos no se circunscribe al ordenamiento jurídico, es decir, al derecho positivo, sino que se reconocen también en virtud de su condición intrínseca de seres humanos y de la dignidad inherente a ellos.

⁵ De acuerdo con la definición sincrética de José Castán Tobeñas, el derecho subjetivo es “la facultad o conjunto de facultades con significado unitario e independiente, que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación para la satisfacción de sus límites e intereses y autoriza al titular para obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por un medio coactivo en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente.” (CASTÁN, 2007). Esta definición hace referencia a los límites en el ejercicio del derecho y cómo este queda circunscrito a la satisfacción de sus intereses, esbozando de esta forma los elementos que configuran el abuso del derecho.

, apartándose del fin económico jurídico en virtud del cual se otorgó el derecho; colocando a la persona que de esta manera procede -por acción u omisión- en la obligación de responder frente a los terceros por los perjuicios que cause con su actuar ilícito y facultando a la autoridad competente para adoptar medidas tendientes a evitar que se persista en tal abuso.

Los Códigos Civiles más modernos regulan la figura del abuso del derecho. Así, por ejemplo, el Artículo 22 del Código Civil de Costa Rica se refiere a él de este modo:

“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. **Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho,** con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”⁶

En el mismo sentido, el Artículo 10 del Código Civil y Mercantil de la Nación Argentina regula el abuso del derecho en los siguientes términos:

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. **Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.**

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

Sin entrar en mayores detalles, se advierte claramente, de la lectura de los textos legales transcritos con antelación, que hay elementos comunes en las definiciones del abuso del derecho contenidas en ellos, a saber: la vulneración del ordenamiento jurídico, así como la transgresión de los límites impuestos para el ejercicio válido de un derecho.

Esta transgresión de los límites normales del ejercicio del derecho, como he indicado anteriormente, debe determinarse en función de las circunstancias del tiempo, modo y lugar y tomando en cuenta además, el fin económico jurídico que el ordenamiento jurídico reconoce a un derecho en particular. Por ende, para que un juzgador pueda establecer si se ha producido o no un ejercicio abusivo del derecho, deberá analizar el caso concreto.

G. ¿Cuál es el límite para el ejercicio no abusivo del derecho de renuncia del mandatario?

⁶ El Artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil español tiene una redacción similar a la de la disposición citada.

Una interpretación apegada al tenor literal de la ley podría llevarnos a admitir como límite del derecho de renuncia del mandato, por parte del mandatario, aquel supuesto en que exista una imposibilidad de este de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo. (Artículo 1427).

No obstante, opino que la Ley ha mencionado ese supuesto a manera de ejemplo, sin excluir otros supuestos en que la renuncia del mandatario sea justificada y, por ende, no abusiva.

Una interpretación apegada al tenor literal de la ley, podría llevarnos a admitir como límite del derecho de renuncia del mandato, por parte del mandatario, aquel supuesto en que exista una imposibilidad de este de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo. (Artículo 1427).

No obstante, opino que la Ley ha mencionado ese supuesto a manera de ejemplo, sin excluir otros supuestos en que la renuncia del mandatario sea justificada y, por ende, no abusiva.

Sin duda, la fórmula empleada por el Artículo 599 del Código de Comercio, al exigir que la renuncia del mandatario sea justificada para liberarle de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios causados al mandante por dicha renuncia, resulta más adecuada.⁷

Pero para establecer el límite para el ejercicio no abusivo del derecho de renuncia del mandatario es menester determinar ¿qué se entiende por renuncia justificada?

Al respecto, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 13 de junio de 2003, explica la dualidad subjetiva y objetiva del abuso del derecho en los términos siguientes:

“El abuso del derecho es un límite al derecho subjetivo (lo destaca la sentencia de 6 de febrero de 1999) y se considera, en un sentido subjetivo, como ejercicio del derecho con intención de dañar o sin verdadero interés de ejercitarlo o, en sentido objetivo, como ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo.”

A nuestro juicio, la función económica social que el ordenamiento jurídico le otorga al derecho de renuncia del mandatario no es otra que la de prevenir que este se vea obligado a continuar el ejercicio del mandato, en circunstancias en que el mandatario y/o el mandante pudieran sufrir un menoscabo o detrimento o ver malogrado el acto jurídico que el primero realiza por cuanta e interés del último. Es precisamente con este

⁷ En todo caso, es claro que sentido de ambas disposiciones -el Artículo 1427 del Código Civil y 599 del Código de Comercio- es que la renuncia del mandatario sólo puede hacerse dentro de los límites y para los fines establecidos por el legislador, esto es, solo puede ejercerse de manera justificada, en presencia de un interés serio y legítimo, de acuerdo con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

criterio que se debe analizar si dicha renuncia, desde un punto de vista subjetivo, se realiza o no en función de un interés serio y legítimo.

Evidentemente, pues, una renuncia realizada por el mandatario con el deliberado propósito de causar daño al mandante, o de obstaculizar o impedir la celebración del acto jurídico objeto del mandato; o que se realice por simple capricho o veleidad del mandatario, carecería de justificación y, por ende, configuraría el ejercicio abusivo de un derecho.

Conclusiones

1. Si bien la renuncia del mandatario es un derecho consagrado en el Artículo 1427 del Código Civil y el Artículo 599 del Código de Comercio, no menos cierto es que el mismo es un derecho relativo y que, por lo tanto, solo puede ejercerse de manera justificada, es decir, en presencia de un interés serio y legítimo, tomando en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, así como los fines económico jurídicos por los cuales el legislador ha otorgado al mandatario el derecho para terminar de manera unilateral el contrato, fines que no son otros que los de prevenir que el mandatario se vea obligado a continuar el ejercicio del mandato en una situación en la que él o el mandante pudieran sufrir un menoscabo o detrimento o ver malogrado el acto jurídico que el primero realizó por cuenta e interés del último.
2. La renuncia del mandato por el mandatario, carente de un interés serio y legítimo, conforme a lo señalado en el punto anterior, constituye un ejercicio abusivo del derecho y, por lo tanto, hace responsable al primero de los daños y perjuicios que dicho abuso ocasione al mandante. Asimismo, es dable afirmar que el límite del ejercicio del derecho de renuncia del mandatario lo constituye la lesión de un interés digno de tutela del mandante, máxime, si tal menoscabo se realiza en ausencia de un interés digno de ser tutelado.
3. La fórmula empleada por el Artículo 1427 del Código Civil, que establece que en caso de que el mandatario renuncie el mandato debe indemnizar al mandante de los perjuicios que le cause dicha renuncia, salvo que se funde en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo, debe considerarse como un ejemplo, que no excluye otros supuestos en los que la renuncie del mandatario sea justificada y, por ende, no abusiva.

Bibliografía

Libros

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. (2004) Teoría General de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

CASTÁN TOBEÑAS, José. (2007). Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo 1. Madrid: Editorial Reus, S.A.

CUENTAS ORMACHEA, Enrique. El abuso del Derecho desde <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6225/6262> , tomado el 20 de julio de 2020.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. (2018). Sistema de Derecho Civil. Tomo 2. Volumen 2. Madrid: Tecnos.

ESPÍN CANOVA, Diego. (1983). Manual de Derecho Civil Español. Volumen III. Obligaciones y Contratos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

JOSSERAND, Louis. (2009). Del Abuso de Derecho y otros Ensayos. Bogotá: Temis, S.A.

JOSSERAND, Louis. (1946). El Espíritu del Derecho y su Relatividad: Puebla: José M. Cajica Jr.

MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. (1977). Tratado de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. (2010). Abuso de Derecho (Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo). Bogotá: Temis, S.A.

STITCHKIN BRANOVER, David. (2008). El Mandato Civil, 5ta Edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Códigos

Código Civil de Chile desde http://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_chile.pdf consultado el 20 de junio de 2020.

Código Civil de Costa Rica desde http://www.oas.org/DIL/esp/Codigo_Civil_Costa_Rica.pdf consultado el 1 de junio de 2020.

Código Civil Español de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> consultado el 12 de noviembre de 2019.

Código Civil de Panamá. Edición Actualizada 2018. Panamá: Editorial Sistemas Jurídicos, S.A.
Código Civil y Mercantil de la Nación Argentina desde http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf consultado el 5 de diciembre de 2019.

Código Civil de Perú desde <http://spij.minjus.gov.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf> consultado el 2 de noviembre de 2019.

Un vistazo a la pérdida de oportunidad como daño en el Derecho Civil panameño

David E. Zamora Smith

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Panamá

david_z_s@hotmail.com

Recepción: 20 de agosto de 2020

Aceptación: 30 de agosto de 2020

Resumen

La responsabilidad civil es una materia de mucho interés, particularmente, porque la vida en sociedad nos expone a una serie actividades y eventualidades que involucran las relaciones interpersonales que desencadenan, en ocasiones, el reproche de la conducta de un sujeto cuando esta causa injustamente un daño a otro exigiéndose su reparación.

Del mismo modo que evoluciona el entorno social, existe una creciente masificación de daños ante los cuales no puede debilitarse el principio rector de la reparación integral a la víctima, según el cual no puede soslayarse, a efectos de ser resarcido, ningún detrimento injusto sufrido, incluyendo aquel caracterizado por el desmejoramiento de una oportunidad previa favorable con expectativa razonablemente posible, rubro que descansa en la “Pérdida de Oportunidad” como daño problemático ubicado en una zona gris y que registra sus propias modalidades, daño ocasionado por el sacrificio total o la desaparición considerable de la posibilidad de hacerse de un beneficio como situación ventajosa o de evitar la producción de una circunstancia desfavorable.

Al respecto, la pérdida de oportunidad merece un análisis previo de la certidumbre del daño y sus efectos en el tiempo, así como los tipos de expectativas que puede contemplar una oportunidad para luego concluir con los destellos de esta figura en el derecho civil panameño.

Palabras clave: certidumbre, daño, daño actual, daño futuro, frustración de chance, obligación, pérdida de oportunidad, responsabilidad civil, reparación integral, indemnización.

Abstract

Civil Liability is a subject that has been of great interest, because live in society exposes us to be part of activities and eventualities that involves personal relationship and eventually triggered in the reproach of behavior and indeed demand reparation for damage that is unfairly caused by another.

In fact, while the social environment evolves there is a growing mass of tort that cannot weaken the principle of the integral reparation of the victim, a thought that does not allow to ignore any unjust damage that is caused, even as a harmful effect of a previous situation that destroys a certain opportunity with reasonably possible expectation, topic that rests on the notion of “Loss of Opportunity” as problematic tort located in a gray area that registers its own modalities, damage caused by total sacrifice or the considerable disappearance of the possibility of making a profit as an advantageous situation or avoiding the production of an unfavorable circumstance.

In this regard, the loss of opportunity deserves a prior analysis of the certainty of the damage and its effects over time, the types of expectations that an opportunity may contemplate in order to conclude with the glimpses of this figure in Panamanian Civil Law.

Keywords: certainty, damage, current damage, future damage, chance frustration, obligation, loss of opportunity, civil liability, integral repair, compensation.

Objetivo: Evidenciar la existencia de la pérdida de oportunidad como daño resarcible en el derecho civil panameño.

Sumario: 1. Responsabilidad civil. 1.1. El daño como elemento de la responsabilidad civil. 1.2. Presupuestos del daño. 1.2.1. La Certidumbre del daño. 1.3. Efectos del daño en el tiempo. 2. Noción de Pérdida de oportunidad. 2.1. Elementos esenciales del daño por pérdida de oportunidad. 2.2. La expectativa en la pérdida de oportunidad. 2.2.1. Pérdida de oportunidad de obtener una ventaja o beneficio. 2.2.2. Pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio. 3. La pérdida de oportunidad en el Derecho Civil panameño. Conclusiones

1. Responsabilidad Civil

Al momento de abordar el tema de la pérdida de la oportunidad como daño indemnizable resulta insoslayable referirse a la institución jurídica de la responsabilidad civil o derecho daños¹, objeto de múltiples críticas y de mucho interés para los estudiosos del derecho especialmente desde la revolución industrial hasta nuestros días, ahora con la inserción de la tecnología, la industria masiva, los contratos de adhesión, el maquinismo, los productos elaborados, etc.

La responsabilidad civil goza de cierta versatilidad, siendo de amplia aplicación y no restrictiva en cuanto a sus orígenes (responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, responsabilidad precontractual, responsabilidad postcontractual), y los diferentes sectores del diario vivir (responsabilidad médica, responsabilidad del abogado, responsabilidad del fabricante, etc.), donde cada tema exige un impetuoso estudio.

No obstante, en cualquiera de sus matices, el derecho de daños siempre busca el deber de indemnizar y/o reparar los efectos injustos causados a otro con el fin de lograr equidad bajo el principio de reparación integral de los daños. En esa línea Ghersi señala que: *“La idea de responsabilidad civil nace como consecuencia de un reproche a la conducta del agente productor del hecho dañoso -a los efectos de la*

¹ La figura inicial y central del derecho de daños fue el *trespass*, palabra probablemente arcaica equivalente a injuria en el sentido romano. Según la jurisprudencia, puede existir *trespass* a la persona (*to person*) y a las propiedades (*to land*). Citado en: **DIEZ PICAZO, Luis** Derecho de Daños, primera edición, Civitatis Ediciones, España: 1999, pág. 90.

reparación- o bien como una atribución legal hacia un sujeto que la normativa indica como soporte de esta situación jurídica”².

De inmediato se puede apreciar como el referente argentino, de manera sensata y mesurada, al referirse a la responsabilidad civil alude la existencia de los dos factores de atribución, subjetivo, cuando señala la conducta culposa del agente productor del hecho daño y objetivo, cuando se refiere a una atribución que realiza la propia ley sin cuestionar la conducta del agente productor.

De tal modo, la responsabilidad civil vendría a ser la reclamación que la víctima lleva a cabo para que un individuo repare o restituya a su estado normal lo arruinado a efectos del daño antijurídicamente percibido, facultado por el derecho para exigir todos los efectos derivados del menoscabo.

A partir de ahí, la noción de responsabilidad civil tiene como principal tarea reprender el daño injusto como bien dispone nuestro derecho positivo en el artículo 986 del Código Civil en materia contractual y/o por no cumplir con el deber legal impositivo de no dañar a los demás (*alterum non laedere*), que no exige vínculo previo entre las partes, eje de la responsabilidad extracontractual, artículo 1644 de la misma excerta legal.

1.1. El daño como elemento de la responsabilidad civil

El daño viene a ser el eje gravitacional de la responsabilidad civil, puesto que deviene sin objeto resarcir ante su ausencia, de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa: “(...) *la obligación reparatoria que establece la ley lo es como consecuencia del sacrificio soportado por el dañado: la propiedad perdida o privada, el daño sufrido o la limitación impuesta*”³, adicional a los demás elementos de la responsabilidad civil para ensayar un justo reproche: hecho ilícito, factor de atribución y nexo causal entre el hecho ilícito y el daño. Y es que ciertamente, lo que persigue la responsabilidad civil es la reparación del agravio que ha sido causado⁴.

Sin duda, el daño es el elemento que despierta la dinámica de la responsabilidad civil, ya que las diferentes circunstancias en que aparece, el menor o mayor impacto que produce, o la dificultad de su probanza siempre

² **GHERSI, Carlos Alberto.** *Obligaciones civiles y comerciales*, Editorial De Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., Buenos Aires: 1994, pág. 516.

³ **CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos.** *El daño lícito*, Primera Edición, Wolters Kluwer España, S.A., España: 2016, pág. 327.

⁴ **KOTEICH KHATIB, Milagros,** *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona, Del Daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia: 2012, Pág. 18.

requiere de un atinado estudio caso por caso (aun en situaciones similares), para entonces situarnos ante su justo reconocimiento.

Cabe entonces detenerse en el concepto del daño que se describe regularmente como el detrimento material (patrimonial) o inmaterial (extrapatrimonial) que sufre una persona en contravención del ordenamiento jurídico, destacando entre las distintas nociones doctrinales del daño, como la acertada observación de, De Cupis quien se aparta de las tradicionales concepciones que comprenden lo material-concreto y lo extrapatrimonial-abstracto cuando plantea lo siguiente: *“daño no significa más que nocimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”*⁵.

En ese mismo orden de ideas, Zavala de González al criticar la instrumentación paralela de daños-lesiones y daños-consecuencias, reflexiona sobre la noción de daño de una manera similar cuando dice que: *“Es incoherente construir una noción diversa de daño según que sea patrimonial o en cambio concerniente a repercusiones existenciales (individuales o colectivas) contra las personas, porque inevitablemente también versan sobre secuelas nocivas o empeoramientos respecto de una situación previa”*⁶.

En ambos pensamientos la idea central del daño gravita sobre frases particulares: *“alteración de una situación favorable”* y, en el segundo caso, en *“empeoramientos de una situación previa”*, prescinden de la clásica división entre lo económico y lo existencial, ya que hoy día se contempla la aminoración de circunstancias, eventos o situaciones como cambios significativos en el posible desarrollo de la víctima y que luego podrían derivar en daños materiales y/o extrapatrimoniales indistintamente⁷.

⁵ **DE CUPIS, Adriano.** El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil, segunda edición. Bosch Editor, Barcelona: 1975, pág. 85.

⁶ **ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde.** La responsabilidad civil en el Nuevo Código, Tomo II, arts. 1724 a 1740. 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba, pág. 256.

⁷ Este panorama de situaciones o circunstancias destruidas se considera de forma muy sublime por el derecho positivo argentino, Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, artículo 1737, cuando establece que: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por ordenamiento jurídico (...)”*, esta norma contempla el daño que descansa en el interés de la víctima o lesiones de todo tipo sin apuntar estrictamente a agravios concretos o abstractos sino eclécticos por imprecisos pero que de ningún modo dejan de ser *“daños”*, en ese sentido, todo aquello que pueda ser afectado por la realidad, como el caso de frustrar una oportunidad veraz y cierta pasa a ser parte del pensamiento conservador en la actualidad inminente. Actualmente la chance tiene un doble matiz como daño indemnizable, puesto que puede ser material como extrapatrimonial, económica o existencial, este último que hace referencia a la colaboración de incapacidad o la violación de los derechos personalísimos de la víctima, como lo contempla el artículo 1745 del Código Civil y Comercial que en su literal -c- reconoce la chance frustrada de ayuda futura dirigida los padres como consecuencia de la muerte de los hijos.

Esto quiere decir que si el escenario anterior de la víctima representaba la persecución de un estado conveniente y beneficioso, o bien, la esperanza de evitar un perjuicio hasta antes del acaecimiento pernicioso, se incluiría sin más discusión el versátil daño por pérdida de oportunidad.

No obstante, la dificultad de adoptar esta idea de daño radica en que la responsabilidad civil suele asimilarse de forma casi inmediata con el aspecto económico y netamente dinerario, lo cual parece inútil cuando se requiere analizar la predicción de una expectativa arruinada, que carece de una perfecta intermediación para su apreciación al momento del juicio, toda vez que en los supuestos de pérdida de oportunidad: *“(…) hay certeza sobre que, de no ocurrir el hecho dañoso, el damnificado habría mantenido la oportunidad favorable; pero al mismo tiempo incertidumbre, ya definitiva, sobre si el beneficio se habría logrado o si el perjuicio no se habría evitado”*⁸.

1.2. Presupuestos del daño

La sola invocación del daño no es suficiente para calificarlo de indemnizable, puesto que el mismo debe contemplar una serie de requisitos: debe ser cierto, por lo que no podrá estar sujeto a conjeturas o hipótesis; debe ser propio del reclamante, por resultar lesionado o perjudicado en sus derechos subjetivos; la afectación debe gozar de tutela jurídica y amparo legal; y, la necesidad de reparación debe ser subsistente al momento de su reclamación.

En cuanto a los requisitos del daño, es necesario detenerse a analizar sobre la necesidad de su certidumbre, situación que para algunos parece ser confusa cuando se visualiza la consumación del daño en distintas parcelas de tiempo, en especial cuando lo nocivo todavía no proporciona signos de vida, en otras palabras, cuando se indemniza un daño que tiene elementos que difieren en la época que se juzga como el daño futuro, daño virtual, el daño al proyecto de vida, y sin duda, algunas porciones de la pérdida de oportunidad que requieren de una carga superior para demostrar la veracidad, vigencia y existencia del daño.

1.2.1. La certidumbre del daño

Al enunciar que el daño debe ser cierto se refiere a que el juzgador debe constatar y comprobar fehacientemente la ocurrencia del daño a indemnizar al momento de fallar, para así no reconocer lo injusto y alcanzar la aplicación de la imparcialidad, pero ello no siempre será una tarea fácil, dado que este ejercicio podría estar arraigado a dificultades naturales como el dinamismo de una actividad o profesión especial, la

⁸ ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. cit.*, pág. 293.

falta de pericia, las lagunas legales, los espacios o conjeturas propias de lo venidero que manchan los elementos fácticos. No obstante, la fórmula se proyecta cuando el juzgador tiene definida su función de indagar sobre el efecto adecuado determinados hechos que ocasionarían ciertos daños.

En otras palabras, la búsqueda del hecho regularmente detonante del daño reclamado, enlazando el deber de responder del agente, es decir, la conexión lógica y razonable que debe existir entre determinado hecho ilícito y el daño acaecido que posteriormente formará parte del nexo causal bajo un sustento en la causa adecuada.

De forma más precisa contempla el artículo 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación (República Argentina): *“Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño”,* por razón de que la conducta ilícita genera la convicción suficiente en el juez con respecto al impacto nocivo a pesar de que el mismo se despliegue en una época distinta: *“como acaecer fáctico el daño adquiere certidumbre tanto cuando es actual como cuando es futuro. Pero esta ‘certeza’ tiene que ver con el hecho causal, pues es ese hecho el que, por producir la privación o desmedro de un bien jurídico cualquiera, permite atribuir certidumbre al perjuicio”*⁹.

Ahora bien, en cuanto a la pérdida de oportunidad se refiere, se debe tener en cuenta que se trata de un daño actual dado que al momento de fallar goza de plena certidumbre en una oportunidad constatable como arrebatada. Dicho de otro modo, la conducta antijurídica debe ser vinculada con la oportunidad existente pero cercenada por medio de una conducta ilícitamente concebida por el agente.

1.3. Efectos del daño en el tiempo

Como bien mencionamos, el daño, en términos generales, puede manifestarse en diferentes fases o periodos de tiempo; no obstante, el mismo también podrá situarse en dos o tres tiempos a la vez, y a esto se contempla, así sea en menor medida, la pérdida de oportunidad, y aunque se reniegue de ello, la existencia de oportunidad para llamarse como tal, cuestiona la legitimidad del acceso a un resultado favorable o sobre el esfuerzo de supresión de un perjuicio que en otrora incierto ahora por causa de un tercero ya no será siquiera especulativo (un posible mejor futuro ha sido destruido).

La esperanza de conseguir una mejor situación que le sucedía a la ejecución de la oportunidad se entiende en la doctrina como la *“expectativa”* lo cual desaparece en el futuro que era venidero antes del hecho ilícito,

⁹ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 2da edición, Editorial Astrea: Buenos Aires: 1987, pág. 51-52.

y que sin ser indemnizada por incierta, su razonable posibilidad de concreción suma un valor al cociente de la indemnización por chances frustradas¹⁰.

Sea dicho de paso que la mayoría de los daños que se reclaman en la esfera jurisdiccional figuran como pasados, ya que los efectos nocivos ya han sido manifestados, lo cual es independiente a la subsistencia de resarcimiento; el daño presente es aquél que está surtiendo sus efectos al momento de decidir el juez sobre la pretensión y se mantiene latente. Por otro lado, el daño futuro¹¹ es aquél que debe producirse y que se tiene como cierto en el instante que se reclama, aún no ha surtido sus efectos, porque estos se ensanchan en el tiempo ulteriormente.

Esto quiere decir que en diversas ocasiones se tiene por cierto un daño, aunque su efecto no sea actual, luego de una labor de depuración de las fracciones de incertidumbre en el menoscabo, postulado que elimina la errada percepción de que un daño por su difícil evaluación no es real.

En atención a ello, no se puede negar que resulta más tedioso calificar un daño como cierto cuando el mismo contempla alguno de sus episodios en el porvenir; sin embargo, se debe precisar que ambos conceptos, la certidumbre y la futuridad, son autónomos para la formación del daño siendo irrelevante que el daño sea pasado, presente o futuro para que el mismo se califique como veraz. Esto puede corroborarse ante las reiteradas jurisprudencias que han indemnizado daños póstumos a la interposición de la demanda, frecuentemente en causas médicas, descartando entonces que certeza y actualidad sean dependientes una de otras.

Al respecto, somos de la opinión que en el daño por pérdida de oportunidad se busca la evidencia de la frustración de una “*chance*” cuya existencia fue parte del pasado en juicio, lo cual nos lleva de inmediato a descartar que se trate de la indemnización de un daño futuro incierto.

¹⁰ Resulta amigable aplicar la analogía de la gramática del idioma español para comprender este daño porque la oportunidad frustrada como daño indemnizable analiza un daño pretérito pluscuamperfecto que descansa en el “*hubiera sido*”, ya que el daño en la chance intenta indemnizar el daño de una alta posibilidad de ventaja o evasión de un perjuicio que ha desaparecido injustamente por un tercero, y cuyo matiz incierto descansa en el desconocimiento del resultado final, aun si se tachara el hecho ilícito de la realidad al momento del ilícito.

¹¹ En opinión de Moisset de Espanés: “*Deseamos destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generado que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca “instantáneo”, se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora.*”, a destacar que el citado autor hace un comentario general de la producción de un daño sin tomar algún punto de referencia para destacar la temporalidad de los efectos del daño, como si realiza Eduardo Zannoni en su obra “*El daño en la responsabilidad civil*” al referirse a la sentencia como epicentro temporal.

El ejercicio del juzgador consiste en vincular el hecho ilícito con la oportunidad cercenada, cierta al momento del acaecimiento ilícito y no con la expectativa esperada que ya no formará parte de la realidad. Sin embargo reiteramos, que la otrora razonable concreción de la “expectativa” juega un papel preponderante para otorgarle valor a este rubro indemnizable como anota Ghersi: *“La indemnización por pérdida de “chance” no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la “chance” misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido”*¹².

2. Noción de pérdida de oportunidad

No se puede negar que a *prima facie* la frase “pérdida de oportunidad”¹³ aparenta coincidir con la existencia de un daño que se apoya en la suerte, en el azar y en lo aleatorio, lo cual cobra mayor premisa cuando se menciona en su versión original de “pérdida de chance”, pero si así fuera, el fundamento de su alcance y extensión reconocería un injusto daño conjetural o hipotético.

De forma escueta, la pérdida de oportunidad es un daño ocasionado por el sacrificio total o la desaparición considerable de la posibilidad de hacerse de un beneficio como situación ventajosa o de evitar la producción de una circunstancia desfavorable.

Autores como Velásquez Posada prefieren ejemplarizar el concepto cuando anotan lo siguiente: “(...) una persona pierde por hecho o culpa de un tercero la oportunidad de participar en un concurso o competencia, que de resultar favorecido, le reportaría un beneficio”¹⁴.

Para la *Cour de cassation* es simplemente la desaparición cierta de una eventualidad favorable con suficiente chance de obtener una ganancia o chance de limitar una pérdida.

Martin citado en Teller, indica de forma más elaborada que: *“La pérdida de chance representa el daño que consiste en la agravación de una probabilidad feliz. Por lo tanto, solo designa un perjuicio de sustitución al cual se recurre cuando, convencido de la implicación de la culpa en el daño, no se le puede atribuir*

¹² **GHERSI, Carlos Alberto.** *Op. cit.*, pág. 400-401.

¹³ En su forma más común: “pérdida de la oportunidad u oportunidad pérdida”, también utilizado el galicismo “pérdida de la chance” o “pérdida de posibilidad”; en las ciencias económicas y en la obra “*el seguro de responsabilidad civil*” de Claudio López-Cobo se encuentra como: “*coste de la oportunidad*”; otros como Ricardo De Ángel Yágüez utilizan “*pérdida de fas expectativa*” o simplemente “*pérdida de la chance*”, en **HERSALIS, Marcelo.** *La pérdida de oportunidad o chance*, Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Buenos Aires: 2009, pág. 4.

¹⁴ **VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio.** *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 21 ediciones, Colombia: Editorial Universidad de la Sabana, Editorial Temis, Colombia: 2006, pág. 237.

razonablemente como una mera extensión causal, sino un impacto en la probabilidad frustrada a la víctima.”¹⁵.

Sin alta retórica, al hablar de la lesión del “*derecho de oportunidad*”, este se convertirá en un rubro indemnizable por arruinar una situación previa de provecho para la víctima, traducándose en una “*pérdida de oportunidad o de chance*” y que tiene como objeto reparar el sacrificio injusto de la esperanza real y cierta, la violación a la posibilidad significativa y razonable. Es el impedimento o frustración de ejercer una oportunidad indudable y preciada como consecuencia de la conducta ilícita de un tercero, que ya suponía un resultado incierto por naturaleza, con la diferencia que ahora no se tendrá el efecto final que pudo ser beneficioso para la víctima.

2.1. Elementos esenciales del daño por pérdida de oportunidad

Existen posturas jurisprudenciales y doctrinales que brindan luces respecto a la noción de esta figura, en ellas se contemplan los elementos esenciales para que se pueda invocar el daño por pérdida de oportunidad.

Así, la *Cour de Cassation (Chambre criminelle)* de Francia, por medio de fallo de 23 de noviembre de 1971 define las cualidades de la chance de una situación favorable y delinea el resultado esperado como necesariamente inseguro para situarnos ante este daño indemnizable: “*El elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una oportunidad puede presentar en sí misma un carácter directo y cierto cada vez que es constatable la desaparición por el efecto del delito, de la probabilidad de un evento favorable, aunque por definición, la realización de una oportunidad nunca es segura.*”¹⁶

Visto desde otro ángulo, en el célebre ejemplo del caballo de carreras que pierde la oportunidad de participar y triunfar en la corrida por retraso negligente del conductor que transporta el equino, rescata un daño indemnizable en el que no se conoce si habría triunfado, aunque sí que la oportunidad de participar era cierta y que esta fue amedrentada por causas no regulares. Entonces, la pérdida de oportunidad ha sido visto como

¹⁵ Traducción Libre del texto original en francés: “*la perte de chance représente le dommage consistant dans l’aggravation d’une probabilité heureuse. Elle ne désigne donc qu’un préjudice de substitution auquel on recourt lorsque, convaincu de l’implication de la faute dans le dommage, on ne peut raisonnablement lui preter, comme prolongement causal, qu’une incidence sur la probabilité qu’avait la victime de subir la frustration dont elle se plaint*”. Citado en **TELLER, Marina**. *La perte d’une chance de contracter ou de ne pas contracter*, Conférence Association Droit Et Commerce, Tribunal de Commerce de Marseille, Revu de Jurisprudence Commerciale, Ancien journal des agrées. Marseille: 2013, Pag. 1.

¹⁶ Traducción libre del texto original en francés: *L’élément du préjudice constitué par la perte d’une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu’est constatée la disparition, par l’effet du délit, de la probabilité d’un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d’une chance ne soit jamais certaine.*

la “*certidumbre de la incertidumbre*”, lo cual parece una total paradoja, pero cuyos elementos se expresan así:

- La certeza de “*oportunidad*” que de no haberse frustrado pudo ejercitar la víctima.
- La incertidumbre en lograr y conocer si la oportunidad en el normal transcurrir de los hechos habría de concluir como pleno se esperaba. La “*expectativa incierta*”.

Esto es así porque “(...) *el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia que, como consecuencia lógica, también podía haber perdido*”¹⁷, elementos estos que conceden a la pérdida de oportunidad un matiz autónomo de daño indemnizable que cuestiona por instantes el “*it might have been*” sin la necesidad de aterrizar en un daño futuro y que al mismo tiempo no se encasilla puntualmente en un daño material o extrapatrimonial, sino en el arrebato actual de la oportunidad¹⁸.

Retornando al tema, la probabilidad frustrada goza de estos dos elementos puntuales que permiten no confundirla con otros daños indemnizables como el daño emergente, el lucro cesante o el daño futuro.

De esta manera, estos elementos: “certeza en la chance” e “incertidumbre en la expectativa” permiten que este daño sea excluyente de daños conjeturales. Por ejemplo, en el supuesto que un desahuciado a causa de enfermedad terminal pretenda responsabilizar al facultativo por la desaparición de la “*posibilidad de sobrevivir*”, no existe una situación que acredite la oportunidad cierta de “*supervivencia*”, dado que el destino de la salud del enfermo ya estaba seriamente comprometida; o el caso en que una chica que ha sufrido una lesión visible en el rostro (cuya secuelas son cicatrices muy notables o ampliamente visibles), pretendía ganar el título de *Miss Universe*, sin ni siquiera estar inscrita en el certamen nacional de belleza de su país para ser seleccionada entre las finalistas domésticas, por tanto en ambos casos no es posible creer en la existencia de “*la chance*” de curación o de triunfo, respectivamente, pues en estos supuestos la chance no es susceptible de comprobación fáctica o de convicción, ni al menos de una sostenible presunción.

En nuestro medio, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoce esta figura producto del derecho doctrinal y pretoriano con su intrínseca característica de daño real y cierta, se discute en el caso Cornelio Cano Castillo contra Desarrollo Costa Blanca, S.A., dentro del recurso de Casación interpuesto correlativamente en el proceso Sumario, resuelto bajo la ponencia del Magistrado Hernán de León Batista

¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil – De los perjuicios y su indemnización*, tomo II, Editorial Temis: Bogotá, 1990, pág. 28.

¹⁸ A pesar que la pérdida de oportunidad es un daño indemnizable no se puede los “(...) *los casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido*”. citado en ASUA GONZÁLEZ, Clara I. *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, primera edición, Navarra: Editorial Arazandi, 2008, pág. 17.

en septiembre de 2015, declarando la inexistencia del daño por pérdida de oportunidad por carecer de certidumbre:

“De partida, el supuesto daño, pérdida de oportunidad por parte de DESARROLLO COSTA BLANCA, S.A. para realizar algún proyecto sobre las fincas cauteladas o su venta, los peritos no dan señas de la existencia de alguna tentativa para uno de los dos supuestos beneficios que hubiese podido obtener.

En el dictamen pericial no se identifica, siquiera, que al momento de la anotación provisional de la demanda o durante el tiempo que ha transcurrido, el recurrente tuviera planeado un proyecto en concreto a desarrollar, o tratos preliminares tendientes a la formación de un contrato de compraventa de las fincas.

(...)

En el caso que nos ocupa, el simple hecho de ser propietario de dos fincas sobre las cuales pesa una anotación provisional de la demanda, sin indicio alguno de que el dueño pretendiera desarrollar un proyecto o su venta, no basta para acreditar que perdió la “posibilidad” de obtener un posible beneficio”.

En este caso, el juzgador llega a la conclusión de que el petente no acreditó ni siquiera indiciariamente que tenía la posibilidad u oportunidad de obtener un beneficio o situación favorable con sus fincas. A *contrario sensu*, si probaba que estaba en las tratativas de una compraventa o proyecto de construcción sobre estas fincas, habría logrado acreditar la chance de un beneficio. A tal efecto, el juzgador no pudo reconocer la existencia de chance por resulta hipotética, situación que en este caso no ameritó mayor análisis dado que el daño invocado se basó en situaciones conjeturales y subjetivas, siendo inútil reflexionar sobre alguna expectativa.

2.2. La expectativa en la pérdida de oportunidad

Entiéndase por expectativa la esperanza o posibilidad de obtener una cosa o un logro del cual no se puede disponer hasta que suceda. La pérdida de oportunidad puede contemplar dos tipos generales de expectativas: la obtención de una ventaja o beneficio, o la evitación de un perjuicio, a pesar de que el rubro es la frustración de la situación particular que contiene la esperanza de alcanzar alguna de las expectativas antes mencionadas.

2.2.1. Pérdida de la oportunidad de obtener una ventaja o beneficio

Es la clásica y común expectativa que contiene la pérdida de oportunidad, el prototipo de la figura. Se trata de la frustración de la posibilidad de “*mejorar una situación*”¹⁹; es decir, que la víctima estaba encaminada a concretar un negocio, ganar un concurso, una competencia, obtener un beneficio lucrativo, etc. Se sacrifica

¹⁹ LENTZ, Jeanne, *Controverses autor de la notion de perte d’une chance envisagée en tant que dommage*, Belgique: Liège Universté, Master en Droit. 2017-2018, pág. 5.

una “oportunidad positiva”. Evidentemente, la incertidumbre no permite conocer si perderá o ganará, empero lo perseguido o esperado por la víctima era en principio un beneficio posible.

2.2.2. Pérdida de la oportunidad de evitar o limitar un perjuicio

Se trata de la pérdida de oportunidad de escapar de una falla o una fatalidad, en síntesis, es un perjuicio apreciable por atentar contra la posibilidad de sobrevivencia a un riesgo, como anota Lentz de “no ver deteriorada una situación”²⁰. Es irrefutable reconocer que en esta modalidad existe una expectativa de resultado incierto, pero su matiz de evasión de un perjuicio la convierte en una “pérdida de oportunidad negativa”.

Esta modalidad tiene alta relevancia, y es que al invocarla se valoran los esfuerzos de la víctima para evitar un mal, una agravación, situación que ya lo colocaba en un terreno de mayor vulnerabilidad “desconociendo si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo”²¹.

Ejemplos frecuentes en las causas médicas, donde el paciente acude al facultativo con la esperanza de impedir la propagación de su enfermedad o el agravamiento de una infección, oportunidad que al lesionarse se convierte en “la pérdida de oportunidad de curación” (“de guérison”) o inclusive la frustración del intento de burlar a la muerte “pérdida de oportunidad de supervivencia” (“de survie”)²², cuyas esperanzas de evasión son pérdidas por la negligencia del médico.

Este supuesto de la pérdida de oportunidad es de fácil percepción, ya que basta con seguir el proceso ya perjudicial para luego pescar el hecho por medio del cual se desaparece la posibilidad de evitar el perjuicio; empero, de forma antagónica sigue siendo un tanto difícil establecer porque no siempre se deduce si el daño mantiene porciones de culpa del acusado o si se trata de un desenlace natural y predecible ajeno a la pérdida de oportunidad.

Claro, asimilar esta faceta de la pérdida de oportunidad resulta algo complicado por ser la menos común, visto está que la doctrina y la jurisprudencia parecen dar exclusivo protagonismo a la pérdida de oportunidad

²⁰ Ídem.

²¹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una chance. Su indemnización en la Jurisprudencia Chilena*. Chile: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado No.2, Chile: diciembre 2012, pág. 251.

²² Esta modalidad de pérdida de oportunidad que descansa en el “riesgo de perder” fue reconocido abiertamente en Francia, según Lentz, entre los años de 1960 y 1980, por casos relacionados a la práctica médica, en el que la Corte de Casación empieza a admitir el nexo de causalidad por la frustración de impedir un mal.

de ventajas como se refleja por parte de *La Cour de Cassation, Premiere Chambre Civile* de Francia, de 21 de noviembre de 2006: (...) solo constituye una pérdida de oportunidad reparable, la desaparición presente y cierta de una posibilidad favorable²³.

Postulados como estos parecen detalles de pura semántica, puesto que somos de la opinión que la Sala de Casación Civil Francesa quiso empoderar la existencia de la chance siempre en un contexto favorable para la víctima, sin excluir su variante negativa.

3. La pérdida de oportunidad en el Derecho Civil panameño

Nuestro derecho, desde el presente siglo, ha dado opiniones sobre el reconocimiento de este rubro indemnizable, el ejemplo más descriptivo se ha dado dentro del recurso de anulación contra el laudo arbitral (en derecho) de 15 de octubre de 2010, en el proceso arbitral interpuesto por *Blue Sky 46, Inc.* contra *Bay One Development, S.A.*, donde la Sala Cuarta de Negocios Generales, bajo la ponencia de Luis Ramón Fábrega, el 11 de mayo de 2015 hace alusión a la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, ante la equívoca idea del recurrente en asegurar que el “*derecho*” únicamente comprende las regulaciones y no la doctrina:

“Por último, sobre la figura de la pérdida de un chance, alegada por el recurrente, hay que destacar que se está ante un proceso arbitral, en donde el árbitro al dictar el laudo está en libertad de aplicar no solo el derecho sustantivo y procesal, sino que también puede apoyarse en la doctrina y jurisprudencia y demás reglas del derecho. De manera que, siendo la pérdida de un chance o pérdida de oportunidad un criterio de ponderación aceptado doctrinal y jurisprudencialmente cuando una de las partes contratantes se ve afectada por el incumplimiento del contrato, mal podría afirmarse que el árbitro traspoló (sic) los parámetros de un arbitraje en derecho.” (El subrayado es nuestro).

En el referido caso, el recurrente, dentro de otras argumentaciones sostiene que el laudo contiene una decisión que exceden el ámbito y alcance del derecho, y que el árbitro debió aplicar las leyes de la República de Panamá, afirmando que al desarrollar la teoría de la pérdida de una chance, el caso no se decidió en base a derecho. Se destaca la atinada opinión de la judicatura nacional, aclarando que dicha teoría por ser parte de la doctrina es parte de nuestro derecho, y en consecuencia, no encontró motivo en ello para anular el laudo arbitral.

²³ Traducción libre texto original en francés: “*Attendu que seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable*”.

En otra ocasión, la Sala Primera de lo Civil, bajo la ponencia de Hernán De León Batista, se pronuncia sobre el particular en el caso Iginio Smith Robinson y Carlos Ariel Mesa (ambos con amputación de miembro inferior izquierdo) contra Oscar Alexis Atencio Araúz y Aseguradora Mundial, S.A. (antes), Mapfre Panamá, S.A. (actualmente), del año 2017, cuando reconoció el daño por pérdida de oportunidad de ascenso de los demandantes del cuerpo de Operaciones Especiales Motorizadas (“Linces”) de la Policía Nacional, quienes realizaban su ronda de rigor en la provincia de Bocas del Toro, en donde ambos fueron perjudicados en su anatomía al perder la pierna izquierda debido a un accidente de tránsito por parte del vehículo conducido por el señor Atencio Araúz, interviniendo la aseguradora por medio de estipulaciones de daños a terceros.

De los antecedentes de dicho conflicto judicial, se rescata que los oficiales, luego del accidente que produjo la pérdida de la mencionada extremidad, fueron reasignados a trabajos administrativos en la institución en la cual laboran (oficinistas), lo cual dio paso para que la judicatura desarrollara sobre la pérdida de posibilidad de un futuro mejor de los miembros de la fuerza pública (subir de rango), sirviendo como prueba el informe rendido por el Departamento de Recursos Humanos de la Zona Policial de Bocas del Toro, a juicio de la Sala:

”Igualmente, la disminución en la oportunidad que los mismos tienen para ser promovidos de rango en la Policía Nacional institución en la cual la aptitud física del agente es un componente importante a tomar en consideración para ascender, posibilidad real en el devenir profesional de una unidad de policía, comporta un perjuicio que les dificulta la obtención de un mejor ingreso, y justifica el monto de la condena que en concepto de lucro cesante le fue impuesta al demandado (...).” (El subrayado es nuestro).

No resulta ocioso destacar que entre los daños reconocidos se utilizaron la cortina del “*lucro cesante*” y del “*daño moral*”, cuando su contenido es eminentemente por frustración de la oportunidad sin ser mencionada en el desarrollo del fallo.

Las consideraciones se fundaron en la certeza de chance de los oficiales en ascender si hubiesen permanecido como policías operativos, con un toque de incertidumbre por solo ser postulantes de posibles ascensos y todavía no plenos merecedores al momento de los hechos analizadas en dicha causa, haciendo una profecía dirigida a lo normal, tomando en cuenta todos los factores externos al caso que como en otrora policías de campo debían cumplir previamente: la evaluación mínima de desempeño en el campo, conducta adecuada a la moral social e institucional en el rango, aprobar exámenes de admisión, exámenes físicos y cursos.

Si bien la desaparición de la oportunidad a causa del accidente no tiene un nexo causal inmediato por no ser resultado directo del hecho de tránsito, sin duda se destacada la aminoración de sus aptitudes físicas para laborar, suficientes para no optar por promociones o ascensos contestes a los cargos que desempeñaban hasta antes de la colisión,²⁴ en la que ambos oficiales perdieron la pierna izquierda, imposibilitando que alcancen puestos operativos dentro de la entidad pública, una pieza de evidencia de la pérdida de oportunidad como daño en el derecho civil panameño.

De acuerdo a todo lo antes expuesto, cabe entonces afirmar que la frustración de alguna situación como concepto de daño, como indicó *ut supra* De Cupis y Zavala de González, se considera un daño indemnizable a pesar de que su particular existencia destaca por estar ubicada en una zona gris, lo cual no tardará en agitar nuestra casa de justicia en aquellos casos que con la invocación tradicional de los daños no sea indemnizable salvo que sea por medio de la pérdida de oportunidad.

Conclusiones

1. El concepto de responsabilidad civil se encuentra en etapa de metamorfosis, en trayecto de sufrir modificaciones que reconozcan habitualmente el desmejoramiento de las situaciones previas (abstractas) al hecho ilícito como un daño con valor indemnizable que arremete contra el pleno desarrollo de la víctima.
2. El análisis de la pérdida de oportunidad como daño resarcible robustece el concepto de reparación integral de la víctima, quien ha sido privada de una circunstancia que pudo percibir como provechosa.
3. El daño en estudio es actual y su reconocimiento goza de plena certidumbre, toda vez que el hecho ilícito se debe vincular con la oportunidad frustrada existente.
4. La frustración del chance consta de dos elementos imprescindibles que a su vez lo convierten en un daño particular, la oportunidad que ciertamente pudo ejercitar la víctima y la incertidumbre en la expectativa que persiste inclusive si se procede a suprimir la conducta ilícita del agente de manera ficticia.

²⁴ De tal modo, para la calificación de “policía operativo” y “ascenso” se utilizó el Manual de Ascensos de la Policía Nacional publicado en la Orden General No. 136 de 18 de julio de 2007, con los fundamentos legales en el Decreto Ejecutivo No. 172 que desarrolla la Ley No. 18 de 1997, Ley Orgánica de la Policía Nacional, el cual fue de sustento para descifrar que los afectados han perdido la oportunidad de ascensos al cargo inmediatamente superior al que ostentaban. Entre los requisitos exigidos destacan: “antigüedad en el cargo” que por razones obvias ya no podían desempeñar así como “poseer aptitudes físicas comprobadas por servicio y edad”, arrojados categóricamente al descarte de no ascender como policías operativos y de tal forma a perder una oportunidad,

5. La pérdida de oportunidad padece en nuestro medio, y esto se debe a que nuestros tribunales no han tenido un cúmulo de casos para deliberar al respecto, lo cual no ha sido obstáculo para que la Corte Suprema de Justicia reconozca la figura abiertamente en nuestro derecho.
6. El Derecho actual no diferencia entre las modalidades de expectativas de la pérdida de oportunidad: obtener una ventaja o de escapar a un perjuicio, separación que brinda una asimilación inmediata al juzgador para pescar el modo en el que se desarrolla la oportunidad indemnizable, en que la segunda de ellas presenta mayores inconvenientes al momento de acreditar el nexo de causalidad con el hecho ilícito.

Bibliografía

Libros y otras referencias:

- ASÚA GONZALEZ, Clara I.** Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria, primera edición. Navarra: Editorial Arazandi, S.A. 2008.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge** (1997). Teoría general de la responsabilidad civil: novena edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: 1997.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos.** El daño lícito, Primera Edición, Wolters Kluwer España, S.A., España: 2016.
- DE CUPIS, Adriano** El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil: segunda edición. Bosch Editor, Barcelona: 1975.
- DIEZ PICAZO, Luis.** Derecho de Daños, primera edición, Civitatis Ediciones, España: 1999.
- GHERSI, Carlos Alberto.** Obligaciones civiles y comerciales, Editorial De Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., Buenos Aires: 1994.
- HERSALIS, Marcelo.** La pérdida de la oportunidad o chance, Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad abierta Interamericana, Buenos Aires: 2009.
- KOTEICH KHATIB, Milagros,** La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona, Del Daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales, Universidad Externado de Colombia: 2012, p. 377
- LENTZ, Jeanne.** Controverses autor de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage, Belgique; Liège Universté, Master en Droit. 2017-2018.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis.** Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro” con relación al daño emergente y al lucro cesante. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

República de Argentina [En línea]:
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdanoactualyfuturo> (consultado el 24 de octubre de 2019).

PRÉVOT, Juan Manuel y CHAI, Rubén Alberto. *Pérdida de chance de curación*. Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Pérdida de una chance. Su indemnización en la Jurisprudencia Chilena*. Chile: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado No.2, Chile: diciembre 2012. Recuperado en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127054/perdida-de-una-chance-su-indemnizacion-en-la-jurisprudencia-chilena.pdf?sequence=1>

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil – De los perjuicios y su indemnización*, tomo II, Editorial Temis: Bogotá, 1990.

TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Pérdida de Chance*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.

TELLER, Marina. *La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter*, *Conférence Association Droit Et Commerce, Tribunal de Commerce de Marseille, Revu de Jurisprudence Commerciale, Ancien journal des agréés*. Marseille: 2013.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 21 Edición, Colombia: Editorial Universidad de la Sabana, Editorial Temis, Colombia: 2009.

ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 2da edición, Editorial Astrea: Buenos Aires: 1987.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *La responsabilidad civil en el Nuevo Código*, Tomo II, arts. 1724 a 1740. 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba: 2016.

Jurisprudencia:

Cornelio Cano Castillo y Desarrollo Costa Blanca, S.A. recurren en casación dentro del proceso sumario que Cornelio Castillo le sigue a Ricardo Holding, S.A., Desarrollo Costa Blanca, S.A. y Repedac Internacional Inc. Ponente: Hernán A. De León Batista Panamá, ocho (08) de septiembre de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Mapfre Panamá, S.A. recurre en casación dentro del proceso ordinario que le sigue Iginio Smith Robinson Carlos Ariel Mesa y Ponente: Hernán A. De León Batista. Panamá, quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Recurso de anulación contra el Laudo Arbitral (En Derecho) de 15 de octubre de 2010, proferido dentro del Proceso Arbitral interpuesto por *Blue Sky 46, Inc.*, contra de *Bay One Development, S.A.* Ponente: Luis Ramón Fábrega S. Panamá, once (11) de mayo de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Cuarta de Negocios Generales.

Leves:

G.O. 2404: Ley No 2 de 22 de agosto de 1916, Código Civil de la República de Panamá.

G.O. 23858: Decreto Ejecutivo No. 172 de 29 de julio de 1999 *“Por el cual se desarrollan los Capítulos VI y VII, Sección Primera, Segunda y Tercera, Cuarta y Quinta, el Capítulo VIII de la Ley 18 de 3 de junio de 1997”*.

Código Civil de la República de Panamá.

Ley 26.994 y Promulgado según decreto 1795/2014, Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos –Presidencia de la Nación, 2da edición – julio 2016, Infojus: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.

El defensor de ausente en el Derecho Civil panameño

Jorge Luis García García
Órgano Judicial de Panamá, Panamá
jorgeluisgarcia1671@gmail.com

Recepción: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

Resumen

Muchos de los abogados que se dedican al litigio, se formaron y crecieron bajo el supuesto de que es más fácil llevar un proceso cuando, a quien demandan está representado por un Defensor de Ausente; sin embargo, el tiempo y las experiencias vividas los han llevado a entender que no siempre es así y que bajo circunstancias específicas estos procesos podrían convertirse en un verdadero dolor de cabeza, si no se toman en consideración algunas precauciones y cautelas, necesarias para contrarrestar las dificultades que puedan nacer de la falta de previsión.

A pesar de que el Defensor de Ausente, representa al demandado, el mismo no goza de las mismas facultades y ventajas que conlleva la representación judicial particular, partiendo del hecho de que no conocen a su representado y que, por ende, no va a obtener la información y las pruebas necesarias para lograr una defensa exitosa. Es por ello, que la ley le otorga algunos beneficios, pudiéndolos llamar de esta manera, que más que a su favor, operan en contra de quien demanda y que los debe tener presente, si es que no quiere llevarse una gran sorpresa al final del proceso.

Esta puede ser la razón de que muchas veces se pierdan los procesos, no tanto por el esfuerzo que hace el Defensor de Ausente, sino más bien por la falta de previsión que tiene el apoderado judicial de la parte actora. Este documento busca llamar la atención de la necesidad de cuidado que debe mantener el abogado, cuando este bajo este tipo de situaciones.

Palabras Clave: abogado / defensor de ausente / contradictorio / representación judicial / bilateralidad / demandado / defensa / facultades / curador ad litem.

Summary

Many lawyers that dedicate themselves to litigation; grew under the assumption that it's easier to have a legal process when the person sued is represented by a public defender. However, time and vivid experiences have made us understand that it does not always work like that. Also, by having specific circumstances, these processes could become a headache if we do not take some precautions necessary to counteract the difficulties that may arise from a lack of foresight.

Although a public defender represents the defendant, they do not possess the same powers and advantages that have a private representation; because they are not going to obtain the information and needed proves for a successful defense. That's why the law grants them some benefits; that is in favor of them and operates against the one who demands and must be present if they don't want to get a big surprise at the end of a process.

¹ Cristina Laín Casado. (2016). La Ausencia en el Derecho Civil y en el Derecho Militar: Estudio Histórico y Comparado. Universidad Pablo De Olavide, De Sevilla.

This can be the reason why many processes can get lost, not much because of the public defender, but because of the lack of foresight that has the plaintiff's legal representative. This document seeks to draw attention to the need for care that the lawyer must maintain when under these situations.

Keywords: lawyer / public defender / contradictory / legal representative / bilaterality / defendant/ defending / powers / curator ad litem.

Introducción

La mayoría de la literatura consultada no deja ver con claridad, la existencia de la figura del defensor de ausente, en la antigüedad, más bien dichos textos hacen referencia al concepto de “Ausente”, refiriéndose al alejamiento de una persona en un momento determinado de su entorno habitual. Términos como: “*Absens* y *Absentia*”, se utilizaron como derivación del latín “*Abesse*”, sustituidos posteriormente por frases tales como: “*Non ser en la tierra o en el lugar*”, o simplemente “*Si ita pater abait ut ignoretun ubi sit et en sit*”¹, citando al jurista romano Paulo, en referencia a la ausencia.

No obstante, la figura que abordaremos en esta ocasión tiene que ver con la asistencia jurídica que recibe la persona ausente en un proceso judicial civil, al cual se le denomina “defensor de ausente”. La legislación panameña concede la posibilidad de accionar por intermedio de la jurisdicción civil, en busca de una recompensa o indemnización, cuando este, considere que ha sufrido una ofensa o de alguna manera le asiste algún derecho reclamable. Dicho derecho de acción está señalando en el artículo 464 del Código Judicial, al manifestar que: “*La persona que pretenda hacer efectivo algún derecho o pretensión, que se declare su existencia o que se declare su inexistencia de uno adverso a sus intereses o la existencia o inexistencia de una relación jurídica que le concierna o afecte, puede pedirlo ante los tribunales en la forma prescrita en este Código*”. Este derecho de acción es lo que conlleva la iniciación del proceso judicial civil y que como todos sabemos mantiene como uno de sus principios rectores, el “*Contradictorio o la Bilateralidad*”. Dicho principio cobra vigencia o aplicación, al momento de la notificación o comunicación que se le hace a la parte demandada, que existe una demanda en su contra y que le permite activar sus mecanismos de defensa en contra de esta acción, entendiendo que estos mecanismos no se limitan a defenderse, sino incluso a la posibilidad de contrademandar o reconvenir en contra de quien lo demandó.

Este principio de bilateralidad en el proceso civil impone la necesidad de que por lo menos dos (2) partes, estén frente a una disputa de derechos; aunque no necesariamente, este contradictorio deba darse desde sus inicios, sino que el mismo se puede producir como oposición o defensa, como suele ocurrir en los procesos ejecutivos

La mayoría de los procesos civiles requieren que las partes sean representadas por un abogado (*Ius Postulandi*), lo que es posible a través de un poder otorgado por la parte a quien desee y manifieste que sea su apoderado judicial. Este hecho en principio no genera mayores dificultades para las partes (salvo la económica), en la medida de que la parte demandada sea encontrada y notificada de la resolución que admite la demanda promovida en su contra. La dificultad se genera en los casos en que, él o la demandada(o) no sea notificada, ya sea porque la parte demandante juró desconocer su paradero o habiéndose indicado el domicilio del mismo, no fuere hallado en el lugar designado.

Ante la imposibilidad de notificar a la parte demandada de la demanda promovida en su contra, y la necesidad de cumplir con el contradictorio, de paso dando tramitación a lo peticionado por la parte actora supuestamente afectada de una u otra manera por quien demanda, se ha establecido un procedimiento el cual permite la continuación del proceso, sin desproteger del todo al demandado ausente y sin afectar el debido proceso legal. Entendiendo por el mismo, lo señalado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o lo que nuestra jurisprudencia ha determinado que conlleva el artículo 32 de nuestra Constitución Nacional.

*“El Debido Proceso llamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [...], “derecho de defensa procesal”, consiste en “...**el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías** y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”².*

Esta falta de comparecencia de la persona demandada, por las causas ya antes señaladas, ante el tribunal competente, provoca un llamamiento público de este, mediante la publicación de un edicto emplazatorio, en algún periódico o diario de amplia circulación nacional, por cinco (5) días, con el apercibimiento que sino comparece en el término establecido en el edicto, se le nombrará un defensor de ausente, quien se notificará de la resolución que admite el proceso y asumirá la defensa del demandado(a), siguiéndose el proceso con este.

Definición.²

La doctrina ha señalado que el defensor de ausente es un auxiliar de la administración de justicia, designado por el Juez que lleva la causa, para que se encargue de la defensa jurídica de las personas, que, a pesar de haber sido emplazadas, se encuentran ausentes a un proceso civil determinado y que son parte del mismo.

² Diana Montero, & Alonso Salazar. (S. f.). Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Este profesional, a diferencia del defensor particular no requiere de la firma de un poder que lo autorice a gestionar, dado que su actuación esta ordenada por el propio juzgador del proceso.

El defensor de ausente puede efectuar todos los actos procesales a excepción de aquellos que le corresponden solo a la parte, por ende, no puede disponer del derecho de litigio, es decir, que sus facultades resultan restringidas, siendo así no puede conciliar, transigir, ni allanarse y tampoco podrán desistir, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1102 del Código Judicial, pues dichos actos solo le corresponden a la parte. Incluso el artículo 1019 del Código Judicial, establece la obligación de estos a oponerse a las pretensiones de la parte contraria de sus defendidos, negando lo pedido, los hechos y el derecho invocado por aquellas, haciéndolos responsables en los mismos términos que a los apoderados judiciales particulares.

A pesar de que en otras legislaciones se establece que el defensor de ausente, puede ser llamado por el tribunal de una lista de abogados y de que su gestión es gratuita, pudiendo incluso ser sancionado sino acepta la designación o ser investigado por falta a la ética, la realidad es que, en nuestro país, corresponde a la parte demandante, cubrir el valor de la defensa y los gastos que se ocasionen en esta función. Los honorarios de los defensores de ausente deben ser fijados por el juez, en favor de este, bajo la posibilidad de que, si estas expensas de litis no son canceladas, dentro del término que señala la ley, se puede suspender el proceso hasta tanto se cancelen las mismas y de continuar con esta falta de pago, decretar la caducidad y el correspondiente archivo del expediente.

El nombre de defensor de ausente cambia en cada país, algunos simplemente lo conocen como defensor, otros lo asimilan a la Defensoría de los Pobres e incluso, en algunos otros casos lo denominan curador ad litem, no obstante, en nuestro derecho, esta última figura jurídica la relacionamos con la persona encargada de asumir la defensa de las personas cuando estas sean incapaces, sin que se halle presente su padre, madre, tutor o curador, según lo indica el artículo 586 *lex cit.* A pesar de que nuestra legislación y la jurisprudencia hacen la distinción entre el defensor de ausente y el curador ad litem (en cuanto a quien representan), al punto de reconocerlas en disposiciones legales distintas, lo cierto es que existe una gran similitud entre uno y otro. El artículo 589, dispone que solo podrán ser curadores ad litem los abogados, salvo que en la sede del tribunal no haya abogados. De igual manera se establece que este asume la representación de su defendido, autorizándolo para designar abogados sustitutos de ser necesario y también disponiendo que puedan ser removidos de manera sumarísima. A pesar de que las disposiciones citadas no establecen lo referente a los honorarios del curador, de manera extensiva se ha interpretado que los mismos deben ser cubiertos por el demandante, como ocurre en el caso de los defensores de ausente.

Ventajas y desventajas con la participación del defensor de ausente en el proceso civil para el demandante.

Aunque para muchos abogados pareciera que accionar o llevar un proceso en donde, la parte contraria (demandada), está siendo representado por un defensor de ausente, constituye una ventaja, lo cierto es que este hecho también presenta desventajas, como lo veremos más adelante.

Dentro de las ventajas que encontramos a favor de la parte demandante, tenemos el hecho de que este defensor de ausente no aducirá o presentará pruebas, salvo limitadas excepciones, no participará de las diligencias de evacuación de pruebas (por ejemplo: en un testimonio no objetará las preguntas del apoderado de la contraparte, así como tampoco formulará repreguntas al testigo), no presentará incidentes, excepciones o recursos, todas estas, posibilidad que a pesar de que la ley se las permite, por lo general no son utilizados por estos abogados, ante la limitación en la defensa, que se produce al no conocer cómo sucedieron los hechos demandados y no constar con las pruebas que le permitan mostrarse con mayor eficiencia.

Ahora bien, debemos tener de presente que también existen desventajas y es preciso tomarlas en consideración. Cuando hablamos de estas desventajas no solo nos referimos al hecho, que como hemos manifestado, le corresponde a la parte demandante asumir los honorarios y gastos del defensor de ausente, designado por el tribunal, teniendo en cuenta que este pago deberá realizarse dentro del término de un (1) mes, con la posibilidad de que, de no darse dentro de este término, se pueda decretar la caducidad de la instancia, a petición de parte o de oficio y por ende el archivo del expediente (art. 1019 C.J.).

Sobre este señalamiento existen pronunciamientos del Primer Tribunal Superior de Justicia, en el sentido de que la caducidad no requiere ningún trámite, ni tampoco correrla en traslado. Adicionalmente, ha manifestado dicha instancia de justicia, que esta caducidad puede ser decretada a petición de parte interesada o de oficio, para lo cual hace extensiva la facultad que contiene el artículo 1103 del Código Judicial, en este sentido, para lo cual cita al Dr. FABREGA, en cuanto a que *“existe un interés no sólo personal, sino además social en que los procesos no se mantengan indefinidamente”*, considerando que *“... hay tres razones por la cual se decreta la caducidad, que son las siguientes: a. Se trata de una medida para evitar la paralización del proceso; b. Presunción de abandono del demandante; y, c. Evitar que los procesos se demoren indefinidamente en los tribunales; razones éstas por la cual consideramos que en atención a lo dispuesto en el artículo 1103 lex cit, dicha caducidad se puede decretar de oficio”* (**Resolución de 17 de enero de**

2020, dictada dentro del proceso ordinario promovido por Agencia Chorrerana de Seguridad, S.A. en contra de Industrias de Adoquines y Productos de Concreto Panamá, S. A.).

También, nos referimos a desventajas de tipo procesal y probatorio, las cuales veremos a través de supuestos comunes y sobre las cuales existen pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Se trata de demandas cuya fuente probatoria la constituyen documentos que la doctrina y la jurisprudencia los denomina “documentos privados”, suscritos entre las partes del proceso (llámese facturas, contratos o cualquier otro documento no reconocido ante juez o notario público).

Según lo manifiesta el artículo 861 del Código Judicial: *“Un documento privado se tendrá por reconocido cuando hubiere obrado en el proceso con conocimiento de la parte que lo firmó, de sus causahabientes o de su apoderado, si la firma no hubiere sido negada dentro del término de traslado del escrito con el cual fue presentado...”*. La norma trascrita nos lleva a entender que frente a documentos en donde se indique que corresponde a la contraparte, la firma impuesta en el mismo solo es viable la objeción que indique que se niega la firma o el contenido de dicho documento, con consecuencias distintas, para cada uno de estos supuestos. En el caso de negarse la firma, corresponde a la parte que presentó el documento comprobar que la firma puesta sobre el mismo, si es suya y que por lo tanto miente el demandado, generalmente esto se logra mediante pruebas periciales grafo técnicas; y, en el caso de negar el contenido del documento y no la firma, corresponde a la propia parte que la objetó la acreditación del mismo, al estimar que el contenido fue cambiado, alterado o de alguna manera afectado en cuanto a lo acordado originalmente y suscrito por ella.

Según se aprecia de lo que dispone esta norma, no existe una objeción distinta posible respecto a los documentos que cuenten con estas particularidades, es decir, ante documentos privados, no autenticados, en donde, la parte actora alegue participación de los demandados, es preciso que quien se opone al mismo (demandado), manifieste que no es su firma la que aparece en el mismo u objete el contenido puesto de presente; cualquier otra objeción sobre el documento, se entenderá como no objetado o no válido.

Ahora bien, lo anterior ocurre siempre y cuando la parte demandada este presente en el proceso, dado que la lógica nos indica que ella, está en capacidad de reconocer su firma y el contenido del documento puesto de presente; no obstante, no ocurre de la misma manera si la parte demandada está representada por un defensor de ausente, toda vez que este no tiene la capacidad de determinar si la firma o el contenido del documento, presentado por la parte actora, efectivamente fue firmado por quien representa y no conoce. Bajo esta premisa, de representación de la parte demandada por defensor de ausente, cualquier tipo de objeción de las pruebas es suficiente para ser admitida por el despacho, correspondiéndole al actor, la comprobación del hecho, mediante otros medios de prueba. Es decir, que al Defensor de Ausente si le está

permitido oponerse, mediante una objeción general, como pudiese ser, simplemente objeto el documento y no se le requiere que presente la objeción específica que si se le exige a la propia parte demandada o al abogado particular.

Este hecho ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha señalado que:

“Es oportuno en este punto destacar los pronunciamientos que sobre el tema ha proferido la Sala:

Ahora bien, al examinar el primer cargo que se esgrime contra sentencia de segunda instancia que consiste en que 'la resolución impugnada consideró que el documento privado que aparece a foja 66 del expediente ... como un documento que no fuere reconocido, por lo que no le dio el valor de un documento auténtico, cuando dicho documento fue reconocido por nuestra representada en la forma que señala la ley, por lo tanto tiene el valor de un documento privado auténtico', la Sala llega a la conclusión que no prospera por cuanto que: a. Un documento privado es auténtico cuando ha sido reconocido ante Juez o Notario, o si judicialmente se tiene por reconocido. b. Un documento privado es auténtico cuando, habiéndose aportado al proceso, no hubiere sido tachado u objetado en los términos del artículo 848.

Sabido es, que el defensor de ausente por disposición legal está obligado a oponerse a las pretensiones de la parte contraria a sus defendidos, negando lo pedido, los hechos y el derecho invocado por aquella y son responsables para con sus representados en los mismos términos que los apoderados; ello, no obstante, no significa que adquiere la condición de tal (apoderado judicial). De allí pues, que mal puede argumentarse que el documento que consta a fojas 66 del presente negocio fue reconocido por la profesional del derecho que defendía los intereses de la Cooperativa cuando, dada su condición de defensor de ausente negó las pruebas presentadas por el demandante (fs. 59), toda vez que el defensor de ausente tiene ciertas limitaciones que no la tiene el apoderado judicial; y, para considerar un documento privado como medio de prueba, el juzgador tiene que estar seguro de su autenticidad, habida cuenta que los instrumentos públicos gozan de una presunción de autenticidad, lo cual no sucede con el privado. En consecuencia, el documento de marras no ha sido reconocido; y, por ende, no está revestido de autenticidad. Sin la prueba de su autenticidad o legitimidad 'no se puede saber con certeza si el documento es legítimo o falso, no es posible imputárselo a quien aparece como su autor jurídico y mucho menos deducir de su contenido una consecuencia que le resulte adversa. La necesidad de este requisito se hace más patentes en los últimos tiempos, en virtud del auge que ha tenido los métodos para la falsificación de firmas y adulteración del contenido de los escritos' (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Pericial, Tomo 2, pág. 536).”

“De la jurisprudencia transcrita se desprenden varios aspectos de relevancia. En primer término, que la función del defensor de ausente es negar las pruebas presentadas por la parte demandante y que no puede desprenderse de su actuación ni siquiera el reconocimiento tácito de un documento, pues mal puede reconocer un documento de cuya confección o firma no participó. Del mismo modo que, en lo tocante a las objeciones, basta, en el caso de un defensor de ausente con la negativa genérica, pues no se exige que objete de forma específica una prueba; mal podría hacerlo sin haber participado de su origen, y apuntar, en desconocimiento, los defectos probatorios específicos de que adolece. Además, que la tacha u objeción de un documento privado está condicionada a los postulados fijados por el artículo 861 del Código de Procedimientos; esto es, la negativa del documento privado debe producirse “dentro del término del traslado del escrito con el cual fue presentado.”

El artículo 861 del Código Judicial prevé que un documento privado se tendrá por reconocido si hubiese obrado en el proceso con conocimiento de la parte que lo firmó, sus causahabientes o su apoderado, y la firma no se hubiese negado en el término de traslado del escrito con el cual fue presentado.

En el caso bajo estudio, las pruebas fueron presentadas con la demanda, por lo que la oportunidad de objetarlas era al contestar la demanda.

Durante el periodo de traslado de la demanda el demandado no había comparecido al proceso, pues su apoderado concurrió al proceso hasta diciembre de 2001, cuando la demanda había sido entablada un (1) año y dos (2) meses antes.

Por otro lado, la defensora de ausente del demandado sí objetó las pruebas presentadas y, como ya vimos en la jurisprudencia reseñada, en el caso de los defensores de ausente basta una negativa genérica.

Ante la falta de reconocimiento de los documentos, mantenía la carga de la prueba sobre su autenticidad quien los presentó. Dicho, en otros términos, ante la negativa de la defensora de ausente sobre las pruebas presentadas, correspondía al presentante, en este caso, DUWEST PANAMÁ, S. A., por la vía de su apoderado judicial, probar su autenticidad.

No se aprecia dentro del expediente de marras que el apoderado judicial hubiese llevado a cabo diligencia alguna con la intención de comprobar la autenticidad de los documentos que sustentaban el petitum de su mandante” (Resolución de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de septiembre de 2004, dentro del Proceso ordinario promovido por Duwest Panamá, S. A. contra Rodrigo Antonio Castillo Araúz).

La jurisprudencia citada nos pudiese llevar a la conclusión de que la participación del Defensor de Ausente conlleva una dificultad probatoria en el proceso y que no necesariamente se hace más fácil el deber acreditar lo alegado bajo su presencia. Esta dificultad probatoria que a su vez es castigada por el artículo 784 del Código Judicial, dentro del Principio de la Carga de la Prueba (*Onus Probandi Incumbit Actor*), puede ser llenado bajo la posibilidad otorgada por el artículo 867 del Código Judicial, a través del reconocimiento de la firma por dos testigos del acto de suscripción: “*Cuando los documentos privados de obligación están firmados por dos testigos, si éstos declararen en la forma ordinaria que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento o que ella les pidió que lo firmaran como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte, harán plena prueba sobre su contenido... No es necesario el reconocimiento de los testigos cuando debe tenerse por reconocido el documento de conformidad con las disposiciones de este Capítulo*” o también, bajo el supuesto contemplado por el artículo 776 del Código de Comercio: “*El comprador tendrá derecho a exigir del vendedor la formación y entrega de una factura de las mercaderías vendidas, y el recibo al pie de ella del precio total o de la parte que hubiere entregado... No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada*”, esta última posibilidad, contenida en la norma citada nos lleva a cuestionar que lo dicho sobre la firma puesta en el documento (no es aceptada), se entienda sobre la firma de recibida la factura, para que inicie el computo del tiempo, dentro del cual se debe entender aceptada o no objetada y sin oposición. Recordando que, al estar, el demandado, representado por defensor de ausente, tampoco se podría tener la firma de recibida la factura como reconocida por tratarse de un documento privado, no

reconocido o aceptado en el proceso.

La tendencia pareciera indicar que el camino más directo y con menos obstáculos para poder acreditar lo demandado, bajo estos supuestos, lo es la prueba pericial, aun cuando se dé sobre los propios libros contables del demandante, tomando de presente la presunción de certeza que otorgan los informes de los contadores públicos autorizados y las obligaciones y sanciones que establece el Código de Comercio, a aquellos que alteren sus libros comerciales.

Este documento ha tenido la finalidad de poner de presente algunas dificultades que se presentan en procesos, cuyos demandados este representados por defensores de ausente.

Bibliografía.

¹ Cristina Laín Casado. (2016). *La Ausencia En El Derecho Civil Y En El Derecho Militar: Estudio Histórico Y Comparado*. Universidad Pablo De Olavide, De Sevilla.

² Diana Montero, & Alonso Salazar. (S. f.). *Derecho De Defensa En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (2017). *Código Judicial* (3.a ed.). Editorial Mizrachi & Pujol.

B.B.G., & L.B.C. (Eds.). (2018). *Código de Comercio de la República de Panamá* (3.a ed.). Librería & Editorial Barrios & Barrios Jurídicas.

Real Academia Española - RAE. (S. f.). *Defensor de ausente*. Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española. <https://dpej.rae.es/lema/defensor-de-ausente>

Claudio Gutiérrez Garrido. (2018). Concepción, 389–2018. *Dificultad para emplazar a demandado impone al juez obligación de notificar por avisos y designar defensor de ausentes*. I-Jurídica. <https://www.ijuridica.cl/2018/08/concepcion-389-2018-familia-dificultad-para-emplazar-a-demandado-impone-al-juez-obligacion-de-notificar-por-avisos-y-designar-defensor-de-ausentes/>

Ministerio Público Provincia de Buenos Aires. (2019, 5 junio). *Representación del “ausente procesal”*. CIJur - Centro de Información Jurídica. <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/1143>

Abogado.com. (2020, 15 julio). *Abogado de oficio (defensor público): qué es y cómo obtenerlo*. Abogado. <https://www.abogado.com/recursos/ley-criminal/como-obtener-un-abogado-public-defender.html>

La función del Notario en un testamento abierto y sus efectos jurídicos

Alexander Valencia Moreno

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Derecho Privado, Panamá

alexandervalencia9@hotmail.com

Recepción: 22 de agosto de 2020

Aceptación: 30 de agosto de 2020

Resumen

El testamento es un acto jurídico que requiere de ciertas formalidades para su validez, las cuales vienen impuestas por el Código civil, corresponde al notario y los testigos, constituirse en guardián de esas formalidades. En el caso del testamento abierto, es fundamental la participación de tres testigos para que escuchen lo que dispuso el testador, junto al notario que dará lectura al testamento en voz alta y en un solo acto, para su posterior firma y huella por parte del testador y los testigos. En el notario deposita la ley la fe pública para los actos y contratos que atiende y la confianza para su custodia; por eso El notario ejerce una función pública de dar fe de los actos que se someten a su consideración, pero no responde del contenido de los documentos, pero si del aspecto formal.

Palabras clave: notario, notaría, testamento, testamento abierto, efectos jurídicos, Código Civil

Summary: The testament is a legal act that requires certain formalities for its validity which are imposed by de Civil Law, it is for notary and the witnesses to become the guardian of these formalities. In the case an open will, the participation of three witnesses is essential to hear what the testator ordered together with the notary, who will read the will aloud and in a single act for its subsequent signature and fingerprint by the testator and witnesses. The Law deposits in the notary the public faith for the legal acts and contracts it attends and the confidence for its custody; for that reason, the notary exercises a public function to attest to the acts that are submitted to its consideration, but not responsible for the content of the documents, but of the formal aspect.

Keywords: notary, notary's office, testament, open will, legal consequences, Civil Law.

Sumario: 1. Generalidades. 2. El Notario y el marco regulatorio de su función. 3. Aspectos conceptuales y algunas normas relativas a los testamentos. 4. Validez del testamento en cuanto a la capacidad del testador. 5. Forma de los testamentos. 6. Funciones del Notario para la validez y efectos jurídicos del testamento abierto. 6.1 Requisitos para la validez y efectos jurídicos del testamento abierto. 6.2 Ineficacia del testamento abierto. 7. Responsabilidad del Notario. 8. Relevancia jurisprudencial en materia de testamento. 9. Conclusiones.

1. Generalidades

El testamento es un acto jurídico de capital importancia cuando de transmisión de patrimonio de una persona fallecida se trata y a la vez es un documento sencillo, pero con formalidades que resguardan su eficacia para

que se respete la voluntad del testador. En la época moderna ha tenido gran influencia y constante uso para disponer en vida del patrimonio que se convertirá en herencia; de lo que se trata con esa herramienta heredada del sistema romano es, colocar en orden los bienes a favor de la o las personas que se convertirán herederos del causante. Sus efectos se producen después del fallecimiento de éste. En pleno Siglo XXI, en nuestro medio y frente a la realidad que vivimos en medio de la pandemia producida por la Covid-19, las personas han tomado conciencia de la importancia de dejar en orden sus bienes para después de su deceso.

Testar no significa llamar la muerte, pero sí asegurarse que sus bienes se distribuirán conforme la expresión de su última voluntad. Lo más importante es que esa expresión de la última voluntad esté respaldada o garantizada por la presencia de una autoridad encargada de dar fe pública de lo expresado por el testador, el notario y además de testigos que son imprescindibles para la validez de este negocio jurídico. Indudablemente que la participación de notario en esta modalidad de acto jurídico es fundamental para que se produzca el efecto jurídico deseado. De allí que es necesario hablar de la función del notario en un testamento abierto y los efectos jurídicos; porque sólo tendrá validez un testamento y producir los efectos jurídicos que corresponde para después de la muerte del testador si el notario da fe pública de la disposición testamentaria, cumpliendo con las solemnidades que exige la norma.

2. El notario y el marco regulatorio de su función

El notario, literalmente es un profesional del Derecho que por mandato de la Ley está encargado de una función pública consistente en otorgar autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de sus atribuciones. Su labor la realiza en un recinto que se identifica como “Notaría”. La palabra notaría viene del latín que significa designar, escribir, anotar, marcar con una señal, tomar nota. A lo largo de la historia la función de las notarías ha tenido gran importancia porque son ellas quienes comprueban, legitiman y dan fe pública de los actos y hechos pactados entre las personas. Lógicamente, en cabeza de la figura del notario.

La figura del notario en Panamá está regulada por las disposiciones que aparecen en el Código Administrativo, el cual establece en el artículo 2120 que para ser notario se requieren las mismas cualidades que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Además, siguiendo la estructura del Código civil panameño, vemos que el Libro quinto está reservado, para “Del Notariado y Registro Público” y específicamente el artículo 1716 del Código civil, establece claramente que las funciones del notario sólo pueden ejercerse por cada notario dentro de su circunscripción del respectivo circuito de notaría,

sancionando de nulo todos los actos o contratos que fuera de tal circunscripción autorizare un notario en su carácter oficial.

Recordemos que el fin supremo del Estado es consiste en asegurar y garantizar la convivencia pacífica de un grupo humano, en otras palabras, proteger el interés social. Además, es deber fundamental del Estado reglamentar los negocios y contratos de los particulares, a fin de darle legalidad, autenticidad y publicidad a los actos que ellos celebran. Respecto a los actos y contratos, el legislador panameño, siempre ha depositado la fe pública en el notario, para que con la intervención de ese funcionario queden ellos amparados de una presunción de veracidad, que los hace aptos para imponerse por sí mismo en las relaciones jurídicas y para exigir su cumplimiento, si ello fuere necesario, a través del poder coercitivo del Estado. Es así como más allá de las funciones del notario previamente anotada, en el notario deposita la ley la “**fe pública**” respectos de los actos y contratos que ante el deben pasar y su **confianza** respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo notario, por mandato del artículo 1727 del Código civil.

Artículo 1727. En el notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante el deben pasar, y su confianza, respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo notario.”

Siendo así, el notariado es una función pública que se presta por el notario e implica el ejercicio de la fe notarial

En cuanto a la responsabilidad del notario, el legislador ha dispuesto que responden de la parte formal y no de la sustancia de los actos y contratos que autorizan, según el artículo 1739 del Código civil.

“Artículo 1739. Los notarios responden de la parte formal y no de la sustancia de los actos y contratos que autorizan...”

.....

Sobre el particular¹, en Colombia, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado, en sentencia de octubre 26 de 1990, señala la naturaleza jurídica de la función que ejercen los notarios, en los siguientes términos:

“La función que desarrollan los notarios es por su esencia una función pública, como que son estos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la jurisdicción contencioso administrativo.....”

¹ Cit. Por USUGA VARELA, y otros: ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL, tercera edición, actualizada y adicionada, ediciones doctrina y Ltda, Bogotá Colombia, 2015, p. 93

Esa función pública es la que otorga plena autenticidad a las declaraciones que se realizan ante el Notario, con la cantidad de notarios que hay en cada circuito notarial, el notario sólo puede ejercer sus funciones a petición de los interesados, quienes tienen plena libertad de elegir el notario que deseen.

Este servicio público o función pública que prestan los notarios, es de carácter esencial, básico para la convivencia pacífica y el desarrollo normal de las relaciones jurídicas, porque viene a satisfacer una necesidad general y continua, de tal manera que su interrupción puede generar problemas sociales y alterar la vida en la sociedad, puesto que en todas las actividades de la sociedad: públicas o privadas, es necesario cumplir con requisitos que exigen la participación de la función notarial.

3. Aspectos conceptuales y algunas normas relativas a los testamentos

Nuestro Código civil reglamenta de forma amplia el testamento, comenzando con la capacidad para disponer por testamento, las normas generales en materia testamentaria, la forma de los testamentos y ocupándose por separado de los testamentos comunes: ológrafo, abierto y cerrado; de igual manera lo hace con los testamentos que califica de especiales: del testamento militar, del testamento marítimo y del testamento hecho en país extranjero; además, regula la revocación e ineficacia de los testamentos, la libertad de testar y de la institución del heredero y otros aspectos donde tiene incidencia el testamento.

Según lo normado en el Código Civil panameño, artículo 699 “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento”. De lo expresado en el precitado artículo, el testamento es un acto *jurídico unilateral*, porque se trata de una declaración unilateral de voluntad, con pleno valor jurídico, con independencia de si los herederos o legatarios instituidos como tales aceptan o repudian la herencia o el legado, según sea el caso. Es decir, la ley reconoce la declaración de una sola voluntad y como tal se prohíbe el testamento mancomunado, esto es, que no podrá testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, o, dicho de otra forma, se prohíbe el testamento de forma colectiva, según lo expresa el artículo 701 del mismo cuerpo legal “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”. El jurista colombiano Valencia Zea² advierte que “la prohibición de todo testamento colectivo se debe a si uno de los otorgantes revoca, suele quedar sin fundamento el otorgado por el otro u otros. Con todo, esta prohibición no se opone a que dos personas se instituyan mutuamente

²VALENCIA ZEA, Aturo: Derecho Civil, tomo VI, sucesiones, séptima edición, editorial Temis, .S.A, Colombia, 1988, p. 150

herederas, con la condición de que cada una haga su testamento por separado, ni tampoco a que marido y mujer dispongan de sus bienes en favor de sus hijos mediante acto separado”

Existe en nuestro medio lo que se conoce en doctrina como libertad de testar, la cual se ve reflejada en el artículo 700 del Código civil, al decir “el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado. En la duda, aunque el testador no haya usado la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia”.

El testamento como acto jurídico que es se trata de *un acto personalísimo*, esto quiere decir que queda excluida cualquier representación para testar, el artículo 702 del Código civil señala: “el testamento es y un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de mandato.....”

Otra de las particularidades del testamento es que es un acto *esencialmente revocable*, en ese sentido el valor jurídico se le dará al último testamento, el artículo 771 prescribe que “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.....”. Para que la revocatoria de un testamento tenga validez, debe darse con las mismas solemnidades para testar, así lo reconoce el artículo 772 del Código civil, “El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar”.

4. Validez del testamento en cuanto a la capacidad del testador

Para testar se requiere la existencia de los elementos comunes a cualquier acto jurídico que reconoce nuestro Código civil: capacidad, objeto, entre otros. En consecuencia, es importante tener presente quiénes pueden testar, en ese sentido el Código civil en su artículo 694 consagra una regla general que establece que todos tenemos capacidad para testar; no obstante, el mismo cuerpo legal en el artículo 695 ha señalado expresamente las personas que no pueden testar: los menores de 12 años y el que no se hallar en su sano juicio cabal. La persona que no se haya en sano juicio cabal es aquella que está loca o trastornada. Para que un testamento sea válido en cuanto a la capacidad, se atenderá únicamente al estado en que se hallare al tiempo del otorgamiento del testamento, artículo 698 del C.c.

5. Forma de los testamentos

De acuerdo con lo establecido en el artículo 708 del Código civil el testamento puede ser **común o especial**. Dentro de los testamentos comunes, aparece el ológrafo, abierto y cerrado. Se consideran especiales, el

marítimo, el militar y el hecho es país extranjero. A todos estos testamentos se le aplican lo concerniente a la capacidad para testar a la cual nos referimos con anterioridad y las disposiciones generales que consagra el precepto legal mencionado en materia testamentaria a partir del artículo 699 al 707. No obstante, para cada uno de ellos hay que ser cuidadoso en cuanto a su forma para su validez. Y, es que el estatuto civil panameño se ocupa de cada uno por separado indicando su formalidad en cuanto a testigos y otras situaciones que, por la naturaleza de este trabajo, no es necesario mencionar en este momento. Hecha estas consideraciones nos ocuparemos del testamento abierto para analizar la función vigilante del Notario en esta clase de testamento común.

6. Funciones del notario para la validez y efectos jurídicos del testamento abierto

Comienzo por decir que el testamento abierto también es conocido como testamento público en el cual el Notario debe redactarlo conforme la última voluntad del testador, dejando bien definido, el nombre del Notario y sus generales, de seguido el nombre del testador, el lugar de su nacimiento, lugar donde tiene su domicilio, su identidad, el año, mes, día y hora de su otorgamiento. Una vez perfeccionado un testamento, tiene plena validez, pero sus efectos jurídicos están reservados para después de la muerte del testador. Una de las novedades del testamento abierto es que el testador hace sabedores de sus disposiciones al notario y a los testigos, conforme lo preceptuado en el artículo 726 del Código Civil.

Artículo 726. El testamento abierto debe ser otorgado ante Notario y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales, uno, a lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en este mismo capítulo

La exigencia que trae la precitada norma del Código civil hace que el testamento abierto propicia una ceremonia para su validez y eficacia, esto, porque deben concurrir paralelamente el testador, el notario y los tres testigos para su lectura y así los testigos escuchen lo que dice el testador.

6.1 Requisitos para la validez y efectos jurídicos del testamento abierto

El testamento abierto es el más utilizado por los testadores. Se le llama “abierto” porque en él el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enterados de lo que en él se dispone, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 711 del Código civil. En esta modalidad de testamento, como en los otros, hay que cumplir con ciertos requisitos para su plena validez y consecuentemente produzca los efectos jurídicos deseados.

Artículo 711. Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que debe autorizar el acto, quedando enterados de lo que en él se dispone.

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de julio de 2019 reconoció y reafirmó que “El testamento abierto conforme al artículo 711 del Código Civil tiene como particularidad, que la voluntad del testador se manifiesta ante las personas que conforme a la ley deben estar presentes para participar del acto”³.

En primer lugar, el testador debe quedar plenamente identificado para el Notario y los testigos, los cuales deben asegurarse de que, a su juicio tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, conforme a lo que indican los artículos 717 y 718 del Código civil. Usualmente, en el caso de personas mayores de 65 años se exige un certificado de capacidad mental que expide su médico psiquiatra o geriatra, con el propósito de evitar futuras reclamaciones que apuntan a desvirtuar el testamento sobre la base de falta de capacidad mental.

En segundo lugar, el testamento abierto debe ser otorgado ante *Notario y tres testigos* que vean y entiendan al testador, expresando su última voluntad, redactado el testamento por el Notario, con arreglo a ella, con expresión del lugar, año, mes día y hora de su otorgamiento. De seguida se leerá en voz alta y en un solo acto y sin interrupción alguna, en presencia de los testigos instrumentales señores para que el testado manifieste si está conforme a su voluntad. Si el testador está conforme será firmado el acto por el testador y los testigos. Al respecto la doctrina colombiana representada por el jurista Valencia Zea⁴, ha dicho que “en cuanto a la unidad de tiempo se exige que comenzada la lectura, debe continuarse en forma ininterrumpida; por lo tanto, será nulo un testamento si la lectura se comienza hoy y, en razón de que es muy largo, el Notario cita para terminarla el día siguiente”. Implica entonces que no hay espacio para hacer pausas, lo que conlleva su nulidad por no cumplir con las formalidades exigidas por el Código civil.

¿Qué pasa si el testador no sabe o no puede firmar (según su documento de identidad personal) ?, aquí aparece la figura de la firma “a su ruego” por uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario, conforme el párrafo final del artículo 727 del C.c..

En el caso del testador enteramente sordo, deberá leer por sí mismo su testamento y si no sabe o no puede designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del notario. Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces; una por el notario y otra por uno de los testigos o la persona que el designe.

³ Véase sentencia del 8 de julio de 2019 bajo la ponencia de la Magistrada Ángela Russo de Cedeño. Expediente 112 -17

⁴ VALENCIA ZEA, Arturo: Ob. cit., p. 165

Una de sus ventajas es que el notario puede aclarar todas las dudas del testador, para así evitar cualquier situación jurídica a posteriori.

En tercer lugar, todas las formalidades que se exigen para este testamento se desarrollarán o practicarán en un solo acto y siempre, al final del testamento, el Notario dará fe, de haberse cumplido con todas las formalidades y de conocer al testador y a los testigos, según el artículo 731 del C.c., para que al final el testador en señal de aceptación el otorgante estampa la huella digital del dedo índice de su mano derecha y firma, junto con los testigos instrumentales.

Se le llama “abierto”, pero todo su contenido es secreto, excepto para el testador, el Notario y los testigos; ya que hasta el momento de su fallecimiento nadie podrá acceder a su contenido, a menos que el testador lo permita.

En los lugares donde no haya Notario, podrá otorgarse testamento abierto ante 5 testigos que reúnan las cualidades exigidas para los lugares donde haya notario.

Si el testador se hallare en *peligro inminente de muerte*, puede otorgarse testamento abierto ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario. En el caso de epidemia, puede otorgarse igualmente, sin intervención de Notario, ante tres testigos, mayores de dieciséis años

6.2 Ineficacia del testamento abierto

Para su validez y eficacia, los testamentos deben reunir rigurosamente, según la clase de forma testamentaria que se trate, las solemnidades previstas en la Ley. Tratándose de testamentos abiertos otorgados *en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia* quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia. Igualmente quedará ineficaz si el testador falleciere en dicho plazo y dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al juez competente para que se eleve a escritura pública.

Los testamentos *otorgados sin autorización del notario* serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma preventiva en el Código Judicial. De igual manera queda ineficaz un testamento autorizado por un notario en su carácter oficial fuera de su circunscripción de su respectivo circuito de notaría, así se desprende del contenido del artículo 1716 del Código civil.

Artículo 1716. Las funciones de notario sólo pueden ejercerse por cada notario dentro de la circunscripción del respectivo circuito de notaría; todos los actos y contratos que fuera de tal circunscripción autorizare un notario en su carácter oficial, son nulos...”

Es importante resaltar que, por el carácter solemne del acto testamentario, la ausencia o deficiencia en las formalidades descritas en la Ley provoca su nulidad, este planteamiento es congruente con lo normado en el artículo 719 de nuestro cuerpo legal civil.

Artículo 719. Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este Título.

7. Responsabilidad del notario

Todo testamento que no haya cumplido con las formalidades que exige el Código civil será nulo y habiéndose declarado nulo un testamento por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables, conforme el precitado artículo 719 y el artículo 737 del C.c.

Artículo 737. Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.

Además, pesa responsabilidad jurídica y administrativa sobre el Notario que autorice un testamento fuera de su circunscripción de su respectivo circuito de notaría, a la luz de lo señalado en el precitado artículo 1716 del C.c.

8. Relevancia jurisprudencial en materia de testamento

Por ser de interés para el tema en estudio, hemos considerado pertinente traer algunos antecedentes jurisprudenciales en materia de testamento abierto, precisamente con respecto a las formalidades de este instrumento tan valioso para la disposición de los bienes del causante.

La Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, conociendo de un recurso de casación en un proceso ordinario Interpuesto por REITON DELVAR OLMOS y otros contra Deysi Sánchez De Olmos y otros, para que se declarara nulo del acto mediante el cual se protocolizó la Escritura Pública No.3730 de 16 de abril de 1999, expedida por la Notaría Pública Octava del Circuito de Panamá, y por ende, la nulidad de la propia Escritura Pública, mediante la cual el señor GENEROSO OLMOS CEDEÑO (q.e.p.d.)

supuestamente otorgó Testamento Abierto a favor de DEYSI SÁNCHEZ DE OLMOS, bajo la ponencia del Magistrado HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA, expediente 70-11, en sentencia de 3 de marzo de 2015 reconoció que la autorización de un testamento ante Notario Público, cuando el domicilio del testador está fuera de su circunscripción territorial en este caso es válido. La Sala se pronunció así:

Sin embargo, en lo que guarda relación con el artículo 731A del Estatuto Civil, cuyo texto se refiere a la posibilidad de otorgar testamento abierto, ante cinco testigos que reúnan las cualidades de que trata el Título que regula los testamentos, en aquellos lugares en que no hubiere Notario, o en que falte este funcionario o sus suplentes, esta Corporación de Justicia se percató de que la falta de Notario y de su suplente en el lugar donde se otorgó el testamento abierto, presupuesto para que operara la potestad contenida en esa disposición no fue reconocida a lo largo de la sentencia cuya juridicidad se cuestiona.

Lo anterior lleva aparejado que el artículo 731A del Código Civil no es susceptible de ser vulnerado a razón de violación directa, por omisión, puesto que no se produce el presupuesto de hecho que torna aplicable a la comentada norma jurídica, consistente en que no haya Notario ni suplente en el lugar de otorgamiento del testamento, todo lo contrario, en el fallo bajo revisión se contó como un hecho probado, que el testamento abierto por medio del cual el señor GENEROSO OLMOS CEDEÑO (Q.E.P.D.) dejó consignada su voluntad, fue otorgado ante el Notario Público Octavo del Circuito de Panamá, por lo que, incuestionablemente este precepto alegado como infringido, no podía ser empleado en la resolución recurrida.

El artículo 1716 del Código Civil, también señalado como violado de forma directa, por omisión, establece que las funciones del Notariado sólo pueden ser ejercidas por cada Notario dentro de la circunscripción del respectivo Circuito de Notaría, y sanciona con la nulidad a todos aquellos actos y contratos que fueren autorizados por un Notario fuera de su circunscripción, en su carácter oficial, con la excepción de aquellos otorgados en la Zona del Canal, que valdrán ante cualquier Notario de los Circuitos de Panamá y Colón.

La autorización de un testamento ante notario público, fuera de su circunscripción territorial es el hecho que motivaría la aplicación de la aludida norma, en el sentido de declarar la nulidad de ese acto, y como quiera que en ningún momento se manifestó en el fallo habido en segunda instancia, que el Notario Público Octavo del Circuito de Panamá, haya comparecido a un territorio distinto a aquél sobre el cual ejerce sus funciones, no deviene en aplicable el artículo 1716 del Estatuto Civil, ante la falta de producción del presupuesto de hecho consagrado como condición para que la norma sea de obligatoria utilización.

En ambos casos de alegada violación directa, por omisión de disposiciones de carácter sustantivo, lo que acontece es que los casacionistas invocan presupuestos de hecho que tales artículos no establecen, como lo son, en el primer caso, la comparecencia de un testador ante un Notario Público distinto al de su domicilio, y en el segundo supuesto la presunta invasión de las funciones notariales por la protocolización de un testamento, en que el domicilio del otorgante y sus bienes muebles e inmuebles están ubicados en territorio distinto de aquél donde el Notario Público que expidió la Escritura Pública realiza su trabajo.

Como colofón, como quiera que este Tribunal de Casación no advierte que se configure la violación directa de las disposiciones señaladas como vulneradas por la censura, tampoco cabe reconocer los cargos contenidos en los dos motivos sobre los que descansa el concepto de la causal de fondo aducida, y debe condenarse en costas a los promotores del recurso, según ordena el artículo 1072 del Estatuto Procedimental.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de lo Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la Sentencia de 18 de noviembre de 2010, dictada por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial, dentro del Proceso Ordinario propuesto por REITON DELVAR OLMOS GÓMEZ, GENEROSO ARGIMIRO OLMOS GÓMEZ, EDGAR OFILIO OLMOS GÓMEZ, MARLON OLMEDO OLMOS GÓMEZ, LOBELIA GRACIELA OLMOS GÓMEZ, WILLIAM ELIÉCER CASTRELLÓN y MARITZA LOURDES ROVIRA contra DEYSI SÁNCHEZ DE OLMOS y DIOMEDES EDUARDO CERRUD AYALA.

La Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, conociendo de un recurso de Casación dentro del proceso ordinario declarativo de nulidad de Escritura Pública Interpuesto por Eduardo Arístides Vega contra YOLANNY JIMÉNEZ de PINZÓN y otros, bajo la ponencia del Magistrado Hernán De León Batista, en sentencia de 18 de julio de 2019, expediente 385-16, reconoció el valor de los testigos en un testamento abierto. La Sala se pronunció así:

La Sala es del criterio que lo transcrito no basta para demostrar que las firmas de la causante, al momento de otorgarse el testamento, eran disímiles.

Es plausible entender que, por su edad, la causante se fatigara en repetir, en las posiciones y el número de veces que se le solicitara de manera seguida para la prueba caligráfica, su firma, pero no es suficiente para deducir que cada una de sus firmas en aquel momento eran diferentes.

Tal generalización, huérfana de argumentos y pruebas que lo acrediten al menos como probable, deja la afirmación de la censura como una opinión altamente subjetiva. Menos aún consta en autos que LUCIA

MARÍA MORCILLO vda. de VEGA fuera analfabeta; ni siquiera en los ejercicios caligráficos apuntados por las recurrentes se deja constancia de ello.

En definitiva, los principales elementos de prueba que las casacionistas aducen como indebidamente ponderados -los peritajes y los testimonios de quienes sirvieron como testigos instrumentales- llevan a la convicción de que la causante no firmó el protocolo -a esto se le suma el hecho indiciario de que una persona de avanzada edad residente en la provincia de Los Santos, se traslade fuera de su circunscripción hasta la provincia de Veraguas para formalizar su última voluntad-, razón que tampoco permite prosperar la causal por error de derecho en la apreciación de la prueba invocada por JOSÉ DEL CARMEN VEGA QUINTERO, ITZEL VEGA QUINTERO y MIRLA ESTELA QUINTERO de VEGA.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PRIMERA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 15 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial, dentro del Proceso Ordinario incoado por EDUARDO ARISTIDES VEGA VELÁSQUEZ contra YOLANNY JIMÉNEZ de PINZÓN, MIRLA ESTELA QUINTERO de VEGA, JOSÉ DEL CARMEN VEGA QUINTERO, ITZEL IVETTE VEGA QUINTERO, CECILIO ALBERTO VEGA, DEBORA ESTHER VEGA de CASTILLERO y DORIS ENEIDA VEGA de DE LOS RIOS.

La Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, conociendo un recurso de casación en un proceso ordinario declarativo de nulidad, interpuesto por ITZA YOLIS ACOSTA KELLY DE RUDAS contra la sucesión testada de FAUSTINO ACOSTA (Q.E.P.D.), bajo la ponencia de la Magistrada Ángela Russo de Cedeño, en sentencia de 8 de julio de 2019, expediente 112-17, reconoció la importancia de la capacidad legal para testar y que el propósito de que esté el Notario es, porque tiene la obligación de asegurarse de la capacidad legal del testador, al igual que los testigos; además, su participación es para otorgar la fe pública que ante él se refirió la voluntad del testador como acto personalísimo. La Sala se pronunció así:

En consecuencia, el hecho que no exista un protocolo no es una dificultad para que una Escritura Pública, que es instrumento público conforme el artículo 834 del Código Judicial y que corresponde a la copia autenticada de un acto jurídico que se celebró en una Notaría carezca de validez jurídica, ya que hay que distinguir entre la voluntad testamentaria y la copia de la escritura pública que la expresa.

La Escritura Pública No.30 del 14 de enero de 2013 de la Notaría de Bocas del Toro es una copia autenticada por el juzgado de primera instancia, donde se tramitó también la sucesión testada del señor FAUSTINO ACOSTA (Q.E.P.D.).

En otras palabras, es copia autenticada por la secretaria del Juzgado Cuarto de Circuito Civil de Chiriquí de la copia expedida por la Notaría de Bocas del Toro. Véase el sello de la notaría junto a la firma del Notario Nelson Ávila González. (Confróntese foja 13 con el sello de la secretaria al dorso a foja 41)

La casacionista coloca en un mismo nivel dos conceptos jurídicos diferentes: fuerza probatoria de un documento público y la existencia de un acto jurídico que lo contiene. Considerar estos dos conceptos jurídicos como uno solo es inadmisibile, ya que un acto jurídico puede existir, pero carecer de fuerza probatoria para demostrar un hecho.

De acuerdo con nuestra normativa, si un documento público pierde su carácter de público, no desaparece de la vida jurídica; o sea, no se anula como lo pretende la casacionista. Solamente dicho acto tendrá el valor de documento privado. En esta causa, no se convertiría en un documento privado, según el artículo 841 del Código Judicial, puesto que la prueba en cuestión se expidió por servidor público competente y observándose las formalidades legales del testamento.

Hernando Devis Echandía llama la atención a la distinción jurídica entre documento y la declaración en él contenida, en su libro "Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II". Específicamente, la explica citando a Couture "El concepto de la fe Pública" en *Estudios de Derecho procesal civil*:

"Igualmente, esta distinción permite precisar la diferencia entre el consentimiento de las partes que origina el contrato o el consentimiento unilateral de ciertos actos jurídicos y el instrumento que lo contiene y le sirve de prueba; por esto, los vicios que afecten al primero no se extienden necesariamente al último (la violencia y el dolo para inducir a una persona a celebrar un contrato y a documentarlo, vician de nulidad al primero y al documento como prueba; pero el error que vicia el consentimiento y, por tanto, el contrato, no implica la nulidad del documento que lo contiene; de la misma manera, la causa o el objeto ilícito y la incapacidad vician de nulidad el consentimiento y el contrato o el acto jurídico unilateral, pero no el documento que le sirve de prueba; existen también causas de nulidad del documento, que no se extienden al acto jurídico documentado; (cfr. núm. 337)" (El resalto es de la Sala, fs. 512)

Basándonos en una interpretación en sentido contrario debemos comprender, que existe una diferencia entre los vicios jurídicos que pueden ser atribuidos al consentimiento del acto jurídico y aquellos que corresponden al documento per sé. No obstante, la existencia de vicios o pretermissiones que afecten el consentimiento unilateral de los actos jurídicos, no son extensibles al instrumento que lo contiene, viceversa, los vicios o causas de nulidad del documento no se extienden al acto jurídico documentado.

Una mirada a la Escritura Pública No.30 del 14 de enero de 2013 de acuerdo con el artículo 839 del Código Judicial, que faculta al juez a apreciar dicho documento sin cotejo según las condiciones del caso, genera las siguientes precisiones:

El testamento abierto conforme al artículo 711 del Código Civil tiene como particularidad, que la voluntad del testador se manifiesta ante las personas que conforme a la ley deben estar presentes para participar del acto.

.....

.....

El propósito de que esté el Notario es, porque tiene la obligación de asegurarse de la capacidad legal del testador, al igual que los testigos; además, su participación es para otorgar la fe pública que ante él se refirió la voluntad del testador como acto personalísimo (Artículos 702, 717 y 727 último párrafo del Código Civil).

Si la casacionista pretendía impugnar el testamento a causa de la pérdida de capacidad legal del testador; el Notario que celebró el acto debía comparecer a este proceso para brindar su declaración como testigo calificado. Igualmente, si la casacionista quería impugnar la existencia de la celebración del testamento, era importante conocer la posición del Notario, dado que ante él se depositó la fe pública para su celebración.

El hecho que se plasme en escritura pública; corresponde a un tema de eficacia probatoria, no de solemnidad del acto, tal como se observa de los artículos 711, 727 y 728 del Código Civil. Estas apreciaciones, dan para aseverar que se está ante una copia autenticada de la copia de escritura pública que se hizo ante un Notario público y testigos. El difunto otorgó su voluntad ante personas que la Ley exige. Si no ocurriera esto, entonces, se declararía nulo conforme el artículo 737 del Código Civil.

También un testamento es nulo si fue otorgado bajo alguna de las circunstancias identificadas en el artículo 705 del Código Civil; esto es, con violencia, dolo o fraude; la falta de protocolo del acto no está dentro de estas categorías. Todas las formalidades del Título III han sido atendidas, formalidades que reitera la Sala, no se encuentra la falta de protocolo y que de acuerdo con el artículo 719 del Código Civil si fueron solventadas, no dará lugar a una nulidad.

Por otro lado, si se contrasta el acto jurídico descrito en la Escritura Pública, cuya probanza se objeta, con el listado de aspectos de carácter formal que a criterio de la casacionista conllevan a la nulidad del acto testamentario se advierte categóricamente, que carece de fundamento jurídico. Un error de grafía en la carátula de la escritura pública no incide en el contenido del acto jurídico. Es definitivo que se está ante un testamento abierto y no cerrado.

Adicionalmente, el hecho que una persona posea más de ochenta años no es óbice de que su voluntad testamentaria esté comprometida. Que una persona sea mayor de ochenta años no involucra de forma tajante una disminución de su capacidad legal. El examen psiquiátrico que menciona la casacionista como elemento de validez para la conformación del testamento opera de acuerdo con los artículos 696 y 697 del Código Civil, para personas que posean alguna deficiencia mental. Los facultativos, no se requieren para la emisión de testamento de personas de la tercera edad.

Por lo tanto, el primer motivo no está demostrado y las razones que la Sala Civil ha expuesto son aplicables y sirven de pivote para responder el segundo motivo.

El segundo motivo se concentra en referir que el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial le negó validez jurídica a dos certificaciones de la Notaría de Bocas del Toro de no testamento, que están a fojas 237 y 292 del expediente. De acuerdo con la casacionista, las certificaciones demuestran que el testamento no existe, ya que no aparece incorporado el acto jurídico en el protocolo de dicha notaría.

.....

Por otro lado, la casacionista arguye que la ponderación errada de las certificaciones infringe el artículo 840 del Código Judicial.

El artículo 840 del Código Judicial trata de aquellas copias de los documentos públicos, donde exista matriz o protocolo, que sean impugnadas por aquellos que les perjudiquen. El artículo establece lo siguiente:

"Las copias de los documentos públicos de los cuales exista matriz o protocolo, impugnadas por aquéllos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas y concordaren. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, prevalecerá el contenido de la primera".

El artículo en cuestión se aplicaría en aquellos casos, donde ante la existencia de varias copias disímiles entre sí, estas son impugnadas por quienes les perjudican. Así, ante la discrepancia encontrada en diversos documentos prevalecerá lo que está en el protocolo.

El artículo 840 del Código Judicial, como vimos, no es aplicable al nuestro caso, toda vez que no existe protocolo; por consiguiente, el hecho referido se subsume en el artículo 839 del Código Judicial, que durante esta decisión se ha estado desarrollando. La evaluación de la Escritura Pública No.30 del 14 de enero de 2013, bajo las circunstancias del caso.

En síntesis, cabe preguntarse: ¿Qué ocurre si no existe el protocolo de una Escritura pública que se impugna? La Escritura Pública No.30 del 14 de enero de 2013 es un instrumento público, cuya función es la publicidad del acto jurídico documentado, toda vez que el original debe quedar en el protocolo del Notario. Decimos que es un instrumento público, porque estamos frente a un escrito que proviene de un Notario, de un funcionario en ejercicio de su cargo.

Hernando Devis Echandía en la obra a la que la Sala ha hecho referencia en páginas previas explica que para que exista jurídicamente un instrumento público se deben cumplir dos requisitos: "1) consistir en un escrito; 2) provenir de un funcionario público en ejercicio del cargo o estar autorizado por este." (fs. 530)

La Escritura Pública No.30 cumple con estos dos aspectos. Las certificaciones de los notarios no certifican que Nelson Ávila González el Notario que celebró el testamento, no estuvo en ejercicio en su cargo o su rúbrica no le corresponda. La copia autenticada de la Escritura Pública posee validez probatoria. Nuestro Código Judicial en el artículo 841 establece estas dos condiciones para que el documento posea valor como documento público.

Al cumplir con estas dos aristas es que la escritura posee validez jurídica y por consiguiente, se aplica el artículo 839 del Código Judicial: la valoración del documento público sin cotejar.

Es conocido que la pretensión de la demandante es buscar la anulación del testamento por condiciones formales que se reseñaron en páginas previas. No obstante, la Sala no puede afirmar que al carecer de protocolo la Escritura Pública deba ser nula o que la escritura carezca de fuerza probatoria, dado que no posee un protocolo para poder ser cotejado.

Por otra parte, si se acceden a las pretensiones de la actora ocurre un contrasentido: ¿cómo se declarará la nulidad de un testamento que no existe? La actora, en su foja 3 pide que se declare la nulidad de un testamento; las certificaciones aluden a que no están los protocolos y por ende concluyen que no hay testamento. Entonces, cómo se anulará un testamento abierto, si supuestamente, no ha sido emitido. Las consecuencias de anular un acto es declarar su inexistencia y ello lo olvida la demandante.

Por último, la Sala Civil estima que debe prevalecer el principio *favor testamenti*, que es el principio que nuestra legislación arropa, tanto que son pocas las causales de nulidad (la ausencia de protocolo no es una de ellas) y no produce la nulidad de la voluntad del testador. Tenemos una copia de una escritura pública y las certificaciones, que a criterio de la Sala son inconducentes, para concluir que la copia es inexacta o ilegítima y que la voluntad testamentaria comunicada ante el Notario Nelson Ávila González no se realizó. Todos estos señalamientos dan para afirmar, que el segundo motivo no ha sido acreditado y que la sentencia de segunda instancia no será casada con las consecuentes costas de conformidad con el artículo 1196 del Código Judicial.

Por las consideraciones expuestas, LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley: NOCASA la Sentencia del 19 de enero de 2017 emitida por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial dentro del proceso ordinario presentado por ITZA YOLIS ACOSTA KELLY DE RUDAS contra la sucesión testada de FAUSTINO ACOSTA (Q.E.P.D.)

La Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, conociendo de un recurso de casación en un proceso ordinario de mayor cuantía interpuesto por VICTOR LEON MORENO MIRANDA, contra MARITZA ESTHER PEREZ BENAVIDES y CARLOS GARCIA MARTIN, bajo la ponencia del Magistrado José Troyano, en sentencia de 6 de noviembre de 2001, reconoció que en un testamento abierto, no se puede alegar como motivo nuevo la falta de idoneidad del Notario y de los testigos, reconoció además el valor que hace la presencia del Notario y los testigos para determinar la capacidad mental del testador. La Sala se pronunció así:

No cabe duda que la intención de la parte actora de establecer la falsificación de la firma de la señora CLARA LUZ MIRANDA PALLARES en la Escritura Pública N°7760 de 23 de agosto de 1994, puede

estar sugerida por la alegada incapacidad física y mental de dicha señora para presentarse y realizar el acto de última voluntad contenido en el documento público cuya nulidad se solicita. No obstante, para el Tribunal esta condición física y mental que viciaba de nulidad el testamento tampoco fue demostrado por el impugnante.

En la etapa probatoria del proceso se recogieron las declaraciones testimoniales de varios profesionales de la medicina que conocieron a la señora Clara Luz Miranda Pallares como paciente. Sólo el médico psiquiatra declara (ver fs. 263 y 264) que para el 6 de febrero de 1995, estaba senil, con un estado demencial progresivo, que le impedía tomar decisiones y discernir objetivamente entre lo bueno y lo malo, pero que era difícil precisar la fecha de inicio de ese cuadro clínico por ser insidioso. Para el otro testigo, médico internista, que conoció a la señora Clara Luz Miranda Pallares desde 1991 hasta su muerte en 1997, la refiere como una paciente orientada que podía valerse por sí misma y tomar decisiones por sí misma para el año de 1994, época en que fue suscrita la escritura pública cuestionada, y que su gran deterioro mental y físico, tuvo lugar a partir de 1995 (ver fs. 269 y 270). Por su parte, el geriatra (sic) declara que en las seis visitas domiciliarias que realizó para el año 1994 y enero 1995, la señora Miranda era paciente orientada, en tiempo, lugar y persona, siendo su patología "insuficiencia circulatoria periférica, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, infección crónica de vías urinarias, síndrome osteoartrítico y micosis oral", sin que existiera ningún impedimento ni mental ni muscular-esquelético, para desarrollará el acto de firma (ver fs. 252-253).

Por último, el médico general declaró que para el año 1994, la señora Clara Luz Miranda Pallares mantenía un estado clínico aceptable que le permitía asistir a su consultorio por sus propios medios y que su estado de lucidez era satisfactorio acorde a su edad, sin que tuviera tampoco impedimento orgánico que no le permitiera firmar (f.112).

Estas declaraciones valoradas en conjunto con las del Notario y de los testigos instrumentales, hacen prevalecer la presunción legal de que la otorgante se encontraba en pleno goce de sus facultades físicas y mentales cuando firmó la Escritura Pública N°7760 de 23 de agosto de 1994 de la Notaría Cuarta de Circuito de Panamá. En ese sentido, los propios documentos presentados como indubitados por la parte actora para realizar el análisis comparativo en el peritaje caligráfico que solicitó, permiten establecer que para los meses de agosto, octubre, noviembre de 1993 (ver fs.127, 128 y 129), y enero de 1994 (f.19) la señora Clara Luz Miranda Pallares realizaba, pocos meses antes de otorgar la escritura impugnada, actos o negocios jurídicos que requerían del pleno uso de sus facultades mentales y físicas. Por lo tanto, en el proceso no se ha logrado enervar la presunción legal contenida en la escritura pública, a base de la demostración de la incapacidad física y mental de su otorgante, debido a que la declaración testimonial de su psiquiatra, no resulta ser la prueba idónea para estos efectos y está en plena contradicción a las demás pruebas documentales y testimoniales existentes en el expediente." (Fs. 470-473)

De la resolución parcialmente transcrita se colige que tanto los hechos que fundamentaron la presente demanda, como los elementos probatorios que se presentaron para acreditar la pretensión de la misma, al igual que el escrito de sustentación de la apelación, guardan relación con la capacidad física y mental de la otorgante del testamento impugnado, señora CLARA LUZ MIRANDA PALLARES y con la supuesta falsificación de la firma que aparece en dicho testamento.

No obstante, la parte recurrente pretende atacar en casación aspectos relacionados con las formalidades que exige la ley para otorgar los testamentos abiertos, específicamente en cuanto a la figura del Notario y los testigos, materia que como ya señaláramos anteriormente, no fue objeto de la controversia en primera y segunda instancia ni, por tanto, de la sentencia que se recurre en casación, situación que guarda relación con lo que se conoce en la doctrina como "medios nuevos", que la Corte no acepta, salvo contadas excepciones. El Doctor JORGE FABREGA P., en su obra "Casación y Revisión Civil, Penal Y Laboral", explica esta figura en los siguientes términos:

"Bajo la influencia de la doctrina francesa, la Corte ha reconocido la doctrina de los "medios nuevos" y que aparece sintetizada así:

"La Corte tiene resuelto que para que una cuestión cualquiera pueda ser impugnada como motivo de casación es indispensable que haya sido materia del debate, en la primera y en la segunda instancia, porque no es dable atribuirle errores en la aplicación del derecho a un Tribunal, en relación con puntos que no estuvieron sometidos a su consideración (Casación, 3 de mayo de 1938. R.J. No.5, Pág.476, T.IV. Sent. 3 de octubre de 1957. Julio Lawrence Adler y Robert C. Worsley vs. Antonio de León)".

...

El fallo de segunda instancia cierra la cognición y por ello una parte no puede, al estructurar el recurso, introducir nuevas cuestiones, nuevos datos.

...

La Ley consagra tácitamente la regla de los medios nuevos, -salvo que se trate de cuestiones de orden público que el Juez debe reconocer aunque no se haya propuesto en las instancias (art. 1156). Se hace depender de la naturaleza de la pretensión impugnativa del recurso de casación. Sólo tratándose de casación en la forma, la Ley expresamente exige que debe haberse pedido la reparación del error en la instancia en que incurrió (sic) (art.1179). Pero la jurisprudencia lo ha extendido a la casación en el fondo. En Francia el nuevo Código de Procedimiento Civil vino a recoger en su art. 619 la jurisprudencia tradicional así: "Los medios nuevos no son denunciables ante la Corte de Casación." (Sistemas Jurídicos, S. A., 2001, págs. 22-23) (Énfasis de la Sala)

.....

Como se señalara anteriormente, en el presente recurso de casación se ataca la validez del testamento abierto otorgado por la señora CLARA LUZ MIRANDA PALLARES, con base en la supuesta falta de idoneidad

de los testigos y del Notario ante quienes se otorgó dicho testamento y no con fundamento en la incapacidad física y mental de la mencionada señora o en la falsificación de la firma que aparece en el testamento, que fueron los puntos debatidos en ambas etapas del proceso y que, a juicio de los tribunales de primera y segunda instancia, no fueron acreditados por la parte demandante recurrente.

La Sala considera que los nuevos argumentos que ahora se pretenden debatir en casación no corresponden a ninguna de las excepciones antes señaladas ni constituyen, por alguna otra razón, materia sobre la cual el juzgador tenga la obligación de decidir, por lo que se debe concluir que se trata de un medio nuevo y, como tal, no puede ser objeto de recurso de casación.

Siendo esta la realidad de autos, la Sala concluye que no existen méritos para casar la decisión de segundo grado, razón por la cual se debe descartar el presente recurso.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Primer Tribunal Superior de Justicia el 3 de octubre de 2000, dentro del proceso ordinario instaurado por el señor VICTOR LEON MORENO MIRANDA contra los señores MARITZA ESTHER PEREZ BENAVIDES y CARLOS GARCIA MARTIN.

Conclusiones

El testamento es un acto jurídico o mecanismo legal que permite a una persona, llamada testador, disponer de los bienes por causa de muerte.

El testamento como acto jurídico personalísimo que es no puede otorgarse por representación como ocurre con otros actos jurídicos de naturaleza civil.

El Notario y los testigos cumplen una función de guardián de las formalidades para que el testamento pueda tener efectos jurídicos.

En el testamento abierto hay concurrencia de testador, notario y tres testigos de forma simultánea para cumplir con las formalidades de ley.

Se considerará nulo todo testamento que no cumpla con las formalidades que exige el estatuto legal.

El notario y los testigos deben asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar. Redactado el testamento abierto conforme la voluntad del testador, corresponde su lectura por parte del Notario en voz alta, en un solo acto, sin interrupción, en presencia de los tres testigos, los que junto al

testador quien estampa su firma y huella, deben firmar simultáneamente el documento que, además de ser abierto es público por su propia naturaleza.

Bibliografía básica

Código Administrativo de Panamá, con notas concordancia y leyes que lo reforman o adicionan, edición revisada por Arturo Sucre Pereira, talleres gráficos, impresora los Ángeles, S.A., 1982

Código Civil de Panamá, editorial Mizrachi y Pujol, tercera edición, 2018

USUGA VARELA, Oscaris y otros: Estudios de Derecho Notarial, tercera edición, actualizada y adicionada, ediciones doctrina y ley Ltda, Bogotá, Colombia, 2013

VALENCIA ZEA, Aturo: Derecho Civil, tomo VI, sucesiones, séptima edición, editorial Temis, S.A, Colombia, 1988

La ineficacia jurídica de los testamentos

Jacinto Javier Espinosa González
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Privado, Panamá.
jacintoespinosa17@hotmail.com

Recepción: 2 de junio de 2020

Aceptación: 20 de julio de 2020

Resumen

Se aborda el concepto de testamento, capacidad para disponer mediante testamento, causas que producen la ineficiencia de éstas en sus variadas posibilidades.

Para abordar el tema que nos motiva previo es discernir ciertos términos que gravitan sobre el tópico a tratar dada su trascendencia en el ámbito de las ciencias jurídicas. Previo debemos ver qué significado tiene los vocablos testamento e ineficacia jurídica de los actos jurídicos.

Palabras Claves: ineficaz, sucesión, testamento, heredero, legatario, nulidad, renovación, caducidad, repudiación, incapacidad.

Abstract

The concept of a will is addressed, the capacity to dispose by means of a will, causes that produce the inefficiency of these in their various possibilities.

To address the issue that motivates us, prior is to discern certain terms that gravitate to the topic to be discussed given its importance in the field of legal sciences. Previously, we must see what meaning the words testament and legal ineffectiveness of legal acts have.

Keywords: ineffective, succession, testament, heir, legatee, nullity, renewal, expiration, repudiation, incapacity.

1. Concepto de testamento

Sobre el particular debo destacar primeramente lo que dicen Modestino y Ulpiano citados por Antonio de Iberrola (pág. 683) “*Testamento est voluntatis nostrae justo sententia, de eo quod quis post mortem suam, fine velit*”. Por su parte Ulpiano lo define “*est mentis nostrae justo contestatico, in id solemniten facta, est post mortem mortan valeat*”.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos proporciona dos acepciones que contribuyen a discernir el vocablo que nos proponemos. Veamos ambos significados:

- a) Declaración que de su última voluntad hace alguien, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte.
- b) Documento donde consta en forma legal la voluntad del testador.

El Código Civil Español en el artículo 667 define el vocablo en referencia como *“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o dé parte de ellos, se llama testamento”*

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014 en su artículo 2462 dispone *“Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades, ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”*.

Nuestro Código Civil patrio inspirado en el Código Civil Español lo define en términos muy similares. A éste respecto reza el artículo 699 bajo el tenor literal siguiente: *“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”*.

No dice la norma en comento que tipo de acto es, igualmente no lo hace el Código en el cual se inspiró el nuestro, más el Código Civil y Comercial de la hermana República de Argentina en el artículo 2463 dispone que *“las reglas establecidas para los actos jurídicos se aplican a los testamentos en cuanto no sean alterados por las disposiciones de este Título”*.

Indudablemente que estamos ante un acto de contenido jurídico toda vez que es la expresión unilateral de voluntad última del testador y que es personalísima, directa, bastarse a sí mismo e indelegable sin posibilidad de dejarse al árbitro de terceros la facultad dispositiva testamentaria y cumplir con las exigencias legales y formales requeridas a tales efectos. Se trata de un acto de disposición patrimonial gratuito, asignando la totalidad de los bienes o bien en parte, instituyendo a tales propósitos herederos singulares, universales o legatarios.

De los conceptos arriba dados me surge una duda y que debe aclararse a propósito del término testamento. Ello porque las definiciones que proporcionan los Códigos citados dan a entender que lo expresado en el documento por el testador es lo que se llama testamento, confundiendo el acto jurídico de disposición patrimonial contenido en el documento con el mismo documento, eso no sucede en el de Argentina que comprende los dos aspectos. Por ello cité primeramente las dos acepciones que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española y que a mi leal entender ese debe ser el significado. Así tenemos que para disponer

testamentariamente post mortem nuestro Código Judicial en su artículo 634 y el Código Civil en su artículo 726 hace inferir que tal término hay que interpretarlo en una doble acepción máxime que la normativa preindicada destaca que para disponer testamentariamente puede ser en documento público (Escritura Pública) o en documento autenticado que deben cumplir las formalidades que a tales efectos dispone la ley. En el caso de testamento abierto debe hacerse en Escritura Pública por el testador directamente y unipersonal ante notario público en presencia de tres (3) testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los cuales uno al menos sepa escribir.

Por otro lado, el testamento ológrafo, modalidad de la cual se puede valer el testador para disponer post mortem encaja en la categoría de documento privado autenticado conforme los artículos 856 inciso 1° y 720 del Código Civil.

El testamento cerrado demanda una serie de exigencias legales que deben observarse para que prevalezca y se haga valer la última voluntad del testador vertida a través de esta forma de testar (Ver artículos 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, y 747). Ello evidencia igualmente el doble carácter que comprende el vocablo testamento que he venido destacando de ser un acto jurídico expresivo de la voluntad del testador y el otro del documento o título en el cual se contiene esa manifestación del consentimiento del disponente, no es lo mismo el instrumento o documento que su contenido, no obstante darse una relación de causa a efecto pues la voluntad manifestada debe vertirse o recogerse en el título o documento respectivo. Así pues, en estas tres (3) modalidades de testamento (Abierto, cerrado y ológrafo) observamos que la normativa vigente exige contener por escrito con el lleno de las formalidades legales respectivas siendo el testador libre de decidir por cual de tales modalidades ha de valerse para disponer post mortem del destino final de su patrimonio y quien o quienes le han de dar continuidad patrimonial.

2. Ineficiencia jurídica de los testamentos

Un acto jurídico es ineficaz cuando carece de eficacia y consecuentemente deja de ser eficaz al no producir los efectos jurídicos pretendidos. Tal ineficacia puede tener su origen en causas diversas y que pasaremos a considerar a continuación.

Este instrumento legal para disponer post mortem el Código Civil y disposiciones complementarias exigen se den una serie de presupuestos que guardan relación con la solemnidades que deben observarse según el tipo de testamento que el testador escoja para disponer mediante este medio así como con la persona del testador, su capacidad, las personas instituidas herederos o legatarios, revocación del testamento, nulidad

del testamento, caducidad del testamento, repudiación o renuncia de la herencia. Despejado los aspectos a tratar capaces de ocasionar la ineficacia del testamento, procedemos a ver separadamente cada una de tales causas.

a. Nulidad del testamento: Todo testamento, cualquiera sea la modalidad que el testador se valga para disponer post mortem debe cumplir con las exigencias que el Código Civil consagra respecto de la forma, capacidad para testar, solemnidad, consentimiento libremente emitido, sin opresión o vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo). Luego ello exige se cumpla rigurosamente con tales presupuestos jurídicos, como veremos para que no haya lugar a ineficacia jurídica de la última voluntad del disponente o testador.

i. En relación a la persona del testador: Debe tratarse de un ser humano (persona natural) capaz para disponer testamentariamente que exprese unipersonal y libremente su voluntad de manera directa y sin apremio observando las solemnidades fijadas por el Código a tales efectos. Esto nos lleva a que ese consentimiento debe estar libre de todo vicio, pues el sólo hecho que haya mediado ya sea error, dolo o fuerza da lugar a la nulidad del acto testamentario (Artículo 705), que hay que pedir judicialmente se declare tal nulidad llevando como consecuencia de tal declaración la ineficacia de tal acto testamentario (Ver artículos 1141 y 1142 del Código Civil).

El testador debe ser una persona natural con capacidad para hacer uso de la testamentifacción activa y que nuestro ordenamiento la fija en 12 años sin distinción de sexo (Artículo 695 del Código Civil) como regla general para toda modalidad de testamento, excepto el testamento ológrafo que se exige ser mayor de edad (Artículo 720). Además de la edad requerida, el testador debe gozar de pleno juicio cabal al tiempo de disponer post mortem, esto no excluye que el demente o con discapacidad mental profunda pueda testar, siempre que tenga lugar en intervalos lúcidos y el notario designe dos facultativos que previamente le reconozcan y éstos dictamina su capacidad, debiendo quedar constancia de ello en el testamento, quienes deberán firmar junto con los testigos y desde luego el notario y el testador si sabe y puede firmar. Estos sólo podrán hacer uso del testamento abierto tal se infiere del texto del artículo 697. Debo agregar que el testamento hecho antes de tener lugar la enajenación mental es válido salvo prueba en contrario y en consecución puede tener eficacia jurídica siempre que no se haya declarado judicialmente su nulidad.

El testamento otorgado por menores impúber de 12 años sin distinción de sexo, el ológrafo por menor de edad, el hecho, por demente, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, son nulos (Artículo 1141) y resultan ineficaz, por lo que debe mediar sentencia en firme que así lo decrete.

ii. Que el Testador emita directamente su consentimiento y sin apremio:

La expresión del consentimiento del disponente debe ser voluntario personal, directo y sin que medie coacción, obstáculos, intimidación o cualquier medio de fuerza que impida, obstaculice, perturbe o pretenda alterar, modificar, revocar o impida revocar esa voluntad (artículos 641 inciso 7 y 706 del Código Civil). Mediante estas situaciones indicadas y probadas en juicio con sentencia declarativa en firma hacen ineficaz las disposiciones testamentarias respectivas.

El testamento no admite actuación del testador por representación o mandato, tal expresión de voluntad es personalísima, unipersonal e indelegable en cuanto a la designación de herederos o legatarios, ni designación de posiciones en que se haya de suceder nominativamente, más si puede el testador encomendar a terceras personas la distribución de las cantidades asignadas en general como a los parientes, a los pobres o establecimientos de beneficencia, al igual que la elección de las personas o establecimiento a quienes a de aplicarse (Artículos 702 y 703). Un testamento con cláusulas de delegación de esa voluntad no ha de producirse efectos jurídicos y deviene ineficaz, previa declaración judicial de nulidad del mismo por sentencia judicial en firme, sin perjuicio que los instituidos vengan obligados a devolver los bienes o derechos recibidos más indemnización de daños y perjuicios.

iii. Por omisión de las solemnidades legales: El testamento comprende rigurosas formalidades fijadas por las disposiciones legales que regulan la materia y muchos tienen que ver con el funcionario autorizante (Notario y presencia de testigos) la voluntad jurada por el disponente (testador), momento y lugar del otorgamiento. Así tenemos que el testamento abierto debe ser otorgado ante notario y presencia de testigos y el testador personal e individualmente en que manifiesta su voluntad postrera o última quedando enterados de lo que el disponente manifiesta en el documento. Debe constar tal voluntad en Escritura Pública. Esa formalidad es de rigurosa observancia tal como se colige del texto expreso de los artículos 711, 726, 727 y siguientes del Código Civil.

El testamento ológrafo exige lo otorgue mayores de edad que sepan escribir pues debe ser redactado de puño y letra del testador en papel común y debidamente firmado por él; indicando año, mes y día en que se otorgue, de ser posible indicar hora y lugar de otorgamiento toda vez que se puede con ello esclarecer la competencia del Juez para la protocolización (Ver artículos 720, 721, 722, 724).

El testamento cerrado abre la posibilidad que sea escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego, en papel simple con los timbres fiscales de rigor por no existir hoy día papel sellado que se requería antes

indicándose lugar, día, hora, mes, año en que se escribe y en su otorgamiento debe observarse las solemnidades que dispone el artículo 739 y que pasamos a detallar:

- El papel que contenga la voluntad del testador se colocará dentro de una cubierta cerrada y sellada de manera que no pueda extraerse sin romper aquello (la cubierta):
- El testador puede comparecer con el testamento cerrado y sellado o bien lo cerrará y sellará en el acto ante el notario que haya de autorizarlo y con la presencia de tres (3) testigos idóneos de los cuales dos deben poder firmar;
- El testador debe manifestar ante el Notario y los testigos que el pliego que presenta contiene su última voluntad, indicando si se halla escrito, firmado y rubricado por él o si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas las hojas de su contenido o si por no poder firmar lo ha hecho a su ruego otra persona. Esto último ha de entenderse que físicamente no puede firmar y es recomendable ante tal situación para confirmar esa voluntad se deje constancia de su huella digital;
- Sobre la cubierta del testamento el notario extenderá la correspondiente acta de su otorgamiento, indicando el número y marca de los sellos con que está cerrado y dando fe de haberse cumplido con las solemnidades respectivas del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona conforme lo preceptuado por los artículos 717 y 718 que indican tal posibilidad por el reconocimiento que haga el notario y dos (2) testigos que autorizan el testamento o sino se valdrá para tal identificación de los dos (2) testigos de abono o conocimiento;
- Extendida y leída el acta, la ha de firmar el testador y los testigos que sepan firmar y lo autorizará el notario con su sello y firma. En caso de que el testador no sepa o no puede firmar lo hará a su nombre uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por él;
- En el acta debe indicarse la circunstancia indicada en el punto anterior con expresión de lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento. Está vedada esta forma de testar a quien no vea (ciego) o no sepan o puedan leer. Pienso no se debe excluir a los ciegos que sepan escribir y leer a través del método Braille.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en su artículo 2474 por su parte consagra como sanción a la inobservancia de las formas en los testamentos de nulidad total del testamento sin perjuicio de su confirmación por el testador “reproduciéndolas en otro testamento otorgado con los requisitos formales pertinentes”.

Debo destacar que el precitado Código Argentino habla de nulidad del testamento y disposiciones testamentarias, más no de ineficiencia como hace nuestro Código Civil (Ver Capítulo X, Título III, Libro III) y el Código Civil Español en los artículos 737 y siguientes. Veamos que dispone al respecto el Código de la hermana República Argentina:

“Artículo 2467: Es nulo el testamento o en su caso, las disposiciones testamentarias:

- a) Por violar una prohibición legal;*
- b) Por defecto de forma;*
- c) Por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugnase el acto;*
- d) Por haber sido otorgado por personas judicialmente declaradas incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado para entonces;*
- e) Por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y además no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto;*
- f) por haber sido otorgado con erro, dolo o violencia;*
- g) Por favorecer a una persona incierta, a menos que por alguna circunstancia puede llegar a ser cierto”*

iv. Por revocación del testamento: Es de la esencia la revocación total o parcial del testamento o parte de sus disposiciones testamentarias, excepto el reconocimiento de hijo o hija que en el mismo se haga no le afecte la revocación, subsiste tal declaración de voluntad. La revocación es un acto discrecional, voluntario y libre del testador y debe hacerse expresamente con las mismas solemnidades exigidas para hacer uso de esta libertad de disposición patrimonial mortis causa. De las disposiciones que el Código contempla en este tópico permite deducir lo siguiente:

- a) La revocación es de la esencia en el ejercicio de la libertad de testar, al punto que aun cuando el testador disponga la no revocabilidad en el documento se tienen por no puesta y sin valor jurídico alguno tal irrevocabilidad;
- b) La revocación total o parcial del testamento o de sus disposiciones debe cumplir las mismas solemnidades requeridas para testar;
- c) El testamento anterior queda revocado por el posterior perfecto si el testador no ha dispuesto de manera expresa en éste que aquél subsiste ya sea total o parcialmente;
- d) El testamento anterior tiene reviviscencia si el testador revoca después el posterior y manifiesta expresamente su deseo de que salga el primero;
- e) La revocación generaría sus efectos aun cuando el segundo testamento caduque por incapacidad del o de los herederos o legatarios designados o bien por renuncia de aquél o de estos;
- f) Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrados o borrados, raspaduras o enmendadas las firmas que lo autorizan;
- g) Tal testamento valdrá si se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad del testador o hallándose éste en estado de demencia, apareciere rota la cubierta o

quebrados los sellos, será necesario probar la autenticidad del testamento para su validez;

- h) Cuando el testamento está en poder de otra persona se entiende que el vicio procede de ella y no será válido si no se prueba su autenticidad y si estuviere rota la cubierta o quebrantados los sellos y si una y unos se hallasen íntegros, pero con las firmas raspadas, borradas o enmendadas el testamento sería válido como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el propio testador. Sobre la revocación véase Dr. Jacinto espinosa G., página 53.

v. La Caducidad del Testamento: Los testamentos dejarán de ser ineficaces si media caducidad en los casos expresamente previsto por nuestro código y esa ineficacia puede ser total o parcial. Esa caducidad es ajena a la voluntad del testador, que ésta si tiene lugar en la revocación del testamento. Ya he dicho en Transmisión Patrimonial Mortis Causa Régimen Jurídico (Página 54) que la caducidad puede darse en los supuestos siguientes:

- “a) Las disposiciones testamentarias hechas en testamento mancomunadas no producen efecto salvo el caso de reconocimiento de hijo, toda vez que está prohibido esta manera de testar, tal como lo establece el artículo 701 del Código Civil;*
- b) No son válidas las disposiciones testamentarias hechas a favor de personas inciertas, pues el artículo 787 del Código Civil exige que el testador designe al heredero por su nombre y apellido o indicar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido;*
- c) No produce efectos las disposiciones testamentarias que hiciera el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote, pastor que en ella le hubiese confiado, de los parientes de éste dentro del cuarto grado o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto (Artículo 637 del Código Civil). Igual trato, por analogía, debe tener el caso del médico que atiende al testador durante su última enfermedad, su grado de influencia es determinante en la voluntad del testador;*
- d) La fecha a favor del Notario autorizante del testamento por tener un interés directo al ser designado, así como de sus ascendientes, descendientes o hermanos y los cónyuges de éstas o aquellos o la mujer del Notario, los ascendientes, descendientes o hermanos de ésta (Artículo 1717). Igual prohibición jurídica ocurre para los testigos que intervienen en el testamento, ya sean testigos instrumentales o bien testigos de conocimiento o abono. En ambos casos una designación testamentaria a favor de dichas personas carecía de efectos jurídicos;*
- e) Por la premoriencia del instituido toda vez que el Código exige que el heredero exista al tiempo en que se defiere la sucesión, esto es al momento en que fallece el causante o testador (Artículo 633 del Código Civil);*
- f) Las disposiciones testamentarias hechas por el menor a favor de su tutor salvo después terminada la tutela y aprobadas las cuotas de administración (Ver artículo 450 numeral 3 del Código de Familia);*
- g) Por la muerte del heredero antes que se cumpla el hecho constitutivo de la condición suspensiva y no existen coherederos o herederos sustitutos designados;*
- h) Cuando el heredero instituido renuncia y no hay lugar a que se le herede por derecho de representación (Artículo 644 del Código Civil);*
- e) Cuando falta la condición suspensiva o se hace imposible su cumplimiento y el instituido fallece previo a ello.”*

vi. La incapacidad para suceder, renuncia o repartición de la herencia: A esto debo indicar el hecho recogido en el artículo 640 que nos habla de nulidad y no de ineficacia al disponer “Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz para suceder aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de interpuesta persona”. Consecuencial a esto tenemos que el artículo 641 recoge ocho (8) causales que conducen a la incapacidad de suceder por mediar causa de indignidad sea que ocurra en una o ambas vías de suceder (testador, intestado o mixta). Por ende cualquier estipulación testamentaria en favor de personas incurso en algunas de esas causas de indignidad, dicha institución resulta ser nula tal como lo dispone el artículo 640 y por ello será ineficaz jurídicamente no obstante requerir medie dicha sanción judicial por sentencia firme y ejecutoriada que decrete la nulidad, o sea, que la ineficacia deriva de la nulidad de la disposición testamentaria.

Son incapaces para heredar por mediar causa de indignidad las personas que incurren en las situaciones que contempla el artículo 641 del Código Civil como son:

“....

1. Los padres que abandonen a sus hijos y prostituyeren a sus hijos o atentan a su pudor;

A este respecto debo comentar que ocurre con los padres que induzcan a sus hijos o hijas hacia una determinada orientación sexual opuesta a su verdadero género sexual. Pienso que si bien el inciso no alude a esa situación en los tiempos en que se concibió, hoy día debe aplicarse por analogía una solución similar a lo previsto en el referido inciso (Artículo 13 del Código Civil).

2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendiente o ascendiente;

3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señala pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa;

Esto permite inferir que si la persona es absuelta goza del derecho a heredar por no estar incurso en causa de indignidad y así debe declararlo el Juez competente.

4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Esto significa que no comprende la indignidad a menores de edad, ni afecta si la denuncia se hace luego de los 30 días o si no la hizo dentro de dicho término por la autoridad haber procedido sin denuncia de parte interesado.

En el derecho Argentino esta causal de indignidad no aplica a personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice (Artículo 2281, inciso d).

5. ...

6. El que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo;

Estamos ante una situación de vicio del consentimiento del testador que no emite libre, voluntariamente su voluntad, generando no solo causa de indignidad sino nulidad de las

disposiciones testamentarias toda vez que el consentimiento se extrajo mediante la comisión de dolo o violencia o de fuerza en sus diferentes modalidades (Ver Psíquica o compulsiva).

7. *El que por iguales medio impidiere a otro hacer testamento, o revocare el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o altere otro posterior;*

Se presenta una coacción, obstáculo, imposición, alteración, ocultamiento lo que envuelve fraude, dolo, fuerza que hace viciar la voluntad arrancada y que no corresponde con el último deseo del testador y la sanción resuelta ser la incapacidad para suceder porque tales hechos el legislador los califica de indignos y por ende incurso en inhábil para suceder.

8. *El pariente difunto que hallándose este demente o abandonado, no cuide de recogerlo o hacerlo recoger.*

Esta causal aplica a la sucesión testada, ab intestato y la mixta y comprende en la línea descendiente o ascendiente e inclusive colaterales y pienso que si bien el cónyuge no es pariente tiene el deber y por ende la debe comprender y su omisión lo hace indigno para suceder máximo cuando el Código de la Familia en su artículo 78 consagra la obligación de brindar a protección y a propósito de la disolución del matrimonio por divorcio indica como causal en el inciso 7 artículo 212 del Código de la Familia.

A propósito de la separación de cuerpo la excerta legal citada dispone que el cónyuge culpable de la separación pierde todos los beneficios que el otro cónyuge le ha concedido en las capitulaciones matrimoniales.... “y que además el Tribunal puede privarlo todo o en parte, del usufructo legal que la corresponda sobre los bienes de los hijos o hijas menores” (Artículo 205).

A propósito del divorcio como forma de ponerle término al matrimonio tenemos que el artículo 212 del precitado Código de la Familia contempla como causal de sus deberes de esposo o de padre y por parte de la mujer, de sus deberes de esposa o de madre...” lo que entendemos se comprende en ello, el deber de los cónyuges de brindarse protección y debe entenderse enmarcado, sino expresamente, en la situación prevista en el inciso 8 del artículo 641 del Código Civil.

vii. La repudiación de la herencia da lugar a que los acreedores del repudiante pidan la aceptación al Juez a nombre de ésta último

Los acreedores del heredero repudiante de la herencia, como quiera la aceptación de la misma es voluntaria y libre, tal hecho viene facultado para pedir al Juez de la sucesión los autorice a aceptarla en nombre del heredero repudiante hasta el monto o importe de la acreencia y tal repudio fue en perjuicio de tales, careciendo el heredero repudiante de otros bienes con que hacer frente a tales adeudos (Ver artículo 885 del Código Civil).

Este derecho es limitado al importe del adeudo y no alcanza al excedentes de tal suma, habiendo ésta deberá ser reintegrado a quienes corresponda por derecho de acrecer en la testamentaria o bien por derecho de representación, no se pierde por haber renunciado a su herencia (Artículo 659); igualmente no hay lugar a

representar a una persona viva cuando el representado sean incapaz para heredar por mediar causa de indignidad debidamente probada y decretada judicialmente mediante sentencia en firma y ejecutoriada (Artículo 660).

Bibliografía

DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. Primera reimpresión 1996. Editorial Porrea, S.A., de CV 8. México D.F. 16°, Edición. 2008.

ESPINOSA G., Jacinto Javier. Transmisión Patrimonial Mortis Causa. Régimen Jurídico Sucesorio. Primera Parte. Edición digitalizada Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. 2014.

Código Civil de Panamá Actualizado octubre de 2011. Editorial Mizrachi & Puyol, S.A.

Código de Familia de Panamá, Editorial Mizrachi & Puyol. 2018.

Código Civil de España. Edición preparada por César Sempere Rodríguez bajo la dirección de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tecnos S.A., Undécima Edición. 1993.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 2014 con prólogo del Dr. Marcos M. Córdoba. 1ra. Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Lajouane. 2015

C. DERECHO COMERCIAL

Derecho de propiedad intelectual en Panamá

Aresio Valiente López

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro de Investigación Jurídica. Panamá

diwigdi@gmail.com

Recepción: 28 de julio de 2020

Aceptación: 10 de agosto de 2020

Resumen

Panamá cuenta con las leyes de propiedad intelectual de gran avance. Es el primer país del mundo que incluyó en su legislación la protección de la propiedad intelectual indígenas. También cuenta con instituciones de observación de propiedad intelectual.

Palabras clave: delitos contra la propiedad intelectual, propiedad intelectual, derecho de autor, derecho industrial, derechos colectivos, propiedad intelectual indígena, instituciones de observancia de propiedad intelectual

Issegua

Bannaba nigga garda dummagan nuegua bendagge dulemar inmar onosdibe. Bannaba inse odosdo en garda dummagangi gunggidulegan eimar onogged bendaggegga. Nigbardo galumar nuegua we garda dummagan mai nabir guega.

Dulegaya bibigan

Bonnigan iggar mai, Inmar onosad, Gangued niggad, Gunggi iggar bendagged, Galu dummagan buguad iggar mamalad bendaggega.

Contenido

Introducción. I. Propiedad intelectual. A. Propiedad. B. Propiedad intelectual. C. Derecho de propiedad intelectual. II. Propiedad intelectual como Derecho Humano. A. Los tratados de los Derechos Humanos en la Constitución. B. Declaración Universal de Derechos Humanos. B. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. C. Convención Americana sobre Derechos Humanos. II. Propiedad intelectual y constitucional. IV. Legislación de Derecho de propiedad intelectual en Panamá. A. Código Administrativo. B. Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012. C. Ley No. 35 de 10 de mayo de 1996. D. Derecho de propiedad de intelectual indígena. 1. Ley 20 de 2000. 2. Ley de medicina tradicional indígena. 3. Tratados internacionales sobre pueblos indígenas y propiedad intelectual indígena. V. Instituciones de observancia de propiedad intelectual. A. Código Penal. B. Tribunales Especializados de Propiedad Intelectual. C. Código Procesal Penal. VI. Otras leyes sobre propiedad intelectual. A. Código de Trabajo. B. Ley de aduana. C. Ley de artesanías. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

Introducción

A pesar de que Panamá cuenta con la Carta Magna es la más atrasada en el reconocimiento de los derechos ciudadanos, comparando con otras constituciones latinoamericanas, tiene leyes en materia de propiedad intelectual que son modelos para otros países.

El Derecho de Propiedad Intelectual es una institución jurídica que busca proteger las creaciones y descubrimientos humanos, a fin de que sus creadores o descubridores, se les reconozcan sus derechos morales y patrimoniales.

Panamá en los últimos años ha actualizado su régimen de propiedad intelectual, al incluir un nuevo sistema de propiedad intelectual, conocido como Propiedad Intelectual, la cual cuenta con sus propias leyes. También cuenta con instituciones de observancia de propiedad intelectual.

I. Propiedad intelectual

A. Propiedad

Para comprender el valor jurídico de la Propiedad Intelectual debemos empezar analizando la institución de propiedad. La historia de la institución de la propiedad lo podemos encontrar en el Derecho Romano. Los juristas romanos para entender la Propiedad agrupaban en los beneficios y en el poder sobre ella ejercía, y resumían en *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*, todas ellas son expresiones latinas que los profesionales del derecho deben conocer.

El *ius utendi*, es la facultad que tiene el dueño de la propiedad a servirse de ella o a utilizarla; *ius fruendi*, es el derecho del propietario a recoger los frutos o las ganancias que pueden generar su propiedad o su bien; y *ius abutendi*, es el poder que tiene el dueño del bien a destruirla, donarla o enajenarla. La Corte Suprema de Justicia en su fallo del día 11 de enero de 1943¹, incluyó no solo las que hemos comentado sino también el *ius disponendi* es el poder que tiene el dueño del bien a disponer libremente de ella de manera definitiva.

Siguiendo la idea de los juristas romanos, padres del Derecho, el Código Civil panameño estableció en el artículo 337 del Código Civil lo siguiente:

Artículo 337. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.
El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla.

¹ Jurisprudencia Civil. Editado por la Universidad de Panamá. Fac. Derecho y Ciencias Políticas. Centro de Investigación Jurídica. Panamá. 1968. Pág. 147.

El último párrafo de la norma cita se le conoce con el nombre de Acción Reivindicatoria o Actio Reivindicatio, que es la facultad que tiene el dueño de la propiedad a presentar acciones legales para recuperar su propiedad.

B. Propiedad intelectual

De acuerdo el tratadista argentino Guillermo Cabanellas en su obra el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, la propiedad es:

PROPIEDAD: En general, cuando nos pertenece o es propio, sea su índole material o no, y jurídica o de otra especie.²

Para el jurista argentino la propiedad puede ser material o no, es decir, también puede consistir inmaterial. La propiedad intelectual es la institución clásica de los bienes inmateriales, que busca proteger las creaciones, descubrimientos y conocimientos de los seres humanos. Veamos algunas definiciones o conceptos de los qué es propiedad intelectual.

Robert M. Sherwood define propiedad intelectual de la siguiente manera:

La propiedad intelectual es un compuesto de dos cosas. Primero, ideas, invenciones y expresión creativa. Son esencialmente el resultado de la actividad privada. Segundo, la disposición pública a otorgar el carácter de propiedad a esas invenciones...³

El Diccionario de la Lengua Española define que la propiedad intelectual es:

La que, como producto de su inteligencia, pertenece al autor de una obra literaria, artística o científica, cuyo autor puede publicarla, reproducirla o ceder sus derechos a otra persona.⁴

En tanto el tratadista colombiano Ernesto Rengifo García, conceptúa de la siguiente manera:

El término “propiedad intelectual” comprende la propiedad industrial, la cual trata principalmente de la protección de las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los diseños industriales, los modelos de utilidad, el nombre comercial, la enseña y la represión de la competencia desleal. Así mismo comprende el derecho de autor, el cual tiene como objeto las obras literarias, científicas y artísticas y también otorga protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes, a los productos de fonogramas y a los organismos de radiodifusión.⁵

² **CABANELLAS, Guillermo.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. XXI Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1989. pág. 462.

³ **SHERWOOD, Robert M. Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico.** Traducción de Horacio Spector, Argentina, Editorial Heliasta, 1995, pag.23

⁴ **Diccionario de la Lengua Española.** AULA, Cultural, S.A., Madrid, 2000, pág. 1130

⁵ **GARCIA, Ernesto Rengifo. Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor.** Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Segunda Edición, septiembre de 1997, pág. 24.

En resumen, la propiedad intelectual son ideas, invenciones, creaciones o descubrimientos, provenientes del esfuerzo humano, y que se han clasificado en dos ramas principales de Derecho de Propiedad Intelectual los cuales son: propiedad industrial y derecho de Autor, y cada una de ellas han agrupado y protegen diferentes creaciones, descubrimientos o producciones de los seres humanos. Esta división de Derecho de Propiedad Intelectual no se aplica en Panamá, porque las creaciones y los conocimientos indígenas se regulan a través de un sistema nuevo de Propiedad Intelectual y en su momento analizaremos.

C. Derecho de propiedad intelectual

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), entidad especializada en materia de propiedad intelectual en su Convenio Constitutivo⁶, ha previsto lo siguiente:

Artículo 2

Definiciones

viii. Propiedad Intelectual, los derechos relativos:

- a las obras literarias, artísticas y científicas,
- a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a la ejecución de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- a las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- a los descubrimientos científicos,
- a los dibujos y modelos industriales,
- a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,
- a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

El artículo antes citado lo que establece es un listado de lo que son parte de propiedad intelectual, pero estableciendo el *numerus apertus*, ya que en su último párrafo previó “todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.”

Una aproximación de lo que es propiedad intelectual podemos decir que ella son creaciones o descubrimientos que los seres humanos han realizado en el transcurrir de su historia, que sirven para satisfacer sus necesidades físicas y espirituales, e incluyendo los conocimientos que tengan sobre el medio que lo rodea, las cuales pueden estar plasmados en algún objeto físico o no, que han sido transmitido de generación en generación, a través de la historia.

⁶ **Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.** Ley No. 3 de 9 de noviembre de 1982, publicado en la Gaceta oficial No. 19,763 de 3 de marzo de 1982.

En resumen, la OMPI ha previsto un concepto amplio de lo que es Propiedad Intelectual, por lo tanto, que pueden todas las creaciones o descubrimientos humanos que no forman parte de las categorías, no necesariamente tienen que ser parte de las ramas clásicas de Derecho de propiedad intelectual, y basándose en eso en Panamá existe la tercera rama de protección de propiedad intelectual, a fin de proteger los conocimientos indígenas. Los creadores, descubridores o inventores de esa propiedad intelectual tienen el derecho a publicarla, reproducirla, comercializarla o ceder sus derechos a otra persona.

Con la revolución tecnológica, artística y científica, el derecho también va evolucionando o actualizando para proteger las creaciones, inventos o descubrimientos humanos, para así de esta manera incentivar a los inventores o descubridores, sigan con su esfuerzo humano de satisfacer las necesidades vitales de la humanidad.

Para proteger a los creadores, inventores, descubridores, y la autenticidad de sus obras, y los beneficios económicos que de ellas se emanen, se han creado leyes que los protejan. En últimos años materia de acuerdos comerciales se han incluido apartado sobre propiedad intelectual, a fin de que los países protejan sus creaciones y descubrimientos.

II. Propiedad intelectual como derecho humano

A. Los tratados de los Derechos Humanos en la Constitución

La Carta Magna panameña en su artículo 4 previó que *la Republica de Panamá acata las normas del Derecho Internacional*, lo que significa que el Estado panameño deben tener presente los tratados que ha suscrito, por ende, tenga su efectividad en su territorio. Las normas de Derechos Humanos son parte de las normas del Derecho Internacional.

A pesar de contar una Constitución atrasada, incluyendo en otra materia, en la última reforma constitucional se incluyó el segundo párrafo en artículo 17 en nuestra Carta Magna, que previó *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*. Aplicando el Control de Convencionalidad la cual obliga a las instituciones estatales como el Órgano Legislativa, Órgano Ejecutivo y Órgano Judicial, a aplicar las normas de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos que han suscrito e incluyendo su jurisprudencia.

B. Declaración Universal de Derechos de Derechos Humanos

Las creaciones y descubrimientos de los seres humanos son considerados parte de los derechos humanos, ya que son aportes que realizan para satisfacer las necesidades físicas, espirituales e intelectuales de ellos. Estas creaciones o descubrimientos son productos del esfuerzo humano a través de su capacidad intelectual. No cualquier persona puede crear una obra o descubrir algo nuevo para satisfacer a la humanidad. Como es esfuerzo mental es necesario considerar como parte de los Derechos Humanos y de esta manera se debe proteger también en la normativa de derechos humanos.

En los instrumentos internacionales de Derechos Humanos se ha incorporado normas referentes a la propiedad intelectual. La Declaración Universal de Derechos Humanos ha previsto lo siguiente:

Artículo 27.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

C. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷

El Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales en el literal c del numeral del artículo 15 establece lo siguiente:

Artículo 15 1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Los dos artículos antes citados son casi idénticos y establecen en forma expresa que toda persona o el ser humano tiene derecho al beneficio y protección de los intereses morales y materiales de sus producciones científicas, literarias o artísticas. Por ende, independientemente de su origen étnico, situación económica, creencias religiosas o políticas, todas las personas tienen derecho a la protección de sus creaciones o descubrimientos, y reconocerles como parte de su propiedad intelectual.

D. Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo establece lo siguiente:

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 al interés social.

⁷ Ley No. 13 de 27 de octubre de 1976. Gaceta Oficial No. 18, 336 de 18 de mayo de 1977.

⁸ Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977. Gaceta Oficial No. 18,468 de 30 de noviembre de 1977.

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 el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretó en forma progresiva la norma antes citada, estableciendo que la misma se incluye el tema de propiedad intelectual.

103. La protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.⁹

Es decir, la protección de propiedad intelectual es uno de los derechos humanos que gozan también los seres humanos, por ende, los Estados parte de la Convención tienen que tomar en cuenta antes de crear políticas y leyes en materia de propiedad intelectual.

III. Propiedad intelectual y constitucional

La Constitución de Panamá es una casi las últimas cartas magnas viejas del hemisferio, por ende, no está actualizada sobre temas que en otras constituciones modernas de los países latinoamericanos se han actualizado. Desde la primera Constitución de Panamá se incluyó el tema de propiedad intelectual y su redacción no ha cambiado.

El artículo 53 de la Constitución como parte de garantías fundamentales ha previsto lo siguiente:

Artículo 53. Todo autor, artista o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o invención, durante el tiempo y en la forma que establezca la Ley.

Analicemos nuestra Carta Magna sobre propiedad intelectual. La norma constitucional antes citada ha previsto dos sujetos de propiedad intelectual, *autor o artista*, y el *inventor*; también reconoce dos Propiedad Intelectual, la *obra* y la *invención* solo dos elementos de propiedad intelectual. En el artículo 53 de la

⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_135_esp.pdf. Consultada el día 28 de julio de 2020. Hora: 5:35 p.m.

Constitución no se incluye en forma expresa los descubrimientos ni los descubridores, ya que estas figuras se difieren de lo que ha establecido la Carta Magna panameña.

Para aclarar más sobre el tema de descubrimiento y descubridores, ponemos un ejemplo; la persona que inventa una vacuna para curar una enfermedad en un laboratorio, y la persona que descubre que una planta contiene elementos curativos de alguna enfermedad. El primero es inventor de la cura y el otro es descubridor de la cura, así que son dos sujetos diferentes.

La Constitución panameña en la parte de Cultura Nacional (Capítulo 4º), elementos de propiedad intelectual y dice así:

Artículo 81. La Cultura Nacional está constituida por las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas producidas por el hombre en Panamá a través de las épocas. El Estado promoverá, desarrollará y custodiará este patrimonio cultural.

Todos los elementos culturales que el panameño ha producido e incluyendo las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas, es parte del patrimonio cultural del Estado. Es decir, las creaciones artísticas y los descubrimientos científicos de los panameños son parte del patrimonio cultural de Panamá.

Es decir, al analizar e interpretar la temática de propiedad intelectual a nivel constitucional, hay que analizar no solo el artículo 53 sino también la normativa prevista en el artículo 81, así tener un panorama amplio del Derecho Intelectual Constitucional en Panamá.

IV. Legislación de Derecho de propiedad intelectual en Panamá

A. Código Administrativo

La materia de propiedad intelectual fue regulada en los primeros años de la República por medio del Código Administrativo, que contaba secciones sobre Propiedad literaria y artística (artículo 1889 al artículo 1966), Patentes de invención (1987 al artículo 2004), y Marcas de fábrica y de comercio (artículo 2005 al 2035). La parte de Propiedad literaria y artística, fue derogada por la Ley No. 15 de 8 de agosto de 1994, "Por la cual se aprueba la Ley sobre el Derecho de Autor, Derechos Conexos y se dictan otras disposiciones", la cual fue derogada a su vez por la Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012, "Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos" y las normas de Patentes de invención y de Marcas de fábrica y de comercio, fueron derogadas por la Ley No. 35 de 10 de mayo de 1996, la cual tuvo su reforma mediante la Ley No. 61 de 5 de octubre de 2012.

B. Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012¹⁰

Panamá en los últimos ha estado actualizando su legislación de propiedad intelectual; en materia de Derecho de Autor se emitió Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012, “Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”.

La Ley 64 de 2012, al igual que las anteriores, tiene el objetivo de proteger los derechos de los autores y sus derechohabientes sobre sus obras literarias, artísticas o científicas, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino, y también protegen los derechos conexos.

De acuerdo a la legislación panameña de derecho de autor, incluyendo casi en todas las leyes del mundo, el autor *es persona natural que realiza la creación intelectual* (numeral 2 del artículo 2), y obra es *toda creación intelectual original en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse* (numeral 22 del artículo 2).

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha previsto un listado¹¹, que se puede proteger por el Derecho de Autor:

- *las obras literarias como las novelas, los poemas, las representaciones escénicas, las obras de referencia, los artículos periodísticos;*
- *los programas informáticos y las bases de datos;*
- *las películas, las composiciones musicales y las coreografías;*
- *las obras artísticas como los cuadros, los dibujos, las fotografías y las esculturas;*
- *la arquitectura; y*
- *los anuncios, los mapas y los dibujos técnicos.*

La obra considerada como parte del derecho de autor, no importa si está plasmada o no algún materia física, y no está sometida al cumplimiento de las formalidades. Las obras que es parte de Derecho de Autor también pueden ser protegidas por el régimen de derecho industrial o viceversa. Por ejemplo, los modelos o dibujos industriales también pueden ser protegidos por la legislación de propiedad industrial. Los dibujos o imagen que se utilicen para diferenciar un producto son susceptibles de la protección a través de derecho de autor. Una de las características del derecho de autor es de facultativo y declarativo, y no constitutivo de derecho. Es decir, desde el momento cuando se crea la obra nace a la vida jurídica o se protege legalmente sin necesidad de registro, ya que el mismo es solo es una formalidad el depósito de la obra en la entidad estatal y en Panamá se hace en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Cultura (Artículo 42 de la Ley No. 90 de 15 de agosto de 2019, que modifica el artículo 152 de la Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012).

¹⁰ Ley 64 de 10 de Octubre de 2012, Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Gaceta Oficial Digital No 27139-B, miércoles 10 de octubre de 2012

¹¹ https://www.wipo.int/copyright/es/faq_copyright.html. Consultado el día 23 de julio de 2020. Hora: 9:05 a.m.

El registro de una obra es un medio de publicidad y de prueba, y también sirve para garantizar su autenticidad u originalidad. La persona que sale registrado como autor de la obra en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Cultura, se presumen que es autor de esta, por lo tanto, la otra persona que alega que es el autor de la obra registrada por otra persona, debe probar a través de otros medios de prueba y una ellas es el peritaje.

C. Ley No. 35 de 10 de mayo de 1996

La otra rama del Derecho de propiedad intelectual es el Derecho de propiedad industrial, la cual está regida a través de la Ley No. 35 de 10 de mayo de 1996, *Por la cual se dictan disposiciones sobre la Propiedad Industrial*, reformada mediante la Ley No. 61 de 5 de octubre de 2012.

La Ley 35 de 1996 comienza en su primer artículo, el cual fue modificado por el Primer Artículo de la Ley No. 61 de 2012, que *la presente Ley tiene por objeto proteger las invenciones, los modelos de utilidad, los modelos y dibujos industriales, los secretos industriales y comerciales, las marcas de producto y servicios, las marcas colectivas y de garantía, las indicaciones geográficas, las indicaciones de procedencia, las denominaciones de origen, los nombres comerciales y las expresiones y señales de propaganda*. La norma enumera cuales son las obras, creaciones, invenciones o descubrimientos, que estarán sujetas al sistema de protección de propiedad industrial,

El artículo 2 de la Ley 35 de 1996 establece que la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial de Ministerio de Comercio e Industrias, referida normalmente como DIGERPI, es la institución encargada de registrar los objetos que están sujetos al régimen de Propiedad Industrial, a través de sus diferentes Departamentos y de acuerdo a sus materias: *Departamento de Marcas, Departamento de Patentes, Departamento de Variedad Vegetal y Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas*¹².

D. Derecho de propiedad intelectual indígena

1. Ley 20 de 2000

En Panamá existen tres ramas de Derecho de propiedad intelectual: Derecho de autor, Derecho de propiedad industrial y Derecho de propiedad intelectual indígena. El istmo panameño ha sido pionero en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, a través de la institución de la Comarca.

¹² El Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas fue creado mediante la Ley No. 20 de 2000, Ley de Propiedad Intelectual Indígena.

A través de la Ley No. 20 de 26 de junio de 2000, *Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas*, Panamá ha sido modelo para otros países del mundo en la protección de la propiedad intelectual indígena. Con esta Ley se crea la tercera rama de Derecho de Propiedad Intelectual, por lo tanto, es un gran aporte de que realiza Panamá en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En el presente escrito identificaremos como Ley 20, Ley 20 de 2000 o Ley de Propiedad Intelectual Indígena.

El primer artículo de la Ley 20 prevé lo siguiente:

Artículo 1. Esta Ley tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social.

La Ley 20 de 2000 crea un procedimiento especial para registrar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, a fin de proteger la propiedad intelectual de los mismos a favor de las primeras naciones de Panamá. Crea un sistema especial de registro, ya que antes solamente existían sistemas de registros las cuales se basan esencialmente en la protección de las creaciones individuales o intereses individuales y no así los intereses colectivos.

De acuerdo al artículo 4 de la Ley 20 de 2000, expresa lo siguiente:

Artículo 4. ...

La solicitud de registro de estos derechos colectivos se hará por los respectivos congresos generales o autoridades tradicionales indígenas, ante la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias, en adelante DIGERPI, o ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según corresponda, para su aprobación y registro. (Los subrayados son nuestros)

Es decir, la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias y la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Cultura¹³, y de acuerdo a sus competencias, registrarán los conocimientos de los pueblos indígenas. La Ley 20 de 2000 crea un procedimiento especial para registrar los conocimientos de los pueblos indígenas que no existían en el sistema de propiedad intelectual.

¹³ Artículo 4 de la Ley No. 10 de la Ley No. 90 de 15 de agosto de 2019, Que crea el Ministerio de Cultura y dicta otras disposiciones. Gaceta Oficial N° 28840-A, de viernes 16 de agosto de 2019.

En base al artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual se crea dentro de la DIGERPI el Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas, como la entidad especializada en el registro de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y los mismos *no caducarán ni tendrán término de duración*, y tampoco es necesario que la solicitud sea presentada a través de un abogado, y se pagará los pagos correspondientes que establece la Ley. A diferencias de los registros comunes de propiedad intelectual tienen tiempo para su vigencia, los registros de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas no tienen tiempo de duración, es decir, es perpetuo.

La Ley 20 de 2000 también ha previsto en el artículo 8 que serán aplicables a la Ley Propiedad Intelectual Indígena las normas sobre marcas colectivas y de garantía contenidas establecidas en la Ley No. 35 de 10 de mayo de 1996, *Por la cual se dictan Disposiciones sobre la Propiedad Industrial*, siempre y cuando que o vulneren los derechos reconocidos en la Ley especial. El numeral 18 del artículo 91 ha previsto que no pueden registrarse como Marcas *las palabras, letras, caracteres o signos que utilicen las colectividades indígenas*, al menos que sea solicitada por los mismos pueblos indígenas.

2. Ley de medicina tradicional indígena

En el proyecto ley original de la Ley 20 se había incluido también la protección de los conocimientos indígenas en materia de medicina tradicional e incluyendo el uso de plantas medicinales. No se pudo incluir ya que los Legisladores, actualmente conocidos como los Diputados, no entendían el nuevo sistema de protección de los conocimientos indígenas, por lo que no se incluyó en el régimen de propiedad intelectual sobre la medicina tradicional indígena.

Mediante la Ley No. 17 de 29 de junio de 2016, crea la **Ley que establece la protección de los conocimientos de la medicina tradicional indígena**, la cual en su Primer artículo previó:

Artículo 1. Esta Ley establece un régimen especial para proteger y promover el respeto a los conocimientos de la medicina tradicional indígena y crear mecanismos de protección del conocimiento tradicional a través del sistema especial de propiedad intelectual colectiva y garantiza la participación plena y efectiva de los congresos, consejos o autoridades tradiciones indígenas en sus distintos niveles.

Se establecen los mecanismos para la realización de estudios de los conocimientos indígenas sobre la biodiversidad y el respeto a la participación justa y equitativa en los beneficios económicos y los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas. (Los subrayados son nuestros)

No solo se establece en la Ley el uso de los conocimientos indígenas en materia de medicina tradicional, incluyendo la participación justa y equitativa en los beneficios económicos que puede generar dichos conocimientos, sino también crea mecanismos de protección del conocimiento tradicional a través del sistema especial de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas. En el presente trabajo solo

mencionaremos algunos artículos relacionados a la protección de propiedad intelectual indígena en materia de medicina tradicional indígena.

En el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 17 de 2016, previó como uno de sus fines *proteger los derechos de propiedad intelectual colectiva derivada del conocimiento y la práctica de la medicina tradicional indígena*; también en el numeral 8 estableció como uno de los fines era de *reconocer, promover y dar protección al conocimiento colectivo indígena tradicional relacionado con las propiedades medicinales de los recursos de la biodiversidad*; y en el numeral 10 indica como otros de los fines *es de establecer, junto con los congresos y autoridades indígenas, los procesos de validación y registro de la medicina tradicional indígena*.

En la Ley de medicina tradicional indígena ha previsto que es responsabilidad del Estado la protección, preservación, fomento, educación, investigación y difusión de los conocimientos tradicionales, la medicina tradicional y la protección de derechos de propiedad intelectual colectiva (artículo 17), y a través de instancias competentes, y en coordinación de los Congresos o Autoridades Indígenas, municipios y corregimientos, deberá establecer los mecanismos necesarios que aseguren el compartimiento de beneficios que generen las investigaciones científicas, derechos de autor, patentes y otros (artículo 24).

Además, la Ley 17 de 2016 en su artículo previó que se reserva el derecho sobre la propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre los conocimientos, la innovación, prácticas colectivas de los pueblos indígenas referidos al uso de los recursos biológicos y de la biodiversidad de acuerdo con los sistemas tradicionales, y también pueden comercializar sus productos derivados del conocimiento, innovaciones y prácticas en el ámbito nacional e internacional, e inclusive podrán registrar ante la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias (artículo 27).

La Ley de medicina tradicional indígena también establece que el Ministerio de Salud, el Ministerio de Ambiente y las autoridades tradicionales indígenas, de acuerdo con sus competencias, establecer sanciones a las personas que violan la Ley, independientemente de las responsabilidades penales y civiles, que pueden producir por sus actos u omisiones.

3. Tratados internacionales sobre pueblos indígenas y propiedad intelectual indígena

En las últimas dos décadas se han emitido instrumentos internacionales en materia de los derechos de los pueblos indígenas. Los Estado también tienen que tomar en cuenta estos instrumentos internacionales en la formulación de políticas públicas y en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Estos

instrumentos contienen normativas sobre la propiedad intelectual indígena. Solamente referiremos algunos artículos relacionados a la temática.

-Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución A/RES/61/295, aprobó la ***Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas***, el día 13 de septiembre de 2007. Este instrumento internacional cuenta varias normativas sobre los derechos de lo pueblos indígena e incluyendo la parte de propiedad intelectual indígena.

El numeral 1 del artículo 11 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha previsto que ***los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.*** También en el numeral 1 del artículo 31, contempla que ***los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*** Estas dos normas citadas es clara alusión que los Estados deben crear políticas efectivas, e incluyendo leyes, para proteger la propiedad intelectual de los pueblos indígenas.

- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El 14 de junio de 2016 el hemisferio americano adoptó la **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, mediante la Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). Al igual que Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el instrumento de la Organización de Estados Americanos también cuenta una sección especial sobre propiedad intelectual indígena (***Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual***), como uno de los derechos de los pueblos indígenas, además, de otros derechos especiales de las naciones indígenas.

El artículo XXVIII, sobre **Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual**, establece lo siguiente:

Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.

2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, *inter alia*, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas. (Los subrayados son nuestros)

Sí analizamos los artículos que hemos citado nos daremos cuenta que sigue el mismo principios que se ha establecido en las leyes panameñas en materia de protección de la propiedad intelectual indígenas. Antes que se emitiese los organismos internacionales sobre los instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, Panamá contaba con leyes especiales sobre los derechos de las primeras naciones del istmo panameño, e incluyendo la Ley 20 de 2000, sobre Propiedad Intelectual Indígena, la cual ha servido de base o modelo en la protección de los conocimientos indígenas a nivel mundial.

V. Instituciones de observancia de propiedad intelectual

A. Código Penal

Panamá a mediados de la década de 2005 comenzó a reformar sus instituciones judiciales e incluyendo sus leyes penales y procesales. Panamá en 2014 emitió el nuevo Código Penal, mediante la Ley No. 14 de 18 de mayo de 2007, en el que se incluyeron nuevos delitos. Además, de contar con las leyes que establecen el procedimiento para registrar la propiedad intelectual, Panamá también tiene un capítulo especial en el Código Penal sobre los Delitos contra la de Propiedad Intelectual, el cual se subdividen tres Secciones:

Sección 1ª. Delitos Contra el Derecho de Autor y Derechos Conexos; Sección 2ª. Delitos contra los Derechos de Propiedad Industrial; y, Sección 3ª. Delitos Contra los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y sus Conocimientos Tradicionales.

Es decir, en Panamá existen, como hemos afirmado anteriormente, tres ramas de propiedad intelectual el Derecho de Autor, Derecho de Propiedad Industrial y Derecho de Propiedad Intelectual Indígena, y el Código Penal reafirma nuestra tesis. En otras legislaciones solamente proveen dos ramas, ya que no incluye la propiedad intelectual indígena.

B. Tribunales Especializados de Propiedad Intelectual

Mediante la Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007, que dicta normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra disposición, crea Juzgados especializados para atender controversias en materia de propiedad intelectual, que incluyen Derecho de Autor y Derechos Conexos, marcas de productos o de servicios, y patentes (numeral 3 del artículo 124).

También en el artículo 126 de la Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007, se crea el Tercer Tribunal de Apelación, integrado por tres Magistrados, el cual conocerá de las apelaciones provenientes de los Juzgados creados en el artículo 124 de la Ley, es decir, es un Tribunal que tiene competencia a nivel nacional. Estos Tribunales conocerán solo materia civil o administrativa en asuntos de propiedad intelectual, ya que en los casos de infracciones del Código Penal será aplicable el Código Procesal Penal.

Código Procesal Penal

Mediante la Ley No. 63 de 28 de agosto de 2008, se promulgó el Código Procesal Penal, a través del cual se actualiza las normas sobre procedimiento penal, y se incluye también el tema de propiedad intelectual. Solamente referiremos algunos artículos relacionados al presente trabajo.

Uno de los delitos que se puede desistir de acuerdo con el artículo 201 del Código Procesal Penal es el delito *contra la propiedad intelectual que no cause peligro a la salud pública* (numeral 5). Es decir, cualquier delito contra la propiedad intelectual que no tenga relación con la salud pública, la parte afectada o la víctima del delito puede desistir e inclusive llegar a un acuerdo extrajudicial.

También el Código Procesal Penal en el artículo 338 ha previsto que en los delitos de propiedad intelectual, el Juez de Garantías o el Tribunal de Juicio, a petición de parte o del agente del Ministerio Público, para evitar la prolongación de la infracción penal y de los perjuicios, puede establecer las siguientes medidas:

- *Suspender la importación o exportación de objetos o medios materiales del delito.*
- *Suspender la clave o el permiso de operación otorgado por las autoridades administrativas correspondientes.*
- *Cualquiera otra medida necesaria atendiendo la naturaleza de la conducta investigada.*

VI. Otras leyes sobre propiedad intelectual

A. Código de Trabajo

En el Código de Trabajo también se ha incluido normas sobre propiedad intelectual. Es decir, como se regula la materia de invención cuando en la relación laboral y que beneficios, derechos patrimoniales y derechos morales, tiene derecho el trabajador que participó en la invención de una obra o en descubrimiento.

B. Ley de aduana

El Decreto Ley No. 1 de 13 de Febrero de 2008, que *crea la Autoridad Nacional de Aduanas y dicta disposiciones concernientes al régimen aduanero*, también cuenta sobre normas de propiedad intelectual. De acuerdo al artículo 3 el Decreto Ley regula el cumplimiento de políticas vinculadas a la propiedad intelectual.

Una de las funciones de la Autoridad Nacional de Aduanas, de acuerdo con el numeral 14 del artículo 22, es de garantizar los derechos de propiedad intelectual de conformidad con lo establecido en la legislación nacional, acuerdos y tratados internacionales. Una de las atribuciones de la Autoridad Nacional de Aduana es la de recibir solicitudes fundadas de retención de mercancías, cuando se presume que se infringen derechos de propiedad intelectual, así como proceder de oficio al comiso provisional de dichas mercancías, en caso de indicios graves de la violación de tales derechos (numeral 17 del artículo 23).

El artículo 100 del Decreto Ley No. 1 de 13 de Febrero de 2008, establece que las mercancías protegidas se registrarán en base al Acuerdo establecido por la Organización Mundial de Comercio para la protección de los derechos de propiedad intelectual y a la normativa vigente en el país. También la Autoridad Nacional de Aduana puede a solicitud de los órganos competentes (Tribunal), en base a la denuncia de la parte interesada o por medio de la actuación del Ministerio Público, puede suspender o impedir el desaduanamiento, reteniendo las mercancías que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual, obtenidos en el país o que deriven de acuerdos internacionales suscritos por la República de Panamá.

C. Ley de artesanías

En la Ley No. 11 de martes 22 de febrero de 2011, General de la Artesanía Nacional, también se ha incluido normativa relacionada a la propiedad intelectual. El artículo 36 ha previsto que el Estado promoverá la protección de la creatividad del artesano a través de las diferentes formas de protección de la propiedad intelectual en base a la legislación de propiedad industrial y derecho de autor. También en el artículo 38 de la Ley 11 de 2011, se prevé que toda obra artesana deberá tener nombre, firma o señal, que identifique en forma individual al artesano, de manera escrita, impresa o grabada, incluyendo el lugar de su procedencia y la fecha de la creación de su obra, pero que no afecte su producción. En caso de que la misma obra que por su naturaleza o diseño no permita lo antes indicado, la información puede adherirse a la artesanía con un objeto o papel, o incluir en su embalaje o estuche.

Conclusiones

La propiedad intelectual es parte de los derechos humanos, por ende, sus actores merecen que se protejan sus creaciones o descubrimientos, a fin de que se reconozcan sus derechos morales y patrimoniales, sobre todo su reconocimiento como aporte para la humanidad.

En Panamá existen tres ramas de protección de propiedad intelectual: Derecho de autor, Derecho industrial y Derecho de propiedad intelectual indígena. El último régimen de propiedad intelectual ha sido modelo para otros países en la protección de los conocimientos indígenas.

En materia de instituciones de observancia de propiedad intelectual la legislación panameña ha creado la Fiscalía Especializada de Propiedad Intelectual y tribunales para atender asuntos de propiedad intelectual. En el Código Penal de 2011 se incluyó un capítulo especial dedicado al régimen de propiedad intelectual.

Referencias bibliográficas

Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. **Jurisprudencia Civil**. Editado por la Universidad de Panamá. Panamá, 1968.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Tomo VI. XXI Edición, Editorial Heliasta S.RL., Argentina, 1989.

Compilación de justicia penal panameña. Colección de Códigos Nacionales. Librería y Editorial Barrios & Barrios. Panamá, 2018.

Diccionario de la Lengua española. AULA, Cultural, S.A., Madrid, 2000.

GARCIA, Ernesto Rengifo. **Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor**. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá, 1997.

Legislación sobre propiedad industrial. Ley No. 35 de 10 de mayo de 1996 y Leyes Complementarias. Cultural Portobelo. Panamá, 2012.

Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Consultada el día 22 de julio de 2020. Hora: 2:00 p.m.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. https://www.wipo.int/copyright/es/faq_copyright.html. Consultado el día 23 de julio de 2020. Hora: 9:05 a.m.

SHERWOOD, Robert M. **Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico**. Traducción de Horacio Spector, Editorial Heliasta. Argentina, 1995.

Ley No. 3 de 9 de noviembre de 1982, Por la cual se aprueba el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Panamá. Gaceta oficial No. 19,763 de 3 de marzo de 1982.

Ley 64 de 10 de Octubre de 2012, Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Panamá. Gaceta Oficial Digital No 27139-B de 10 de octubre de 2012

Ley No. 10 de la Ley No. 90 de 15 de agosto de 2019, Que crea el Ministerio de Cultura y dicta otras disposiciones. Panamá. Gaceta Oficial No. 28840-A, de 16 de agosto de 2019.

D. DERECHO DE FAMILIA

Los derechos del cónyuge viudo. Antecedentes del Derecho sucesorio panameño

Belquis Cecilia Sáez Nieto
Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Privado
Centro de Investigación Jurídica. Panamá
[*magistrabelquis@gmail.com*](mailto:magistrabelquis@gmail.com)

Recepción: 10 de marzo de 2020

Aceptación: 30 de abril de 2020

Resumen

Nuestro Derecho Sucesorio viene directamente del Código Civil español, en lo que respecta a la sucesión testamentaria. Pero en el tema de la sucesión intestada se adopta el Código Civil de Honduras que a su vez fue inspirado en el Código Civil de Andrés Bello. El cónyuge en el derecho sucesorio tiene una situación difícil sobre todo en cuanto a la propiedad de la vivienda familiar. En el derecho pretoriano se le concedió al cónyuge supérstite un usufructo¹ de los bienes inmuebles del consorte fallecido. En nuestro derecho se contempla en la sucesión intestada pensión alimenticia y en la sucesión intestada hereda como hijo del difunto en todas las líneas de parentesco.

Palabras clave: sucesiones, cónyuge

Abstract

Our inheritance law comes directly from the Spanish civil code, as regards testamentary succession. But on the issue of intestate succession, the Honduran Civil Code is adopted, which in turn was inspired by Andrés Bello's Civil Code. The spouse in inheritance law has a difficult situation, especially regarding family home ownership. In Praetorian law, the surviving spouse was granted a usufruct of the real property of the deceased consort. In our law, alimony is contemplated in the intestate succession and inherited as the son of the deceased in all interstate lines of inheritance.

Keywords: successions, spouse

Índice. Introducción. 1. Antecedentes históricos del derecho sucesorio panameño. 1.1. Códigos que influyeron en la codificación panameña. 2. Las reformas (legales). A. La incorporación de todos los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio al derecho sucesorio. B. Ley 43 de 1925. C. Ley 60 de 1946. D. Ley

¹. Coincidimos con Ana Laura Cabezulo Arenas quien manifiesta que “con la muerte de uno de los esposos, la situación económica para el cónyuge viudo que concurre a la herencia con los descendientes comunes puede resumirse en una palabra: precariedad. Su participación en la herencia de quien fue su esposo puede tener un significado prácticamente simbólico, reduciéndose al usufructo del tercio de mejora. El remedio para fortalecer la posición del cónyuge viudo no es otro que la Cautela Socini, que permite que uno de los esposos atribuya al otro en su testamento el usufructo sobre la totalidad de los bienes que componen su herencia, premiando a los descendientes que consientan este gravamen” Esto obviamente en el derecho español, en donde el sistema de la sucesión está basado en las legítimas, muy distinto a la libertad de testar que impera en nuestro derecho.

3 de 1994. 3. Las reformas (jurisprudenciales). 4. Planteamiento del derecho supranacional. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En esta oportunidad hemos escogido como tema para el Anuario de Derecho, los antecedentes del derecho sucesorio panameño, pero específicamente con respecto a los derechos del cónyuge superviviente. Nos encontramos realmente frente a una situación paradigmática o estructural. El derecho civil no es propenso a las reformas y dentro del código civil hay materias que son menos partidarias a las reformas, una de ellas es indudablemente el derecho sucesorio. Pero si hay una institución apegada a sus orígenes históricos es precisamente la sucesión del cónyuge. Veremos en primer lugar el origen de la figura, encontrándonos que efectivamente este es un problema que se ha planteado desde los orígenes de la sociedad.

La doctrina y la legislación han adoptado varias soluciones - El derecho pretoriano planteó algunas alternativas y permitía al cónyuge viudo obtener un usufructo² de los bienes inmuebles que eran propiedad del consorte fallecido. Es más, uno de los antecedentes del usufructo como figura jurídica, fue precisamente dar una alternativa a la familia en estos casos. Panamá no se ha mantenido alejada de esta realidad y es que el Código Civil fue aprobado mediante la ley 2 de 1916 y muchas de sus instituciones sucesorias son vírgenes del derecho romano antiguo. De manera que se impone la necesidad de reformas profundas y para que se den reformas en este sector es necesaria la concurrencia de una serie de factores, que podrían ser por ejemplo la influencia de otras legislaciones, y el cuestionamiento o el debate cada vez más creciente de la doctrina.

En un segundo apartado hemos investigado cual fue la influencia o la orientación filosófica que se utilizó en el código civil de Panamá en el tema sucesorio. Y evidentemente la sucesión testamentaria es del Código Civil Español- Pero la sucesión intestada es del Código Civil de Honduras que a su vez se tomó del Código Civil de Andrés Bello. De manera que el concepto de propiedad se tornó mucho más importante para el codificador panameño. Ya en la última parte hemos agregado algunas reformas legales y jurisprudenciales,

² El usufructo nace como una necesidad del entorno familiar. De manera que para mantener la posición social de la mujer casada se creó esta figura a efectos de lograr que siguiera en una posición que le permitiera las comodidades a que estaba acostumbrada. “El usufructo posiblemente era conocido hacia el s. III a.C. Se originó como una disposición mortis causa, propiamente un legado, por lo ordinario a favor de la mujer, pero también de otras personas, como dementes, ancianos, inválidos o solteros, que, según el designio de su marido, padre o pariente, no habrían de heredarle, para favorecerlos durante el resto de sus vidas, pero no como dueños, la creación de esta figura fue inmejorable éxito de una jurisprudencia atenta a las necesidades prácticas de su grupo social” (TARRIDAS, 2014, pág. 43). De allí que en la actualidad es utilizada con la misma finalidad, a través del testamento dejar en usufructo la casa habitación de la familia al cónyuge sobreviviente. El usufructo está muy ligado al derecho de propiedad y al dominio y es que en Roma a “diferencia de la obligatio, como indica Betti, los orígenes del dominio se encuentran en el ámbito de las relaciones familiares; la obligatio, en cambio, no era un vínculo entre sujetos de la misma familia, sino necesariamente entre extraños; por el contrario, agrega, las relaciones de la familia estuvieron circunscritas a la patria potestas y a la manus. En consecuencia, el origen del concepto se encuentra tanto en los poderes que tenía el pater sobre los bienes *mancipi*, como sobre los sujetos que se encontraban dentro de su familia (BETTI, 1955, pág. 57).

movidas fundamentalmente por los cambios constitucionales. Lo cierto es que el cónyuge se mantiene en una posición muy difícil en el derecho sucesorio panameño. Inclusive peor que la solución que se adoptó en el derecho pretoriano.

1. Antecedentes históricos del derecho sucesorio panameño

A pesar de que en el derecho sucesorio ha planteado diversas soluciones para el cónyuge superviviente, desde la *bonnum possessio* del derecho romano que fue la primera institución que analizó el problema y permitió que el cónyuge pudiera solicitar en usufructo los bienes de su consorte, la legislación panameña se ha mantenido alejada de esta realidad. Es decir, la mayoría de los códigos, permiten que el viudo tenga un usufructo de los bienes hereditarios, muy específicamente de la vivienda familiar. Pero Panamá, a pesar de que fue inspirada por el derecho romano y por el Código Civil español, no hemos tenido esa solución. Es mas hoy se analiza el concepto de propiedad como un derecho absoluto.

El Centro de Investigación Jurídica realizó en el año 1960, un compendio del Código Civil panameño y su comparación con el Código Civil español, y la verdad la mayoría de sus instituciones se tomaron de este último código. Sin embargo, en España se implementó las legítimas³ y Panamá se acogió a la amplia libertad de testar⁴. Son sistemas totalmente antagónicos y que cada uno tiene sus ventajas y desventajas⁵. Y es que

³ En la actualidad la legítima está sometida a un debate constante. El estudio de dicha institución en nuestro ordenamiento no puede realizarse tan sólo desde el prisma del interés personal, sea de los legitimarios (que quieren satisfacer sus aspiraciones económicas), o del testador (que espera se cumpla su libertad de testar), sino también desde el prisma de la función económico-social que ha de desempeñar a lo largo de la historia y, por supuesto, que desempeña en la actualidad, esto es, el interés social, como trasfondo o pilar que justifica la protección que el ordenamiento le confiere. Unos de los principales que la doctrina ve en la legítima es precisamente aquellas personas que quieren dejar al cónyuge la casa pero no pueden por la legítima de los ascendientes. (Ver. Juan de Dios Gómez Gómez-Villalba. LA INSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS DERECHOS FORALES. Universidad Pontificia. Madrid, página 15.

⁴ Por el contrario, en los sistemas en los que hay una mayor libertad de testar puede identificarse una tendencia a su restricción. En los US., donde existe un sistema de libertad, la doctrina pone de relieve cómo, mayoritariamente, los padres disponen de los bienes a favor de los hijos y menos del 1% de los testamentos son impugnados. Cuando se produce la impugnación, normalmente por los familiares excluidos de la herencia, los tribunales utilizan una serie de instrumentos para limitar la libertad de testar, en especial cuando los bienes se han dejado a personas que no pertenecen al círculo familiar próximo. Los tribunales fuerzan los controles relacionados con la formación de un consentimiento libre y los vicios del consentimiento y aunque no quede demostrada ninguna de estas circunstancias argumenta que un testamento que priva sin razón a los hijos de la herencia demuestra que el testador que actúa contra “lo que es natural”, o que “no actúa como un juicioso padre”, ha otorgado un testamento inválido. De esta forma se llega a introducir un control moral por los jueces (testamento a favor de la enfermera que prestó los cuidados, a favor del amante, en especial cuando se trata de uniones homosexuales, de organizaciones religiosas. Ver M^a Ángeles Parra. LEGÍTIMAS, LIBERTAD DE TESTAR Y TRANSMISIÓN DE UN PATRIMONIO. AFDUDC, 13, 2009, 481-554

⁵ Existen algunos estudios de Derecho comparado en materia de Derecho de sucesiones en los que se presta atención especial a la libertad de testar y a la legítima. El panorama legislativo es enormemente variado y disperso. Una distinción elemental permitiría distinguir entre los sistemas angloamericanos del common law en los que rige el principio de libertad de testar y los sistemas legitimarios clásicos de Derecho civil, en los que determinados familiares tienen derecho a recibir necesariamente una parte de los bienes de la herencia. Entre estos sistemas del civil law realmente no existe una única tradición, y no se puede simplificar, porque no existe identidad ni entre los sujetos favorecidos ni en el contenido de los derechos que se les reconoce en cada caso. En Alemania por ejemplo mediante

precisamente uno de los graves problemas que se observan en uno y otro caso es la propiedad de la vivienda familiar. Según la exposición de motivos del Código Civil panameño se introduce la libertad de testar “reforma tan sabia y liberal como ésta, clamaba por su establecimiento en nuestra República, que mediante ella se coloca al nivel de las naciones más adelantadas poniendo fin a la tutela legal que hasta aquí se ha venido ejerciendo sobre los padres de familia en materia de disposición de sus bienes para después de su muerte. Nadie mejor que el padre puede arreglar la división de los bienes entre sus hijos. No puede la ley, por muy provisoria que sea, hacer justicia en todos los diversos casos que pueden presentarse, y sobre todo las disposiciones restrictivas de las leyes vigentes en materia de testamento pueden ser y han sido fácilmente burladas mediante simulación de ventas u otros contratos entre vivos.

La legislación actual, pues, no evita con sus restricciones los males que se propone evitar y en cambio estorba el ejercicio de la justicia paterna, allí donde no puede llegar la justicia de los tribunales ordinarios en tan delicados asuntos de familia. En el nuevo Código se deja al ciudadano en libertad completa de disponer de sus bienes para después de su muerte y no se le impone más limitación que la de dejar asegurados los alimentos del hijo legítimo hasta que llegue a la mayoría de edad” (Panamá., 1960). Fíjese que en este texto de la comisión no existe ninguna preocupación por el cónyuge supérstite y más bien reflejó un deseo por el cumplimiento de la autoridad paterna, resabio de la historia romanista en nuestro derecho. Pero si a esto le agregamos el hecho de que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes por disposición expresa del artículo 1163 del Código Civil, tenemos una desventaja a todas luces para el cónyuge. Este artículo decía que, si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de lo que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de uno y de otros. Sin ninguna limitación establecida por la ley a favor del cónyuge. Entonces el cónyuge no podía obtener bienes a través de la sucesión por la libertad de testar, pero tampoco a través del régimen económico del matrimonio. Y definitivamente las más afectada es la mujer.

Igualmente, en Panamá desde la ley 2 de 1916, hasta la fecha ha estado prohibido el testamento mancomunado⁶, que podría ayudar a que los cónyuges se dejen bienes mutuamente. - Es decir, todas las

sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de abril de 2005 se pronunció sobre la constitucionalidad de las legítimas. Y Aunque la Sentencia no explica el contenido que debe tener la regulación de la legítima sí que establece que la legítima de los hijos es “constitucional”, es decir, que los hijos tienen derecho a una participación mínima en la herencia de los padres, como manifestación del principio de solidaridad intergeneracional, con independencia de que se encuentren o no en una situación de necesidad. (Ver. María Angeles Parra. Legítimas, Libertad de Testar y trasmisión de un patrimonio. AFDUDC, 13, 2009, 481-554, página 489.

⁶ El testamento mancomunado surge a lo largo de la historia, en muy distintos lugares, por vía consuetudinaria, como fruto espontáneo de la comunidad de vida derivada del matrimonio, que pretende realizarse del mismo modo en lo relativo a la disposición patrimonial "mortis causa" de los cónyuges y es contestado e incomprensido, en cambio, o bien desde sistemas legislativos que no entienden ni aprecian la institución matrimonial. como ocurre en el Derecho

oportunidades para el cónyuge están cerradas por la vía de la sucesión testamentaria e igualmente por el régimen económico del matrimonio.

1.1. Códigos que influyeron en la codificación panameña⁷.

Las normas de la sucesión testamentaria en cuanto al cónyuge fueron adoptadas del Código Civil Español. Sin embargo, las de la sucesión intestada (artículos 685, (1087 del Código C de H) 686, (1088 C.C.H.) 687 (1089 C. C. H.) 688 (1090 C.C.H.) 689 (1091 C.C.H) 690 (1092 C.C.H) y 691 fueron adoptadas del Código Civil de Honduras. Pero porque fueron tomadas del Código Civil de Honduras, si la mayoría de las instituciones jurídicas fueron originarias del Código Civil Español-. Hemos buscado la respuesta a esta interrogante desde el punto de vista histórico y lo único que nos hace pensar es que Panamá se guio por otra

Romano, o bien desde ópticas legislativas fundamentadas en el individualismo como ocurre en la etapa codificadora, fundamentalmente en el Código de Napoleón y, a través del mismo, en la mayoría de los Códigos de corte latino que en él se inspiran, tanto en Europa como en América. La Revolución francesa entiende la libertad, no como capacidad de asumir compromisos, escandalizada quizás por las consecuencias del mal uso de un concepto correcto en la etapa anterior, que se traduce en las vinculaciones perpetuas, prohibiciones de disponer etc. Por ello sustituye este concepto positivo amplio e integrador de todas las facetas que la misma comprende, por un radical concepto negativo y parcial: la ausencia de vínculos, la mayor posible falta de trabas. En este sentido es clara la preferencia por la ley, cambiante en cualquier momento, y la postergación de la costumbre en cuanto que responde a la vivencia de un contenido normativo heredado y a mantener. La tradición está mal vista. La libertad se entiende como libertad individual. Se eliminan o minimizan todos los cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo. Este planteamiento ideológico aplicado a la regulación de las disposiciones "mortis causa" lleva a la consideración de que la cualidad esencial de las mismas es su revocabilidad, que asegura esa permanente posibilidad de cambiar sin trabas su contenido, de modo que se ajuste a una total actualidad de la voluntad del testador. En este contexto resulta obligada la prohibición del testamento mancomunado. Téngase en cuenta que, de una parte, su regulación supone una dificultad adicional en cuanto al régimen de revocación, de otra, responde como institución, a una iniciativa netamente consuetudinaria y, por último, su más profunda raíz y justificación institucional la constituye una comunidad de vida entre individuos cuyo proyecto de vida común tiende a perpetuarse a través de la disposición "mortis causa" común y que se sitúa en las antípodas del individualismo revolucionario que reduce el matrimonio a un contrato. Ver. José Javier Castiella Rodríguez. El Testamento Mancomunado, Institución Exportable al Código Civil-Revista Estudios página 37. Coincimos totalmente con la opinión del Doctor José Javier Castiella Rodríguez en el sentido de que los resabios legislativos que han quedado del individualismo han afectado a la familia. El matrimonio según el artículo 26 del Código de Familia es la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, con capacidad legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común. En el caso panameño, estamos convencidos de que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en el tema de propiedad para el entorno familiar ha sido basada en esa concepción individualista alejados totalmente ajena a la función social de la propiedad.

⁷ Sin entrar al examen de la cuestión sobre si el derecho comparado es un método, una ciencia o ambos, lo que sí puede afirmarse es que resulta valioso y necesario. Biscaretti di Ruffia le señala cuatro finalidades respecto al derecho constitucional: *a)* La satisfacción de exigencias de orden cultural que ayudan a comprender con mayor precisión los lineamientos dogmáticos de la teoría general del derecho, lo cual resulta provechoso incluso a políticos, administradores públicos y conocedores de otras disciplinas sociales, *b)* La mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas nacionales, *c)* Una política legislativa más adecuada, ya que ese conocimiento auxilia a la mejor elaboración técnica de las normas y se aprovecha la experiencia concreta de la aplicación de aquéllas. Lo mismo puede afirmarse respecto a las resoluciones judiciales, y *d)* La tendencia a la unificación o aproximación legislativas que, en los últimos años, se ha fortalecido en virtud de que numerosos Estados se agrupan en regiones, como es el caso de la Unión Europea. Ver. CARPIZO. Jorge. Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 114. Página 18). Sólo así podemos comprender la historia del derecho sucesoral panameño. Sobre todo en lo que respecta al cónyuge que como hemos manifestado está marcado por la cultura y los fenómenos de la vida cotidiana.

corriente filosófica en este punto y tomó en consideración el derecho del propietario a hacer lo que estime conveniente con la propiedad. Toda vez que, fueron eliminadas instituciones importantes para garantizar una igualdad, tal es el caso de la lesión enorme que está prohibida en nuestra legislación.

En el caso del artículo 691, del Código Civil de Panamá que se refiere a los derechos del Cónyuge viudo en la sucesión intestada cuando existen gananciales, el Código pareciera seguir una línea autóctona, no sale ni del Código Civil Español ni del Código civil de Honduras. Aunque esta teoría era manejada ya en varios países. Y le niega al cónyuge toda participación en la sucesión intestada si tiene derecho en la sociedad de gananciales en ese tiempo. O sea que desde el inicio ha habido un rechazo total a darle participación al cónyuge en la sucesión. Pero también este artículo 691⁸, entra en total desuso, porque en Panamá como decíamos el régimen era separación de bienes, de manera que la posibilidad de aplicar el régimen de sociedad de gananciales era prácticamente nula, a menos que los cónyuges pactaran ese régimen.

Uno de los Códigos más avanzados de la época fue el de Honduras. El Código Civil de Panamá se basó muy de cerca en el Código Civil de Chile redactado por Don Andrés Bello⁹, e introdujo en el Derecho hondureño

⁸ Para mí este artículo está vigente actualmente, es decir, sin un cónyuge pacta sociedad de gananciales no puede heredar a su pareja por lo contemplado en el artículo 691 del Código Civil. Porque esta norma está dentro del derecho sucesorio y en el apartado del régimen económico que fue separado del Código Civil y se mantiene en el Código de Familia.

⁹ Sostiene el Doctor Octavio del Moral, Veamos lo que adopta y lo que contradice el Código Civil de Panamá, de 1916, al Código de Bello: en primer lugar, el Código Civil de Panamá calca la sistemática del Código de Bello, por lo que nuestro Código contiene un Título Preliminar, y además el Libro Primero, De las Personas, el Libro Segundo, De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce, el Libro Tercero, De la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones entre Vivos, el Libro Cuarto, De las Obligaciones en General y de los Contratos, y por último, el Libro Quinto, Del Notariado y Registro Público (que no tiene el Código de Bello), por pura tradición histórica. Sin embargo, a diferencia del Código de Bello, las secciones pasan a ser una subdivisión de los capítulos. En cuanto al Título Preliminar, el Código de Bello adopta el carácter territorial de la ley con las matizaciones ofrecidas por las normas sobre conflicto de leyes. En la exposición de motivos se señala: "Conservando la tradición chilena y colombiana, la Comisión ha sentado el principio de que la ley obliga tanto a nacionales como extranjeros, domiciliados o transeúntes, que se hallen en la República". En cuanto a bienes, siguiendo la misma tradición, se dispone que todos los que se hallen en el territorio nacional, cualquiera que ellos sean, estén sujetos a las leyes panameñas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Panamá. También adopta las normas sobre interpretación de la ley, la definición de las personas de acuerdo con las edades, la clasificación de culpa, la precisión, las matizaciones y el cómputo de los plazos establecidos por las leyes o las decisiones de los tribunales. Estas normas generales prácticamente no han sufrido cambio alguno y siguen vigentes tal como fueron expedidas. En cuanto al Libro Primero, personas, el Código de Bello adopta la clasificación de las personas en naturales y jurídicas, así como las diferentes clases de personas naturales. En cuanto a existencia de la persona natural, acoge la definición de *nasciturus* y los derechos inherentes al concebido pero no nacido e, igualmente, incorpora la mayor parte de las normas que regulan el domicilio de las personas. Incorpora también, textualmente, las normas relativas al hijo póstumo, así como las normas relativas al caso de pasar la mujer a otras nupcias. También tomó del Código de Bello normas sobre adopción, habilitación de edad, reconocimiento de hijos naturales, maternidad disputada y garantías de administración de tutor. Otro dato curioso, en 1925, es decir, ocho años después de su promulgación, incorpora el artículo 300, que es copia textual del artículo 553 del Código Civil colombiano, y que a su vez fue copiado literalmente del artículo 465 del Código de Bello, que se refiere a la nulidad de los actos y contratos celebrados por el demente declarado en interdicción y, por el contrario, la presunción *juris tantum* de validez del acto, ante la ausencia de declaración de interdicción. Es oportuno indicar que las normas de familia contenidas en el Libro Primero estuvieron vigentes hasta 1994, año en que se promulgó el Código de la Familia de la República de Panamá. Ya en el Libro Segundo, sobre bienes, se siente la fuerte influencia del Código Civil

reformas radicales y muy polémicas para su tiempo, tales como el matrimonio civil y la prohibición de censos, fideicomisos y toda clase de vinculaciones. También puso fin al régimen de herederos forzosos, eliminó las legítimas y las mejoras y estableció el sistema de libre testamentifacción, sin más limitaciones que la porción conyugal y la atención de las obligaciones alimentarias (Francisco., 1960, pág. 63). Muchos autores dicen que esta porción conyugal fue creada en el Código de Bello¹⁰ Pinochet Contreras, autor muy citado en los estudios que hemos tenido a la vista, también tiene una opinión que coincide con las de los citados previamente. Este señala que “nuestro Código Civil, (de Chile) que tiene apenas cien años de existencia, no pudo desentenderse del inmenso aporte jurídico del pasado y acomodó sus disposiciones a aquellas eruditas fuentes de derecho, con las cuales se han familiarizado todos los jurisconsultos, porque son de proyecciones universales. Entre las novedades concebidas por el autor del Código Civil están la porción conyugal y la formación de los acervos imaginarios, creaciones no superadas en toda la historia del derecho, ni antes ni después de la era cristiana (Pinochet Contreras, 1955). Entonces definitivamente el Código Civil panameño siguió en este aspecto al Código de Honduras que a su vez siguió el Código Civil Chileno.

Pero el antecedente más inmediato de los derechos del cónyuge está en una Constitución promulgada bajo la potestad del Emperador Justiniano, en 533. En C, 5, 17, 11 hallamos que se dispone que el marido cuando ha repudiado a la mujer sin culpa de esta, y no ha habido dote, habrá de pagarle la cuarta parte de sus propios bienes. Esta constitución establece que la cuarta parte de los bienes corresponde al cónyuge repudiado en el caso de que no haya hijos comunes y en el caso que los haya debe observarse lo mismo que se ordena en otras constituciones respecto de la dote y de las donaciones propter nupcias, por causa de las nupcias. (H., 2005). En este apartado realmente podemos visualizar el avance del derecho justiniano, porque

español; sin embargo, también en este libro se observa la presencia del Código de Bello. En efecto, casi todas las normas sobre ocupación provienen de ese Código. También todas las normas sobre reivindicación, con pequeñas precisiones locales, así como todas las normas sobre las acciones posesorias, entre éstas las especiales. (Ver. *Octavio del Moral*. Estud. Socio-Juríd vol.8 no.1 Bogotá Jan./June 2006.*El Código Civil de Bello en Panamá*)

¹⁰ En este sentido se pronuncian HUGO H. VILCHES FUENTES, en Notas para una Historia de la Porción Conyugal: en el derecho justiniano, Español y en el Código Civil Chileno. Aguirre Vargas expresa una idea similar quien cita a su turno a Fabres en apoyo de este punto. Cree que “para comprender, pues, semejante institución, que no ofrece un orden paralelo al de otros códigos, nos vemos obligados a recoger en el nuestro cuántas disposiciones conciernan a ellas más o menos estrechamente, sin otra ayuda extraña que la de los principios generales de Jurisprudencia, que tanta luz suelen proyectar a las veces sobre puntos oscuros del Derecho positivo, y llevando por guía al armonizar los diferentes preceptos de la ley de la manera más conforme al espíritu de la legislación patria y a la equidad natural. Tanto más necesario es este procedimiento, ha dicho uno de nuestros más insignes profesores de Derecho, autor de un opúsculo muy estimado sobre la porción conyugal, cuanto que no solo la ley que nos sirve de tema en la discusión, sino casi todo el sistema sobre la porción conyugal, son exclusivamente chilenos, como lo indicamos al principio, sin que pueda por tanto, venir en nuestro auxilio, la enseñanza de Legislaciones y Jurisprudencias extranjeras, y sin que se pueda echar mano a otro criterio, para formarse un conocimiento cabal, que el de las reglas comunes y ordinarias de la hermenéutica legal, entre las que figuran el espíritu de la legislación y la equidad natura

originalmente la autoridad del pater familia imperaba. En el derecho pretoriano se avanza un poco más y es que para algunos autores ya se había comenzado a corregir el derecho civil, actualizando el derecho a las nuevas necesidades y llenando el vacío existente. En el caso que nos ocupa, estableciendo que en la sucesión intestada el cónyuge sobreviviente heredaba a falta de colaterales y con preferencia sobre eventuales derechos del fisco, modificando en parte y gradualmente la sucesión testamentaria regulada por el derecho tabulario (H., 2005)

El Doctor Octavio del Moral distingue varias etapas de la codificación civil panameña. Durante el período de la Conquista y la Colonia, no se diferencia de las demás naciones latinoamericanas. El Istmo se regía por el derecho castellano, entre los cuales podemos mencionar el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, la Novísima Recopilación de Castilla, y, por otro lado, el derecho indiano, entendiéndolo en sentido restringido, como señala el profesor Guzmán Brito en su obra la codificación civil en Iberoamérica, es decir, todas aquellas reales cédulas, provisiones, cartas reales, expedidas por el rey de España, el Consejo Supremo de las Indias, la Casa de Contratación de Sevilla y demás autoridades, ya sea con sede en España, ya en la Colonia, y cuya particularidad consistía en que eran normas para regir únicamente en América (DEL MORAL, 2006). El segundo período, según advierte el Doctor Octavio del Moral se extiende desde la independencia de Panamá de España, es decir, desde el 28 de noviembre de 1821 hasta la fecha en que entró a regir el Código Civil de la República de Panamá, es decir, 1 de octubre de 1917. Es un período de casi 96 años. De esos 96 años, 82 años corresponden a nuestra unión a Colombia, el cual culmina con la secesión en 1903. (DEL MORAL, 2006) Y existe una marcada influencia del Código de Bello en Panamá. Pero como manifestamos anteriormente en materia de sucesiones el Código Civil panameño sigue el Código Civil Español y en materia de sucesión intestada del cónyuge sigue el código civil de Honduras.¹¹ Y es por eso que tenemos la porción conyugal y no el derecho de usufructo sobre los bienes del causante. Pero lo que llama la atención es la restricción que pone el derecho panameño al cónyuge sobre todo tomando en consideración que ya desde antiguo se venía reconociendo derecho de usufructo sobre la vivienda o sobre todos los bienes inmuebles del cónyuge fallecido.

2. Las reformas (legales)

¹¹ En este mismo sentido se pronuncia Octavio del Moral en El Código Civil De Bellos en Panamá, publicado en Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 8(1): 169-179, enero-junio de 2006, páginas 168 y siguientes. Ricardo J. Alfaro en “Fuente y estructuras del derecho civil”, en Revista de la Universidad de Panamá, Panamá, No. 21, p. 20. Chong, Moisés. Historia de Panamá, s. l., s. e., 1968. Guzmán Brito, Alejandro. La codificación civil en Iberoamérica (siglos XIX y XX), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000. Illueca, Jorge E. “Síntesis histórica de la codificación civil panameña”, en Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional. Universidad Interamericana, Panamá, No. 1, 1945, p. 105.

El derecho sucesorio panameño ha tenido muy pocas variantes. Y es que se ha mantenido por espacio de 100 años, sin reformas integrales o variaciones significativas. Hay algunas realizadas pero movidas por los cambios constitucionales como veremos en adelante. Esto ha ocurrido mientras diversos sectores normativos se han sometido a múltiples cambios legislativos (derecho comercial, derecho de familia, sector impositivo, etc.). Y ha habido intensas mutaciones en la sociedad panameña, pero el derecho sucesorio tiene instituciones insertadas en la ley 2 de 1916, pero que vienen del derecho romano antiguo. Gran parte de este problema lo ha generado la propia doctrina panameña en el área del derecho sucesorio y también la reticencia de la sociedad en soportar los cambios que se requieren, sobre en el tema patrimonial. La propiedad es para darle un uso razonable, como mandata nuestro texto constitucional, la función social.

A. La incorporación de todos los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio al derecho sucesorio

Esta reforma fue promovida por la Constitución de 1941. En esta constitución nacen las bases del derecho familiar y en ella se incluye entre otras cosas la libre investigación de la paternidad y la eliminación de hijos legítimos e ilegítimos. Por esta razón esta reforma tuvo sus efectos indudablemente en el derecho sucesorio panameño. Pero también debemos decir, que la inclusión de los hijos ilegítimos en el derecho sucesorio afectó al cónyuge, que participa como hijo del de cujus. Producto del cambio constitucional se realizaron una serie de reformas sustanciales a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pero también en la ley para adecuarlos nuevos postulados constitucionales.

Nos referiremos exclusivamente a los cambios en materia sucesoria. En la ley 2 de 1916, en el capítulo VII, se establece la sucesión del cónyuge para los casos de las sucesiones intestadas (artículos 685, 686, 688, 689, 690 y 691). En la sucesión testamentaria está el artículo 813 en el capítulo XIV titulado los derechos del cónyuge viudo. Y es que, mediante sentencia de 24 de diciembre de 1953, la Corte Suprema de Justicia declara inconstitucional la palabra ilegítimo y en su parte medular el fallo dice que el fin perseguido por el constituyente al sentar el principio de la igualdad legal de todos los hijos en materia de sucesión intestada, no fue otro que el de acabar con las discriminaciones entre los llamados hijos legítimos e ilegítimos que contiene el Código Civil, al igual que todos los códigos civiles de la época. En este fallo se declaran igualmente inconstitucionales los artículos 662, 666, 669, 670, 671, 672, 675, 676, 686, 688 del Código Civil.

B. Ley 43 de 1925

Esta ley realizó reformas importantes a la legislación civil de Panamá. En materia de sucesión del Cónyuge reformuló el artículo 689 que dice lo siguiente.

Artículo 689. Si el hijo natural muere sin dejar posteridad legítima o reconocida por él, el cónyuge le sucederá con el padre, si se le hubiere reconocido, o la madre, o con ambos. Cada uno de ellos le heredará por partes iguales. A falta de ascendientes naturales, heredarán al hijo sus hermanos naturales y el cónyuge. Este tomará triple porción que la que corresponda a cada uno de los hermanos.

Es decir, el cónyuge hereda con la línea recta descendente. Pero con esta reforma en 1925. Hereda también en la línea recta ascendente con el padre y la madre.

C. Ley 60 de 1946. (Artículos 72)

Esta ley desarrolla los artículos 54,56,57,58,59,61,62 y 71 de la Constitución Nacional, se reforman los Códigos Civil, Judicial y Fiscal y se reorganiza el Registro del Estado Civil. El artículo 72 establece que en las sucesiones testamentarias la masa común de los bienes herenciales y de los legados deberá responder de la efectividad del derecho de alimentos que la ley reconoce a todos los hijos no emancipados cuando se compruebe que están en necesidad de recibirlos. La comprobación se hará en juicio de alimentos.

Los herederos y legatarios no podrán entrar en posesión de los bienes herenciales o de los legados si no asumen previamente, conforme a derecho, la obligación a que se refiere el inciso anterior. En este caso deberán ser considerados como alimentantes y podrán ser apremiados por desacato, de acuerdo con la regulación de los alimentos en caso de incumplimiento.

Realmente esta es una reforma importante y es la primera vez que la ley concede el derecho de pensión alimenticia dentro de la sucesión testamentaria. Estableció una limitación. Pero está dedicada sólo a los hijos.

D. Ley 3 de 1994

Cuando se expide la ley 3 de 1994, que entra en vigor en enero de 1995, porque así lo dispuso la ley 12 de 1995, había muchas expectativas con respecto al régimen económico del matrimonio. Y si bien las normas del Código de Familia no se refieren al derecho sucesorio, están estrictamente ligadas en cuanto al régimen de los bienes que se obtienen durante el matrimonio.

Cuando se aprueba el Código de familia veníamos de un sistema de separación de bienes y entramos al régimen de participación en las ganancias. El artículo 111 del Código de familia, que está ubicada en la sección cuarta dentro del régimen de participación en las ganancias. Este artículo establece que, si la extinción es por causa de muerte, al cónyuge sobreviviente le corresponde una cuarta parte del patrimonio final del consorte fallecido en concepto de participación en ganancias. Dentro del régimen de sociedad de gananciales también se colocó el artículo 193 que dice lo siguiente. Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde el mismo alcance:

1. Los bienes de uso personal no incluidos en el numeral 7 del Artículo 135;
2. La explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo;
3. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión; y

4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde estuviere la residencia habitual.

Ninguna de las dos normas, son funcionales porque en el caso del artículo 111 del Código de Familia, el régimen de participación en las ganancias fue debilitado por la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 105. Y en cuanto al régimen de sociedad de gananciales la única forma de que se aplique este régimen es que los cónyuges lo pacten- Y la gente cuando se casa no pacta régimen, queda vigente el régimen que la ley señala.

El régimen económico a mi juicio es indudablemente una limitación a la libertad de testar, porque las normas del Código de Familia son de orden público. Sin embargo, hay jueces en la jurisdicción de familia, que han dictado sentencia en el sentido de que Panamá adopto el sistema de amplia libertad de testar y que el régimen no puede limitar esa libertad.

3. Las reformas (jurisprudenciales)

Mediante sentencia de 19 de febrero de 2004, la Corte Suprema de Justicia declara inconstitucional el artículo 680 que decía "si concurrieren hermanos de padre y madre, con medio hermanos, aquellos tomarán doble porción que éstos en la herencia". La Corte Suprema de Justicia le da la siguiente redacción, si concurrieren hermanos de padre y madre, con medio hermanos, ambos tomarán igual porción en la herencia". Ahora porque el artículo 680 del Código civil establecía doble porción para el hermano de doble vínculo¹². Por las siguientes razones

¹² El principio de afecto parental se ha mantenido en el derecho romano, en el Código Civil Francés, en el Código Español, en el Código Italiano El principio de proximidad de parentesco en la sucesión de los colaterales acogido en el derecho romano pasó al Código Francés, quien en un principio lo extendió, hasta el duodécimo grado y, según la ley 31 de diciembre de 1917, restringió al sexto grado, quedando subsistente lo anterior en los casos regulados por el artículo 755. En el derecho español que acoge el principio de la proximidad de grado con el mismo alcance que la

1. El sistema organizacional panameño proviene de la teoría de distribución de la herencia denominado personal – parental. La teoría parte de la base de que las personas le tienen más afecto al hermano de vínculo doble. Y por esa razón le corresponde doble porción.

2. La Corte Suprema de Justicia en el fallo se preguntó si todos los hijos son iguales ante la ley. Porque el texto del fallo dice “el fundamento o razón de la norma constitucional que se asegura violada, en ese entonces artículo 58, que el fin perseguido por el constituyente al sentar **el principio de igualdad de todos los hijos en materia de sucesión intestada**”. Pero en realidad la pregunta no es si los hijos son iguales ante la ley, porque sabemos que son iguales ante la ley desde la Constitución de 1941, que sentó las bases del derecho familiar en Panamá. Aquí la pregunta era “son todos los hermanos iguales para la distribución de la herencia intestada” y la respuesta evidentemente es no, porque unos son hermanos de doble vínculo y otros de vínculos sencillos denominados uterinos o consanguíneos.

3. Con el fallo si A Y B estaban casados y tuvieron dos hijos AB1 y AB2 y luego B se divorció de A y contrajo matrimonio con C y tuvo tres hijos BC1, BC2 y BC3. Entonces si A fallece y deja 500 mil balboas para que AB1 administre a favor de AB2. Y fallece AB1 con el dinero que dejó A. La repartición al momento de la sucesión intestada es quinientos mil entre cuatro personas. Con lo cual las hijastras de A que no tienen vínculo consanguíneo con ella van a cobrar mucho más dinero que AB2 que es hija biológica de A.

4. Al darle doble porción de la herencia intestada a los hermanos de doble vínculo no hay un trato desigual porque este es el sistema organizacional que ha adoptado Panamá. Y en base al cariño y al efecto que se tiene por los parientes. - Y prueba de ello es que en todos los sistemas organizacionales de la herencia en los códigos de la misma tradición jurídica romana de la cual formamos parte es así. Por tanto, no podemos compartir la tesis de Vattier Fuenzal cuando afirma que la regla del duplo que tiene lugar al concurrir hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo es discriminatoria (que es el criterio de la Corte Suprema de Justicia). No lo es y en ese tema coincidimos con la doctrina generalizada de que cada hermano de vínculo unilateral recibe la mitad de sus hermanos de vínculo bilateral porque cada uno de los primeros es llamado a las sucesiones abiertas en caso de fallecer sus hermanos de padre y en las sucesiones abiertas en caso de fallecer sus hermanos germanos, si existieran en cada una de ambas líneas. Estos en cambio, sólo concurren a las sucesiones abiertas al fallecer sus hermanos de vínculo doble. Por ello, si los hermanos de vínculo sencillo (sean estos consanguíneos o

legislación panameña en la determinación del orden de preferencia de los parientes del cuadro de sucesores intestados, adopta el principio castellano de afecto parental, fundado en que este primeramente descende, después asciende y, por último se reparte a los lados. Ver. Lino Rodríguez Arias Bustamante. Sobre el Principio de Proximidad de grado en el orden de los colaterales ordinarios en el Código civil panameño y en la legislación comparada. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, 1955, número 23, página, 63 y ss.).

uterinos también recibieran la misma cuota que los germanos se produciría una discriminación positiva en su beneficio, ya que recibirán el doble de los carnales, en tanto que sucederían a hermanos de dos líneas distintas.

Siguiendo a Manresa y Navarro comentando la herencia de los hermanos establecen que es justa la disposición de doble para los hermanos de doble vínculo y una para los hermanos de vínculo sencillo. Y expone el siguiente ejemplo. Si H es medio hermano de C por parte de padre y de G por parte de madre, a la muerte de C el pariente paterno H recibe una porción precisamente en atención al parentesco que les une, y a la muerte de G recibe H otra porción de la herencia por ser pariente de la línea materna. (NUNEZ, N. La Sucesión Intestada de los Parientes Colaterales).

Con la interpretación de la herencia de los hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo la Corte Suprema de Justicia trastocó todo el derecho herencial de la línea colateral. Porque no hay discriminación en la distribución doble para los hermanos de doble vínculo. (ROCA SASTRE MUNCULINI. Derecho de Sucesiones)

5. No puede sostenerse tampoco que al contemplarse la eliminación de hijos ilegítimos hay que suprimir la clasificación de los de doble vínculo. Esto es así siguientes razones.

1. La clasificación de hijos ilegítimos fue eliminada en Panamá con el artículo 52 numeral 4 de la Constitución de 1941, que dice:

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él.

1. La norma que se refiere a los hermanos de doble vínculo y su doble porción estuvo en el Código Civil panameño hasta la declaratoria de inconstitucionalidad el día 19 de febrero de 2004. Y en muchos Códigos aún se mantiene.

2. No estamos hablando de la clasificación de los hijos sino de la clasificación de los hermanos.

El Código Civil Panameño fue tomado del Código Civil Español y a pesar de que rige las legítimas todavía está la distribución de la herencia en duplo para los hermanos de doble vínculo. Veamos:

Artículo 949 del Código Civil español Si concurrieren hermanos de padre y madre con medios hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia.

Ahora bien, el derecho sucesorio en cuanto al llamamiento realizado por la ley (herencia intestada) rige el principio de proximidad de parentesco y no ha sido hasta nuestros días reformado. Entonces es lógico pensar que debe regir el principio de presunción de proximidad afectiva al causante. Y por consiguiente existe una mayor cercanía de afectos con los hermanos de doble vínculo que con los que sólo comparte un padre o una madre. Esta reforma también ha afectado al cónyuge al realizar una distribución igual para todos los hermanos. Puede que sea justa pero indudablemente afecto al cónyuge.

Finalmente podemos observar que las reformas en el tema sucesorio han sido muy pocas. Todas han sido determinadas por los cambios constitucionales- A pesar de que la sociedad panameña tiene muchos problemas con la propiedad de la vivienda familiar ha sido imposible lograr que vía jurisprudencial se acepte esta realidad. Evidentemente las reformas progresistas, que se benefician del enfoque experimental, práctico, efectivo de la realidad social existente, no han tenido cabida en nuestro derecho sucesorio. Pero estoy convencida que las reformas son necesarias, urgentes, apremiantes e impostergables. Las reformas conservadoras, donde evidentemente la ley se resiste a las realidades sociales es lo que ha imperado, a pesar de que el matrimonio, la familia ha evolucionado y el derecho supranacional también ha dado algunos directrices ya que la vivienda es un derecho fundamental del individuo.

Conclusiones

1. La muerte genera consecuencias jurídicas trascendentales, en el grupo familiar. Un hecho jurídico importante e inevitable como la muerte hace desaparecer a la persona como tal: Deja de ser sujeto de derecho. En este sentido es importante que la ley tenga las normas jurídicas adecuadas para no permitir los abusos.
2. En Panamá, el cónyuge solo tiene derecho a los alimentos congruos. Pero la interpretación que han dado los tribunales a la pensión alimenticia es que si el cónyuge supérstite tiene trabajo no le corresponde- Entonces no entendemos la naturaleza jurídica de esa institución es pensión alimenticia, es un derecho sucesorio o por el contrario es un derecho asistencial.
3. Panamá en cuanto a los derechos del cónyuge en la sucesión intestada adopto el pensamiento filosófico del Código de Bello que también inspiro al Código Civil de Honduras.
4. No existen reformas sustanciales en el derecho sucesorio panameño. En cuanto al cónyuge tenemos normas jurídicas con menores ventajas de las que tenía el derecho romano en el derecho pretoriano. A todas luces un retroceso.
5. Se mantiene el carácter absoluto del derecho de propiedad, cuando hasta el código civil napoleónico admitía que la ley puede establecer limitaciones al derecho de propiedad.

Bibliografía

A., C. y. (1957). *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona.: s/e.

A., G. B. (1996). *Derecho Privado Romano*. Chile: Jurídica de Chile.

- ABADIA, J. L. (1962). *La Sucesión Legal en el Derecho Visigodo*. Barcelona.
- ALARCON, Y. E. (2015). La naturaleza no alimentaria de la poerción Conyugal o convivencial en Colombia. *Vniversitas*, 69.
- Angeles, F. G. (2006). *Los Derechos del Cónyuge Viudo en la Nulidad, Separación y Divorcio*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Benjamín., L. A. (2014). Derecho de habitación del cónyuge supérsitite, si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho. *Revista de Derecho. Themis* 66, 165.
- BETTI, E. (1955). *La estructura de las Obligaciones Romanas.* . S/C: S/E.
- BETTINI, A. B. (S/A). *La Ley*, t. 125. S/E.
- Bujan., F. (2011). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Portal del Derecho.
- C., ”. M. (1994). *Los Derechos Sucesorios del Cónyuge Viudo*.
- CABALLERO, P. (1987). *La reserva binupcial en el derecho histórico español; antecedentes y consecuentes de la ley 15 de Toro*. España.
- Carlos., E. (2015). El matrimonio como Conjunción entre amor y derecho es una óptica realisa y personalista. <https://core.ac.uk/download/pdf/83564853.pdf>, 1021.
- CASTAN, S. (1970). Reflexiones sobre el Origen de la Sucesión en Roma. *Revista Internacional de Derecho Romano.*, 2.
- César., B. A. (s.f.). *La Sucesín Intestada en la Reforma del Código Civil*. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/40-41/la-sucesion-intestada-en-la-reforma-del-codigo-civil.pdf>.
- César., M. (2004). *La Vivieda Unica como derecho fundamental*. Argentina : Mediterránea.
- Cralos., R. N. (S/F). El Código Napoléonico: fuentes y génesis. *Derecho y Sociedad* , 153 y ss.
- Curso de Derecho Privado Romano. (2006). En R. BERNAD MAINAR, *Curso de Derecho Privado Romano*. (pág. 524). Caracas: editorial sl.
- Darío, A. (1973). *Alimentos Congruos y Necesarios*.
- DEL MORAL, O. (2006). El Código De Bello en Panamá. *Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia)*, 8(1): 169-179, enero-junio , 171.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua, p. 1. (2005). *Diccionario*. S/C: S/E.
- DIEGO, c. p. (1992). *Sucesiones*. S/E.
- DOMINGUEZ BENAVENTE, R. y. (1990). *Derecho Sucesorio*. Chile: Jurídica de Chile.
- DORS, A. (2014). *El Código de Eurico*. Madrid: Edición, Palingenesia, Indices. Boletín Oficial del Estado,.

ENGELS, F. (Digitalizado en 2017.). *El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Alemania: Progreso proviene.

ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*,. Barcelona: Edit. PPU.

ESPIAU ESPIAU, S. (1999). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. Barcelona: Reus.

Espinosa, F. T. (2006). El concepto de derechos reales. *Revista de Derecho Privado*, 117.

F., E. D. (1995). Régimen Jurídico de la Vivieda Familiar. *Arazandi*.

Familia., M. d. (1983). *Proyecto de Código de Familia y del Menor*. Panamá: Ministerio de Trabajo.

FERNANDEZ BARREIRO, A. Y. (1997). *Fundamentos de Derecho Privado Romano* (Vol. 1). Madris: S/E.

E. DERECHO DEL TRABAJO

La eficacia de los mecanismos alternos de solución de conflictos en las relaciones laborales¹

Cecilio Cedalise Riquelme
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia
Sala 3ª Contencioso Administrativa y Laboral
Órgano Judicial de Panamá
cecilio.cedalise@organojudicial.gob.pa

Recepción: 10 de mayo de 2020

Aceptación: 30 de mayo de 2020

Resumen

El estudio que se presenta en esta oportunidad tiene por objeto revelar la eficacia que tienen los distintos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver los diversos conflictos que pueden darse en las sociedades, por razón de las relaciones de trabajo, sean individuales o colectivas, evitando que lleguen al torrente judicial de los sistemas que han sido diseñados para brindar el servicio público y esencial de administración de justicia, particularmente dentro de la jurisdicción laboral, y así contribuir con el mantenimiento de la convivencia pacífica. Ahora se conjugan algunas reflexiones que fueron divulgadas antes en publicaciones nacionales e internacionales, tras ser consideradas pertinentes y oportunas buscando compararlas con otras realidades de países cercanos a nuestro país, lo que motiva su difusión completa en este órgano de información de nuestra alma mater: el Anuario de Derecho.

Palabras clave

Conflictos laborales. Mecanismos de solución. Conciliación. Mediación. Arbitraje. Voluntario. Obligatorio. Eficacia. Efectividad.

Abstract

The study presented on this occasion aims to reveal the effectiveness of the different mechanisms established in the legal system to resolve the various conflicts that may arise in societies, due to employment relationships, whether individual or collective, avoiding that reach the judicial stream of the systems that have been designed to provide the essential public service of administration of justice, particularly within the labor jurisdiction, and thus contribute to the maintenance of peaceful coexistence. Now some reflections that were disclosed before in national and international publications are combined, after being considered pertinent and opportune, seeking to compare with other realities of countries close to our country, which motivates their complete dissemination in this information organ of our alma mater: the Law Yearbook.

Keywords

Labor disputes. Mechanisms of solution. Conciliation. Mediation. Arbitration. Voluntary. Required Effectiveness. Effectiveness.

¹ Con mucho cariño para mi nieta, GREICY ESTEFANIA, esperando que pueda vivir un mundo lleno de paz.

1. Los conflictos individuales y colectivos de trabajo y sus mecanismos de solución

La aparición de la cuestión social junto con la intervención estatal en las relaciones jurídicas entre particulares durante una época cargada de acontecimientos económicos y políticos, indudablemente, se convirtieron en factores detonantes para la construcción de una rama del derecho distinta a la conocida en tiempos pretéritos. Constantemente, se ha dicho que el Derecho del Trabajo es producto de un acto de intervención del Estado en las relaciones jurídicas de la sociedad industrial y nació como consecuencia del conflicto social, por tanto, las inequidades, discriminaciones y luchas ocurridas en ese periodo de la historia de la humanidad reflejan la necesidad de mantener una convivencia pacífica o interés por alcanzar la paz social.

Así las cosas, la presencia de esos fenómenos sociales que determinaron distintas formas de solución de conflictos, ponen de manifiesto que se dieron en un escenario donde los modelos productivos pertenecían a una sociedad en vías de desarrollo y que hoy son consideradas grandes sociedades industrializadas desde sus estructuras económicas y políticas donde siempre han existido las perturbaciones, intereses contrapuestos o conflictos sociales y particularmente los que pertenecen el mundo del trabajo.

En la doctrina clásica, sin atisbos (Cabanellas, 1966)², sostuvo que la expresión conflictos de trabajo envuelve posiciones de antagonismo entre los protagonistas de las relaciones de trabajo, cuya esencia o núcleo puede producir una perturbación de la paz laboral, buscando un fin determinado o un remedio para una situación de hecho concreta. Para (Bayon Chacón, 1962)³, ese tipo de conflictos envuelven una situación de oposición entre dos personas o grupos, respecto de un problema concreto, con fuerza suficiente para poder provocar un cambio de esa armonía que altere la normalidad de sus relaciones habituales. Con claridad meridiana, (Krotoschin, 1968)⁴, expuso que los conflictos de trabajo son entendidos como las controversias de cualquier clase que nacen de una relación de derecho laboral.

De acuerdo con las precisiones que fueron anotadas, (Montoya Melgar, 1995)⁵, más recientemente vino a expresar que los conflictos de trabajo suponen una situación de disidencia sobrevenida entre los sujetos de una relación jurídico-laboral (relación contractual, relación sindical, relación de Seguridad Social, etc.), basada en un objeto conflictivo jurídico-laboral, y exteriorizada a través de un procedimiento establecido por el Derecho para dirimir tales controversias. El fenómeno del conflicto laboral es concebido como una situación de discrepancia o, más bien, de controversia entre las partes de una relación que tiene una

² (1966, pp.49 a 51).

³ (1962, pp. 3 a 5).

⁴ (1968, p.35).

⁵ (1995, p.688).

intensidad variable y que puede hallarse latente o haberse exteriorizado conforme (OJEDA AVILES, 1995)⁶. Tras considerar que ellos no constituyen episodios excepcionales de anormalidad, sino manifestaciones de una diferencia esencial de intereses que forma parte de la sustancia misma de las relaciones de producción, acertadamente (Sanguineti Raymond, 2010)⁷, nos dijo que la noción de conflicto de trabajo es capaz de abarcar toda situación de contienda, contraposición o enfrentamiento entre trabajadores y empresarios, derivada de la existencia de puntos de vista o posturas distintas sobre una cuestión que les atañe, frente a la cual es preciso arbitrar algún tipo de mecanismo o medida dirigidos a favorecer su solución, con el fin de restablecer la normalidad en el seno de las relaciones laborales.

Bajo esos enfoques los conflictos de trabajo encierran la agudización de enfrentamientos de intereses que caracteriza las relaciones jurídicas, destinadas al desarrollo productivo de cualquier sociedad democrática, llevando a los actores sociales que intervienen en dichas relaciones a fijar posiciones extremas que tienen que ser canalizadas con los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para retornar al ambiente armónico y pacífico en las relaciones laborales.

En definitiva, los conflictos de trabajo vienen a ser el presupuesto necesario para la aplicación de los diferentes modos que han adoptado los sistemas jurídicos nacionales para encontrar una adecuada solución de los mismos y así lograr la convivencia pacífica de los asociados.

En cuanto a la clasificación de los conflictos de trabajo se han empleado distintos criterios o parámetros entre los cuales pueden mencionarse: la condición de las personas enfrentadas y que intervienen o participan en su desarrollo dentro ámbito de la empresa, el contenido de la reivindicación de los trabajadores u objeto intrínseco envuelto en el conflicto y el procedimiento o modo de resolverlos siempre que estén permitidos o autorizados por el ordenamiento jurídico.

Una vez establecida la tipología del conflicto, asimismo, queda determinada la técnica de intervención empleada para su adecuada solución. Dicha afirmación la comparto con (Sanguineti Raymond, 2010)⁸, cuando escribe que discurren dos vías diferentes como técnicas de solución de los distintos conflictos, a saber: la autocomposición, en la que son las partes que directamente resuelven la controversia mediante la negociación, y la heterocomposición, que se caracteriza por la intervención de un tercero ajeno de las partes, ya sea un particular o de un representante del Estado. Desde esa perspectiva pueden distinguirse cuatro

⁶ (1995, pp. 392 a 395).

⁷ (2010, p. 252).

⁸ (Ibid., pp. 255 a 257).

formas distintas de intervención externa en los conflictos de trabajo: la conciliación, en la que se asigna a un tercero interviniente exclusivamente la misión de propiciar el diálogo entre las partes, al objeto de facilitarles la búsqueda de soluciones por sí mismas, sin entrar en el análisis de fondo de la controversia o proponer soluciones; la mediación, donde el tercero, además de escuchar a las partes y favorecer el diálogo entre ellas, puede ir más allá, proponiéndoles soluciones, aunque de carácter no vinculante; el arbitraje, en el que las partes delegan en un tercero imparcial la potestad de dirimir la controversia mediante un laudo, que es obligatorio en sus términos; y la composición judicial, en la que es el Estado, mediante su organización judicial, quien resuelve la controversia con la expedición de una sentencia.

El conflicto laboral es canalizado por el ordenamiento jurídico siempre privilegiando la convivencia social, dejando a las partes a que escojan libremente la forma de resolverlo, que han sido establecidas en el sistema normativo.

De lo anterior se desprende y enfatiza la doctrina española (Gil Alburguerque, 2017)⁹ que los conflictos laborales, individuales o colectivos, pueden intentar resolverse mediante métodos heterónomos o de autocomposición. En la *heterocomposición* es un tercero ajeno a las partes en litigio el encargado de dirimir la controversia. Si este tercero se elige -directa o indirectamente- por las propias partes, y no pertenece a los órganos judiciales de los Estados, nos encontramos ante la institución del arbitraje. En la *autocomposición*, son las propias partes las que resuelven el conflicto, bien sin la intervención de un tercero alguno en la fragua del acuerdo (y ésta es la forma más frecuente y cotidiana de resolver conflictos), bien con la ayuda de una persona ajena a la controversia que ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo, a través de la conciliación (el conciliador no efectúa propuestas, limitándose poco más que a garantizar que el acuerdo reviste la forma adecuada), o de la *mediación* con participación más activa del mediador (...). La resolución de conflictos por medios no jurisprudenciales (fundamentalmente, conciliación, mediación y arbitraje), constituye lo que viene denominándose *Resolución Alternativa de Conflictos*, cuya posibilidad es una opción libre de las partes, y la ley no puede obligar más que a intentar un acuerdo, pero jamás a imponerlo en ese sistema legal; es decir que no tiene rango de derecho fundamental.

Apegado a este último planteamiento donde se expresa que el consenso equivale a la autocomposición y la intervención decisoria del tercero caracteriza la heterocomposición, según (Moreno Catena, 2017)¹⁰ dentro de la primera categoría se ubican la mediación y el arbitraje pertenece a la segunda de las fórmulas heterocompositivas, teniendo aquella la virtud solucionar el conflicto por los propios interesados pues la eventual

⁹ (2017, pp. 674 a 692).

¹⁰ (2017, pp. 45 a 70).

intervención de un tercero se limita a aproximar a las partes a favorecer su consenso (incluye la conciliación) aunque la pacificación del conflicto no es definitiva; mientras que en las otras formas que comprende también el proceso jurisdiccional es vinculante la decisión que define el conflicto donde interviene el tercero. Tanto la mediación que es un medio que ofrece nuevas ideas de diálogo y entendimiento, propuestas por un tercero denominado mediador, como el arbitraje donde las partes se someten a la definición del conflicto, hecho por el árbitro, que actúa por la libertad y autonomía de la voluntad de las partes, constituyen mecanismos alternativos de la función judicial del Estado.

El funcionamiento de esos modos de solución de conflictos de trabajo, obviamente, pretenden proporcionar a los sujetos enfrentados de mecanismos eficaces para la satisfacción de sus intereses, superando el sistema tradicional y autoritario de aplicación judicial de las disposiciones jurídicas o de las legislaciones nacionales. Es importante decir que han sido catalogadas como vías alternativas al proceso, este último representado en una decisión jurisdiccional que es dictada por el órgano judicial tras ser ventilado y definido por actos concatenados y sucesivos.

En Panamá, los conflictos laborales han sido canalizados tradicionalmente acudiendo a la jurisdicción de trabajo, establecida constitucionalmente en 1946 y desarrollada en el Código de Trabajo de 1947, aprobado mediante Ley 67, cuyo articulado no contempló la negociación colectiva ni otros mecanismos alternativos de solución de conflictos de trabajo, tal como ocurrió con el ordenamiento jurídico y la legislación laboral que advino posteriormente. Ello significa que la jurisdicción de trabajo fue la única vía utilizada para la solución de los conflictos de trabajo, según esos ordenamientos jurídicos.

Con relación al diseño constitucional y legal que imperaba antes en nuestro país, acertadamente dijo la doctrina nacional que no le dieron mayor cometido al sindicato, ni lo protegieron adecuadamente frente a las represalias patronales contra el movimiento sindical, el derecho constitucional de huelga claramente formulado sufrió en el Código el escamoteo de una reglamentación anárquica, confusa, de grandes vacíos y contradicciones, circunstancias jurídicas entre las cuales siempre naufragó la legalidad y por consecuencia la justicia, de toda huelga, según (Ricord, 1973)¹¹. Es obvio, entonces, que no se contemplaron disposiciones sobre la negociación y contratación colectiva.

Con la adopción del Código de Trabajo de 1972, hace algún tiempo, el jurista más destacado del siglo XX, (Fábrega Ponce, 1982)¹², sostuvo que los conflictos laborales pueden ser clasificados empleando distintos

¹¹ (1973, p.141).

¹² (1982, pp. 507 a 522).

elementos o criterios, a saber: tomando en cuenta sus protagonistas, calidad de las partes y/o la naturaleza de los intereses en pugna; según el objeto perseguido; según las vías o procedimiento de solución.

El primer criterio que atiende a la naturaleza de los intereses en pugna y a los protagonistas inmersos en el conflicto, diferenciando dichos conflictos en individuales, considerados como aquellos que envuelven la discusión de una cuestión estrictamente particular entre los sujetos vinculados con la relación de trabajo; y conflictos colectivos, entendidos como aquellos que tienen una dimensión colectiva o donde intervienen un grupo de trabajadores o una pluralidad de sujetos laborales, incluyendo empleadores.

De conformidad con el segundo criterio que alude a la finalidad perseguida con el conflicto, se distinguen los conflictos de aplicación o de derecho como aquellos que entrañan un debate sobre la interpretación o vigencia efectiva de una norma preexistente, sea de naturaleza legal, convencional o reglamentaria; y los conflictos de regulación o económicos son aquellos que persiguen la elaboración o creación de una nueva normativa o la modificación de la existente, sin pretender su cumplimiento.

Y, por último, atendiendo al tercer criterio que considera la vía de solución empleada para el conflicto, suelen diferenciarse los conflictos justiciables los cuales implican una solución por medio de los órganos jurisdiccionales creados por Ley; de aquellos conflictos negociables que son aquellos que llegan a resolverse mediante los procedimientos administrativos o mecanismos de autocomposición, esto es, exclusivamente solucionados por vía del entendimiento entre las partes o estricta negociación, sea con ayuda o no de un tercero. En este último criterio o parámetro las diversas formas de solución de conflictos que se han diseñado e identificado en los diversos sistemas jurídicos, incluyendo los laborales, suelen encontrarse el arreglo directo, la conciliación, la mediación, el arbitraje, la decisión judicial y la huelga que representa, a su vez, una medida de presión o de autotutela colectiva.

Concretamente, el *arreglo directo* o entendimiento entre las partes es la forma donde las partes, por sí solas, procuran y acuerdan solucionar sus conflictos, sin acudir a un tercero. La *conciliación* es la vía estatuida por la Ley, válida en todos los conflictos laborales, tanto a nivel privado como en el plano administrativo o judicial, mediante la cual se transita hacia una solución de los conflictos laborales. No constituye en sí misma un mecanismo, sino un procedimiento previsto legalmente dentro de los conflictos colectivos de trabajo. La *mediación* representa la vía de solución de conflictos colectivos que se surte a instancias de un funcionario administrativo o un tercero, donde éste presenta o formula propuestas, las cuales no tienen valor decisorio. Finalmente, el *arbitraje* supone la forma que registra la intervención de un tercero, ajeno al diferendo, cuya decisión es obligatoria como solución de los conflictos de trabajo. En esta oportunidad voy a ocuparme de los últimos dos mecanismos, sin que ello signifique que no sean abordados los otros modos

de solución de conflictos de trabajo, como son la negociación directa y la conciliación que cuentan con peculiaridades que se pondrían al descubierto en otra comunicación.

Todos esos modos de solución de conflictos de trabajo están regulados en el Código de Trabajo vigente, quedando configurados para su aplicación no sólo en la esfera individual, sino permitiendo su operatividad inclusive en el campo colectivo.

2. El procedimiento discrecional y obligatorio de la conciliación laboral

Los profesores (Camerlynck/Lyon-Caen)¹³, en su obra sobre Derecho del Trabajo, conciben la conciliación como un trámite que tiende a la aproximación de los puntos de vista antagónicos, generando la aceptación de una solución de tipo transaccional o contractual, por lo que el enfrentamiento finaliza con el acuerdo el conflicto laboral.

Este tipo de procedimiento en materia laboral reviste características muy especiales que la diferencian de la conciliación que opera en otras ramas del derecho, en cuanto a sus modalidades y efectos. Así, la conciliación laboral tiene cabida en conflictos individuales como en conflictos colectivos de trabajo; además puede ser aplicado por autoridades administrativas y jurisdiccionales dentro de conflictos individuales de trabajo, revistiendo un carácter voluntario y obligatorio, según sea una etapa previa a la contienda judicial; y finalmente presenta consecuencias y efectos distintos en uno y otro ámbito de aplicación. En esta parte del estudio voy a referirme primero a la conciliación en los conflictos individuales de trabajo, donde opera de forma voluntaria, sea en sede administrativa o judicial, y luego a su tramitación obligatoria que tiene vigencia dentro de los conflictos colectivos de trabajo donde funcionan plenamente la mediación y el arbitraje.

En cuanto al procedimiento de conciliación que puede aplicarse a los conflictos individuales de trabajo, es catalogado como uno de los servicios que brinda en el territorio nacional la administración del trabajo o, dicho de otro modo, una de las funciones de la autoridad administrativa de trabajo conforme el Decreto de Gabinete No. 249 de 1970, a través del cual se dio vida al Ministerio de Trabajo. Esta actuación de la autoridad estatal persigue los entendimientos amigables entre los actores de las relaciones de trabajo que se encuentran en conflicto o distanciadas por los naturales intereses contrapuestos que requieren ser armonizados por la intervención de una entidad ajena a dicha relación jurídica. Fundamentalmente, esta

¹³ (1974, p.510).

actividad se ejerce en los conflictos jurídicos, complementando la tradicional función de supervisión o policía que asume y cumple la inspección del trabajo.

Cuando el trabajador acude ante la autoridad administrativa de trabajo, primordialmente, se produce ello basado en una facultad discrecional o en función de una iniciativa voluntaria dado que puede ejercitar las acciones legales correspondientes, sin necesidad de esa intervención del Ministerio de Trabajo, pero el empleador sí tendrá que comparecer porque la ley impone sanciones cuando sean desobedecidas las citaciones u órdenes de las autoridades constituidas. El hecho que sea presentado un reclamo ante la autoridad administrativa de trabajo, lo que entraña el anuncio de un conflicto calificado como individual, es el producto de una actividad discrecional o un acto voluntario dentro del ordenamiento laboral, y no obligatorio o exigencia fijada previamente para el ejercicio de la correspondiente acción legal.

En esos casos, el papel del conciliador es de intermediación según el maestro Rolando Murgas Torrazza¹⁴, y en buena medida actúa como instrumento fiscalizador del cumplimiento de las normas laborales, por cuanto su intervención se configura en la práctica más que en sugerir concesiones de cada parte, en la determinación -aun sin carácter vinculante- de las consecuencias jurídicas de la situación objeto de la conciliación. Frente a la conciliación judicial, la conciliación administrativa ofrece evidentes ventajas, en cuanto de un lado supone la superación de la objeción que suele hacerse a la primera en el sentido de que en manos de los jueces se convierte muchas veces fórmula rutinaria con escasos resultados prácticos, mientras que el conciliador administrativo tiene exclusivamente esa función que la experiencia demuestra que normalmente ejerce con eficacia en los resultados. Su inconveniente sería que se estarían avalando renunciaciones de derechos por parte de los trabajadores.

La conciliación administrativa se pone de manifiesto antes de iniciarse el proceso laboral, lo que implica que puede o no ser activada esta instancia sin presentarse un reclamo judicial, pero no puede considerarse como una exigencia necesaria al acceso a la vía jurisdiccional. El acta que sea levantada ante el acuerdo conciliado de las partes, podrá ser empleado como documento que presta mérito ejecutivo en un proceso ejecutivo, según lo previsto en el artículo 994 del Código de Trabajo. Dicha acta representa la prueba documental idónea para la iniciación de este tipo de proceso de trabajo, siempre que ella contenga una obligación que sea clara, exigible y de plazo vencido, es decir, una obligación insatisfecha e incumplida.

¹⁴ (1987, pp.174.175).

La otra clase de conciliación, nombrada como judicial, implica una concreta actividad que debe desplegar el juzgador dentro de un proceso común de trabajo, o es vista como una etapa de un determinado proceso laboral. Dicha actividad debe ser realizada no fuera del proceso sino dentro de su conformación, lo que permite identificarla como fase procesal y no como un presupuesto del proceso judicial.

De ella Rolando Murgas Torrazza¹⁵ nos informa que, al mismo tiempo que etapa -generalmente obligatoria- del proceso laboral, la conciliación constituye un verdadero modo de terminación de aquél, aunque pueda decirse que el proceso termina por el allanamiento a la pretensión o reconocimiento, o bien envuelve la fórmula del avenimiento, con la salvedad de que este último debe revestir particularidades especiales a fin de que no constituye renuncia de derechos por parte del trabajador. En el fondo, la conciliación es el acto procesal previsto para el desarrollo del proceso, que puede tener resultados positivos o negativos, mientras que el reconocimiento o la transacción vienen a constituir el resultado positivo (total o parcial) de ese acto procesal.

La conciliación judicial tiene cabida en el proceso común de trabajo, según el artículo 963 del Código de Trabajo, al disponerse que antes de iniciarse la audiencia el juez en primer lugar debe procurar avenir a las partes. Dicha regla no se aplica al proceso abreviado de trabajo regulado en el artículo 991 del mismo Código. No obstante, dentro del procedimiento que rige para los procesos que se ventilan ante las Juntas de Conciliación y Decisión, en virtud de la Ley 7/75 del 25 de febrero el artículo 10 establece que se procurara conciliar a las partes al comenzar la audiencia que se celebre en la Junta.

Interesa destacar que no existe norma que establezca la posibilidad de un intento conciliatorio por parte de juez fuera de la audiencia, aunque el artículo 533 del Código de Trabajo permite que el juez pueda citar personalmente a las partes y a sus apoderados a una audiencia especial, cuando advierta que su comparecencia pueda ser beneficiosa para la concentración, validez o simplificación de los actos procesales, audiencia donde bien podrá intentar la conciliación total o parcial de la controversia. Además, en todo momento dentro del proceso laboral está abierta la posibilidad que las partes arriben o lleguen a un avenimiento sin la intervención del juez, concretándose ello en un desistimiento o allanamiento de la pretensión, ambas fórmulas revisten medios excepcionales de terminación del proceso según el Código de Trabajo.

¹⁵ (Ibid, p.179).

El juez podrá rechazar el acuerdo que considere violatorio de los derechos que las leyes confieren a los trabajadores, según la facultad prevista en el artículo 963 del Código de Trabajo. En el caso de avenimientos concretados directamente por las partes y llegan a ser presentados ante el juez, es necesaria la aprobación del juez para que termine el proceso eventualmente, y normalmente ellos revisten la forma de desistimientos o allanamientos o reconocimientos de la pretensión de los trabajadores. Se debe anotar que el desistimiento es una fórmula que puede ser utilizada para encubrir renuncia de derechos por parte del trabajador y, por tanto, suelen ser rechazados o no aprobadas las transacciones que han motivado esta forma excepcional de terminación del proceso. El Código de Trabajo en el artículo 941 dispone que el desistimiento de la demanda, instancia o proceso, no extingue el derecho lo que sugiere que la certeza de la cosa juzgada se podrá alcanzar cuando la conciliación opere en la forma legalmente establecida y se cumpla con la aprobación del juez. Entonces, el efecto de la cosa juzgada sólo aparece cuando la conciliación ocurra dentro del proceso.

De esta forma la conciliación judicial, aplicable a los conflictos laborales individuales y colectivos, aparece regulada en la legislación panameña.

Los conflictos colectivos de trabajo, específicamente, constituyen el presupuesto necesario para la aplicación de la mediación y el arbitraje como vías legítimas destinadas a la solución de dichos conflictos. De acuerdo con la legislación panameña dichos conflictos laborales pueden ser de dos clases, a saber: de derecho o jurídicos o de intereses o económicos, siendo los primeros aquellos que tienen por objeto la interpretación o aplicación de la normativa aplicable a la colectividad o grupo de los trabajadores respectivos; mientras que los segundos son aquellos que tienen por objeto la celebración o modificación de la contratación colectiva que contienen reivindicaciones socioeconómicas de los trabajadores organizados generalmente. (arts. 417 a 420 del CT).

Esos tipos de conflictos de trabajo aparecen cuando se proponen pliegos de peticiones por los trabajadores organizados o por un grupo de trabajadores no organizados, como lo autoriza la legislación panameña, los cuales tendrán que plantearse ante la autoridad administrativa de trabajo a fin de someterlos al procedimiento de conciliación previsto en dicho instrumento jurídico que, igualmente, dispone la forma y contenido que deben llenar esos pliegos de peticiones.

El procedimiento de conciliación administrativa que es operado en la negociación colectiva, entre nosotros, tiene fuerza obligatoria para las partes sumergidas en el conflicto de trabajo al punto que ellas deben

comparecer a todas las sesiones que sean convocadas, siendo sancionadas sus inasistencias como desacato y las renuencias son consideradas abandono de la conciliación. (arts. 437 y 438 CT).

La conciliación comienza con la presentación de los pliegos de petición y durante su desarrollo todo el trámite debe surtirse con ausencia de formalismos y con la flexibilidad que esta materia tiene como un rasgo característico, teniendo el funcionario conciliador que limitarse a actuar como intermediario entre las partes y tener un papel de mero director del debate, sin posibilidades de imponer los entendimientos o acuerdos destinados a la solución del conflicto. Para tales efectos el funcionario deberá basarse en sus técnicas y aptitudes derivadas de su preparación y experiencia dentro de la unidad respectiva del Ministerio de Trabajo. Dicho trámite obligatorio concluye cuando transcurren los plazos legales y sus prórrogas, cuando no sea contestado el pliego de peticiones dentro del plazo o cuando se retiren de la conciliación o demuestren su renuencia a dicho procedimiento, cuando se llegue a acuerdo o se convenga someter el conflicto a arbitraje.

Por tanto, se observa que resulta obligatorio el procedimiento de conciliación en la negociación colectiva que tiene lugar en las relaciones laborales donde han surgidos graves conflictos que merecen ser canalizados por las autoridades mediante las fórmulas jurídicas. Es importante decir, que el procedimiento conciliatorio que se aplica en las negociaciones colectivas, es distinto a la conciliación que se lleva a cabo ante la autoridad administrativa de trabajo en los conflictos individuales, cuyo tramitación es el resultado de una facultad discrecional del trabajador, al igual que suele aplicarse en el terreno judicial por el juez de trabajo como un trámite previo al desarrollo del debate judicial ante una causa sometida a su escrutinio mediante un pronunciamiento de mérito.

3. Las particularidades de la mediación y arbitraje en los conflictos colectivos

Para los autores (Carmerlynck/Lyon-Caen, 1974)¹⁶, la mediación es el procedimiento intermedio entre la conciliación y el arbitraje, provisto de una cierta flexibilidad donde el mediador no tiene la misión de zanjar las diferencias sino ofrecer las posibles alternativas para la solución del conflicto. Aparece cuando las discusiones han llegado a un punto muerto y las partes acuden voluntariamente a su aplicación. El mediador contribuye a aclarar cuestiones y además elabora y examina las opciones para el posible acuerdo entre las partes en conflicto, previo el encausamiento de las negociaciones. Mientras, que el arbitraje es un mecanismo que envuelve la disposición de las partes o de una de ellas para someter el conflicto a la definición de una persona ajena al diferendo, pudiendo ser voluntario o impuesto lo que se traduce en ser

¹⁶ (1974, pp.512-514).

obligatorio o forzoso. Se dice es un juez particular y circunstancial escogido por las partes interesadas que aplica el derecho zanjando así las diferencias.

En el plano nacional, tanto la mediación como el arbitraje, representan mecanismos de solución de conflictos laborales que operan ante el fracaso de la negociación de las partes y cuentan con una expresa regulación dentro del Código de Trabajo de 1972, tal como fuera apuntado previamente, y tienen su exclusivo ámbito de aplicación dentro de las relaciones colectivas, regidas por dicho ordenamiento jurídico, donde intervienen trabajadores organizados y empleadores y se encuentran sumergidas en situaciones de conflictos.

Con relación al primer método debe anotarse que el ordenamiento laboral no contempla una rigurosa diferenciación entre la conciliación y la mediación, aunque se observa que aquella es aplicada en conflictos laborales, sean individuales como colectivos, mientras que la mediación está reservada para los conflictos colectivos. Así, se aprecia que el artículo 421 del Código de Trabajo permite que las partes soliciten la intervención de un funcionario del Ministerio de Trabajo, antes de acudir a los tribunales de trabajo, a fin de intentar una solución por vía de la mediación cuando exista un conflicto colectivo de tipo jurídico. Dentro de la disposición legal citada, se agrega que dicha solicitud no está sujeta a formalidad alguna, pero cuando el conflicto sea de aquellos que admiten el ejercicio del derecho de huelga, las partes pueden plantearlo también por medio de un pliego de peticiones.

La atenta lectura de la mencionada norma, según (Murgas Torrazza, 1987)¹⁷, permite destacar lo siguiente:

- Que a la mediación se acude antes de someter el conflicto colectivo jurídico al conocimiento de los tribunales de trabajo, aunque no existe impedimento para que luego de promovido ante los tribunales pueda darse también la mediación como suele ocurrir en la práctica, dando a entender que se trata de un mecanismo previo al acceso a la justicia laboral.
- Que la mediación comienza con la solicitud que cualquiera de las partes, elevada al Ministerio de Trabajo, con el propósito de lograr su intervención y, por esa vía, la eventual solución del conflicto, entiendo que la iniciativa de cualquiera de las partes conduce al acuerdo previo y necesario que se comunica a la autoridad administrativa de trabajo.
- Que la solicitud no está sujeta a ninguna formalidad.

¹⁷ (1987, pp. 169 a 171).

- Que si el conflicto colectivo de índole jurídica permite el ejercicio del derecho de huelga, las partes podrán plantearlo también por medio de pliego de peticiones, sin que sea necesaria la tramitación del procedimiento de conciliación obligatoria establecida en la Ley.
- Que, pese a la ausencia de un procedimiento especial aplicable a la mediación, el funcionario que haga las veces de mediador podrá echar mano de las técnicas que estime conveniente para la solución del conflicto.
- Que la mediación no está sujeta a períodos mínimos ni máximos de duración.
- Que la mediación puede ser promovida por una organización sindical e igualmente por un grupo no organizado de trabajadores, aunque dicha situación no aparezca expresamente contemplada en el artículo 421 del Código de Trabajo.

A pesar de que la norma antes examinada circunscribe su regulación a la mediación en los conflictos colectivos de naturaleza jurídicos, en la práctica se utiliza este mecanismo en los conflictos colectivos de intereses o económicos, especialmente cuando se pretende la adopción de una convención colectiva mediante la negociación colectiva o conflicto de regulación y no de aplicación. Debe recordarse que la mediación se surte sin sujeción a términos, ni formalidades especiales, ni a la inminencia de una huelga, pues las partes desarrollan su comunicación colaborativa con la participación del funcionario especializado de la autoridad administrativa de trabajo o, mejor dicho, bajo la asesoría del tercero (mediador) que aplica técnicas efectivas para la solución del conflicto de trabajo.

En definitiva, concuerdo con (Egla Cornelio Landero, 2017)¹⁸, cuando afirma que la mediación laboral es una de las vías legítimas a la que las partes tienen derecho a elegir como acceso a la justicia, representando uno de los procedimientos voluntarios que son empleados, con la ayuda de terceros, para resolver sus disputas o conflictos de trabajo. Bajo su óptica la mediación constituye una expresión de la justicia alternativa donde primordialmente todas las partes tienen que involucrarse en la solución de esas particulares disputas o controversias, surgidas de las distintas problemáticas ocurridas durante el desarrollo de las relaciones de trabajo. Para ella, es un derecho constitucional, reconocido a partir del 2008 y es aplicable incluso en el ámbito de los conflictos de trabajo, pone en jaque el acceso a la justicia o jurisdicción laboral porque las partes pueden colocarla en pausa y resolver sus desacuerdos cuando decidan la utilización de ese mecanismo. Por tanto, la mediación implica un tratamiento horizontal de la comunicación, porque sitúa a las partes en un plano de igualdad, diferente a la vieja concepción de la justicia tradicional donde la autoridad que resuelve la disputa se coloca en la parte superior del vértice.

¹⁸ (2017, pp. 157 a 181).

Por su parte, el arbitraje laboral fue establecido, por vez primera, con el Código de Trabajo de 1972, ya que la derogada legislación laboral no lo contemplaba. Su regulación está contenida a partir del artículo 452 hasta el 474, siendo ella objeto de varias reformas sustanciales como se describen más abajo. De acuerdo con esta legislación el arbitraje aparece reconocido como uno de los medios de solución de conflictos colectivos de trabajo, puesto que no opera en los conflictos individuales. El primitivo sistema de arbitraje laboral se ajustaba fielmente a los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo, pero a partir de sus reformas iniciadas en 1976, se produce un distanciamiento de estas directrices internacionales que no permite su imposición gubernamental.

El texto original del artículo 452 consagraba exclusivamente el arbitraje voluntario y circunscribía su aplicación a los conflictos colectivos de naturaleza económica, excluyendo los conflictos colectivos de índole jurídica. Desde su establecimiento legal sólo operaba este mecanismo si las partes lo decidían y lo solicitaban a la autoridad administrativa de trabajo.

En 1976, se eliminó el último párrafo que establecía el ámbito de aplicación del arbitraje y en su reemplazo se incorporó, por vez primera, el *arbitraje obligatorio* que podía tener lugar en dos supuestos concretos: si el conflicto se hubiera producido dentro de una empresa de servicio público o cuando hubiesen surgido graves perturbaciones económicas con repercusiones nacionales o regionales.

El reformado artículo 452 del Código de Trabajo fue modificado en 1981, suprimiéndose uno de los supuestos que permitían el arbitraje obligatorio, pero lo mantuvo para los casos de los conflictos o huelgas en las empresas de servicios públicos.

En nuestro medio, bajo el amparo de esa legislación derogada, la concepción judicial del arbitraje fue elaborada como una eventual prolongación del procedimiento de conciliación y, además, dispuso que el fallo arbitral tiene los mismos efectos que los acuerdos que se hubiesen alcanzado conforme el trámite legal para evitar o terminar la huelga, según el fallo del 8 de junio de 1984, dictado en un proceso de trabajo iniciado en uno de los Juzgados de Trabajo de la 2da. Sección. Se desprende que el arbitraje laboral tiene como finalidad evitar la prolongación de la huelga.

Posteriormente, en 1990, se estableció de forma transitoria el supuesto que permitía el arbitraje obligatorio, cuando el conflicto implicaba, inexorablemente, perturbaciones económicas para las empresas.

Concluido el periodo de vigencia de la anterior medida legislativa que había sido impuesta, en 1993, después de la invasión norteamericana al territorio panameño, se dispuso que el arbitraje obligatorio sólo procedía ante los conflictos colectivos o huelgas en las empresas de servicios públicos, retornándose prácticamente a la situación contemplada en 1981.

Una última reforma se introdujo en 1998, en virtud de la cual se dispuso que la Dirección General de Trabajo, podía imponer el arbitraje en el sector privado, cuando la huelga hubiera deteriorado, gravemente, las condiciones socioeconómicas de los habitantes de la región o del país. Se restauraba ahora con *sentido permanente* el supuesto contenido en la reforma de 1990, cuya fuente se hallaba en la normativa adoptada en 1976, donde se instauraba por vez primera el arbitraje obligatorio.

El supuesto exhumado y revivido con esta medida legislativa, en el fondo, buscaba la desarticulación de la huelga o más bien la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, tal como lo hizo la *Ley de Chapelier*, en 1791, desconociendo que éste es el medio idóneo empleado por los trabajadores para la obtención, conservación y protección de sus derechos.

Esta iniciativa legal fue cuestionada, con dureza como afirmara (Ayala Montero, 1998)¹⁹, tras advertirse que ella entrañaba una parcialización hacia los empresarios, representando una marcada protección del capital que obstaculiza la materialización del mecanismo de presión por excelencia de los trabajadores envueltos en un conflicto colectivo, puesto que se intentaba desnaturalizar el derecho de huelga con lo cual estuve de acuerdo.

Tomando en cuenta las consideraciones elaboradas donde se manifestaba que se contrariaba el contenido del antiguo artículo 65 de la Constitución Política, vigente cuando fue expedida la Ley 45/98, pues era procedente y conveniente que la misma fuera declarada inconstitucional puesto que el derecho de huelga resultaba cercenado y estaba en peligro, pues sólo podía sujetarse a restricciones en el sector público no así en el sector privado.

Basado en lo anterior la Corte Suprema de Justicia dispuso la inconstitucionalidad el inciso final del artículo 452 del Código de Trabajo incorporado por la Ley 45/98, tras haberse referido a la protección constitucional del derecho de huelga en el derecho panameño, enfatizando que el arbitraje obligatorio desnaturaliza dicho

¹⁹ (1998, p. A-10).

medio de *autodefensa colectiva* que constituye el instrumento más efectivo que se encuentra en manos de los trabajadores para lograr el mejoramiento de sus condiciones de trabajo.

Después de las modificaciones que ha sufrido el artículo 452 del Código de Trabajo, éste ha quedado con un campo de aplicación más amplio, si tomamos en cuenta la redacción en su versión original puesto que ahora se contempla el arbitraje obligatorio y opera en los conflictos de intereses como en los conflictos de derecho. Se vino a extender el radio de acción del arbitraje laboral en Panamá. Se observa que el arbitraje obligatorio se impone una vez haya iniciado la huelga, haciéndola cesar inmediatamente, por lo que, con justa razón, se ha dicho conforme el planteamiento de (Murgas Torrazza, 1987)²⁰ que ello entrañar utilizarlo como medio de excluir el derecho de huelga y no como un mecanismo de solución del conflicto colectivo.

Asimismo, se advierte que las reformas al Código donde se plasmaron los dispositivos estableciendo el arbitraje obligatorio se alejaron de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo, conocida como OIT, puesto que se impusieron para entorpecer el ejercicio del derecho de huelga. Y tuvieron motivaciones muy parecidas, siendo adoptadas en circunstancias similares, las cuales fueron las respuestas que los gobiernos dieron a las reacciones del movimiento sindical hacia la política económica proveniente o impuesta por los organismos internacionales.

Con fundamento en lo antes expuesto, el arbitraje laboral ha sido clasificado por la doctrina nacional, atendiendo a la obligatoriedad de someterse a este procedimiento y a los efectos del fallo arbitral, distinguiéndose entre el arbitraje *voluntario* y el arbitraje *obligatorio* o imperativo. El primero se presenta por acuerdo común de las partes, mientras que el segundo es impuesto por ministerio de la Ley por disposición de la autoridad de trabajo, quedando las partes sometidas a la decisión final.

Según mi visión el esquema del arbitraje laboral dentro del ordenamiento jurídico vigente, a grandes rasgos, es el siguiente:

- La *intención* de someter el conflicto colectivo a arbitraje sólo tiene validez si se pone de manifiesto en un compromiso firmado dentro del procedimiento de conciliación o una vez haya concluido éste, siempre que este corriendo el plazo para declarar la huelga. Por tanto, cualquier compromiso adoptado con anticipación al surgimiento del conflicto no produce efectos jurídicos.

²⁰ (Ob. Cit., p. 194).

- Su *configuración* dentro del sistema legal obedece a la decisión de las partes, antes o durante el desarrollo de la huelga, o a la imposición de la autoridad administrativa de trabajo cuando el conflicto se produzca en una empresa de servicio público.
- La *designación* de los árbitros corresponde a las partes en conflicto, si las partes no se ponen de acuerdo dentro del plazo establecido, el escogimiento le tocará a la autoridad de trabajo.
- La *constitución* del tribunal arbitral se da cuando se designa a los árbitros y se escoge a la tercera persona que actúa como presidente, quien podrá ser funcionario de la autoridad de trabajo, siempre que no haya tenido participación en la conciliación. Tienen los mismos privilegios, derechos protecciones e inmunidades que los Magistrados de los Tribunales Superiores de Trabajo y sus honorarios son fijados por la autoridad de trabajo.
- La *actuación* del tribunal se desarrolla y funda en los principios de igualdad de las partes y de contratación o defensa y los procedimientos no están sujetos a ninguna formalidad especial respecto de la recepción y valoración de la prueba.
- La *decisión* final denominada laudo arbitral, se adopta por mayoría de votos y debe ser motivada. No puede afectar derechos reconocidos en la Constitución, la ley, el convenio colectivo y otros, ni fijar condiciones inferiores.
- En cuanto a la *impugnación* del laudo arbitral, este no admite recurso alguno, pero su anulación puede obtenerse a través del proceso abreviado de trabajo por los motivos siguientes: a. cuando el laudo arbitral recaiga sobre un punto que no ha sido sometido a arbitraje; b. cuando haya desmejoramiento de las condiciones de trabajo; c. cuando el laudo se haya emitido fuera del plazo fijado y las partes oportunamente así lo hayan denunciado; y d. cuando el compromiso sea nulo o ineficaz.

En definitiva, el arbitraje laboral debe ser visto como *la alternativa del convenio colectivo no como el sustituto de la huelga*, aunque en nuestro derecho la posibilidad de imponerlo de forma obligatoria implica la supresión del derecho de huelga o un brutal ataque a su ejercicio en la práctica.

Entre nosotros el arbitraje constituye un mecanismo de solución de conflictos colectivos donde intervienen trabajadores y empleadores, organizados o no, estrictamente recaídos sobre aquellos puntos de naturaleza económica y se caracteriza por la intervención de personas ajenas al diferendo que tienen la misión de resolverlos, a través de sus decisiones que reciben el nombre de laudos arbitrales que son de obligatorio cumplimiento. En términos generales, se trata de un medio que opera ante el fracaso de la negociación colectiva. No opera en los conflictos individuales de trabajo dentro de la realidad panameña, tal como se

desprende de su regulación en el ordenamiento vigente, aunque la jurisprudencia nacional, en contadas ocasiones, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular y no fue encarado el desafío.

En materia laboral se sostiene que el arbitraje es una figura jurídica con característica *sui generis* representa una derogación de la jurisdicción en cabeza del Estado, como explican (Cerón Coral y Pizarro Jaramillo, 2007)²¹, por cuanto tiene la potestad de declarar el derecho de forma excepcional y conduce a la descongestión del aparato de justicia. De carácter voluntario, los sujetos en controversia o que prevean que puedan llegar a estarlo determinan voluntariamente que su diferencia no sea decidida por el Estado, sino por un particular a quien le reconocen la competencia para resolver sus desavenencias. Son las partes o en algunos casos la Ley, quienes no deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal u ordenar la regulación del conflicto a través del arbitraje.

También fue contemplado el arbitraje dentro del régimen especial, incorporado con la Ley 19/97 del 11 de junio por medio de la cual se regulan las relaciones laborales en la Autoridad del Canal de Panamá, en adelante ACP, que vino a instituir dicho mecanismo de solución de conflictos laborales, en su modalidad voluntaria únicamente, ya que no dispuso el arbitraje imperativo u obligatorio. Dicho instrumento legal fue adoptado por virtud del mandato constitucional (art. 322 CPP) que se introdujo en Panamá, mediante Acto Reformatorio de los años 1993-1994, reflejando un gran pacto nacional, tras la entrada en vigencia de los Tratados Torrijos Carter firmados en 1977.

En este ámbito jurídico el arbitraje tiene aplicación en las particulares relaciones laborales, regidas por el instrumento legal citado, sus reglamentos y convenciones colectivas, donde quedan sometidos la Autoridad como administradora del servicio del tránsito por el Canal de Panamá y los trabajadores que pueden pertenecer a una unidad negociadora y participar en la negociación colectiva en materias sujetas a dicho procedimiento.

Se impone que toda convención colectiva de trabajo tenga un procedimiento para la tramitación de quejas, que incluirá la facultad de invocar el arbitraje y medios alternativos para resolverlas como por ejemplo la mediación a la que me referiré abajo. Este constituirá el procedimiento administrativo exclusivo para resolver las quejas.

²¹ (2007, pp. 63 a 65).

De acuerdo con la legislación laboral especial que rige en la ACP, el arbitraje constituye la última instancia administrativa de la controversia, esto es, el mecanismo idóneo para resolver las disputas surgidas en dicho campo y la decisión adoptada denominada laudo, resulta de obligatorio cumplimiento para las partes, pudiendo ser impugnada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por los siguientes motivos: cuando el laudo arbitral contenga una interpretación errónea de la Ley o los reglamentos; cuando se ponga de manifiesto la parcialidad del árbitro; o cuando se haya incumplido con el debido proceso en el desarrollo del arbitraje. El arbitraje solamente puede ser invocado por la Autoridad o el representante exclusivo y sus costos se dividirán en partes iguales entre la Autoridad y la organización sindical respectiva. El costo del arbitraje en la ACP es de cuatro (4) mil balboas, dividido en dos (2), una para la unidad negociadora y la otra para la Administración; pudiendo este elemento convertirse en un mecanismo de presión al someterse un centenar de disputas al arbitraje lo que equivaldría y se convertiría en una carga económica costosa para la parte que no cuente con los suficientes recursos para tales efectos.

Con respecto al medio impugnativo que podrá ser interpuesto contra el laudo arbitral, y que no es calificado por la ley, un sector doctrinal estima que se trata de una especie de casación según (Torres De León, 1997)²²; no obstante, desde mi punto de vista, técnicamente se ha instituido un verdadero recurso de homologación o revisión, dado que la finalidad que se persigue es la anulación o confirmación de la decisión arbitral, tal como expuse con anterioridad (Cedalise Riquelme, 2009)²³. Dicho remedio es tramitado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, siendo la decisión que sea adoptada definitiva y obligatoria.

Adicionalmente, el reglamento de relaciones laborales de la ACP establece que el laudo arbitral recaerá sobre las pretensiones de las partes e incluirá las disposiciones necesarias para delimitar, facilitar y orientar su ejecución, así como podrá condenar los salarios caídos, según procedan, junto con sus respectivos intereses y los honorarios de los abogados. Interesa advertir que el acuerdo No. 42 del 27 de marzo de 2001, se ocupa del procedimiento que rige el arbitraje en la ACP, al igual que a las actuaciones de los árbitros, quienes han recibido una capacitación especial como lo tiene previsto la Ley Orgánica.

Con la promulgación de la Ley 19/97, como se dijo, vino a ser creada la Junta de Relaciones Laborales, JRL, con el propósito de promover la cooperación y el buen entendimiento en las relaciones laborales, así como resolver conflictos laborales que están bajo su competencia. Dicha entidad estaría integrada por cinco (5) miembros designados por el presidente de la República de listas elaboradas de común acuerdo, por la administración de la Autoridad y los representantes exclusivos, por un periodo de cinco años prorrogables.

²² (1997, p.21).

²³ (2000, pp. 763 a 767).

Sus decisiones se tomarían con plena autonomía e independencia. También tendrá competencia privativa para resolver las disputas de negociabilidad y los estancamientos en las negociaciones, entre otras cuestiones que no interesan a esta entrega, según lo establecido en el artículo 113, al igual que designar investigadores, facilitadores, mediadores y árbitros que estén familiarizados con el régimen especial de la ACP.

Dentro de las negociaciones que se llevan a cabo en el contexto de las relaciones laborales de la ACP, en base a intereses, cualquiera de las partes podrá solicitarle a la JRL que le asigne un facilitador que los asista en dicho proceso. En ese ámbito la mediación puede ser ejercida por personas que hayan recibido la capacitación en un centro especializado o institución educativa, debidamente reconocida por la JRL, y debe haber recibido un certificado que lo acredite como mediador idóneo con conocimientos del régimen laboral que rige en la Autoridad del Canal de Panamá, según el reglamento de mediación aprobado el 22 de marzo de 2004, identificado como Reglamento No 23.

La mediación solicitada se orienta en los principios de la autonomía de las partes, de equidad, de neutralidad, de confidencialidad y de eficacia.

Este método alternativo de solución de conflictos laborales puede darse cuando las partes necesiten la asistencia de un mediador, ya sea para llevar a cabo una negociación o resolver un conflicto, enviando por separado o en conjunto una solicitud dirigida al presidente de la JRL. También podrá recomendarse la mediación cuando la Junta detecte la necesidad de aplicar dicho método. En aquellos casos que no son de competencia de la Junta, ésta podrá suspender los procesos en cualquiera de sus etapas con el fin de recomendar a las partes una mediación.

Una vez se haga la solicitud de mediación ella deberá contener información completa de las partes que la pidan y una breve descripción de la causa o disputa que origina su aplicación.

El procedimiento que sea aplicado en la mediación será informal, teniendo las partes que mantener respeto entre sí y hacia el mediador durante todo el proceso. Las personas que participen en las reuniones de mediación deberán tener capacidad de decisión. Desde la primera sesión de la mediación, las partes y el mediador establecerán las pautas para el desarrollo del proceso de la mediación y suscribirán un convenio de confidencialidad en virtud del cual no podrán divulgar lo discutido o acordado en la mediación. Durante el proceso se podrán realizar reuniones entre las partes, entre el mediador y una de las partes y reuniones consultivas, tendientes a aclarar dudas o recibir información que sean pertinentes. Las partes podrán solicitar

la suspensión de la mediación para recabar mayor información o aclarar cualquier duda que hubiera o sobrevenga.

De no llegarse a un acuerdo el mediador hará un informe que contendrá el nombre de las partes que participaron en la mediación, la causa de la mediación, la fecha de inicio, el número de sesiones y la fecha que se declara terminada la mediación. No podrán ser utilizadas en ningún proceso las propuestas y discusiones que fueron presentadas o planteadas en el proceso de mediación.

Cuando las partes lleguen a un acuerdo se procederá a redactar el documento donde se exprese lo convenido, teniendo las partes que firmarlo en presencia del mediador y éste enviará dicho acuerdo a la Junta dentro de los tres días hábiles siguientes contados a partir de la firma del acuerdo. Si se tratase de un caso que fuera competencia de la Junta, ésta homologará el acuerdo y ordenará el archivo del caso, si el acuerdo es definitivo. De ser parcial el acuerdo se procederá de conformidad con el artículo 20 del mencionado reglamento en lo que respecta a aquellos puntos donde no hubo acuerdo. Si alguna de las partes no cumpliera con lo acordado, la Junta podrá exigir el cumplimiento de conformidad con el numeral 6 del artículo 115 de la Ley 19/97, esto es, solicitar al juzgado pertinente el cumplimiento de cualquier fallo, indemnización temporal u orden de prohibición dictado por la Junta.

Las partes podrán solicitar ante la Junta la remoción del mediador y el nombramiento de otro mediador cuando no esté de acuerdo con el mismo por alguna causa. Es bueno recordar que la Junta podrá designar mediadores, árbitros y facilitadores que estén familiarizados con el régimen laboral que se aplica en la Autoridad del Canal de Panamá. En el proceso de mediación los costos corren por cuenta de la Junta, quedando el mediador autorizado a cobrar trescientos balboas por sesión, cuyo tope es de tres (3) sesiones, lo que implica que las partes sumergidas en el conflicto no asumen ningún costo. Se desprende de esto que este método de solución de conflictos laborales en la ACP es el más usado porque no tiene costos para las partes, a diferencia del arbitraje que tiene que ser sufragado por las partes que acuerdan someterse a dicho mecanismo.

En cuanto al papel del mediador y sobrevenido rol del árbitro en la solución de conflictos colectivos de trabajo, se puede decir que existen notables diferencias respecto de sus funciones como se precisan enseguida.

Dentro de la dinámica de los conflictos laborales, de esta clase particularmente, el mediador es un especialista con las suficientes habilidades, destrezas y técnicas que le permiten cumplir su rol, consistente

en mantener el equilibrio entre las partes que tienen intereses contrapuestos y posiciones enfrentadas, con el objeto de encontrar la solución de tales desacuerdos; el mediador juega un papel de orientador o facilitador frente a las partes, pues no interviene aisladamente sino con las partes de manera conjunta, no siendo vinculante las propuestas, recomendaciones o consejos que ofrezca para producir el acercamiento de los sujetos enfrentados. En tanto, que el árbitro es quien decide el conflicto y le otorga la razón jurídica a una de las partes.

Se advierte que la participación o intervención del mediador siempre se produce con ánimo de acercar a las partes a una solución del problema o conflicto existente, mientras que el papel del árbitro será de imponer la decisión con la cual se deberá resolver la disputa y las partes están obligados a acatarla porque de lo contrario se podría exigir su cumplimiento ante las instancias correspondientes.

También cabe establecer las diferencias entre la figura del conciliador y el mediador, haber cuenta de la actividad que despliegan cuando operan sendos procedimientos de solución de los conflictos de trabajo. Así, se observa que el conciliador durante el desarrollo de la dinámica de los conflictos de trabajo no tiene una participación activa en la desaparición o atenuación de tales conflictos, pues no orientan ni presentan propuestas para el entendimiento de las partes; mientras que el mediador asiste, aconseja y participa activamente con el acuerdo que soluciona el conflicto laboral.

Respecto de la efectividad y subsidiaridad de estas dos vías de solución de conflictos laborales, en la práctica, interesa dejar anotado los siguientes datos estadísticos.

En nuestro país, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, en adelante MITRADEL, que representa la autoridad ante la cual se presentan los pliegos de peticiones para la celebración de los convenios colectivos, según la legislación panameña nombrados convenciones colectivas de trabajo, sea por motivos de lograr reivindicaciones sociales y económicas del movimiento sindical organizado o para exigir el cumplimiento de los beneficios reconocidos en tales normas convencionales o el reconocimiento de los derechos sindicales establecidos en la ley laboral, es sabido que lleva un registro anual de las negociaciones y contrataciones concluidas, sea por acuerdo o por arbitraje.

El estudio de las estadísticas de la Dirección General de Trabajo, específicamente, revela que durante el tiempo que va del presente quinquenio de esta administración, la negociación colectiva, por vía directa o mediando los procedimientos de conciliación, constituye el mecanismo de solución de conflictos colectivos de trabajo más efectivo que viene siendo utilizado por los actores sumergidos en los conflictos de trabajo.

Por tanto, la conciliación y la mediación, que no aparece diferenciada con claridad en los registros oficiales, tiene efectiva aplicación cuando las partes no logran arribar a acuerdos y resulta necesaria la intervención de un tercero, sea conciliador o mediador, como funcionario del MITRADEL.

Se observa que el año 2014 se firmaron setenta y ocho (78) convenios de los cuales 70 se cerraron por negociación o arreglo directo y ocho (8) empleando procedimiento de conciliación. En el año 2015, se celebraron setenta y tres (73) convenciones colectivas de las cuales sesenta y una (61) fueron negociadas directamente y once (11) utilizando la conciliación y se dio un (1) arbitraje. En 2016, fueron celebradas setenta y nueve (79) convenciones de trabajo, siendo negociadas por vía directa sesenta (60) y por medio del procedimiento conciliatorio dieciséis (16) y se produjeron tres (3) arbitrajes. En 2017, se acordaron setenta y nueve convenciones colectivas (79), llegando a ser negociadas por vía directa cincuenta y cinco (55) y las otras veinticuatro (24) fueron cerradas mediante el procedimiento de conciliación. En 2018, la cantidad de convenios colectivos celebrados fueron noventa y cinco (95) de los cuales ochenta y tres (83) se lograron por vía directa y once (11) por medio del procedimiento de conciliación, quedando sometido a arbitraje uno (1) solamente.

Entonces, es fácil advertir que la figura del arbitraje en la práctica tiene una característica subsidiaria porque tiene eficacia cuando principalmente no funcionan los otros mecanismos alternativos de solución de conflictos laborales; es decir, cuando fracasa la negociación directa y no es posible que por vía de conciliación o mediación las partes arriben a una convención colectiva de trabajo, con independencia de su imposición gubernamental o acuerdo entre las partes.

Reflexión conclusiva

Después de haber descrito, con algún detalle, la regulación de los mecanismos que son utilizados para intentar darle solución a los conflictos de trabajo, individuales o colectivos, la reflexión que puede ser presentada, a modo de conclusión, se reduce a reafirmar que ellos contribuyen al fortalecimiento de la cultura de paz. En vista de su plena validez y eficacia todos ellos vienen a convertirse en expresiones que son caminos alternos o alternativos de la justicia laboral o, dicho de otro modo, vías de derogación de la capacidad estatal que contribuyen a la descongestión de la justicia del trabajo, buscando alcanzar la denominada *justicia sin jueces* que añora (Pascual Ortuño Muñoz, 2018)²⁴.

Bibliografía

²⁴ (2018, pp. 11 a 13).

- Ayala, Carlos. 1998. *“Arbitraje Obligatorio o Parcialidad Laboral”*, Periódico **El Universal**, Panamá.
- Banco Interamericano de Desarrollo. 2004. **Manual de Formación de Conciliadores en Materia Laboral**, Costa Rica.
- Bayón Chacón, Gaspar. 1962. *“Aspecto jurídico formal de la génesis de los conflictos colectivos”*, **Revista de Derecho Privado**, Madrid.
- Cabanellas, Guillermo. 1966. **Derecho de los Conflictos Laborales**, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina.
- Cedalise, Cecilio. 2000. *“El Arbitraje laboral en Panamá”*, **Revista Investigaciones No. 3**, Suprema Corte de la Nación de Argentina.
- 2009. **El Régimen Laboral de la Autoridad del Canal de Panamá**, Universal Books, Panamá.
- 2008. **La Impugnación de los Convenios Colectivos**, Universal Books, Panamá.
- Cerón Coral, Jaime y Pizarro Jaramillo, Esteban. 2007. **El Arbitraje Laboral**, Editorial Temis, S.A., Colombia.
- Cornelio Landero, Eglá. 2017. **Mediación: mecanismo para la solución de conflictos laborales en México, Horizontalidad de la Justicia**, Editorial Porrúa, S.A., México.
- Fábrega Ponce, Jorge. 1982. **Derecho Procesal del Trabajo (individual y colectivo)**, Litho Impresora Panamá, S.A., Panamá.
- Fábrega, Jorge. 2003. **Código de Trabajo de Panamá**, Editorial Litho Impresora Panamá, Panamá.
- Gil Alburquerque, Román. 2017. *“Concepto y Técnica de la Mediación en el Conflicto Laboral”*, **Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos**, 3ª ed., Edit. Tecnos, S.A., España.
- Gorjón Gómez, Francisco y Steele Garza, José. 2015. **Métodos alternativos de solución de conflictos**, 2ª ed., Editorial Oxford, México.
- Krotoschin, Ernesto. 1968. **Instituciones de Derecho del Trabajo**, 2ª ed., Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina.
- Montoya Melgar, Alfredo. 1995. **Derecho del Trabajo**, Tecnos, S. A., España.
- Murgas Torraza, Rolando. 1987. *“Conciliación, Mediación y Arbitraje en Conflictos Individuales y Colectivos”*, **Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo**, 18, 19 y 20 de noviembre de 1987, México.
- Ojeda Avilés, Antonio. 1995. **Derecho Sindical**, 7ª ed., Editorial Tecnos, S.A., España.

Organización Internacional del Trabajo. 1981. **Conciliación y Arbitraje en los Conflictos Colectivos**. Estudio Comparativo, España.

Ortuño Muñoz, Pascual. **Justicia sin jueces, Métodos alternativos a la justicia tradicional**, Editorial Ariel, España, 2018.

Ricord, Humberto. 1973. “*El Código de 1972: cambio radical en la legislación laboral panameña*”, **Revista Jurídica Panameña No.12**, Universidad de Panamá, mayo-agosto.

Sánchez García, Arnulfo. 2015. **Mediación y Arbitraje, Eficacia y proyección internacional**, Editorial Tirant lo Blanch, México.

Sanguinetti Raymond. Wilfredo. 2010. “*La Mediación en los Conflictos Colectivos de Trabajo*”, **Mediación: ¿un método? de conflictos. Estudio Interdisciplinar**, Editorial Colex, Madrid.

Soletto, Helena. 2017. **Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos**, 3ª ed., Editorial Tecnos, S.A., España.

Torres De León, Vasco. 1997. “*Sobre el debatido futuro del Derecho del Trabajo (perspectiva panameña)*”, **Revista Panameña de Jurisprudencia y Doctrina Laboral, Papeles Laborales**, No. 2, Panamá.

F. DERECHO INTERNACIONAL

La patología de la cláusula arbitral

Emanuel Castro
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Público. Panamá
emanuel.castro@up.ac.pa

Recepción: 4 de julio de 2020

Aceptación: 15 de julio de 2020

Resumen

El autor de una manera breve y concisa intentará clarificar los asuntos más importantes que guardan referencia a la cláusula arbitral como génesis del proceso arbitral, entendiéndose a esta como aquel acuerdo escrito, en el cual las partes contratantes, basándose en el principio de voluntad de las partes, deciden en común acuerdo, someterse al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias; de igual modo tratará su efecto sustantivo que radica en la obligatoriedad de las partes de cumplir con lo pactado, es decir, resolver sus discrepancias utilizando el arbitraje, y así como su efecto procesal, consistiendo este en el principio de la exclusión, donde el arbitraje como tal excluye de toda competencia a los tribunales ordinarios de justicia para pronunciarse sobre la resolución del conflicto; la patología de la cláusula arbitral, consistiendo en un acuerdo arbitral que pueda tener un error o defecto que pueda poner en riesgo el proceso arbitral; su invocación enfocada en la parte idónea para solicitarla, así como el momento procesal oportuno, este último entendido como el término establecido para realizar una actuación procesal; sus consecuencias directas en el sano desarrollo del proceso arbitral y la resolución de la misma a efectos de que el arbitraje se pueda completar; agregando el autor sus conclusiones de lo desarrollado.

Palabras Claves:

Convenio Arbitral, Legislación Arbitral, Voluntad de las Partes, Sede del Arbitraje, Institución Arbitral, Árbitro, Cláusula Patológica, Tribunal Arbitral.

Summary

The author briefly and concisely attempts to clarify the most important issues regarding the arbitration clause as the genesis of the arbitration process, understood as that written agreement, in which the contracting parties, based on the principle of the will of the parties, decide by common agreement, to submit

to arbitration as an alternative means of dispute resolution; Similarly, it will treat its substantive effect, which lies in the obligation of the parties to comply with what has been agreed, that is, to resolve their discrepancies by means of arbitration, and its procedural effect, consisting in the principle of exclusion, where arbitration as such excludes the ordinary courts of justice from any jurisdiction to decide on the resolution of the conflict; the pathology of the arbitration clause, consisting of an arbitration agreement that may have an error or defect that could put the arbitration process at risk; its invocation focused on the ideal party to request it, as well as the opportune procedural moment, the latter understood as the term established to carry out a procedural action; its direct consequences on the healthy development of the arbitration process and the resolution of the same so that the arbitration can be completed; the author adds his conclusions from what has been developed.

Keywords:

Arbitration Convention, Arbitration Legislation, Will of the Parties, Place of arbitration, Arbitration Institution, Referee, Pathology Clause, Arbitral Court.

i. Introducción

En Panamá con la promulgación en gaceta oficial de la nueva legislación de arbitraje, se han abierto las puertas para que nuestro país se convierta en el foco de atención en cuanto al desarrollo del arbitraje nacional e internacional se refiere, y es que, nuestra posición geográfica y capacidad logística, complementan ese crecimiento que se viene dando el arbitraje día tras día como método alternativo de solución de controversias entre particulares, nacionales o extranjeros, como entre particulares con el Estado, así también para con instituciones autónomas y semiautónomas de nuestra República.

En este trabajo, haremos referencia a la cláusula arbitral, planteando un especial enfoque sobre lo concerniente a la Patología de la Cláusula Arbitral, donde abordaremos detenidamente este fenómeno que, aunque se presenta muy pocas veces, es necesario su entendimiento para nuestro acervo jurídico, así también para contar con las herramientas necesarias, a fin de saber cómo proceder cuando en algún momento tengamos frente a nosotros una cláusula arbitral patológica. Consistiendo ésta en una incongruencia o en el defecto que estando presente en un acuerdo de arbitraje, puede comprometer la efectividad de dicho acuerdo arbitral, a tal punto que, podría estar en riesgo el sano desarrollo del proceso de arbitral.

Al respecto de la incongruencia o defecto que podría contener una cláusula arbitral, podemos identificar los siguientes: 1. Que no esté definida por escrito la inequívoca voluntad de las partes de someter una controversia a arbitraje; 2. La designación de un centro de arbitraje inexistente; 3. La designación de un procedimiento arbitral consagrado en una norma jurídica derogada. De igual manera en relación a la patología de la cláusula arbitral, se abordará sobre la legitimidad y momento procesal oportuno para invocar

la patología, así también como las consecuencias y las formas en la que se podría corregir la patología presentada.

1. Generalidades del convenio arbitral.

Al hacer mención al convenio arbitral, inmediatamente debemos remitirnos a nuestra legislación arbitral, misma que define de una manera detallada en que consiste el mismo, la forma que debe adoptar dicho acuerdo, así también como los requisitos con los que debe contar el acuerdo de arbitraje. Veamos entonces:

1.1. Concepto y forma.

Para tener un concepto de convenio arbitral y la forma que debe tener el mismo, nos permitimos citar el Artículo 15 de la ley 131 de 2013, el cual reza: *“El acuerdo de arbitraje es aquel por medio del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”*¹

Ahora bien, con respecto a la forma que debe adoptar el convenio arbitral, la norma jurídica ya citada dice: *“EL acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”*²

En concordancia con el acuerdo de arbitraje, para el autor Bond, S.R., *“Una cláusula arbitral no tiene por qué ser larga y detallada para ser eficaz y en su redacción debería primar la sencillez y la precisión en la selección de los elementos que se incluirán en el texto: alcance de la misma, determinación de si el arbitraje es ad hoc o institucional, número de árbitros, lugar e idioma del arbitraje, etc. La práctica pone de manifiesto que cuando más específica y detallada sea una cláusula, mayor es el riesgo de que sea sometida a impugnaciones; y, con carácter complementario, una cláusula oscura o ambigua puede impedir en normal desarrollo del procedimiento arbitral.”*³

1.2. Requisitos

¹ Artículo 15 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

² Ibidem.

³ Bond, S. R. “Comme édiger une clause d’arbitrage. *Bull. CI Arb. CCI*, Vol. I, N° 2, 1990, Pág. 14 y ss.

Guiados por nuestra legislación arbitral panameña, proseguimos a mencionar los requisitos más importantes con los que debe contar un acuerdo de arbitraje, siendo estos:

- 1.2.1. Voluntad de las partes por escrito: las partes por medio escrito ya sea en el propio contrato principal o en una adenda al mismo, plasmarán su intención irrevocable de someterse a la jurisdicción arbitral. El artículo 16 de la Ley 131 de 2013, dice: “(...) *El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. (...)*”⁴
- 1.2.2. Sede del arbitraje: las partes pueden y debería pactar la sede del arbitraje en el acuerdo de arbitraje. El artículo 47 de la Ley 131 de 2013, reza: “(...) *las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. (...)*”⁵
- 1.2.3. Idioma: las partes pueden y debería establecer el idioma en el cual se desarrollará el proceso arbitral. El artículo 49 de la Ley 131 de 2013, dice: “(...) *las partes acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. (...)*”⁶
- 1.2.4. Ley aplicable e institución arbitral: las partes deben acordar en la cláusula arbitral cual será la ley aplicable al caso, así también como la institución o centro de arbitraje que administrará el proceso. El artículo 46 de la Ley 131 de 2013, dice: “(...) *Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, pudiendo someterse al procedimiento contenido en un reglamento de una institución de arbitraje.*”⁷
- 1.2.5. Árbitros. Cantidad y forma de nombramiento: El Artículo 22 de la Ley 131 de 2013, versa: “(...) *Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o de los árbitros sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo y en los numerales del artículo 20. (...)*”⁸

⁴ Artículo 16 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

⁵ Artículo 57. *Ibidem*.

⁶ Artículo 49. *Ibidem*.

⁷ Artículo 46. Artículo 16 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

⁸ Artículo 22. *Ibidem*.

2. Efectos del convenio arbitral desde una perspectiva sustantiva

Desde un punto de vista sustantivo, el efecto se debe entender como la obligación de sometimiento de las partes a cumplir con lo pactado en la cláusula arbitral, es decir que las partes se comprometen al arbitraje.

La obligatoriedad del sometimiento de las partes a un proceso arbitral nace de la propia voluntad de las mismas, a lo cual la legislación panameña en materia de arbitraje, define claramente la obligatoriedad a la que hacemos mención, por lo cual nos remitimos al Artículo 17 de la Ley 131 de 2013, el cual versa: “(...) *El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos de manera expedita y eficaz, para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral. (...)*”⁹ Considerado lo tipificado en la ley panameña, podemos afirmar que el acuerdo de arbitraje en su efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir con lo previamente pactado.

3. Efectos del convenio arbitral desde un punto de vista procesal

Desde una óptica procesal, el efecto del convenio arbitral debe ser entendido como la declinatoria del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia para con el tribunal arbitral, esto pues en concordancia con lo establecido en el mismo artículo 17 de la citada ley, el cual dice: “*El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor del tribunal arbitral y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral. (...)*”¹⁰

Los tribunales judiciales deben ser consecuentes con la ley y desde el momento en que conocen sobre un asunto en el cual se haya pactado arbitraje, aunque las partes no lo soliciten, éste de oficio debe declinar su competencia hacia el tribunal arbitral indicado.

4. La cláusula patológica

Al referirnos a una “*cláusula patológica*”, para nosotros esta debe ser entendida como aquel acuerdo arbitral, en el cual se presentan incongruencias o defectos que, en ciertos casos pueden llegar a comprometer

⁹ Artículo 17. *Ibíd.*

¹⁰ Artículo 27 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

la efectividad de la cláusula arbitral, puede ocasionar que irrumpa en el debido desarrollo de un proceso arbitral, inclusive que la cláusula arbitral no pueda ser ejecutada.

Siguiendo con lo anterior, nos permitimos citar la definición que nos brinda la autora Yves Derains, la cual sostiene que: *“Cláusula arbitral que no permite llevar a causa de árbitros el conflicto suscitado entre las partes sin necesidad de suscribir un nuevo convenio. (...)”*¹¹

En ese sentido es importante el estudio y claro entendimiento de lo que es una *“patología”* dentro de una cláusula arbitral, cómo puede resolverse, para que el proceso arbitral no se vea afectado.

5. Situaciones en las que se puede considerar que puede existir patología en la cláusula arbitral.

Existen distintas situaciones o circunstancias, en las cuales, la patología del acuerdo de arbitraje podría poner en riesgo el buen desarrollo de un proceso arbitral, por lo que es necesario considerar y plantearnos algunas de esas situaciones:

5.1. Que no esté definida por escrito la voluntad de las partes de someter una controversia a arbitraje

Un principio básico del arbitraje es la *“voluntad de las partes”*, es por ello que se hace necesario que en el convenio arbitral o en un documento externo al contrato, se establezca de una manera clara y precisa la voluntad de las partes de someter cualquier controversia que surja o pueda surgir del mencionado contrato mediante el arbitraje, en ese sentido nos permitimos citar a los autores José Carlos Fernández Rozas - Elena Artuch Iriberry quienes plantean que: *“La determinación del contenido de la voluntad de las partes ha de ser interpretado de manera restrictiva en el sentido de que no debe quedar duda alguna en torno a la intención de las partes de someterse al procedimiento arbitral; de aquí se sigue que la cláusula compromisoria no puede oponerse a otras en las que se deduzca una inequívoca intención contraria de las partes.”*¹²

¹¹ Yves Derains. Cláusulas Compromisorias Patológicas y Combinadas. Legis. Universidad del Rosario. 2005. Pág. 191.

¹² Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo I. Pág. 759.

Con lo planteado por los citados autores nos queda claro que, la voluntad de las partes es un principio que debe ser interpretado de una manera restrictiva y queda demostrado que la intención de las partes es someterse al arbitraje.

Considerando lo anterior, pongamos un ejemplo donde se pueda observar una situación donde no se haya definido por escrito la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, veamos:

La sociedad XX, S.A., celebra un contrato de prestación de servicios con la sociedad YY, S.A., en dicho contrato se inserta una cláusula que dice lo siguiente: “(...) YY, S.A. se compromete en someterse al arbitraje en derecho ante cualquier desavenencia o discrepancia que pueda surgir del presente contrato de prestación de servicios.” (El subrayado es nuestro). Tres (3) meses posteriores a la firma del contrato la sociedad XX, S.A., no ha pagado por los servicios prestados a la sociedad YY, S.A., por lo cual la afectada en este caso, es decir la sociedad YY, S.A., decide hacer vales la cláusula arbitral y solicita que el conflicto sea resuelto por medio de arbitraje.

De presentarse ante un Tribunal Arbitral un acontecimiento como el plasmado en nuestro ejemplo, el mismo estaría en una situación complicada, debido a que estaría en presencia de una cláusula arbitral que no consagra por escrito la voluntad de la sociedad XX, S.A., de someterse a arbitraje en el caso de que surja algún conflicto de su relación contractual con la sociedad YY, S.A.

Al considerar la inexistencia de la clara voluntad de una de las partes de someterse al arbitraje, estaríamos en presencia de una cláusula arbitral patológica, por lo cual el Tribunal Arbitral debe indicarle a las partes que dicha cláusula debe ser corregida para que el proceso arbitral se pueda desarrollar de una manera normal.

5.2. La designación de un centro de arbitraje inexistente

Al determinarse en el convenio arbitral un centro de arbitraje que no existe, esto puede acarrear para las partes una gran dificultad, puesto que al momento en que se suscite una controversia, las partes no tendrán una certeza ante cual centro de administración de arbitraje deben concurrir. Por ejemplo en una cláusula arbitral se establezca lo siguiente: “(...) será resuelta mediante arbitraje en derecho ante el Centro de Soluciones de Discrepancias del Consejo Técnico de Ingenieros de Panamá, conforme a sus reglas de procedimiento. (...)” (El subrayado es nuestro).

En una situación como el ejemplo planteado, las partes no tendrían una alternativa para recurrir ante ningún centro de administración de arbitraje, puesto que el centro pactado no existe; y si de presentarse la solicitud ante un centro de arbitraje distinto al pactado, el propio tribunal arbitral en base al principio Kompetenz-Kompetenz¹³ deberá solicitar a las partes que corrijan en buena fe la cláusula arbitral o el mismo sería improcedente.

5.3. La designación de un procedimiento arbitral consagrado en una norma jurídica derogada

Cuando se establece en el convenio arbitral un procedimiento arbitral en específico, se debe tener presente la vigencia de dicho procedimiento arbitral ante la Ley, esto a razón de que si se pacta el arbitraje sobre un

¹³ **Competencia de los árbitros sobre su propia competencia.**

El poder de los árbitros para definir su propia competencia es ampliamente reconocido en todos los sistemas de arbitraje; no obstante, pese a la aceptación de este postulado como regla de base las leyes nacionales reflejan una cierta diversidad, sobre todo en lo que concierne al momento en que debe efectuarse el oportuno control del juez estatal sobre tal decisión arbitral, cuya justificación última es el propio desarrollo del proceso arbitral, libre de interferencias exteriores. Resulta imposible que el árbitro desempeñe la labor encomendada por las partes, si no dispone de una facultad para verificar la legalidad de su actuación en el concreto procedimiento que debe conocer. El denominado principio “competencia-competencia” se configura, junto al principio de la autonomía del convenio arbitral, como una de las instituciones fundamentales del Derecho arbitral, por lo que es menester estudiar ambos de manera conjunta. Más concretamente, si el efecto peculiar del convenio arbitral consiste en dotar de competencia a los árbitros para resolver la controversia negando el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria debe reconocerse a los árbitros la potestad para que, por sí mismos, o a solicitud de una de las partes, determinen a modo previo o, en ocasiones, en el momento de decidir el fondo del asunto, el título por el que intervienen en la controversia y el alcance de sus atribuciones.

El principio de la competencia-competencia parte de la base de que no existe un recelo previo acerca de los árbitros y de que éstos están suficientemente capacitados para alcanzar una decisión a la vez equitativa y protectora de los intereses de la sociedad. Es un postulado muy próximo al de la arbitrabilidad de la concreta controversia sujeto al control ulterior de las jurisdicciones estatales.

De igual manera, el reconocimiento del principio “competencia-competencia” es consustancial en las reglamentaciones de los Centros de arbitraje. El artículo 6.2 del Reglamento de la CCI dispone que: *“Si la demandada no contesta la demanda según lo previsto en el artículo 5º, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida prima facie de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso corresponderá al tribunal arbitral tomar la decisión sobre su propia competencia (...)”*.

Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional que los árbitros no dudan en aplicar. Es, en efecto, una condición *sine qua non* para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios. La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral”. Si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobare la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese pronunciarse sobre el fondo.

La Corte de Arbitraje de la CCI ha afirmado al respecto: *“que no habiéndose discutido la presencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la CCI, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del artículo 13.3 del Reglamento de la CCI, proveer sobre su propia competencia”* y que *“es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia”*. Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo I. Pág. 760.

procedimiento establecido en una Ley que ha sido derogada, provocaría dificultad para el tribunal arbitral, en referencia a cuál será el procedimiento por seguir considerando la voluntad de las partes.

Veamos un ejemplo. En una cláusula arbitral se pacte lo siguiente: “*Cualquier desavenencia, conflicto o controversia que pueda surgir o que guarde relación con el presente contrato, se resolverá mediante arbitraje en equidad, conforme el procedimiento arbitral consagrado en el Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999.*” (El subrayado es nuestro).

Una fácil solución para una situación como esta sería que, el tribunal arbitral decida aplicar el procedimiento arbitral consagrado en la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 (Ley que derogó parcialmente al Decreto Ley 5 de 1999¹⁴), sin embargo este actuar iría en contra del principio de voluntad de las partes que han decidido nominar un proceso arbitral en específico, por lo cual, en un acontecer como el ejemplificado, no se podría continuar con el proceso de arbitraje, salvo que las partes bajo el principio que ya hemos mencionado, decidan en común acuerdo corregir la cláusula arbitral para que el proceso arbitral sea viable.

Por otro lado, pero siguiendo con el tema en estudio, para el autor ecuatoriano Hugo García Larriva, la cláusula arbitral debe cumplir ciertas funciones fundamentales, mismas que de no cumplirse estaríamos ante una patología en el acuerdo de arbitraje, veamos lo que sostiene: “*una cláusula es patológica cuando no cumple con cuatro funciones fundamentales:*

-Producir efectos obligatorios para las partes.

-Impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.

-Dar al o los árbitros el poder para resolver el litigio.

-Permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo ejecutable.”¹⁵

6. ¿Quiénes pueden invocar la patología de una cláusula arbitral?

Al plantear de quién es la parte idónea para invocar la patología de un acuerdo o cláusula arbitral, sin lugar a dudas estas son las partes que interceden dentro del proceso arbitral, es decir el demandante o el

¹⁴ Artículo 76. Indicativo. La presente ley adiciona un párrafo al artículo 5 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995 y **deroga el Título I del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999** y la Ley 15 de 22 de mayo de 2006. (El resaltado y subrayado es nuestro).

¹⁵ Suficiencia del Convenio Arbitral y Cláusulas Patológicas. García Larriva, Hugo. Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. Septiembre de 2011.

demandado, y de oficio hasta el propio tribunal arbitral una vez esté instalado y haya estudiado la cláusula arbitral, podría determinar por medio de un pronunciamiento motivado que la cláusula arbitral contiene defectos que pueden acarrear que el proceso arbitral se torne oscuro o inclusive que no se pueda desarrollar.

Cuando una de las partes (demandante) ha solicitado que se haga efectivo el acuerdo de arbitraje, tácitamente está reconociendo que la cláusula arbitral es válida y que la misma no contiene ninguna patología que pueda afectar el proceso arbitral, no obstante esto no imposibilita que dentro del momento procesal oportuno el demandante pueda invocar la patología de la cláusula arbitral, mientras que por otro lado, existe una parte (demandado) en el proceso arbitral de la cual se puede tener indicios de estar incumpliendo con el contrato pactado o haber causado un perjuicio a la otra, ésta desde el instante de ser notificada de la solicitud de arbitraje, lo que normalmente hará es estudiar la cláusula arbitral a efectos de verificar si la solicitud de arbitraje es aplicable o no a la posible falta cometida por ésta; y si de esa verificación la parte que será objeto de demanda encuentra algún defecto, de seguro no dudará en invocar el mismo ante el tribunal arbitral.

7. Momento procesal oportuno para invocar una patología de la cláusula arbitral

Cuando se hace referencia a un momento procesal oportuno, éste debe ser entendido como aquel instante dentro del proceso arbitral en el cual las partes tienen la oportunidad para actuar, presentar o pronunciarse, ya sea por medio del escrito de contestación, excepción, recusación, pruebas, alegatos, entre otros, atendiendo a un término establecido por la ley o por lo definido previamente con las partes, a fin de cumplir con el debido proceso en el arbitraje.

En atención al momento procesal oportuno para que una de las partes pueda invocar la patología de una cláusula arbitral, a nuestro criterio lo es, al preciso instante que se da inicio a las actuaciones arbitrales, por lo cual al contemplar lo establecido el artículo 48 de la Ley 131 de 2013, el cual dice: *“Las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.”*¹⁶ Sin menoscabar o excluyendo qué, previo al momento en que venza el término de contestación acordado por las partes o el establecido en el centro que administra el arbitraje, cualquiera de las partes ya sea el demandante o el demandado pueda invocar que la cláusula arbitral es patológica.

¹⁶ Artículo 48 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

Siguiendo con lo anterior y al entrar en lectura del Artículo 30 de la ya citada ley panameña, en la que se establece: “(...) *El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje (...)*”¹⁷ nos muestra que el segundo momento procesal oportuno para invocar la patología de la cláusula arbitral, es al momento en que el tribunal arbitral está legalmente constituido y el mismo da inicio formalmente al proceso arbitral, siendo esta actuación de oficio por parte del mencionado tribunal arbitral.

Al considerar y estudiar lo contemplado en la legislación arbitral panameña, se puede desprender que son dos (2) los momentos procesales oportunos para que las partes puedan invocar la patología de la cláusula arbitral. Teniendo presente que el primer momento procesal oportuno que hemos mencionado puede invocarse hasta antes en que se venza el término de contestación de la demanda, toda vez que posterior al vencimiento de dicho término ya el proceso arbitral entraría en una fase en la que no se es posible entrar a estudiar el contenido del convenio arbitral, mientras que el segundo momento procesal oportuno sería al momento en que se constituye el tribunal arbitral para conocer de la causa.

8. Consecuencias de la patología de la cláusula arbitral

La patología de la cláusula arbitral tiene una sola consecuencia, siendo esta la imposibilidad de proseguir o desarrollar el proceso arbitral, y aunque sea sólo una, la misma tiene un gran impacto en el proceso de arbitraje, sin embargo como vamos a ver más adelante la misma puede ser subsanada siempre y cuando las partes se pongan de acuerdo; por el contrario de no haber acuerdo, el proceso arbitral no puede efectuarse.

9. Formas de resolver una cláusula arbitral patológica

Luego de conocer el significado de una “*cláusula patológica*”, proseguimos a verificar qué se puede y qué se debe hacer, al momento en que se presenta una cláusula arbitral patológica.

Desde el momento en que el Tribunal Arbitral se instale y entre a conocer el proceso arbitral, es deber de estos, proceder a estudiar la génesis del proceso arbitral, es decir “la cláusula compromisoria o cláusula arbitral”, a fin de que exista total seguridad de qué, la voluntad de ambas partes que han entrado en un conflicto es, dilucidar dicho conflicto por medio de un laudo arbitral.

¹⁷ *Ibídem.*

Si el tribunal arbitral encuentra o considera que la cláusula arbitral mantiene una patología, éste basándose en el principio *Kompetenz-Kompetenz*, inmediatamente debe pronunciarse y emitir su sano juicio motivado en el cual remita a las partes a subsanar el error que causa la patología, para que el proceso arbitral pueda llevarse a cabo. Esta decisión le brinda a las partes una alternativa sencilla y rápida, para que las mismas, mediante un acuerdo escrito corrijan y validen su intención de someter la controversia que se les ha presentado a arbitraje.

Lo anterior, no menoscaba la posibilidad de que, ante la situación de que previo al inicio del proceso arbitral, las partes se percaten que la cláusula arbitral que han pactado es o pueda ser patológica, éstos puedan de buena fe y en común acuerdo, hacer los debidos ajustes o correcciones y los plasmen por escritos, a fin de subsanar la posible patología de la cláusula arbitral.

iii. Conclusión

La patología de la cláusula arbitral es una situación que se involucra directamente con la interpretación de las partes o del tribunal arbitral con respecto a la cláusula compromisoria, considerando que, de presentarse una patología en la cláusula de arbitraje, ésta puede presentar un serio inconveniente para el sano desarrollo del proceso arbitral. A su vez, debemos tener presente que existen consecuencias para el proceso arbitral si no se resuelve la patología, para lo cual, ya sabemos que se cuenta con momentos procesales oportunos para invocar dicha patología, dentro del cual las partes en común acuerdo pueden subsanar por medio de las formas idóneas, ya sea, previo al inicio del proceso arbitral o por mandato del tribunal arbitral que conoce de la causa.

Bibliografía

Legislaciones

Ley 131 de 31 de diciembre de 2013

Constitución Política de la República de Panamá.

Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999.

Doctrina

Bond, S. R. “Comme édiger une lause d’arbitrage. *Bull. CI Arb. CCI*, Vol. .I, N° 2, Francia. 1990.

Chillón Medina, J.M. y Merino Merchán, J.F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2ª ed. Madrid.

Yves Derains. *Cláusulas Compromisorias Patológicas y Combinadas*. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Colombia. 2005.

Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). *Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo I*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011.

Artículos de opinión

Alvarado Escovar, Ramón. Los Acuerdos de Arbitraje Patológicos. Disponible en www.cedca.org.ve.

García Larriva, Hugo. Suficiencia del Convenio Arbitral y Cláusulas Patológicas. Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. Septiembre de 2011.

G. DERECHO PENAL

Acerca de los límites del comportamiento justificado frente al COVID-19

Virginia Arango Durling
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Panamá
varangodurling@gmail.com

Recepción: 12 de septiembre de 2020

Aceptación: 27 de octubre de 2020

Resumen

El presente estudio aborda la problemática que se presenta en pandemia ocasionada por el Covid-19, en la que se debate entre el comportamiento ilícito y permitido del médico y de otros servidores públicos, y para ello se ha partido de la legislación penal vigente que contempla las causas de justificación. Con ello se ha comprobado que las actuaciones médicas, así como las demás de los servidores públicos que lo hacen por razones de la pandemia para evitar la propagación del virus, ejecutan ataques contra bienes jurídicos como sucede, por ejemplo, con el derecho a la libertad. Y es que hay que dejar claro, que por motivos de la pandemia, el derecho a la salud pública está por encima del derecho a la libertad, por lo que determinados derechos se encuentran limitados, como por ejemplo, el derecho de objeción de conciencia de negarse a recibir un tratamiento, a no permitir que ingresen a su domicilio sin su permiso por razones sanitarias, o a estar internado obligatoriamente para evitar la propagación del virus, y en estos casos el comportamiento se encuentra permitido y justificado.

Palabras clave: justificado, ilícito, salud pública, libertad, crímenes, consecuencias penales.

Abstract

This study deals with the problems that arise in a pandemic caused by Covid-19, in which there is a debate between the illegal and permitted behavior of the doctor and other public servants, and for this, the current criminal legislation that contemplate the causes of justification. With this, it has been verified that the medical actions, as well as the rest of the public servants who do it for reasons of the pandemic to avoid the spread of the virus, execute attacks against legal assets, as happens, for example, with the right to liberty. . And it must be made clear, that due to pandemic reasons, the right to public health is above the right to freedom, for which certain rights are limited, such as, for example, the right to conscientious objection of Refuse to receive treatment, not to allow them to enter your home without your permission for health reasons, or to be hospitalized to avoid the spread of the virus, and in these cases the behavior is allowed and justified.

Keywords: justified, illicit, public health, freedom, crimes, and criminal consequences.

Sumario: 1. Planteamiento 2. El comportamiento justificado.3. La objeción de conciencia y otras cuestiones 4. Conclusiones

1. Planteamiento

Panamá declaró en emergencia nacional el país, mediante la Resolución de Gabinete N° 11 (De viernes 13 de marzo de 2020), y se extrema las medidas sanitarias ante la declaración de pandemia de la enfermedad coronavirus (covid-19) por la OMS/OPS, mediante Decreto Ejecutivo N° 472 de 2020 (MINSA).

Según la OMS, "Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19.

La COVID-19, dice la OMS, que es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Tanto este nuevo virus como la enfermedad que provoca eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. Actualmente la COVID-19 es una pandemia que afecta a muchos países de todo el mundo.

Tomando en cuenta lo anterior, se hace necesario reflexionar sobre algunas situaciones en las cuales el comportamiento del médico pudiera ser considerado permitido, y en sentido contrario, como un hecho punible.

2. El comportamiento justificado

En nuestra legislación en algunas ocasiones previstas en la ley las actuaciones de las personas dejan de ser ilícitas y son permitidas dejando de ser hecho delictivos. En este sentido tenemos las causas de justificación como son la Legítima Defensa, el Estado de Necesidad, el Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho, que son aplicables a cualquier hecho realizado por cualquiera persona, pero que las tres últimas tienen importancia cuando se trata de hechos realizados en el caso de las actuaciones médicas, actividades curativas y no curativas, como también sucede con el consentimiento del ofendido. La actividad médica (curativa y no curativa) está amparada en el derecho a través de las causas de justificación, en donde su actuación no es antijurídica ni engendra responsabilidad siempre que se ejercite dentro de los límites de la *lex artis* y en los casos en que exista el consentimiento del paciente y consentimiento informado (Muñoz Conde, 1996: 357).

También tienen aplicación para otro tipo de personas como se trata del cumplimiento de un deber legal que para los efectos actuales de la pandemia y post Covid-19 tiene relevancia tomando en cuenta que hay actuaciones en la esfera pública que pueden ser cuestionadas en el ámbito jurídico.

2.1. El Estado de Necesidad Justificante.

El Estado de Necesidad es una causa de justificación (art. 20) en la legislación panameña, y supone la existencia de un peligro grave, actual o inminente, en virtud del cual para salvar determinado bien se lesiona otro menor, de forma inevitable y sin ser el causante del mal responsable del peligro respectivo (Muñoz Pope, 2003: 131).

Así tenemos, el médico que salva la vida de la mujer embarazada, en inminente peligro de muerte por razón de un aborto, o cuando se amputa una pierna al paciente para salvar su vida y evitar un daño mayor, o cuando se interviene al accidentado sin su consentimiento para salvarle la vida.

Sostiene López Bolado (1987: 261) que en estos casos el médico se ve precisado a intervenir y los resultados pueden ser o no favorables, pero actúa por necesidad, para evitar un mal grave e inminente al enfermo.

Ahora bien, el médico no está ajeno a situaciones de conflicto entre bienes jurídicos fundamentales la vida del paciente y la libertad (transfusiones de sangre) en particular cuando existe negativa del paciente o de sus familiares a someterse a un tratamiento médico, de ahí que en casos de urgencia sostengan algunos que puede intervenir directamente al menor en lo estrictamente necesario, para atajar el peligro para la vida del paciente y si hay para ello tiempo recurrir al Juez para asegurar con su autorización, el tratamiento (Romeo, p. 48- 49) aunque en estos casos la doctrina no coincida sobre la viabilidad de encuadrarlo como un estado de necesidad (Bajo Fernández, 1986:31).

En ese contexto, debe tomarse en consideración la existencia de un “estado de necesidad”, es decir, de la necesidad del tratamiento médico imprescindible para salvar la vida del paciente, a fin de que el acto médico se encuentre justificado, pues el “Derecho reconoce absoluta prioridad a la salvaguarda de la vida frente a cualquier otro bien o interés” (Romeo, 1987:49).

Ahora bien, por lo que respecta al COVID-19, la práctica del aborto para salvaguardar la vida de la mujer si se comprueba que efectivamente existen riesgos para su salud, no constituye un hecho ilícito, pues se salva un bien jurídico mayor lesionando un bien jurídico menor, sin embargo, hasta la fecha no hay mucha certeza sobre los efectos del mismo, a lo que hay que agregar que en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 144 del Código Penal lo establece como un supuesto de eximente de responsabilidad penal.

Ahora bien, algunos estudios han determinado que se muestran lesiones en las placentas de embarazadas con COVID-19, la mayoría de los bebés nacieron a término, pero les preocupa a los científicos los efectos duraderos inmunológicos de por vida en las personas (2020). En otros casos se ha señalado que el COVID-19 es probable que desarrolle en el feto la infección perinatal (causa de morbilidad, mortalidad y secuelas en el R.N), con efectos como distress respiratorio, o prematuridad en los recién nacidos.

También se encontró en otro caso, que se había transmitido el Coronavirus en el embarazo por Covid-19 de madre a hijo, en la que se produjeron problemas neurológicos temporales en el nacido (Marca claro, 2020). El estudio también reporta que aunque el bebé al principio lució saludable, con el paso de los días **comenzó a verse irritado y con algunos movimientos corporales inusuales**, por lo que se descubrió que el virus Sars-Cov-2 **había afectado temporalmente su sistema neurológico**.

En este contexto, CDC explica "que no hay datos ni informes que inviten a pensar, por ahora, en eso, pero puntualizan que "se ha observado pérdida de embarazo, incluyendo aborto espontáneo y muerte fetal, en casos de infección con otros coronavirus relacionados [SARS-CoV y MERS-CoV] durante el embarazo. Las fiebres altas durante el primer trimestre del embarazo pueden aumentar el riesgo de ciertos defectos congénitos"(Gonzalo Calzado, 2020).

Además, de lo anterior, en otro documento Embarazo y Covid 19, se explica que "La mujer gestante, no es una persona inmune deprimida en el concepto clásico, pero es bien sabido que las adaptaciones fisiológicas de la madre al embarazo predisponen a las mujeres embarazadas a una mayor "susceptibilidad" a patógenos intracelulares, especialmente virus, bacterias y parásitos, lo cual se traduce en una mayor morbilidad materna y fetal.

En una reciente revisión sistemática que incluyen a 79 mujeres de las cuales 41 (51,9%) estaban infectadas por COVID-19, 12 (15,2%) por MERS y 26 (32,9%) por SARS. Los síntomas más comunes fueron fiebre (82,6%), tos (57,1%) y disnea el 27,0%. Las incidencias obstétricas en todas las infecciones por CoV, fueron: aborto espontáneo en el 32,1%, parto prematuro (< 37 semana) 24,3%, rotura de membranas 20,7%, PE 16,2%, y retraso de crecimiento fetal 11,7%. El 84% fueron partos por cesárea y la tasa de muerte perinatal fue el 11,1%. En las gestantes afectas de COVID-19, la complicación obstétrica más frecuente fue el parto prematuro (< 37 semanas) en el 41% de los casos y la tasa de muerte perinatal fue el 7%, y en ninguno de los 41 recién nacidos se demostró la transmisión vertical del virus" (Otero González, 2020).

Como se aprecia la situación actual en el caso del COVID-19, el comportamiento médico justificado quedará limitado a la *lex artis*, sobre todo en situaciones en las cuales el embarazo y la enfermedad de la paciente, se encuentran en situación por el riesgo de neumonía grave por Covid-19, haga necesario a solicitud de la madre la interrupción del embarazo.

También hay que tener presente, aunque aún no se ha comprobado sobre los efectos en el feto o embrión, que pudiera considerarse como eximente de responsabilidad penal, si se trata de un aborto eugenésico siguiendo el artículo 144 del Código Penal, aunque esto entraría dentro de un supuesto de no exigibilidad, como causa de inculpabilidad.

2.2 El cumplimiento de un deber legal

Se ha entendido que el médico que no incurre en delito cuando ha actuado en Cumplimiento de un deber y la doctrina cita como ejemplos, en donde la actividad médica es excusable de responsabilidad penal, tales como por ejemplo, la vacunación a personas sin su consentimiento en caso de epidemia, convirtiéndose en este caso en un deber legal del paciente (López Bolado, p. 254) (el aislamiento de pacientes infectados) y se sostiene que no es antijurídica su conducta porque actúa en función de su derecho, autoridad o cargo siempre que lo haga dentro de los límites legales (Yugano, López Bolado y otros, 1982:231).

Esta causa de justificación requiere igualmente la concurrencia de determinados requisitos que otorguen la legitimidad del médico: titulación correspondiente y demás exigencias administrativas (colegiación, autorización, etc.) comprobación fehaciente de la existencia de la enfermedad (mediante reconocimiento al enfermo, análisis); internamiento durante el tiempo imprescindible de curación y prevención (cuarentena) y los demás requisitos o peculiaridades de la enfermedad (Fernández Costales, 1988:151).

Por lo que respecta al COVID-19 declaradopandemia por el Ministerio de Salud, mediante Decreto Ejecutivo 472 de 13 de marzo de 2020, se adoptan medidas para extremar las medidas sanitarias, en este contexto no puede considerarse ilícito el que las autoridades sanitarias, ingresen a los domicilios de las personas para realizar las visitas domiciliarias en las que se les ha declarado el aislamiento domiciliario (art.5o).

En el Decreto Ejecutivo 504 de 23 de marzo de 2020, que adopta medidas extraordinarias de contención del coronavirus, se establece el carácter obligatorio de cumplir con las medidas sanitarias recomendadas por el MINSA, el aislamiento, o internamiento, la obligatoriedad de las pruebas(art.4,5)

De igual forma, no se considera durante la pandemia un hecho violatorio por parte de los entes sanitarios u otras autoridades, la limitación a la entrada de establecimientos comerciales, como condición previa la toma de temperatura, u otros como tests de vigilancia epidemiológica (art.4o) que pudiera considerarse actos atentatorios en otros momentos contra la libertad e intimidad personal.

En la misma línea, las actuaciones de los servidores públicos durante la pandemia siguiendo el Decreto Ejecutivo 490 y 500 de 17 y 19 de marzo de 2020, los faculta para privar de libertad a aquellas personas que no cumplan con el toque de queda (art.1o), siguiendo el Decreto ejecutivo 504 y 505 de 23 de marzo de 2020, aunque estas medidas adoptada han sido criticadas por ser contrarias a la Constitución Nacional, ya que la Resolución de Gabinete No. 11 del 13 de marzo de 2020, declara el Estado de Emergencia, con fundamento en el artículo 79 de la Ley de Contrataciones Públicas, y no en el artículo 55 de la Constitución (Brenes, 2020). .

2.3 Ejercicio de un derecho

En igual sentido, la actividad del médico está justificada, en el Ejercicio legítimo de un derecho en tanto “la finalidad perseguida mediante la intervención quirúrgica no es maligna; así todo aquello que se realice con una finalidad benigna, como sería para efectos curativos o simplemente estéticos, será considerado como benigno, por no ser maligna; en cambio, como ejemplifican algunos autores, una mutilación quirúrgica para cobrar un seguro, una intervención de cirugía plástica para ocultar a un delincuente, serán obviamente malignas, independientemente de quien sea el que realice la intervención y que actúa con el consentimiento del intervenido” (Vela Treviño, 1976: 301).

A este respecto sostiene López Bolado (1987: 264) que en el ejercicio de un derecho se justifica la actividad médica y este actúa en el ámbito de libertad consagrado constitucionalmente por el derecho de trabajar y por el principio de que las personas pueden hacer todo lo que la ley no prohíba, siendo válido en consecuencias, las operaciones estéticas consentidas (Vgr. cirugía plástica y en general toda actividad médica-quirúrgica no curativa). La anterior eximente está condicionada por el consentimiento del paciente en la actividad médica quirúrgica no curativa, donde se rechaza la tipicidad del acto o conducta lesiva realizada por el médico. (Jorge Barreiro, p.104)

Finalmente, afirma Vela Treviño (1976:303) que el médico en virtud de su título tiene el derecho al ejercicio profesional, y a la práctica de las funciones inherentes, entre estos, las intervenciones quirúrgicas, que lo

facultan para ello y en la cual el consentimiento válido, del paciente opera como aspecto complementario de la justificación de las conductas; siempre que para ello lo hiciera conforme *lex artis*.

En cuanto a la pandemia, el médico debe actuar conforme a la *lex artis*, pero a su vez debe contar con los equipos de protección, entrenamiento y condiciones de trabajo óptimas, pues hay una queja constante de la falta de equipamientos en los hospitales del país.

Esta actuación del médico no se considera contraria al ordenamiento jurídico, pues se realiza con vocación y siempre están dispuestos a brindar una ayuda a las personas, aun cuando esto implique poner en riesgo o peligro su vida por el contagio del Covid-19, y no por ello están exentos de denuncias y acusaciones de los familiares de pacientes durante la pandemia.

Como consecuencia de lo anterior, Proponen limitar la responsabilidad penal de los médicos mientras dure la pandemia en Argentina mediante un Proyecto de ley que permite no castigar " las acciones realizadas por los profesionales y el personal de la salud quedan comprendidas en los supuestos del artículo 34°, inciso 3° y 4° del Código Penal, por los que no son punibles "el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño" y "el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo", **salvo que se acredite el dolo** del sujeto y/o su intención deliberada de propagar la pandemia del coronavirus Covid-19, o de abandonar a una persona (Bae negocios,2020).

3. La objeción de conciencia y otras cuestiones

El artículo 46 del Código Penal de 1982 hacía responsable por omisión de socorro, a cualquier persona inclusive al médico por "omisión de socorro", mientras que en algunos países la denegación de prestación de servicio de un médico en un establecimiento sanitario pudiera ser objeto de responsabilidad penal, sobre todo cuando está en un estado crítico de salud -quien podría hasta no morir, si el médico no lo socorriera profesionalmente. (Morales Fernández, p. 47). Tratándose de situaciones de emergencia o urgencia sanitaria se ha indicado (Romeo, 1987: 62) los médicos de "urgencias" o de "guardia", son tributarios de un deber de garante" y con ello quiere decirse que responde por comisión por omisión aunque para ello sostengan otros que su compromiso no es equivalente (Silva Sánchez,1988: 133) y que se trata meramente de "omisiones puras de garante", aunque en el caso nuestro no tenemos una norma que castigue la denegación de servicio sanitario, como sucede en otros países.

Por lo que respecta, a la situación actual de la pandemia provocada por el Covid-19, pueden presentarse situaciones en la que se cuestione sobre la responsabilidad penal del médico, pero hay que recordar que tales situaciones son excepcionales, pues existe un deber de actuar por parte del médico de proteger la vida y la salud de los pacientes.

En tal sentido puede plantearse situaciones de objeción de conciencia, el médico puede rehusarse a realizar determinado tratamiento médico a un paciente como son los abortos, la eutanasia, sin que sea responsable por no prestar ese servicio, como sucede en el caso del aborto previsto en la legislación penal panameña.

Por lo que respecta al COVID-19, durante la pandemia se ha considerado como no aceptable que los médicos puedan rehusarse a brindar este servicio a los pacientes, y así en fecha más reciente, lo indica el Decreto Ley 538 de 12 de abril de 2020, de Colombia, que en su artículo 9, expresa que tanto obliga a todo el personal sanitario -incluso en formación- a prestar sus servicios, sin posibilidad de negarse, salvo para quienes se encuentre en alguna de las cinco excepciones expresamente contempladas, aunque claro está la norma ha sido cuestionada porque prohíbe en general toda objeción de conciencia. De manera que queda claro, que los médicos al asumir su juramento hipocrático se comprometen a atender la salud de los pacientes sin discriminación (Martínez Salcedo, 2020).

Ciertamente, hay que tener presente que habrá situaciones (Gozer, 2020) tales como la que ocurrió en el Hospital Referencial de Ferreñafe, , donde el 14 de abril los médicos, tomaron una decisión difícil y polémica en medio de la crisis por la pandemia del nuevo coronavirus: dejar de atender consultas pero los consultorios covid-19 y no covid-19, como están clasificados ahora, quedaban suspendidos.," tomando en cuenta que en esos momentos no dejan de llegar pacientes con dificultades para respirar por la covid-19, quedarse sin oxígeno para ayudarlos llevó a decir basta al personal del Hospital Referencial de Ferreñafe, una ciudad de 34.000 habitantes en el norte de Perú. Coronavirus: los médicos que se negaron a atender a pacientes de covid-19 (y lo que su caso muestra de la precaria situación de muchos sanitarios en América Latina)

De otra parte, hay otro tema pendiente respecto al COVID-19, respecto a la objeción de conciencia de los pacientes en el sentido de que consideran que no están obligados a vacunarse ni a someterse a los tratamientos indicados por las autoridades sanitarias, y para ello algunos países ya tienen previsto regulaciones al respecto, pues tratándose de epidemias, la situación es distinta tal como se recoge en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre (España) que dice que: -Los facultativos podrán llevar a

cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

1. “Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

En ese sentido, valga traer a colación un auto del juzgado contencioso administrativo 5 de Oviedo, Asturias, en la que una persona acudió al hospital por un dolor en el pecho y luego de varios exámenes los galenos consideraron que era necesario internarlo obligatoriamente porque suponía poner en peligro la población por Covid-19, y el juez reafirmo lo peligroso y riesgoso de la pandemia y que los médicos habían actuado correctamente (2020).

En la misma línea, tenemos otra resolución en la que (Gálvez, 2020) El juzgado de Instrucción número 1 de Palencia, en una resolución hecha pública este lunes, basa su decisión en la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública de 1986, avala la decisión del confinamiento obligatorio, recordando a la vez que el Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé que se pueda privar a alguien de su libertad “si se trata de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”. Dicha decisión fue tomada en base a un paciente que ingreso con Covid-19 al Hospital Rio Carrión y pese a ello había solicitado su inmediata alta voluntaria.

Por lo que respecta a nuestro país la ley 68 de 2003, que regula los derechos y deberes de los pacientes, entre los derechos de los pacientes establece el derecho a la autonomía del paciente y su voluntad expresa (arts.15 y ss.), y en concreto determina en su numeral 1o, artículo 18, que hay situaciones excepcionales en la que las autoridades médicas realizarán el tratamiento médico con carácter obligatorio aun cuando el paciente se rehusó a ello, "cuando hay un riesgo para la salud pública, si lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación"

4. Consideraciones finales

La pandemia ocasionada por el COVID-19 no solo ha tenido consecuencias en el ámbito social y económico, sino también en lo jurídico, desde que se decretara la pandemia a nivel mundial y la cuarentena en nuestro país.

En el ámbito jurídico se han visto afectadas, las libertades fundamentales, libertad individual, libertad de tránsito, derecho al trabajo, el derecho a la intimidad, entre otras.

De otra parte, también las actividades profesionales de los médicos, como también de los servidores públicos, son objeto de cuestionamiento de denuncias, acusaciones o quejas, discriminaciones, debatiéndose entre lo que es ilícito y permitido.

De lo expuesto queda claro, que la actuación médica que se rige por la *lex artis* no es contraria a la ley, no tiene consecuencias jurídico-penales ni de responsabilidad civil cuando actué en un estado de necesidad o en el ejercicio de un derecho.

A igual conclusión, se llega cuando los médicos cumplen con sus deberes como servidores públicos, como sucede en la actualidad con la pandemia, mientras que en los casos de servidores públicos, su comportamiento está justificado también porque actúan en virtud de los deberes que le impone la ley.

Lo que sí es cierto, es que el médico no puede rehusarse a brindar un tratamiento médico al paciente so pretexto de que se va a contagiar, porque incurriría en lo que se denomina Omisión de socorro, denegación de prestación de servicio al paciente, que se castiga en otros países.

No hemos querido entrar a profundizar situaciones complejas que son de mucho interés y debate en la actualidad en lo que respecta, así es correcto o ilícito priorizar el tratamiento de los jóvenes sobre las personas de tercera edad, situación que ha sido criticada porque "discriminar entre pacientes en la provisión de atención por razones de edad es enviar un mensaje sobre el valor de las personas mayores" Tal discriminación expresa públicamente la opinión de que las personas mayores tienen menos valor o importancia que los jóvenes. "Y sería difícil no pensar, incluso si no se pretendía, que una matanza de personas mayores era a lo que se estaba apuntando", concluye. (2020).

En otro caso, lo referente a la objeción de conciencia, en la que los pacientes también tienen derecho a rechazar el tratamiento brindado en situaciones de pandemia Covid-19, temas que posteriormente serán objeto de análisis en otros trabajos.

Bibliografía

ACEVEDO, José R. “La responsabilidad penal derivada de la actividad médica” en Cuadernos de Ciencias Penales N°1, Instituto de Ciencias Penales, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1998.

ACHAVAL, Alfredo, Responsabilidad civil del médico, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1983

ANONIMO, “Derechos de las pacientes” El Panamá América, 26 de julio de 1998, p. E-2.

ARANGO DURLING, Virginia, “Las eximentes de responsabilidad penal en el aborto” en **Anuario de Derecho No. 14**, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad de Panamá, Panamá, 1986.

ARANGO DURLING, Virginia, Cuestiones básicas sobre el SIDA, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1994,

BACIGALUPO, Enrique, Delitos impropios de omisión, Temis, Bogotá, 1983.

BAE Negocios, Proponen limitar la responsabilidad penal de los médicos mientras dure la pandemia, <https://www.baenegocios.com/politica/Proponen-limitar-la-responsabilidad-penal-de-los-medicos-mientras-dure-la-pandemia-20200623-0053.html>

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de derecho penal (Parte especial) Delitos contra las personas, Editorial Ceura, Madrid, 1986.

BUENO ARÚS, Francisco, “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal” en El derecho en las fronteras de la medicina, Universidad de Córdoba, Córdoba 1985.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, El delito culposo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

CABELLO MOHEDANO, Francisco, GARCÍA GIL, José Manuel y VIQUEIRA TURNEZ, Agustín, Entre los límites personales y penales de la Eutanasia, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1990.

CALZADO, Gonzalo, Coronavirus y embarazadas: ¿hay algún tipo de riesgo? https://www.elplural.com/sociedad/coronavirus-transmitir-embarazada-feto_232649102 ,20 de marzo de 2020

CASTILLO, Francisco, El consentimiento del derecho habiente en materia penal, Editorial Juritexto, San José, 1998.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz, La reproducción asistida humana sin consentimiento, Aspectos penales, Tirant, lo Blanch, Valencia, 1999.

DE MIGUEL PÉREZ, Isidro, Delitos culposos, Repertorio Forense, S.A., Caracas, 1975.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, El contrato de servicios médicos, Civitas, Madrid, 1988.

FRAGA MANDIÁN, Antonio/ LAMAS MEILAN, Manuel Ma., El consentimiento informado, El consentimiento del paciente en la actividad médico - quirúrgica, Gráficas Salnés, S.L., 1999.

GALÁN RIBES, Santiago, Manual práctico sobre los derechos del paciente, Ediciones Fausí, Barcelona, 1988.

GALVEZ, J.J. Un juez avala el internamiento forzoso de positivos por coronavirus. El Gobierno estudia la posibilidad de aislar a pacientes, incluso de forma obligatoria, en infraestructuras públicas y privadas, Madrid, 6 de abril de 2020.

GARCÍA ANDRADE, José Antonio, Reflexiones sobre la responsabilidad médica, Edersa, Madrid, 1998.

GARCÍA ARMULLE, Lourdes, Restricciones establecidas a raíz del Covid-19 carecen de 'validez jurídica': Fundación Libertad, Estrella de Panamá, <https://www.laestrella.com.pa/nacional/200613/gobernar-decreto-establece-precedente-peligroso-constitucion-dice-fundacion-libertad> 13/6)2020

GIL HERNÁNDEZ, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, Colex, Madrid, 1995.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan J., **Eutanasia y cultura**, Imprenta Universitaria, México, 1952

GOZZER, Fania, Coronavirus: los médicos que se negaron a atender a pacientes de covid-19 (y lo que su caso muestra de la precaria situación de muchos sanitarios en América Latina)

BBC News, 27 de abril de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52413808>

GUERRA DE VILLALAZ, Aura, Delitos contra la Fe pública, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad de Panamá, Panamá, 1989.

INDEPENDIENTE, EL, El riesgo de neumonía grave por Covid en embarazadas es mayor al del resto de mujeres, según un estudio <https://www.elindependiente.com/vida-sana/salud/2020/06/17/el-riesgo-de-neumonia-grave-por-covid-en-embarazadas-es-mayor-al-de-mujeres-de-misma-edad/> Publicado el 17 de junio de 2020 - 15: 19

INFOBIOQUIMICA, ¿Es incorrecto priorizar a los pacientes más jóvenes con COVID-19? Con los servicios sobrecargados, los profesionales de la salud tienen que decidir quién debe recibir el tratamiento. ¿Pero está mal priorizar a los pacientes más jóvenes con COVID-19? <https://infobioquimica.com/new/2020/05/05/es-incorrecto-priorizar-a-los-pacientes-mas-jovenes-con-covid-19/>

INFOSALUS, Un estudio muestra lesiones en las placentas de embarazadas con COVID-19, Madrid, 25,2020 <https://www.infosalus.com/mujer/noticia-estudio-muestra-lesiones-placentas-embarazadas-covid-19-20200525185440.html>

JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actualidad médico-quirúrgica, Tecnos, Madrid, 1990.

KAUFMAN, Arthur, "Relativización de la protección jurídica de la vida", en **Avances de la medicina y Derecho penal**, Instituto de Criminología, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1988.

LÓPEZ BOLADO, Jorge, Los Médicos y el Código Penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.

LUNA MALDONADO, Aurelio, "El Consentimiento para las actuaciones médicas en los enfermos terminales" en El derecho en las fronteras de la medicina, Facultad de Medicina, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1985.

LUTGER, Hans, *Medicina y Derecho Penal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Edersa, Madrid, 1984.

LUZON PEÑA, Diego, “Estado de Necesidad e intervención médica en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis en Anuario de la Medicina,

MARTÍNEZ - PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La Responsabilidad penal del Médico y del Sanitario*, Colex, Madrid, 1990.

MARTINEZ SALCEDO, Juan Carlos, *Obligados a la guerra*, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-carlos-martinez-salcedo-509918/obligados-a-la-guerra-2994238>

MARTIRENA, Gregorio, “Médicos y profesionales de la salud que participan en la tortura experiencia de Uruguay” en *Ética Profesional, Derecho Humanos y Prevención de la tortura*, Prodeba, San José, 1997.

MARCACOMCLARO, Coronavirus en el embarazo: Confirman el primer caso de transmisión de Covid-19 de madre a hijo https://www.marca.com/claro-mx/trending/coronavirus/2020/07/15/5f0f162646163f49218b45db.html_15-7-2020

MAUAD PONCE, José Alberto, *Responsabilidad civil médica*, Pequeño Formato No.66, Editorial Portobelo, Panamá, 1997.

MENDOZA TRONCONIS, José, *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Gráfico Letra, Madrid, 1965.

MIR PUIG, Santiago, *Avances de Medicina y Derecho Penal*, Instituto de Criminología de Barcelona, P.P.U., Barcelona, 1988.

MONTANO, Pedro, *La responsabilidad penal de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías de la procreación*, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, Montevideo, 1991.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, “La culpa en la actividad médica”, *Imputación Objetiva y Deberes de cuidado*, Universidad Externado de Colombia, 1988.

MONTERROSO SALVATERRA, Jorge Efraín, *Culpa y Omisión en la teoría del delito*, Editorial Porrúa, México, 1993.

MORA GARCÍA, José Ma. / JIMÉNEZ SUÁREZ, Octavio, *Complicaciones jurídico-médicas en la intervención de vasectomía*, Colección Jurisprudencia práctica, No.147, Tecnos, Madrid, 1998.

MORALES FERNÁNDEZ, Eduardo, *La Responsabilidad Penal y Civil del Médico por Negligencia Profesional*, Investigaciones Jurídicas, San José, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho Penal, (Parte Especial)**, Universidad de Sevilla, 1995.

MUÑOZ POPE, Carlos/ARANGO DURLING, Virginia, **Delitos contra la Vida e Integridad Personal**, Tomo I, Universidad de Panamá, 1986.

MUÑOZ POPE, Carlos, **Delitos contra la Salud Pública**, Universidad de Panamá, 1986.

MUÑOZ POPE, Carlos, **Lecciones de Derecho Penal, Tomo II, Parte General**, Universidad de Panamá, 1984.

MUÑOZ RUBIO, Campo Elías, Está permitido en la legislación panameña el transplante de corazón, Separata de **Revista Lex** No.8, 1977.

NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, **El delito culposo** (Su estructuración jurídica en la dogmática actual), Universidad de Salamanca, Salamanca 1975.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Límite del consentimiento a la libre disposición del cuerpo, En su aspecto civil, en **El Derecho en las fronteras de la medicina**, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1985.

OTERO GONZÁLEZ, Alfonso, **Embarazo en paciente COVID-19** <https://www.nefrologiaaldia.org/es-articulo-embarazo-paciente-covid-19-315>

POLLARD, Brian, **Eutanasia**, Rialp, Madrid, 1991.

RASMUSSEN, Vedel, “Prevención y tratamiento de la tortura, perspectiva global en **Ética profesional, Derechos Humanos y prevención en la Tortura**, San José, 1997.

ROMEO CASABONA, Carlos M., **El Médico ante el derecho, Ministerio de Sanidad y Consumo**, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

ROMEO CASABONA, Carlos M., “El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales” en **Avances de la Medicina y el Derecho Penal**, Instituto de Criminología de Barcelona, PPU, 1988.

ROYO - VILLANOVA y MORALES, R., **La responsabilidad profesional del médico**, Editorial Cultura Clásica y Moderna, Madrid, 1958.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, **Derecho penal (Parte especial)**, Dykinson, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal del médico por omisión en **Avances de la Medicina y Derecho Penal**, Instituto de Criminología de Barcelona, PPU, 1988.

TERRAGNI, Marco Antonio, **El delito culposo**, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1995.

VALENCIA, Alexander, **Responsabilidad civil médica por daños al paciente**, Editorial Jurídica Bolivariana, Panamá, 1997.

VEINTE MINUTOS, El juez da la razón a los sanitarios que ingresaron contra su voluntad a un hombre para comprobar si tenía Covid-19, <https://www.20minutos.es/noticia/4225569/0/el-juez-da-la-razon-a-los-sanitarios-que-ingresaron-contra-su-voluntad-a-un-hombre-para-comprobar-si-tenia-covid/>

VELA TREVIÑO, Sergio, **Antijuricidad y Justificación**, Porrúa, México 1976.

VILLANUEVA, Enrique, “El consentimiento y sus límites” en **El derecho en las fronteras de la medicina**, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1985.

VIVES ANTON, T.S., BOIX REIG, ORTS BERENGUER, E., CARBONELL, MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., **Derecho Penal, Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

YUNGANO, Arturo Ricardo, LÓPEZ BOLADO, Jorge, POGGI, Víctor Luis, y BRUNO, Antonio Horacio, **Responsabilidad profesional de los médicos**, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

A propósito del artículo 229A del Código Penal y su declaratoria de inconstitucionalidad

Campo Elías Muñoz Arango

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Panamá

[*campoema@gmail.com*](mailto:campoema@gmail.com)

Recepción: 2 de julio de 2020

Aceptación: 26 de julio de 2020

Resumen

En este ensayo el autor se propone explicar sobre el delito de invasión u ocupación de terrenos previsto en el artículo 229A, introducido mediante la Ley 44 de 2013, que fuera declarado inconstitucional mediante sentencia de 23 de septiembre de 2014, haciendo una referencia respecto a los demás delitos de usurpación y la relevancia que tiene la jurisprudencia constitucional para derogar la norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Palabras clave: patrimonio, delitos de invasión, ocupación de tierras, inconstitucional, jurisprudencia, derogación.

Abstract

In this essay, the author intends to explain the crime of invasion or occupation of land provided for in article 229A, introduced by Law 44 of 2013, which was declared unconstitutional by sentence of September 23, 2014, making a reference regarding the other crimes of usurpation and the relevance of the constitutional jurisprudence to repeal the legal norm for being contrary to the Constitution

Keywords: economic, crime of invasion, occupation of land, unconstitutional, jurisprudence, repeal.

Sumario: 1. Introducción 2. Cuestiones penales sobre la invasión de terrenos. 3. El delito de Ocupación ilegal de un inmueble o Invasión de tierras y su dilema constitucional. 4. Conclusiones

El Código Penal en su Capítulo agrupa una diversidad de hechos delictivos que atentan contra la propiedad inmobiliaria (Raneiri, 1975:81; Febres Cordero, 1993:587) ya que la naturaleza misma de los inmuebles no permite el apoderamiento y traslado de tales bienes como sucede con los bienes muebles, que aparecen comprendidos en los artículos 228, 229, 229 y 229A declarado inconstitucional este último en virtud de sentencia de 23 de septiembre de 2014.

En este sentido, se establecen penas para quienes remuevan, alteren los linderos o señales, etc. o contra quienes para procurarse un provecho indebido desvíen o perturben la posesión o tenencia de un inmueble (Art.228) o lo despojen de su posesión (Art. 229).

En el art. 228 se contempla la figura básica del delito de Usurpación, que se conoce presenta por la *REMOCIÓN O ALTERACIÓN DE LINDEROS*, de la siguiente manera:

“Quien para apropiarse en todo o en parte de un bien inmueble que pertenece a otra o para sacar provecho de él, remueva o altere las marcas o señales que determinen sus linderos será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

Por su parte, el artículo 229 castiga el Despojo violento de la posesión o tenencia de un inmueble y usurpación de un derecho real de un inmueble, en el tenor siguiente:

“Quien, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despoje total o parcialmente a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio del derecho de uso, usufructo, habitación servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble, será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Posteriormente, mediante Ley 44 de 2013 se adiciona el artículo 229A al Código Penal que castiga la Ocupación ilegal de un inmueble terreno o edificación que dice así:

Artículo 229-A. Quien, sin autorización, ocupe total o parcialmente un inmueble, terreno o edificación ajeno será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días-multas o arresto de fines de semana. La sanción será de tres a seis años de prisión a quien promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, colabore o incite la ocupación del inmueble, terreno o edificación ajena. Cuando el hecho se cometa en áreas colindantes con quebradas, ríos o fuentes de agua o en zona declarada como área protegida, zona de preservación ambiental y ecológica dotada de atributos excepcionales que tengan limitaciones y condiciones que justifiquen su inalienabilidad e indisponibilidad, áreas de reservas para la construcción de obras públicas, zonas de contaminación ambiental o zonas vulnerables a riesgo de fenómenos naturales adversos u otros provocados por el hombre, la sanción se aumentará de un tercio a la mitad”.

Como es de conocimiento la Constitución Nacional tiene por objeto garantizar la propiedad privada, sin embargo, en ocasiones las leyes penales pueden colisionar con los preceptos constitucionales, como sucede con el artículo 229A, adicionado mediante la Ley 44 de 2013, que si bien perseguía encarcelar a los invasores de tierras, ha perdido vigencia luego de haber sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia a continuación, pasaremos a abordar algunos aspectos fundamentales de este delito, respecto de los delitos de Usurpación, para luego pasar a presentar las consideraciones que reconocen que el artículo 229A es inconstitucional, y por ende no tiene vigencia en nuestro país.

2. Cuestiones penales sobre la invasión de terrenos

2.1 La tutela penal en el patrimonio frente a la usurpación y ocupación de inmuebles u otros.

En los delitos de usurpación, (Gonzalez Cussac/Vives Antón, 1995:390), el título hace referencia a los atentados posesorios que a diferencia de lo que ocurre con las cosas muebles, apenas representan un peligro para la propiedad, suficientemente garantizada por la técnica registral, los interdictos y demás mecanisociviles de tutela. Se trata de delitos que protegen bienes inmobiliarios o derechos reales inmobiliarias, en los que se advierte la poca gravedad de la pena, porque los bienes inmuebles están perfectamente y mucho mejor garantizadas por el derecho civil, ante los despojos que los bienes muebles, siendo difícil que su titular llegue a perder definitivamente sus derechos como consecuencia de la ocupación o usurpación (González Rus, 1995:644)

En estos tipos penales se destina una protección imperfecta al patrimonio inmobiliario (Calderón Choclan, p. 804) o simplemente el bien jurídico tutelado de manera general, el patrimonio de las fincas rústicas (Serrano Gómez, 1997:340).

En cuanto al derecho comparado se advierte de la inclusión del delito de “destrucción del curso de las aguas” públicas o privadas, sin valerse de la instalación de mecanismos o de la alteración de contadores (Muñoz Conde, 1996:400).

En el caso del delito de ocupación ilegal de un inmueble o invasión de tierras, la norma pretendía encarcelar a los invasores de tierras, tomando en cuenta que lo que se persigue es proteger aquellas áreas contra los usurpadores ilegales.

Y es que el problema de la invasión de terrenos es un fenómeno sin fin, en la que incluso el Ministerio de Vivienda está sumamente preocupado, porque no se trata de una actividad aislada, sino muy organizada llevada a cabo por un dirigente, en la que en ocasiones las personas tienen propiedades en otras áreas. Con toda razón, MIVIOT, manifiesta que se requiere de una norma legal para proteger la propiedad privada contra estos invasores (Jiménez, 2019), de manera que no se haya obviado presentar una nueva propuesta legislativa al respecto.

2.2 Breves comentarios dogmáticos sobre la invasión u ocupación de terrenos

El artículo 229-A introducido mediante la Ley 44 de 2013, declarado inconstitucional decía lo siguiente: Quien, sin autorización, ocupe total o parcialmente un inmueble, terreno o edificación ajeno será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana. La sanción será de tres a seis años de prisión a quien promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, colabore o incite la ocupación del inmueble, terreno o edificación ajena. Cuando el hecho se cometa en áreas colindantes con quebradas, ríos o fuentes de agua o en zona declarada como área protegida, zona de preservación ambiental y ecológica dotada de atributos excepcionales que tengan limitaciones y condiciones que justifiquen su inalienabilidad e indisponibilidad, áreas de reservas para la construcción de obras públicas, zonas de contaminación ambiental o zonas vulnerables a riesgo de fenómenos naturales adversos u otros provocados por el hombre, la sanción se aumentará de un tercio a la mitad.

Si observamos la norma, hace referencia a cualquier persona. Se trata de delitos que describen un sujeto activo indiferente, lo que permite que el hecho pueda ser realizado por cualquier persona con carácter individual o de manera colectiva. Es un delito común. En ocasiones se trata de personas muy organizadas que invaden la propiedad privada con violencia empleando escopetas o, armados como ha sucedido en otros países sembrando el pánico (Arcia, 2020). En este caso el invasor de tierras ocupa de manera total o parcial un inmueble, terreno o edificación ajena sin autorización para ello.

En cuanto al sujeto pasivo es la persona afectada o perjudicada en su patrimonio por la invasión de tierras, porque no solo destruyen sus bienes sino se apropian de los mismos.

El objeto material constituye la cosa inmueble que pertenece a otro, quedando incluidas todos los predios bien sean urbanos o rurales (Zavala, p. 133; Febres, p.589), o simplemente el predio, lote, finca, o heredad cuyos linderos han sido quitados o removidos para dar lugar a su apropiación total o parcial (Guerra de Villalaz, 1985:110).

En cuanto a las acciones punibles en el artículo 229 A comprenden lo siguiente: ocupar total o parcialmente un inmueble, terreno o edificación ajeno, como también promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, colaborar, o incitar a la ocupación del terreno o edificación ajeno.

El vocablo ocupar significa que el sujeto se apodera del inmueble, terreno o edificación ajeno, es decir, el sujeto invade, se apodera o se establece en el mismo. En este caso es distinto a la remoción y despojo de linderos (art. 228).

No obstante, si bien la acción se concreta en ocupar y se establece en el inmueble, a nuestro modo de ver tiene cierta relación con el artículo 229 del Código Penal vigente que castiga el Despojo violento de la posesión o tenencia de un inmueble y usurpación de un derecho real de un inmueble, en el tenor siguiente: “Quien, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despoje total o parcialmente a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio del derecho de uso, usufructo, habitación servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble, será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana”.

En este sentido, cuando el sujeto ocupa el inmueble, está realizando un acto de desposeer al dueño del inmueble el mismo, es decir, se la está quitando. La acción de “despojar, hay que entender quita o desposeer la tenencia o posesión de un inmueble o del ejercicio del derecho de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble (Guerra de Villalaz, 2010: 187)”.

A este respecto ha indicado la doctrina que el despojo tratándose de un inmueble solo puede ejecutarse mediante invasión, permanencia o expulsión, ya sea que el dueño esté ausente, y se expulse a sus representantes, o finalmente, que no lo deje entrar (Soler, 1970:453)

La ocupación del inmueble implica, entrar, irrumpir, introducirse en él, como también hacerse uso del inmueble de manera transitoria aprovechando su utilidad (Pavón, p.345)

El despojo se presenta de manera instantánea, y con carácter violento, amenaza, engaño, abuso de confianza o clandestinidad.

Las otras conductas consisten promover, patrocinar o inducir, financiar, facilitar, colaborar, o incitar a la ocupación del terreno o edificación ajeno, y son comportamientos que describen actos de participación criminal, elevados en estos términos a categoría de autoría, innecesariamente.

La disposición bajo análisis no presenta dudas en cuanto a elementos subjetivos, que exige el dolo, “ánimo de ocupar” con conocimiento y se excluya la culpa.

3. El delito de Ocupación ilegal de un inmueble o invasión de tierras y su dilema constitucional

3.1 Introducción

Mediante Ley 44 de 2013 se adiciona el artículo 229A al Código Penal que dice lo siguiente:

“Artículo 229-A. Quien, sin autorización, ocupe total o parcialmente un inmueble, terreno o edificación ajeno será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana. La sanción será de tres a seis años de prisión a quien promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, colabore o incite la ocupación del inmueble, terreno o edificación ajena. Cuando el hecho se cometa en áreas colindantes con quebradas, ríos o fuentes de agua o en zona declarada como área protegida, zona de preservación ambiental y ecológica dotada de atributos excepcionales que tengan limitaciones y condiciones que justifiquen su inalienabilidad e indisponibilidad, áreas de reservas para la construcción de obras públicas, zonas de contaminación ambiental o zonas vulnerables a riesgo de fenómenos naturales adversos u otros provocados por el hombre, la sanción se aumentará de un tercio a la mitad”.

Posteriormente, mediante fallo de 23 de septiembre de 2019, se declaró inconstitucional, toda vez que el Magistrado Hernán De León explicó que esa disposición impedía ejercer la figura de la prescripción adquisitiva de dominio, que es cuando una persona pide la posesión de un terreno por haberlo ocupado ininterrumpidamente y de forma pacífica por 15 años. Para que aplique la prescripción, no se requiere la autorización del dueño del terreno al momento de ocuparlo (La Prensa, 4 de enero de 2015). “Si lo que se pretendía evitar era la invasión de un número plural de personas a un inmueble que no les pertenece, la redacción de la norma debió ser en otro sentido”, dijo De León.

3.2. Consideraciones del Pleno de la Corte Suprema de Justicia y la inconstitucionalidad del artículo 229A

Hemos considerado prudente por la importancia que tiene reproducir el Fallo de la Corte Suprema de Justicia que declara la inconstitucionalidad del artículo 229A., que en su texto dice lo siguiente:

04 ene 2015 - 1

VISTOS: Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la acción de Inconstitucionalidad promovida por el licenciado R.E.V., en nombre y representación de M.A.S. y P.V., contra el artículo 1 de la Ley 44 de 2013.

El contenido de la norma cuya inconstitucionalidad se requiere, es el siguiente: " Artículo 1. Se adiciona el artículo 229A al Código Penal así: Artículo 229-A. Quien, sin autorización, ocupe total o parcialmente un inmueble, terreno o edificación ajeno será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana. La sanción será de tres a seis años de prisión a quien promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, colabore o incite la ocupación del inmueble, terreno o edificación ajena. Cuando el hecho se cometa en áreas colindantes con quebradas, ríos o fuentes de agua o en zona declarada como área protegida, zona de preservación ambiental y ecológica dotada de atributos excepcionales que tengan limitaciones y condiciones que justifiquen su inalienabilidad e indisponibilidad, áreas de reservas para la construcción de obras públicas, zonas de contaminación ambiental o zonas vulnerables a riesgo de fenómenos naturales adversos u otros provocados por el hombre, la sanción se aumentará de un tercio a la mitad".

Consideran los actores que esta normativa contraviene los artículos 4, 31, 47, 48, y 117 de la Constitución Nacional sobre la base de los siguientes argumentos: "El estado panameño tiene el deber, por lo enunciado en el Artículo 4 Constitucional, de garantizar el derecho a la vivienda... El derecho a una vivienda adecuada, ampliamente (sic) reconocido en la legislación internacional de derechos humanos, incluye el derecho a la protección contra los desalojos forzosos. ...

El artículo 1 de la Ley 44...de 2013...penaliza una figura jurídica no existente en nuestro ordenamiento jurídico, cual es la 'ocupación de un bien inmueble'. ... en nuestro país no existe jurídicamente la ocupación de un bien inmueble, mal puede entonces tipificarse como delito este acto. ...con la introducción de la adición del Artículo 229 del Código Penal, se está derogando tácitamente éstos dos (2) medios legales con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para adquirir la propiedad, como lo son la Usucapión o P. adquisitiva de dominio y la forma... denominada 'Asentamiento Comunitario por Antigüedad'.

El artículo 1 de la Ley 44 de 2013...está impidiendo que una propiedad que no está cumpliendo la función social por parte de su dueño, pase a manos de otras que la ocupan por alguna necesidad urgente y vital como es la falta de vivienda. Resaltamos que nuestra Constitución en el Artículo 48 consagra el derecho a la propiedad, pero a la vez la supedita al cumplimiento de la función social, es decir que la propiedad debe producir beneficios a la sociedad, por parte de su propietario. Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico, consagra la conquista del derecho de la propiedad por medio de la posesión, para lo cual se requiere la ocupación y así mismo consagra la pérdida de este derecho cuando el propietario abandona el bien, manteniéndola inculta u ociosa. ... El Estado panameño está obligado constitucionalmente a abastecer de viviendas a los que no tengan capacidad por sí mismos de dotársela. Y también está obligado

constitucionalmente a garantizar el disfrute de ese derecho a quienes cuenten con capacidades de dotarse de este bien por sí mismos. Es decir, el Estado panameño debe ofrecer a los ciudadanos las herramientas financieras, tecnológicas, jurídicas, etc., para que obtengan una vivienda digna.

Y el Artículo 1 de la Ley 44 de 2013, viene a contradecir la letra y el espíritu del Artículo 117 de e la Constitución Política". Luego de lo anterior, la causa que nos ocupa fue admitida y, consecuente con ello, correspondió emitir concepto al Ministerio Público. Es así como se emite la vista fiscal donde la Procuradora General de la Nación, consideró que la norma impugnada no contraviene la Constitución Nacional. Dicha afirmación se basa en argumentos como los que a continuación citamos: "El artículo 31 de la Constitución... .. establece el principio de legalidad en materia penal... .. requiere para la aplicación de una norma sustantiva penal la existencia de una Ley anterior a la comisión del delito en la que se precise el tipo de conducta delictiva y la sanción penal correspondiente y en virtud de la cual no admite la analogía, lo que significa que sólo se condenarán los hechos que coincidan con el supuesto de hecho que prescribe la norma. ...

En el caso que nos ocupa, se rechaza la inconstitucionalidad pretendida del artículo 229-A del Código Penal porque estamos frente a un delito tipificado por el Código Penal que es la ley formal y especial que por haber sido adoptada por la Asamblea Nacional es la excerta que contiene todos (sic) las conductas típicas, antijurídicas y culpables vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha norma contiene o especifica el tipo penal y establece la correspondiente sanción. Por tanto, el principio constitucional del artículo 31, 'nullum crime sine lege, nulla poena sine lege' no se ve menoscabado ni conculcado en este caso... .. Continúa el letrado sus cuestionamientos... señalando que... la norma impugnada penaliza una figura jurídica que no existe... .. estas argumentaciones nos compelen a señalar ante todo que el texto del artículo 1 de la Ley N°11...de 2013, introduce un nuevo tipo penal... .. como una modalidad del delito de Usurpación. ... tipificación que tiene como finalidad garantizar la protección de un bien jurídico valioso, como es la propiedad privada, en estricto acatamiento de la garantía fundamental consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política, es decir, el Principio de Legalidad en Derecho Penal, lo que desvirtúa la argumentación de que la norma atacada introduce como delito una figura inexistente en nuestro ordenamiento jurídico...

El demandante también estima que el artículo 1 de la Ley N°44...de 2013, infringe... el artículo 17 de la Constitución Política pues... se derogan tácitamente los dos mecanismos...para adquirir la propiedad... Como viene explicado, la aplicación del artículo 1...no viola el artículo 47 de la Constitución Política descrito, se busca sancionar penalmente a aquellas personas que sin autorización, ocupen total o

parcialmente un bien inmueble, sin cumplir los requerimientos establecidos en la Ley. En ese orden de ideas, el artículo 47 de la Constitución Política, garantiza la propiedad privada, adquirida con arreglo a la Ley... para que un particular, sea persona natural o jurídica, pueda adquirir o tener la posesión de un bien inmueble, deben cumplir ciertos requisitos... Efectivamente, ocupar un bien inmueble ajeno, sin contar con la respectiva autorización de quien detente el derecho real sobre ese determinado bien, representa la comisión de un delito, tal cual lo establece la norma impugnada, lo cual no hace más que motivar el respeto a la propiedad privada... Sobre, la figura de la prescripción adquisitiva de dominio, debo señalar que es un mecanismo de reconocimiento de derechos que contempla presupuestos como la posesión del bien con el visto bueno del propietario; que la posesión sea pública, pacífica e interrumpida, y que sea con buena fe y justo título por el término determinado en la Ley; como se aprecia las circunstancias exigidas para que opere esta figura en nada se relacionan con la conducta tipificada en la norma impugnada...

El examen de la norma impugnada frente al texto del artículo 48 de la Constitución Política suprimir la alegada infracción y es que la función social a la que se refiere esta norma se encuentra ampliamente ligada con el motivo de utilidad pública y de interés social, que se encuentra definida en el procedimiento de expropiación que contempla el segundo párrafo del artículo 48 de la carta magna, en este talante, debo señalar que la adecuada interpretación de la norma jurídica requiere que su análisis sea integral, es así que la función social de la propiedad privada, está ligada indisolublemente a la figura de la expropiación establecida en dicha norma y desarrollada en el artículo 1913 y subsiguientes del Código Judicial ... La naturaleza jurídica de un bien de utilidad pública o de interés social, la tiene que determinar el Estado, a través de los instrumentos legales pertinentes y no puede estar sujeta al criterio subjetivo de un particular o particulares de manera que se permita que arbitrariamente, cualquier persona ocupe un bien inmueble que no le pertenece, bajo el pretexto de que dicho bien no cumple una función social. ...". Seguido a esta etapa, correspondió aquella relacionada a la presentación de alegatos por parte de quienes a bien quisieran participar. No obstante, esta oportunidad no fue aprovechada, dando lugar a la decisión de fondo que se procede a realizar.

Consideraciones y decisión del Pleno:

Cumplidas las etapas procesales propias de este proceso, corresponde adentrarnos en el análisis final sobre la constitucionalidad de la norma atacada, que en este caso lo es un artículo del Código Penal vigente. Esta normativa, en términos generales establece o eleva a delito, la ocupación sin autorización de un inmueble, y es considerada como atentatoria de los artículos 4, 31, 47, 48 y 117 de la Constitución Política sin que ello impida el análisis respecto al resto de este cuerpo normativo, en virtud del principio de

universalidad. Dicho esto, iniciemos el estudio refiriéndonos primeramente al artículo 4 de la Carta Magna, que contempla el acatamiento del Estado panameño de las normas internacionales. En relación a este punto, los actores aluden a tres instrumentos internacionales, a saber, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25, párrafo 1), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11, párrafo 1), como los cuerpos normativos que reconocen dentro del derecho de vivienda, "la protección contra los desalojos forzosos". Sin embargo, al dar lectura de estos, se constata que ninguno de ellos protege contra desalojos forzosos, tal y como afirman los recurrentes.

Lo que reconocen son derechos, entre ellos el de vivienda y, a la vez, instan a los Estado a que se adopten políticas o medidas para el goce de estos, sin que ello implique, por disposición de estos convenios internacionales, que se menoscaben, supriman o desconozcan los derechos constitucionales de otros. Pero además de lo planteado, consta que los argumentos de los actores respecto a esta norma constitucional, no se adecuan al contenido de la disposición atacada. Es decir, que no hay una relación directa entre el concepto de infracción y el artículo impugnado. Ello es así, porque los recurrentes aluden a que Panamá está obligado a respetar los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de vivienda y, que según él, también protegen de los desalojos forzosos. Sin embargo, la norma atacada en ningún momento alude o se refiere a la figura de los desalojos forzosos.

La disposición en cuestión no regula ni tipifica los "desalojos" que se realicen de esta forma, sino la "ocupación no autorizada" de inmuebles. Así las cosas y aunque parezca extraño, de accederse a la petición de los recurrentes en la forma desarrollada, implicaría el desconocimiento de las normativas internacionales que invocan. Indicamos lo anterior, porque dichas convenciones no permiten que para reconocerle un derecho a alguien, se desconozcan aquellos que legalmente poseen otros.

De lo indicado se concluye que no se surte la alegada vulneración del artículo 4 de la Norma Fundamental, ya que como se ha indicado, las normas invocadas no guardan relación directa con el artículo del Código Penal que se ataca, porque recoge una situación distinta a las planteadas en los citados convenios internacionales. La siguiente normativa constitucional que identifican los recurrentes como, contravenida, es el artículo 31. Esta disposición recoge el principio conocido como Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, también replicado o establecido en los artículos 4 y 9 del Código Penal.

Con ella, sólo se permite el procesamiento, y sanción de conductas que previamente hayan sido establecidas como delitos. Luego entonces, lo que precisa determinarse en esta causa para comprobar la alegada vulneración constitucional, es si la norma legal atacada, contraviene o desconoce los elementos antes mencionados. En ese sentido, resulta evidente la conclusión de que la disposición legal cumple con los presupuestos de la norma constitucional y, por tanto, resulta clara la constitucionalidad de esta. Ello

es así, porque es precisamente el artículo que se impugna, y que se aprobó según las reglas legislativas para esto, el que estableció que a partir de su entrada en vigor existe una nueva conducta delictiva. Si se aceptara la postura planteada por los actores, ninguna conducta que se considerara delito podría ser sancionada, porque se parten de premisas equivocadas en torno a la mecánica o funcionamiento del principio de legalidad que se ha señalado.

Adicional a esto, y compartiendo el criterio desarrollado por el Ministerio Público, constatamos que no existe una debida relación entre los argumentos que se plantean en la acción constitucional, y el contenido de la normativa supra legal.

Y es que en el concepto de infracción del artículo 31 de la Carta Magna, al igual que el anteriormente analizado, se realizan afirmaciones respecto a la norma atacada, que no son parte de su contenido. Por ejemplo, se señala que la norma que analizamos contempla la penalización de la figura de la ocupación de un bien mueble, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esta figura no sólo se reconoce en el artículo 345 y ss., del Código Civil y ss. y, por tanto existe, sino que lo considerado como delito, es la ocupación sin autorización, que posteriormente analizaremos con mayor precisión. En otras palabras, el artículo 229 A del Código Penal y que se ataca de inconstitucional, en ninguna parte de su contenido establece la figura que los actores denominan "ocupación de un bien inmueble", como una institución jurídica nueva, y por tal razón, tampoco la sanciona. Dicha terminología planteada por los recurrentes no aparece inserta en la redacción de la mencionada norma, muy por el contrario, son quienes accionan los que traen a la discusión esta "figura jurídica". Por tal razón, mal podría declararse la inconstitucionalidad de algo que no existe.

Pero además de esto, también se comete el desatino de realizar una comparación y justificar su posición en base a la figura de la ocupación que contempla el Código Civil. Perdiendo de vista que esta norma de clara redacción establece varios elementos que no necesariamente se compadecen con las pretensiones de los actores. Primero porque tal ocupación debe ser sobre cosas que no pertenezcan a nadie, y la norma penal que se ataca no sanciona una ocupación realizada de tal forma, sino aquélla que es sobre inmuebles ajenos, es decir, que pertenecen o son propiedad de otros y, por tanto, tienen dueños. Y lo segundo, es que la ocupación que menciona el Código Civil alude a una adquisición no prohibida por la ley, y en este caso, se lo está prohibiendo la norma atacada. Pero no por el simple hecho de ocuparla, tal y como pretenden hacer ver los recurrentes, sino porque se trata de una ocupación de bienes con dueños, y "sin autorización" de los mismos. Por lo indicado, queda claro que la disposición constitucional que hemos analizado, no se encuentra conculcada por lo dispuesto en el artículo 229A del Código Penal.

La otra disposición que se considera infringida es el artículo 47 de la Carta Magna, el que en términos generales reconoce y garantiza la propiedad privada. Sobre esta disposición, los recurrentes advierten que ha sido contravenida, porque se desconocen los "dos (2) mecanismos que requieren la posesión para

hacerse valer o reconocer por las autoridades". A saber, la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, y el asentamiento comunitario por antigüedad. Veamos cada una de estas figuras. La prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, es concebida en términos generales, como una forma de adquirir bienes, lo que consecuentemente conlleva a la propiedad del mismo. Por tanto, resulta válido el argumento de considerar esta figura civilista, como una forma de adquirir la propiedad. Esta afirmación se clarifica aún más, si consideramos algunos conceptos como los siguientes: "Se define como el modo de adquirir la propiedad u otro derecho real poseíble por la posesión continuada durante el tiempo y con los requisitos que fija la ley. Convierte en situación de derecho lo que empezó como una situación de mero hecho. El simple poseedor deviene titular del derecho real. ... En la usucapión se presentan dos sujetos: el usucapiente, adquirente, que adquiere el derecho por usucapión, y el titular del derecho usucapido, que lo pierde, con sus respectivos requisitos. ... El objeto de la usucapión es el derecho de propiedad o cualquier otro derecho real posible. (O, CALLAGHAN, X., "Compendio de Derecho Civil". Tomo III, 4ta edición. Pág. 129-132). De lo transcrito se identifican una serie de elementos en cuanto a la figura que analizamos, y que permiten determinar si en efecto se concreta una vulneración constitucional. Si partimos del hecho que el artículo 47 de la Carta Magna contempla y salvaguarda el derecho a la propiedad privada, es importante tener presente las distintas formas que existen para adquirir la misma. Una de ellas, como bien señalaron los recurrentes, es la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio. Luego entonces, si se logra determinar que el artículo 229A del Código Penal restringe o impide la realización o consecución de esta figura jurídica, por coartar o desconocer uno de sus elementos, estaríamos frente a la vulneración de la norma constitucional en comento. Lo primero que debemos destacar para arribar a tal conclusión, ya que ni los actores ni el Ministerio Público en su intervención lo hacen, es aclarar que la figura de la usucapión o prescripción puede ser de dos formas, ordinaria y extraordinaria. Y, aun cuando entre ellas convergen elementos comunes, igualmente, cada una posee presupuestos propios y diferentes una de la otra. Los actores hablan de la figura de la usucapión de forma genérica, mientras que la Procuradora de la Nación basa su análisis sólo respecto a la prescripción de índole ordinaria y sus correspondientes elementos. Circunstancia que la condujo a concluir que el artículo 229 del Código Penal es constitucional, soslayando en su estudio, la existencia de otro tipo de prescripción adquisitiva y sus elementos, y que corren con una suerte distinta a la indicada. Es decir, que las anteriores opiniones se emitieron al margen de que existe otro tipo de usucapión que no puede desconocerse, y que es la de mayor aplicación y conocimiento en las esferas judiciales, es decir, aquella de naturaleza extraordinaria.

La norma penal que se analiza tipifica como delito la ocupación sin autorización. Luego entonces, el análisis que aquí se desarrolle, debe estar encaminado a verificar si la norma penal atacada se refiere o asemeja a la prescripción adquisitiva de dominio ordinaria o extraordinaria. Y, si como consecuencia de

ello, se está estableciendo como delito, una de las formas de adquirir la propiedad privada, dentro de las que se incluye la prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria, misma que se encuentra reconocida en el artículo 1696 del Código Civil, y que es del tenor siguiente: "1696. Se prescribe también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante quince años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 521". (lo resaltado es de la Corte). Vemos de lo citado, que la buena fe, entendida para la prescripción extraordinaria como "la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio" (O, Callaghan X., "Compendio de Derecho Civil". Tomo III, 4ta edición. Pág. 135), no se requiere. Tal definición de buena fe pone de relieve que en la usucapión extraordinaria no se requiere de la autorización del dueño para ocupar. Muy por el contrario, el no tenerla se constituye en un elemento subyacente para que la misma se surta. Por tanto, se concluye que al tipificarse la ocupación sin autorización (que encaja en la definición de buena fe) como delito, se impide el ejercicio de la prescripción adquisitiva extraordinaria como una de las formas para obtener la propiedad. Precisamente porque la falta de autorización del dueño del predio que se ocupa (buena fe), es uno de los elementos necesarios para que se surta este tipo de prescripción. Por tal razón, y a partir de este punto es que consideramos, que les asiste la razón a los actores. Ello es así, porque tal y como se ha visto, la figura de la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria implica para su realización entre otros aspectos, una ocupación sin el consentimiento del dueño.

De lo indicado queda claro que, el artículo 229A del Código Penal establece como conducta punible, uno de los requisitos, elementos o presupuestos de la figura de la usucapión extraordinaria, y si esto es así, nadie podrá prescribir y, por tanto, no podrá acceder a la propiedad privada que reconoce y salvaguarda el artículo 47 de la Constitución Nacional, a través de este medio reconocido por la ley.

Resulta claro que, en este caso no se está estableciendo como delito el ocupar de forma violenta o a la fuerza del bien inmueble, sino el hecho de ocupar "sin autorización del dueño" determinado previo, que tal y como hemos mencionado, es uno de los presupuestos o elementos para que se surta la usucapión extraordinaria. Si lo que se pretendía evitar era la invasión de un número plural de personas a un inmueble que no les pertenece en determina forma, la redacción de la norma debió ser en otro sentido, e incluso, podían incorporarse o establecerse otros mecanismos para salvaguardar los derechos de los legítimos dueños de determinado terreno.

En consecuencia, resulta evidente que la normativa atacada de inconstitucional se constituye en **un impedimento para acceder al derecho de la propiedad privada que contempla la Carta Magna en el artículo 47**. Por ello, lo que en derecho corresponde es decretar la inconstitucionalidad de la disposición objeto de estudio. Pero aún ante lo manifestado, no podemos soslayar que los recurrentes también fundamentaron su acción en la figura del asentamiento comunitario por antigüedad, establecido en la ley

20 de 2009 y, que según su definición parece correr con la misma suerte que la usucapión extraordinaria, aunque no de forma tan clara, dada la falta del desarrollo jurisprudencial en cuanto a la interpretación de las normas sobre el particular. La figura del asentamiento comunitario por antigüedad plantea conceptos y elementos parecidos a los de la usucapión extraordinaria, que también se ven limitados con el contenido de la norma penal que se analiza. Y, a pesar de que no se alude al elemento de no tener buena fe, si alude a una ocupación por el término de 15 años consecutivos, que es un elemento que se refiere a la prescripción de índole extraordinaria, que es la que se ve afectada por el artículo 229A del Código Penal.

Prueba de ello, es la definición que de la misma brinda el Decreto de Ejecutivo N°19 de 2009, que reglamenta la ley 20 de 2009. "Artículo 4. Los siguientes términos, para propósitos exclusivos de la materia que se reglamenta, tendrán estos significados: ... Asentamiento Comunitario por Antigüedad: todo grupo humano establecido en un área geográfica urbana o rural, de propiedad privada, que ha conformado un tejido social vinculado por relaciones jurídicas, culturales, productivas, económicas o, incluso, por expresiones de carácter organizativo. Se entenderán como tales los grupos humanos que habiten tanto en lotes de terrenos como en unidades departamentales de edificios o torres destinadas a la vivienda".

Por su parte, la ley 20 de 2009 señala:

Artículo 1. El objetivo de la presente Ley es asegurar a los miembros de un asentamiento comunitario, establecido por más de quince años de manera consecutiva, pacífica e ininterrumpida, el título de propiedad sobre el predio privado que ocupan. ...

Artículo 3. Para los fines de la presente Ley, se entiende por poseedor beneficiario aquel que ejerce la ocupación de un predio con ánimo de dueño. El aseguramiento y la formalización de la tierra a poseedores beneficiarios dentro de un asentamiento comunitario por antigüedad se efectuarán conforme al trámite establecido en la presente Ley.

Artículo 4. Un grupo no menor de veinte representantes de familias constituidas del asentamiento comunitario podrá pedir al Ministro de Vivienda que declare la existencia del asentamiento comunitario por antigüedad y decrete la expropiación extraordinaria de la finca privada, de conformidad con esta Ley, sin perjuicio de que se pueda proceder de oficio para estos trámites. Cuando se trate de tierras agrarias, la solicitud se dirigirá al Ministro de Desarrollo Agropecuario, por un mínimo de diez familias. (Lo resaltado es de la Corte).

Además del tema de los años de mantenerse en el predio, también se habla de una ocupación con ánimo de dueño, término éste que guarda semejanza con el aspecto de ocupar sin el consentimiento o aprobación de este último. Por tales razones, nos encontraríamos frente a una situación similar, a la analizada respecto a la usucapión extraordinaria y las consecuencias que en ella produce el artículo 229A del Código Penal.

Por tanto, se concluye que la norma penal sanciona como delito una de las formas de ocupación que legalmente se reconocen y permiten, produciendo una limitante al derecho a la propiedad privada.

Vemos pues, que la aplicación del artículo 229A del Código Penal, incide de forma directa sobre el derecho que reconoce la Constitución Nacional. La siguiente disposición constitucional a la que se alude como infringida, es el artículo 48 que establece obligaciones sociales para el dueño de la propiedad privada. Sobre el particular, lo primero que debemos señalar es que la disposición legal-penal que se ataca, no sanciona al dueño que deje de ejercer la función social de su predio, sino a aquel que ocupe alguno que ya posee un propietario.

Esto significa, que la disposición legal no se refiere directamente a la premisa que reconoce la Constitución Nacional. La contravención clara del derecho de propiedad privada a través de la usucapión antes vista, no se asemeja a la situación que ahora presentan los recurrentes. Precisamente porque no todas las formas de ocupaciones son legales o legítimas. Adicional a esto, hay que señalar que no todo predio que en algún momento ha sido ocupado por otras personas que no son sus dueños, implica o conlleva a considerar que el inmueble inútil. La determinación de esto no corresponde a los criterios subjetivos o propios de quienes ocupan el predio, sino que dependen u obedecen a la concurrencia de otros elementos y sujetos. Así las cosas, no se puede pretender que quien ocupa un bien, sea quien determine las razones por las cuales un bien inmueble es inútil y ello lo obliga a ocuparlo sin más razón.

Resulta evidente que este extremo atentaría contra la paz social y la seguridad jurídica. Pero además, y si se lee con atención la norma constitucional invocada, se arriba a la clara conclusión que sus dos párrafos están íntimamente relacionados, ya que el primero plantea los aspectos generales para que se surta la figura de la expropiación que, como bien se señala, es consecuencia de un juicio especial, es decir, un procedimiento que no puede ser suplantado por el criterio muy particular de quien ocupa un predio.

Por tal razón, se concluye que esta disposición constitucional no se encuentra contravenida por el artículo 229A del Código Penal que plantea una situación muy distante y distinta de lo que recoge el ya mencionado artículo 48 de la Carta Magna. Por último, refirámonos al artículo 117 de la Carta Política, que es la normativa final que los actores aluden como violentada. Respecto a la contravención de esta norma debemos advertir, que los argumentos desarrollados en torno a este punto no guardan una debida relación con el artículo que se cuestiona. Ello es así, porque el hecho que se considere como delito la ocupación sin autorización no va a obligar o no al Estado a que cumpla con su función de establecer políticas de vivienda en beneficio de toda la población. No es este nuevo tipo penal el que establecerá una nueva política en ese sentido, precisamente porque no es a través de la consideración de la usucapión extraordinaria como delito, que el Estado le ofrecerá a los ciudadanos las herramientas para poder adquirir

una vivienda. El establecimiento de este tipo de políticas se rige por reglas muy distintas a lo relacionado o establecido en el tipo penal, y atiende a un plan de gobierno. La población puede requerir el cumplimiento de esta obligación, pero ello no está supeditado o guarda relación con lo que ahora se analiza, y que es el establecimiento de una conducta como delito.

Por tanto, consideramos que el artículo 229 A del Código Penal, no contraviene el artículo 117 de la Carta Magna. No obstante lo anterior, y como quiera se ha verificado que la disposición atacada sí contraviene el artículo 47 de la Constitución Política, lo procede es decretar la inconstitucionalidad de la normativa en comento.

En consecuencia, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INCONSTITUCIONAL el artículo 1 de la Ley N°44 de 19 de junio de 2013, que adiciona el artículo 229A del Código Penal

N.. HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA HARRY ALBERTO DÍAZ GONZÁLE--(Con Salvamento de Voto) --E.C.T.C.--LUISM.C.--HARLEYJ.M.D.--ALEJANDROM. LUNA---G.A.A.----WILFREDOS.F.- (Fdo.) VICTOR L. BENAVIDES P. YANIXSA Y. YUEN C. (Secretaria General)

SALVAMENTO DE VOTO MAGISTRADO H.D. Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria, procedo a formalizar mi salvamento de voto por disentir jurídicamente con la decisión que antecede, que "DECLARA INCONSTITUCIONAL el artículo 1 de las Ley N° 44 de 19 de junio de 2013, que adiciona el artículo 229A del Código Penal".

Sobre el particular, debo manifestar que no comparto lo expuesto en el presente proyecto que declara inconstitucional el artículo 1 de la Ley 44 de 19 de junio de 2013, que adiciona el artículo 229 Al Código Penal, por contravenir el artículo 47 de la Constitucional Política. Señala el recurrente que el artículo 1 de la Ley 44 de 2013, penaliza una figura jurídica no existente en el ordenamiento jurídico que es la "ocupación de un bien inmueble" y con su introducción se están derogando tácitamente dos medios legales jurídicos para adquirir la propiedad, como lo son la Usucapión o P. adquisitiva de dominio y la forma denominada "Asentamiento Comunitario por Antigüedad". Consideramos que este artículo impide que una propiedad que no está cumpliendo la función social por parte de su dueño, pase a manos de otras que la ocupan por alguna necesidad urgente y vital como es la falta de vivienda. Al respecto, debo indicar que nuestra Constitución Política, señala en su artículo 17 que "las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren..." Siguiendo ese orden de ideas, el artículo 47 de la misma excerta legal establece que "se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales", mientras que en su

artículo 48, expone que "la propiedad privada implica obligación para su dueño por razón de la función social que debe llenar". Por otra parte, el Código Civil en su artículo 337 señala que "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley".(lo subrayado es nuestro) En atención a las normas antes anotadas, debemos entender que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo, sin embargo, no es un derecho absoluto, lo cual conlleva a que toda limitación de los bienes de una persona deba estar preestablecida en una ley formal, atendiendo la función social que persigue. En cuanto a la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, es un mecanismo legal que permite al poseedor de un bien a adquirir la propiedad del mismo, siempre y cuando haya desarrollado una conducta establecida por ley en un período de tiempo, establecido por ley, siendo una de ellas, poseer el bien de forma ininterrumpida y pacíficamente sin que se hayan tomado acciones para despojarlo de la tenencia y que lo goce como si fuera el dueño, es decir, pueda usar, disponer del bien y disfrutar de sus frutos. En otras palabras se puede decir que la prescripción adquisitiva, castiga al titular por el abandono del inmueble, para que esta figura opere, debe cumplir con los requisitos señalados en el Código Civil de conformidad al artículo 1678 y siguientes. Expresado lo anterior, no podemos confundir que con la vigencia del artículo 229A del Código Penal, se entiende como derogada tácitamente la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, ya que para que esta se configure se debe reunir ciertos requisitos. Por el contrario, el artículo 229A del Código Penal señala "sin autorización, ocupe total o parcialmente un inmueble, terrero o edificación..." vemos pues que esta norma se encuentra dirigida a regular a los precaristas, intrusos o invasores de inmuebles ajenos. Al respecto somos del criterio que, esta norma garantiza el bien jurídico tutelado que es la propiedad privada o pública, ya que la norma es explícita cuando indica sin autorización, ocupe total o parcialmente un inmueble y no impide el ejercicio de la prescripción adquisitiva extraordinaria o de dominio para obtener la propiedad, pues como manifestamos anteriormente esta figura es completamente diferente y debe reunir ciertos requisitos establecidos en nuestro Código Civil, por tal motivo considero que no es Inconstitucional el artículo 229A del Código Penal, creado por la Ley 44 de 2013

Por las razones expuestas es que debo realizar mi salvamento de voto. Fecha Ut Supra, H.D. Yanixsa Yuen (Secretaria General)

Ponente: Hernán A. De León Batista ----Fecha 23 de septiembre de 2014.

Conclusiones

Como se observa del contenido del Fallo el Pleno de la Corte consideró que se vulnera la Constitución Nacional mediante el artículo 229A del Código Penal antes citado, lo que una vez más hay que reconocer

la importancia del Derecho Constitucional en el ámbito penal a fin de hacer perder la vigencia de una norma penal, como previamente se ha dado en otras ocasiones.

Ciertamente, que el legislador mediante el artículo 229A pretende tutelar el patrimonio económico ante un hecho frecuente que afecta a los conciudadanos, sin embargo, no queda más remedio que aceptar lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, y tomar en consideración las recomendaciones del Pleno que dice que: "Si lo que se pretendía evitar era la invasión de un número plural de personas a un inmueble que no les pertenece en determina forma, la redacción de la norma debió ser en otro sentido, e incluso, podían incorporarse o establecerse otros mecanismos para salvaguardar los derechos de los legítimos dueños de determinado terreno".

Como indica Muñoz Pope (2003:75), "un detenido repaso de la Constitución pone en evidencia que el constituyente impuso la observancia de principios constitucionales que condicionan la labor de la Asamblea Legislativa, de forma que mientras los mismos estén vigentes no se pueden aprobar leyes o adoptar disposiciones que sean contrarios a los mismos. Los principios constitucionales en materia penal constituyen, de este modo, un marco de referencia para el legislador, quien en ningún momento puede sustraerse al mismo ni mucho menos legislar en contra del mismo. De esta forma, la Constitución ejerce con toda eficacia su alto valor normativo pues, en definitiva, no existe ley o norma de inferior jerarquía que la pueda desconocer válidamente".

Consecuentemente, queda claro siguiendo a Muñoz Pope (2003:145) "la enorme importancia y trascendencia en la actualidad de la jurisprudencia constitucional Corte Suprema de Justicia, aunque ambas procedan de la misma autoridad en nuestro país, pues el Pleno de la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional ejerce las funciones de Tribunal Constitucional, ya que sólo el Pleno desempeña el control de la constitucionalidad. Continúa explicando Muñoz Pope (2003:145) que la jurisprudencia constitucional es de enorme trascendencia, ya que tiene la virtualidad de derogar normas jurídicas que se estimen contrarias a la Constitución, lo que implica una forma de fuente del Derecho, pero en sentido negativa. Tal jurisprudencia constitucional no crea una norma penal, pero puede declarar que una norma determinada es contraria a la Constitucional y derogarla jurisprudencialmente, con efecto **erga omnes**, ya que ese es el efecto primordial del control de la constitucionalidad en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia patria".

En resumen coincidimos con Muñoz Pope (2003:145) que al declararse la inconstitucionalidad de artículo 229A del Código Penal por ser esa disposición contraria a la Constitución Nacional, pierde su vigencia y no tiene efectos erga omnes.

Bibliografía

ANTOLISEI, *Franceco, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, 7ª edizione, Giuffrè editore, Milano, 1977

ARBOLEDA VALLEJO, Mario/ RUIZ SALAZAR, José Armando, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Leyer, Bogotá, 2001

ARCIA, Lester, *Los invasores de tierras han sembrado pánico, 23 de agosto de 2019*.
<https://ipnicaragua.com/tomatiererras-nicaragua-upanic-fsln/>
<https://rpdnoticias.com/los-invasores-de-tierras-usan-el-fuego-para-dar-cabida-a-negocios-ilicitos/>

BRAMONT-Arias Torres, Luis Alberto/ GARCIA CANTIZANO, Maria del Carmen, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Editorial San Marcos, Lima 1997

BAYARDO BENGEOA, Fernando, *Derecho penal uruguayo*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1971.

BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Mave, Buenos Aires, 2000.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1991

CAIROLI MARTINEZ, Milton, *Curso de Derecho penal Uruguayo, Parte Especial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995

CALDERON Ángel/ CHOCLAN, José Antonio, *Derecho Penal, Parte Especial*, Bosch, Madrid, 1999.
CAMAÑO ROSA. A., *Tratado de los delitos*, Amalio Fernández, editor, Montevideo, 1967.

CARMONA SALGADO, Concepción, GONZALEZ RUS, Juan José y otros, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Tráfico Inmobiliario y Derecho Penal*, Consejo General de Colegios Lervito Viles de Administración Financiera, Madrid, 1997.

COBO DEL ROSAL, Manuel (Coordinador) *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005

CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte Especial*, tomo I y II, Editorial Astrea, Buenos aires, 1983.

CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal, Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1975.

De León Velasco, Héctor Aníbal/ De Mata Vela, José Francisco, *Derecho Penal, Parte Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*, F&G Editores, Guatemala, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

- FEBRES CORDERO, Héctor, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Caracas, 1993
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.
- FRAGOSO, Heleno Claudio Licoes *de Direito Penal, Parte Especial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981
- GAROFOLI, Roberto, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, Giuffrè editore, Milano. 2006
- GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1996,
- GUERRA DE VILLALAZ, Aura, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Litho editorial Chen, Panamá, 2010.
- HUERTA, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Editorial Civitas, 1980.
- HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal, parte especial*, Aborto, ediciones Juris, Lima, 1994,
- JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984
- JIMENEZ, Thaylin, *Asentamientos informales: un problema que el estado no ha podido resolver*, Metro libre, 25/4/2018.- El MIVIOT respalda sanciones por invasión de tierras, Metro Libre, 27 de agosto de 2019.
- LAMARCA PEREZ, Carmen (Coordinadora), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Colex, Madrid, 2001
- LANDECHO VELASCO, Carlos María/ MOLINA BLASQUEZ, Concepción, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1996
- LARGUIER, Jean/LARGUIER, Anne Marie, *Droit Pénale Spécial*, Dalloz, Paris, 1998
- LEVENE, José Ricardo, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Víctor Zavala Editor, Buenos Aires, 1978.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal Económico, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Temis, Bogota, 1956.
- MANZINNI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Utet, Torino, 1981.
- MORENO BRAND, William, *Derecho Penal Especial*, Wilches Editores, Cali, 1967.
- MENDOZA TRONCONIS, José, *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Empresa El Cojo, Caracas, 1975.
- MORALES, Marlon, *Invasión de terrenos, acción ilegal que persiste en el país*, Panamá América, 5/3/2009.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

MUÑOZ POPE, Carlos Enrique, *Estudios de la Parte Especial*, Tomos I-II Panamá, 2005-2006

MUÑOZ POPE, Carlos Enrique, *Ensayos penales*, ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2001

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 2da. Edición, Tirant lo Blanch, 1995.

NOGUEIRA GANDASEGUI, Santiago, *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Gráficas Salnes, Santiago, 1999

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Tomo Tercero, Bibliografía Omega, Buenos Aires, 1965.

NÚÑEZ Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ediciones Lerner Buenos Aires, 1978.

PACHECO OSORIO. P., *Derecho Penal Especial*. Tomo II, Temis, Bogotá, 1970.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II, Parte Especial, 4ta. Edición, Lima, 1988.

POLAINO NAVARRETE, Miguel/ Carmona Salgado y otros, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

QUERALT. J. J. Queralt, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Vol. I, librería Bosch, Barcelona, 1986.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da., edición, 2 tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) Fermín Morales Prats (Coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007

RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal, parte especial*, Bogotá, 1975.

RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 9na. Edición, Madrid, 1983.

SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal, parte especial*, Dykinson, Madrid, 2000

SILVA SANCHEZ, Jesús María (Director) *Lecciones de Derecho Penal, Parte _Especial*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2006

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970

SUAREZ MIRA RODRIGUEZ, Carlos (Coordinador), *Manual de Derecho Pena, Parte Especial*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003

La Autoría en el Derecho Penal panameño

Orestes Arenas Nero
Universidad de Panamá
Centro Regional Universitario de San Miguelito
Departamento Ciencias Penales y Criminologías. Panamá
profesororestes@gmail.com

Recepción: 22 de agosto de 2020

Aceptación: 30 de agosto de 2020

Resumen

Este artículo explicó cómo se ha aplicado la figura de la autoría en la jurisprudencia penal panameña, así como su desarrollo en la doctrina penal de Panamá. Para esto, se utilizaron técnicas de revisión bibliográfica y de análisis de jurisprudencia. En la misma se llegó a la conclusión, entre otras, que la autoría del delito consiste en la participación personal y directa en la ejecución de este.

Palabras clave: Derecho penal, autoría, jurisprudencia panameña, derecho comparado.

Abstract

This paper explained how the figure of perpetratorship has been applied in Panamanian criminal jurisprudence, as well as its development in Panamanian criminal theory. For this, theoretical review and jurisprudence analysis techniques were used. In this paper, it was concluded, among others, that the perpetratorship of the crime consists of the personal and direct participation in the execution of it.

Keywords: Criminal Law, perpetratorship, Panamanian jurisprudence, Comparative Law.

1. Introducción

Este artículo realiza un análisis de la dogmática penal panameña, así como de la jurisprudencia penal panameña, mediante la cual se busca la “sistematización, sugerencia de interpretaciones a partir de las normas vigentes, sugerencia de modificación de las normas vigentes” (Courtis, 2006. p. 127). En este artículo se entenderá que la jurisprudencia es “*A decision is a legal resolution or judgment of a question raised in a concrete factual context.*” [Una decisión es una resolución legal o criterio de una pregunta planteada en un contexto concreto de hechos.] (Lomio, Spang-Hanssen & Wilson, 2011, p. 240).

Para ello se analizan brevemente las formas de participación delictiva en la dogmática penal. Luego se describe los conceptos sobre autoría del Derecho penal comparado, haciendo énfasis en el Derecho penal alemán. Finalmente se analizan algunos casos decididos por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

2. Formas de participación

Existen diversas formas mediante las cuales se puede participar en un hecho delictivo. Primero está la autoría, que consiste en el ataque directo y personal contra el bien jurídico. Por ejemplo, A le hurta la computadora a B. Luego está la coautoría, que se da cuando dos o más personas realizan la conducta descrita en el tipo penal. Por ejemplo, A apunta con el arma y B desapodera de la computadora de C. También está la autoría mediata, según la cual, es autor mediato aquel que utilice a otra persona para lesionar al bien jurídico. Dicha utilización puede ser mediante amenaza o engaño. Por ejemplo, en una obra de teatro A cambia las balas de salva por balas reales, y B dispara contra C, pensando que es solo parte de la obra. En este supuesto, A es el autor mediato, mientras que B es el instrumento.

Por otro lado, están las formas accesorias de ataques contra los bienes jurídicos, que pueden ser en forma de complicidad y en forma de instigación. La complicidad es la colaboración con el delito de otro. Por ejemplo, A transporta a B para cometer un robo. A es cómplice, y B es autor. Mientras que la instigación es la determinación de otra persona para que sea esa otra persona la que cometa el delito. Por ejemplo, A le dice a B que, si su mujer le hace eso él la mataría, por lo que B debe matar a su esposa. B es culpable de femicidio, mientras que A es culpable de instigación al femicidio.

3. Concepto de autoría

a. La autoría en la doctrina penal panameña

La doctrina mayoritaria diferencia las teorías que explican el hecho delictivo en teorías subjetivas, teorías objetivas y teorías mixtas. Sin embargo, en Panamá, para Arango existen teorías extensivas y teorías restrictivas que han tratado de resolver el problema de la autoría y la participación delictiva (Arango, 2017, p. 488). Las teorías extensivas señalan que es autor todo participante en el delito. Es decir, autor también es el cómplice y el instigador. Dentro de las teorías extensivas se puede mencionar a las **teorías subjetivas** que “*atienden al ánimo del sujeto, de manera que es autor si tiene interés propio, y es partícipe, si tiene interés lejano*” (Arango, 2017, p. 488). Sin embargo, esta conceptualización ha sido problemática. Por ejemplo, el caso de la bañera en el Derecho penal alemán, en el que una joven da a luz, y quiere matar al recién nacido, pero no tiene fuerzas, por lo que le pide a su hermana que mate al niño. La hermana le quita la vida a la criatura, y no considerada autora, ya que no quería el resultado para ella, sino para la hermana recién parida.

Por otro lado, están las teorías restrictivas, en las que destacan la teoría formal objetiva y la prevaleciente teoría del dominio del hecho. Para la **teoría formal objetiva** “*es autor quien ejecuta la acción típica, en*

otras palabras quien directamente realiza la conducta descrita en los tipos penales de la parte especial.” (Arango, 2017, p. 489). Por ejemplo, en el caso de la bañera, la autora sería la hermana que realiza la acción de causar la muerte. Sin embargo, esto es problemático con la autoría mediata, es decir, aquella en la que el verdadero autor del delito se esconde detrás del instrumento o del agente estatal que realiza personalmente la acción. Por ejemplo, el soldado A dispara contra V que intentaba cruzar la frontera, porque el teniente B le dio la orden, ya que el general C ordenó, a su vez, que se disparara contra todo aquel que intentara cruzar la frontera. En este supuesto A sería autor, mientras que B y C a lo sumo serían instigadores, cuando, en realidad, C fue quien planificó el homicidio.

Finalmente está la **teoría objetivo-subjetiva** o del **dominio del hecho**, según la cual *“es autor el que tiene ese poder o dominio final sobre el hecho, pues sólo él es el dueño de la realización del tipo y puede [...] conducir el curso típico [e] interrumpir su realización.”* (Arango, 2017, p. 489). Es decir, es autor quien controla la realización del delito, mientras que serán partícipes aquellos que lesionan el bien jurídico a través del autor. Por ejemplo, A roba en un comercio, y, luego, recurre a B, quien oculta el objeto material del delito (lo robado), tal cual como habían pactado previamente. Ambos son participantes en el delito, sin embargo, A es autor, porque solo él controló la realización del robo, y sólo él podía decidir si detenía su ejecución. Mientras que B es cómplice secundario, ya que colaboró con el delito realizado por otra persona.

Por otro lado, en la definición legal de autoría de Panamá *“se incluyen a los autores directos o inmediatos, a los autores mediatos, y a la coautoría”* (Arango, 2017, p. 490). De esta manera se da un concepto limitado de autoría, ya que no se incluyen a los partícipes, tales como los cómplices e instigadores.

En síntesis, *“es autor quien comete directamente o por sí mismo o por interpuesta persona la conducta descrita en el tipo penal”* (Arango, 2017, p. 490). Sin embargo, este concepto de autoría encierra la coautoría y la autoría mediata; las cuales se deben diferenciar de la autoría directa o personal, que se da *“cuando el sujeto en forma personal y directa realiza el hecho típico”* (Arango, 2017, p. 491). Autor es *“quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción típica”* (Arango, 2017, p. 491). Claro está, siempre que tenga dolo, ya que, si una persona conjuga como sujeto el verbo nuclear del tipo, pero por coacción de otra persona, entonces solo sería un instrumento, sin responsabilidad penal. Por ejemplo, en una obra de teatro, A cambia las balas de salva por balas reales, y, B dispara contra V causándole la muerte. Es B quien conjuga el verbo rector, pero él nunca quiso acabar con la vida de V, sino que quería realizar una obra de teatro. En este caso B es impune, mientras que A es autor del delito de homicidio.

Por su parte, Gill señala que el concepto de sujeto activo no es equivalente al de autor, ya que *“sujeto activo o agente tiene que ver con las personas que intervienen en el delito, con independencia de las cualidades de esta ‘participación o intervención’, es decir, si se trata de autores o partícipes.”* (Gill, 2014, p. 360). Este aporte es importante, ya que el sujeto activo de un delito es el autor, pero también son sujetos activos los cómplices e instigadores.

La autoría inmediata o directa es aquella en la *“el sujeto activo realiza personal y directamente el hecho punible.”* (Gill, 2014, p. 361). Mientras que para Guerra y Villalaz (2013) *“es la que realiza de manera directa y personal el sujeto”* (p. 159).

Autores son *“las personas que realizan los actos idóneos que traen como resultado final la comisión de un delito y, que, además, reúnen las condiciones necesarias propias de la imputación objetiva y la culpabilidad.”* (Sáenz, 2015, p. 208).

Básicamente existen tres formas de autoría que son *“el autor simple, directo o material y, el autor intelectual, indirecto o mediato y, el coautor.”* (Sáenz, 2015, p. 209)

El autor simple, directo o material es aquel que *“ejecute o realiza los actos idóneos constitutivos de la conducta criminosa.”* (Sáenz, 2015, p. 209)

b. La autoría en el Derecho penal comparado

Algunos tratadistas de importancia, como Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán dividen la participación en tres formas: la autoría, la coautoría y la autoría mediata. La autoría, también conocida como autoría ejecutiva individual, es *“quien obra por sí mismo”* (Muñoz & García, 2010, p. 433). Por lo que el autor ataca directamente el bien jurídico, sin necesidad de la participación de otras personas. Por su parte, la coautoría implica *“realizar el hecho conjuntamente con otros”* (Muñoz & García, 2010, p. 433). Es decir, todos tienen realizan actos de ejecución que lesionan directamente el bien jurídico en cuestión. Finalmente está la autoría mediata, que implica *“realizar el hecho por medio de otro”* (Muñoz & García, 2010, p. 433). De lo que se deduce que, el autor mediato ataca el bien jurídico a través de una tercera persona que no controla la realización del hecho, sino que está supeditada a la voluntad del primero.

Las anteriores constituyen *“formas de auténtica autoría”* (Muñoz & García, 2010, p. 433) si se comparan con la complicidad y la instigación, que son formas de participación delictiva. Esto es así porque otras jurisdicciones, como la española, consagran la autoría y la participación en un mismo artículo. Sin embargo,

esta confusión no se da en el Derecho Penal panameño, ya que el Código Penal de Panamá consagra en normas diferentes ambas formas de participación delictiva, dejando la autoría en el artículo 43 y la participación en los artículos 44, 45 y 47.

Partiendo de un “*criterio objetivo-material*” (Muñoz & García, 2010, p. 433) la autoría implica que el perpetrador tiene el dominio del hecho. Por lo que el autor es “*quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización.*” (Muñoz & García, 2010, p. 434). El poder de decisión, y no el ánimo subjetivo, es lo que sirve para adjudicarle a alguien la responsabilidad penal sobre el hecho. Esto se debe a que “*sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor*” (Muñoz & García, 2010, p. 434). No es quien realiza el último acto de ejecución el que será considerado autor, sino aquel que controle la realización del hecho. Por ejemplo, si en una obra teatral A debe disparar contra B, pero C cambia las balas de salva por balas reales, entonces es C el autor, y no A, que es quien ejecuta directamente el hecho.

Por su parte la dogmática penal alemana diferencia entre la autoría directa (*Täterschaft oder unmittelbaren Täterschaft*) la autoría mediata (*Täterschaft mittelbarer*) y la coautoría (*Mittäterschaft*). Estas formas de autoría están consagradas en el Código Penal alemán de la siguiente manera: “*unmittelbaren Täterschaft normiert § 25 StGB auch die sog. mittelbare Täterschaft gem. § 25 I 2. Var. StGB und die Mittäterschaft gem. § 25 II StGB.*” [El autor directo está consagrado en la § 25 StGB, así como el autor mediato en la § 25 I 2. StGB, mientras que la coautoría está en la § 25 II StGB.] (Bock, 2018, p. 45).

Para la dogmática penal alemana “*täter ist, wer selbst den gegenständlichen Verwirklichungsprozeß zum tatbestandsmäßigen Verletzen setzt.*” [El autor es cualquiera que realice personalmente el tipo penal del delito.] (Traducción libre) (Köhler, 1997, p. 503). Es decir, se requiere que el autor directamente ejecute el tipo descrito por la norma penal como delito.

Mientras que, “*Für Mittäterschaft ist also eine wechselseitig-gleichgewichtig sich bestimmende Tatmacht mit Bezug auf das tatbestandsmäßige Handeln vorzusetzen.*” [Para la coautoría, se debe presuponer un poder de autodeterminación mutuamente dependiente con referencia a la acción basada en hechos.] (Köhler, 1997, p. 516) Es decir, ninguno de los coautores determina al otro, sino que cada uno se determina y realiza actos dirigidos a la vulneración directa, sin intermediarios, del bien jurídico protegido.

Finalmente, “*Mittelbarer Täter [ist] wer einen anderen Menschen als sog. vorsatzloses Werkzeug einsetzt.*” [Autor mediato [es] quien usa a otra persona como un instrumento, que actúa sin intención.] (Bock, 2018, p. 45). De lo anterior se desprende que la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal, no tiene

la intención de vulnerar el bien jurídico, sino que otra, lo obliga o lo engaña, y el instrumento lo hace. En este tipo de casos, el que está detrás del ataque al bien jurídico es el responsable.

4. Jurisprudencia sobre autoría

En un delito de blanqueo de capitales, la Sala de lo Penal casó la sentencia expedida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial y condenó a Alfonso Montoya Salcedo a la pena de cincuenta (50) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un término igual a la pena principal. La sentencia de primera absolvía a Alfonso Montoya Salcedo de los cargos formulados en su contra. Mientras que en segunda instancia se había confirmado la absolución del procesado. Es decir, en primera instancia y segunda instancia fue absuelto por el delito de Blanqueo de Capitales, pero la Sala Penal lo terminó condenando como autor del delito endilgado. Cabe aclarar que en primera y segunda instancia fue condenado por el delito de defraudación aduanera a la pena de un (1) año de prisión y al pago de B/.440,006.00 de multa.

El día 6 de diciembre de 2009 en el Aeropuerto Internacional de Tocumen, fue detenido Alfonso Montoya Salcedo, con doscientos veinte mil con tres dólares (\$220,003.00) forrados con plástico transparente y cinta adhesiva, en una maleta con doble fondo. En este dinero había presencia de Metanfetamina, por lo que se presume su origen ilícito. (SSP del 29 de marzo de 2017 del expediente 419-14C).

Para la Sala de lo Penal, “*Montoya Salcedo es autor del referido delito por su participación personal y directa en la ejecución del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Código Penal.*” (Lo resaltado no es original) (SSP del 29 de marzo de 2017 del expediente 419-14C). Es decir, el señor Montoya Salcedo ayudó a asegurar el provecho de dineros provenientes del ilícito. Fue él quien realizó la conducta descrita en el tipo penal (ayudar a asegurar el provecho), de manera personal y directa. Era él quien tenía la posesión y dominio del dinero. La conducta no se realizó a través de otra persona, sino que solo él tuvo el dominio de la realización del hecho.

Cabe explicar que, aparte de la multa y la pena de prisión, el imputado fue condenado a la pena de comiso sobre su reloj y sobre B/.390.00

Por otro lado, en un delito de Homicidio doloso (producto de un robo), la Sala de lo Penal reformó la sentencia expedida por el Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial y condenó a Martín Wright la pena de veinte años de prisión y, cinco años de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas una vez cumplida la pena principal. La sentencia de primera había condenado a Martín Wright

como autor a la pena de veinte años de prisión y, cinco años de inhabilitación. Es decir, en primera instancia fue condenado como autor, y la Sala Penal reformó la condena como cómplice primario. Sin embargo, mantuvo la misma pena de 20 años e inhabilitación de 5 años.

En este caso la Sala de lo Penal señaló lo siguiente:

*“el autor es la persona que ejecuta la conducta descrita en el tipo penal; mientras que la co-autoría se da cuando varias personas, previa celebración de un acuerdo común, llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, en tanto que la **complicidad primaria** tiene lugar cuando la persona contribuye a un hecho ajeno, sin cuya participación no se hubiera podido realizar el hecho punible; y la **complicidad secundaria** se configura cuando la participación del sujeto no es necesaria para la comisión del hecho punible, por lo cual éste se hubiera ejecutado sin su colaboración.”* (Lo resaltado y subrayado no es original) (SSP del 15 de noviembre de 2010 del expediente 560-F)

De lo anterior se desprende que es autor quien realiza directamente el hecho contemplado en el tipo penal. Es decir, quien realiza el verbo rector consagrado en la prohibición penal. En este caso el verbo rector era “causar la muerte”, por lo que autor es quien haya realizado los actos de ejecución encaminados a acabar con la vida de la víctima.

La participación del señor Wright consistió en esperar a los otros participantes en el lugar y con el automóvil, convenidos previamente. El recuento que hace la Sala Penal es el siguiente:

“El 14 de junio de 2006 Martín Wright Coto, se dirigió en un vehículo Toyota Tercel que le había sido entregado por sus compañeros (MELON y TROPI) en hora de la tarde [...] al Puente De Las Américas lugar en el que esperó que éstos vinieran de la casa de la víctima localizada en San Francisco, para luego acompañarlos hasta la entrada de la carretera de Veracruz, donde incendiaron el XTRAIL BLANCO, encontrándose en el interior del mismo el cuerpo sin vida de Damaris Mendoza.” (SSP del 15 de noviembre de 2010 del expediente 560-F)

De lo anterior se desprende claramente que Wright no realiza la conducta descrita en el tipo penal, sino que colabora posteriormente. De esto se desprende que no tuvo dominio del hecho. Y la Corte señaló que “son autores los que ejecutan la conducta descrita en el tipo penal como punible manteniendo el dominio de la acción”. (SSP del 15 de noviembre de 2010 del expediente 560-F). Por lo anterior, Wright fue sancionado como cómplice primario y no como autor del delito de homicidio.

En otro caso más reciente, que se trataba del delito contra la vida y la integridad personal, en grado de tentativa, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá revocó la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial mediante la cual José Miguel Vásquez Valderrama fue absuelto. Si bien fue absuelto en primera y segunda instancia, en casación fue hallado responsable como autor del delito de femicidio en grado de tentativa, y condenado a la pena de quince (15) años de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, por un término de cinco (5) años. (SSP del 1 de

diciembre de 2017 del expediente 86-17). Cabe aclarar que el señor José Miguel Vásquez Valderrama había sido absuelto del delito de tentativa de femicidio, sin embargo, había sido condenado por el delito de violencia doméstica a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión y tratamiento terapéutico.

En el expediente consta que el procesado lesionó a la víctima “*en cuello, espalda, cabeza, miembro superior derecho, miembro superior izquierdo, abdomen, producidas con un objeto de bordes agudos.*” (SSP del 1 de diciembre de 2017 del expediente 86-17). Es decir, por la ubicación de las heridas pareciera que se intentó atacar contra la vida de la víctima, constituyéndose el delito de femicidio en grado de tentativa. Sin embargo, “*las lesiones no pusieron la vida de la víctima en peligro tal como lo indicó la Médico Forense en su informe, se debió a que el arma utilizada era de bordes agudos (sin filo)*” (SSP del 1 de diciembre de 2017 del expediente 86-17). De lo anterior se desprende que las características del arma utilizada no la hacían idónea para producir la muerte con las lesiones causadas.

No obstante, para la Sala de lo Penal:

“la actitud de defensa de la víctima al cubrirse con sus manos las partes más delicadas de su cuerpo (cabeza), la intervención de los vecinos que se aglomeraron alrededor del atacante gritándole que dejara de agredir a la señora Dufan, la presencia de las menores hijas de la pareja que gritaban, lloraban, y pedían por su madre, fue lo que realmente evitó el desenlace fatal que JOSE MIGUEL VASQUEZ, pretendía para Teófila Dufan esa madrugada del 06 de julio del 2015” (SSP del 1 de diciembre de 2017 del expediente 86-17)

A criterio de la máxima corporación jurídica de Panamá, José Miguel Vásquez tenía la intención de quitarle la vida a la víctima con un arma poco eficaz. De lo anterior se desprende que el procesado pretendía seguir golpeando a la víctima hasta quitarle la vida. Sin embargo, es difícil de sostener que la intención final del procesado era quitarle la vida, ya que no utilizó un arma eficaz, y la lesión producida fue de 10 días.

Se puede responsabilizar a José Miguel Vásquez de los hechos que realizó, pero también se le deben reconocer los hechos que no realizó. Y, lo cierto es que, no utilizó un arma eficaz para causar la muerte, así como tampoco mantuvo la agresión como para poner en peligro la vida de la víctima. Por lo antes descrito se coincide con los jueces de primera y segunda instancia. Es decir, se está ante un hecho de violencia doméstica y no de femicidio en grado de tentativa.

Sin embargo, la Sala de lo Penal pondera que la víctima “*recibió más de 15 heridas con el machete en varias partes de su cuerpo.*” (SSP del 1 de diciembre de 2017 del expediente 86-17). La cantidad de heridas proferidas es un indicio que la intención del victimario iba más allá de lesionar. Sin embargo, no se puede decir que el victimario desistió por lo que dijeran los vecinos o sus hijas, sino que dicho desistimiento fue voluntario.

Concluye la Sala de lo Penal que “*JOSE MIGUEL VASQUEZ VALDERRAMA, es autor del referido delito conforme lo preceptúa el artículo 43 del Código Penal, por su participación personal y directa en la ejecución del mismo.” (Lo resaltado no es original) (SSP del 1 de diciembre de 2017 del expediente 86-17).*

En otro caso resuelto en 2017, sobre un delito de hurto agravado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá casó la sentencia emitida por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial mediante la cual se varió el *quantum* de la pena de Moisés Antonio Laure Castillo, quedando en cincuenta y ocho (58) meses de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término, por ser autor del delito previamente señalado. Inicialmente el Juzgado Noveno de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial condenó a M.A.L.C. “...a la pena de 65 meses de prisión” (SSP del 6 de junio de 2017 del expediente 328-C-2014). Luego, el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial confirmó la decisión de primera instancia.

Los hechos que fundamentan el caso son los siguientes:

“[E]l señor Laure Castillo aprovechó su cargo de contador de la empresa para falsear una gran cantidad de cheques a los que se aplicaba doble endoso sin autorización y luego se hacían efectivos o se depositaban en la cuenta de Laure Castillo y otras personas [...] causando un grave perjuicio económico a High Technology Consultants. Asimismo, el denunciante explicó que el sindicato se apoderaba de bienes que solicitaba en las empresas Rodelag y Electriza, ambas proveedoras de High Technology Consultants, tomándolos para sí, pero cargándolos a la cuenta de la empresa.” (SSP del 6 de junio de 2017 del expediente 328-C-2014)

Según la descripción anterior de los hechos, el acusado realizaba personal y directamente las conductas delictivas, teniendo él el dominio del hecho frente al delito. Solamente el acusado controlaba el curso causal del delito, y solo él podía detenerlo. Frente a esta situación, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que M.A.L.C. era autor del delito, por “*su participación personal y directa en la ejecución del mismo.*” (SSP del 6 de junio de 2017 del expediente 328-C-2014).

En el siguiente caso, que fue resuelto en el 2016, sobre un delito relacionado con drogas, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá casó la sentencia emitida por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial mediante la cual se condena a Óscar Sánchez como autor del delito de venta ilícita de drogas, a la pena de sesenta y cuatro (64) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un término igual a la pena principal. Cabe destacar que Óscar Sánchez fue condenado en primera instancia a 64 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, por un

término igual a la pena principal, pero en segunda instancia el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial reformó la decisión y condenó a Óscar Sánchez “a la pena de 250 días-multa, a razón de cinco balboas por cada día-multa, pagaderos al Tesoro Nacional en un término no mayor de 6 meses, tras considerarlo autor del delito de posesión simple de drogas ilícitas.” (Lo subrayado no es original) (SSP del 30 de mayo de 2016 del expediente 18-14-C).

Los hechos que fundamentan esta decisión son los siguientes:

“El informe del allanamiento establece que al realizar un registro corporal al señor Oscar Sánchez, en su cartera le fueron ubicados doce balboas con diez centésimos (B/.12.10), todos los billetes en denominación de un balboa (B/.1.00). En el baño de caballeros se encontraron [...] cuatro sobrecitos plásticos transparentes contentivos de sustancia blanca que se presumió era la droga cocaína. También se dejó plasmado, que [...] el equipo de cobertura observó que Oscar Sánchez entró varias veces al baño en compañía de otras personas...

[...]

[Además,] testigos confirmaron que ÓSCAR SÁNCHEZ cumplía la función de recibir a los compradores de drogas y dirigirlos hacia MARÍA MORALES, para que esta le despachara los narcóticos, a cambio de una compensación económica.

[...]

Según el informe, la fuente de colaboración aseguró haber observado cuando esta dama le hace entrega de parte del dinero producto de la venta a un sujeto de tez trigueña, estatura alta, contextura delgada, quien vestía un suéter color naranja (ÓSCAR SÁNCHEZ), dirigiéndose este último a la barra del bar, donde tuvo contacto de manos con el sujeto que se encontraba atendiendo” (SSP del 30 de mayo de 2016 del expediente 18-14-C)

Vemos que en el caso se sanciona al acusado como autor del delito de venta ilícita de drogas, sin embargo, el mismo es coautor, ya que realizaba la conducta con otra persona (MARÍA MORALES), por lo que debería aplicarse la figura de coautoría, en el sentido que el acusado era quien llevaba a los consumidores de drogas hacia la persona que la vendía (MARÍA MORALES), y, luego, ella, le daba el dinero de la venta al acusado. Es decir, existía una distribución funcional de la conducta delictiva, donde ambos tenían el dominio funcional del hecho.

El **dominio funcional** del hecho sirve para fundamentar la coautoría ya que “...varios sujetos se dividen la ejecución o preparación de un hecho delictivo.” (Arango, 2014, p. 418). Es decir que ambos, mediante una voluntad conjunta, tienen la intención de vulnerar el bien jurídico protegido. También se advierte que “...ninguno de los sujetos que intervienen tendría real dominio del hecho” (Arango, 2014, p. 418). Por el contrario, tienen un co-dominio del hecho. Frente a este tipo de situaciones, será autor quien “...ostente **la decisión** sobre si procede la perfección de la ejecución delictiva o bien se interrumpe tal ejecución previamente a dicho momento.” (Lo resaltado no es original) (Arango, 2014, p. 418). Es decir, si un participante no tiene la capacidad de decidir sobre la continuación o interrupción del delito, entonces no sería coautor, sino partícipe (cómplice o instigador).

Para Jakobs sería “...dominio del hecho material en cuanto dominio de la decisión.” (Blanco, 2005, p. 462). Por ejemplo, A y B les roban a los clientes de un restaurante. Mientras A apunta a los clientes, B les quita las pertenencias. No es correcto señalar que, A realiza el delito de lesiones psicológicas, ni que B realiza el delito de hurto; sino que entre A y B realizan un robo agravado.

Finalmente, la Sala de lo Penal señala que “ÓSCAR SÁNCHEZ es el autor del delito citado, conforme lo establece el artículo 43 del Código Penal de 2007, por su participación personal y directa en la ejecución del mismo.” (Lo resaltado no es original) (SSP del 30 de mayo de 2016 del expediente 18-14-C).

Conclusiones

Luego de realizar este esfuerzo académico, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- La participación en el delito se puede hacer mediante una autoría (autoría, coautoría y autoría mediata), así como mediante la participación delictiva (complicidad e instigación).
- En Panamá se sigue la teoría del dominio del hecho, según la cual es autor el que tiene ese poder sobre el hecho, pues sólo él puede conducir e interrumpir su realización.
- Para la dogmática penal alemana es autor cualquiera que realice personalmente el tipo penal del delito, aunque también desarrollan el concepto de autoría mediata.
- Para la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el autor es la persona que ejecuta la conducta descrita en el tipo penal.
- Para la Sala de lo Penal de Corte Suprema de Justicia de Panamá, se es autor del delito quien participe personal y directa en la ejecución del mismo.
- En alguna jurisprudencia penal panameña, existe una confusión frente a los casos de coautoría y autoría.

Bibliografía

- Arango, V. (2014). *Derecho penal parte general*. Panamá: Ediciones Panamá Viejo.
- Arango, V. (2017). *Derecho penal parte general. Introducción y teoría del delito. 2ª edición*. Panamá: Ediciones Panamá Viejo.
- Blanco, C. (2005). *Tratado de Derecho penal español. Volumen 2. La estructura del delito*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

- Bock, D. (2018). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, Deutschland: Springer-Lehrbuch.
- Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A.
- Gill, H. (2014). *Derecho penal (parte general)*. Panamá: Imprenta Grafos Litografía.
- Guerra A. & Villalaz G. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Panamá: Editorial Portobelo.
- Köhler, M. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, Deutschland: Springer-Verlag.
- Muñoz, F. & García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Lomio, J., Spang-Hanssen, H. & Wilson, G. (2011). *Legal Research Methods in a Modern World: A Coursebook*. Denmark: DJØF Publishing.
- Sáenz, J. (2015). *Compendio de Derecho Penal General*. Panamá, Panamá: Jurídica Pujol S.A.
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. *Sentencia del 6 de junio de 2017 del expediente 328-C-2014*. Consultado el 3/07/2019 a la 1:59pm. Disponible en:
<http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=8629&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ccorte%5cpenal&HitCount=9&hits=1140+1141+1142+1143+1144+1145+1146+1147+1148+&SearchForm=c%3a%5cinetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. *Sentencia del 1 de diciembre de 2017 del expediente 86-17*. Consultado el 18/06/2019 a las 5:53pm. Disponible en:
<http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=8740&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ccorte%5cpenal&HitCount=9&hits=1769+176a+176b+176c+176d+176e+176f+1770+1771+&SearchForm=c%3a%5cinetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. *Sentencia del 30 de mayo de 2016 del expediente 18-14-C*. Consultado el 3/07/2019 a las 4:53pm. Disponible en:
<http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=8425&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ccorte%5cpenal&HitCount=9&hits=1e0d+1e0e+1e0f+1e10+1e11+1e12+1e13+1e14+1e15+&SearchForm=c%3a%5cinetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. *Sentencia del 29 de marzo de 2017 del expediente 419-14C*. Consultado el 18/06/2019 a las 3:53pm. Disponible en:
<http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=8827&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ccorte%5cpenal&HitCount=9&hits=1d64+1d65+1d66+1d67+1d68+1d69+1d6a+1d6b+1d6c+&SearchForm=c%3a%5cinetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. *Sentencia del 15 de noviembre de 2010 del expediente 560-F*. Consultado el 17/06/2019 a las 5:18pm. Disponible en:
<http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=43115&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ctodo&HitCount=24&hits=5+2a+81+c1+136+159+1>

[ec+699+74f+9f2+a35+a56+a61+ad9+ccc+d86+dc9+e69+ef6+f03+f79+1077+10c6+111a+&SearchForm=c%3a%5c inetpub%5c wwwroot%5c registro%5c form%2ehtml](#)

Agradecimiento

Agradezco a la Doctora Virginia Arango Durling por su impresionante producción académica, que es de gran utilidad para los estudiosos del Derecho penal panameño.

H. DERECHO PROCESAL PENAL

Principios aplicables a la detención provisional.

Nadia Noemí Franco Bazán

Universidad de Panamá

Centro Regional Universitario de San Miguelito

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

[*nnfbol@gmail.com*](mailto:nnfbol@gmail.com)

Recepción: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

Resumen

El presente artículo desarrolla los principios aplicables a la detención provisional que están contemplados en la Constitución Política de la República de Panamá, en el Código Penal de la República de Panamá y en el Código Procesal Penal de Panamá. El artículo está estructurado en las siguientes secciones: Introducción. I. Principios aplicables a la Detención Provisional en la República de Panamá. A. Principio de libertad. B. Principio de igualdad. C. Principio de legalidad. D. Principio de presunción de inocencia. E. Principio de proporcionalidad. F. Principio de oportunidad. G. Derecho a defensa. H. Derechos del imputado. I. Derecho a no declarar contra sí mismo. J. Derecho a juez natural. Conclusiones. Bibliografía.

Palabras Clave:

Garantías constitucionales, principios, medidas cautelares

Abstract

This article develops the principles applicable to pretrial detention that are contemplated in the Political Constitution of the Republic of Panama, in the Criminal Code of the Republic of Panama and in the Code of Criminal Procedure of Panama. The article is structured in the following sections: Introduction. I. Principles applicable to Provisional Detention in the Republic of Panama. A. Principle of freedom. B. Principle of equality. C. Principle of legality. D. Principle of presumption of innocence. E. Principle of proportionality. F. Principle of opportunity. G. Right to defense. H. Rights of the accused. I. Right not to testify against oneself. J. Right to a natural judge. Conclusions. Bibliography.

Keywords:

Constitutional guarantees, principles, precautionary measures.

Introducción

En la Constitución Política de la República de Panamá se atienden temas relativos al Estado Panameño, en su Título I y en el Capítulo 1° del Título III se tratan las garantías fundamentales que son el elemento sustantivo y marco general que dan vida a todos los principios aplicables a la detención provisional en nuestro país. La Constitución Política de Panamá sienta las bases que determinan las leyes procesales en

este país en su artículo 215 ¹ que establece que todas las leyes procesales se deberán inspirar en: la simplificación, economía procesal y ausencia de formalismos. Asimismo, se determina en el numeral 2) de este mismo artículo, que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial.

Otro instrumento que se constituye en parte de los fundamentos de las regulaciones legales de la detención provisional en Panamá es el Código Penal de Panamá. Este fue adoptado mediante la Ley 14 de 2007. Posteriormente, ha tenido modificaciones y adiciones, introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley 68 de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de 2010. Por otro lado, el Código Procesal Penal de Panamá fue aprobado mediante Ley N° 63 de 28 de agosto de 2008, modificada mediante Ley N° 48 de 1 de septiembre de 2009. Este Código entró en vigencia el 2 de septiembre de 2011 y desarrolla diferentes aspectos relativos a la prisión provisional.

En la misma línea de reflexión, tenemos que el Código Procesal Penal de Panamá, en concordancia con la Constitución Política de Panamá, establece los principios del proceso penal en este país, en su artículo 3. Estos principios, que en gran medida han afectado el instituto de la detención provisional, reflejan en la última reforma del proceso penal panameño una intención por el mejoramiento de elementos que han traído como consecuencia que la prisión preventiva se parezca, en este país, a una pena anticipada.

El artículo 110 del Código Procesal Penal establece que la acción penal en Panamá es pública y la ejerce el Ministerio Público y en los casos previstos por la ley podrá ser ejercida por la víctima. A la Asamblea Nacional le corresponderá ejercer la acción penal en casos que establece la Constitución Política y la ley. La acción penal es privada en aquellos casos que el artículo 114 del Código Procesal Penal de Panamá ha delimitado con precisión y que requieren para su inicio de una querrela. La acción penal privada está limitada a los siguientes casos:

1. Delitos contra el honor.
2. Competencia desleal.
3. Expedición de cheques sin fondos.
4. Revelación de secretos empresariales.

¹ "**ARTICULO 215.** Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios. 1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos. 2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial." (Constitución Política de Panamá.)

En los cuatro casos mencionados anteriormente la acción penal privada cesa por desistimiento de la víctima y, en cuyo caso, el Ministerio Público deberá abstenerse de ejercer la acción penal. Por otro lado, en el nuevo Código Procesal de Panamá se han establecido nuevos principios rectores del proceso, a partir de la entrada en vigencia del referido Código. Entre estos principios se tiene el principio de oralidad desarrollado en el artículo 128 del CPP que establece que los asuntos debatidos deberán ser resueltos en la misma audiencia y que se darán por notificados los presentes. Otro principio instaurado en el nuevo sistema es el de digitalización (artículo 129 Código Procesal Penal) que establece que las actuaciones judiciales deberán ser registradas utilizando los medios electrónicos para conservar y reproducir su contenido. El mismo artículo, referido a la digitalización, hace hincapié en que estos registros digitales deberán respetar la dignidad humana y las garantías constitucionales.

Aunque en la Constitución Política de Panamá, no se hace, explícitamente, un reconocimiento a los derechos humanos y garantías individuales consignadas en tratados, convenios y pactos internacionales sobre la materia, el capítulo 1° del Título III de la Constitución de este país se refiere a las "garantías fundamentales". Posiblemente debido a esta ausencia de referencia directa al respeto de los tratados, convenios o pactos, a los cuales está adherida Panamá, relativos al tema de los derechos humanos, y, para especificar en mayor grado el respeto a los mismos es que el Código Penal de Panamá reproduce el reconocimiento a los derechos humanos y a las garantías constitucionales. Veamos lo que reza textualmente el artículo 5 del Código Penal de Panamá reformado en el año 2010:

"Artículo 5. Las normas y los postulados sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la Constitución Política y en los convenios internacionales vigentes en la República de Panamá son parte integral de este Código. Además, son mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona." (Código Penal de Panamá)

El Código Procesal Penal de Panamá no se queda atrás en cuanto a una declaración explícita por el respeto a los derechos humanos. Esto ha quedado debidamente consignado en el artículo 14 del nuevo Código Procesal Penal de Panamá, haciendo el señalamiento de que estos derechos son "mínimos, prevalentes y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona". Con esta redacción se deja abierta la puerta para incorporar, en el proceso penal, otras garantías y derechos, conforme avance la configuración mundial de los derechos humanos.

"Artículo 14. Respeto a los derechos humanos. Las partes en el proceso penal serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los derechos y las garantías que consagran la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y este Código deben considerarse como mínimos, prevalentes y no excluyentes de otros que

incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona." (CPP de Panamá)

El Código Procesal Penal de Panamá contempla la figura de la conciliación como salida alternativa al conflicto penal. Tal y como lo han señalado MARTÍNEZ y otros ² la conciliación "es una salida alternativa al conflicto penal y que procede en los delitos que admiten desistimiento, allí el Ministerio Público promoverá la conciliación entre la víctima y el imputado. En estos supuestos, la conciliación tendrá lugar en el centro que escojan las partes. Mientras se adelanta la conciliación se suspenderá condicionalmente el proceso por un término máximo de un mes. Si se llega a un acuerdo conciliatorio, no habrá extinción de la acción penal hasta tanto no se dé cumplimiento a las obligaciones contenidas en el acta de conciliación. Si se incumple el acuerdo, se reanudará la acción penal, si se cumple, se extinguirá la acción penal y el acuerdo tendrá efecto de cosa juzgada. (Art. 206 CPPP)"³

Por otro lado, tenemos que la mediación también ha sido considerada en el Código Procesal Penal de Panamá, refiriéndose ésta a los medios alternos de solución de conflictos⁴ en el cual tenemos un tercero que siendo "ajeno a la controversia, asiste a las partes, coadyuvando con estos, con el objeto de lograr una transacción. La mediación se trata, entonces de una "forma alternativa de solución del conflicto penal donde hasta antes de la apertura a juicio, las partes pueden solicitar al Fiscal o Juez de Garantías la derivación del conflicto penal a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial o del Ministerio Público, o a los centros de mediación privada, legalmente reconocidos, a elección de las partes". (Art. 207 CPPP)⁵

Dentro de la tendencia modernizadora del Código Procesal Penal de Panamá se advierte en el artículo 26, del referido Código, que se hace referencia a que es función de los tribunales procurar resolver el conflicto. Así vemos pues que este artículo se aparta de la función tradicionalmente asignada al tribunal que era la de

² MARTÍNEZ S., Luis Alberto, y otros, **Actividad procesal en el nuevo Código Procesal Penal de Panamá**. Procuraduría General de la Nación, Panamá, 2011. pp. 72-73.

³ MARTÍNEZ S., Luis Alberto, y otros, **Actividad procesal en el nuevo Código Procesal Penal de Panamá**, Op. cit., p- 38.

⁴ "**Artículo 206. Conciliación.** En los delitos que admiten desistimiento de acuerdo con el artículo 201, el Ministerio Público promoverá la conciliación entre la víctima y el imputado. En estos supuestos, la conciliación tendrá lugar en el centro que escojan las partes.

Mientras se adelanta la conciliación se suspenderá condicionalmente el proceso por un término máximo de un mes. Si se llega a un acuerdo conciliatorio, no habrá extinción de la acción penal hasta tanto no se dé cumplimiento a las obligaciones contenidas en el acta de conciliación.

Si se incumple el acuerdo, se reanudará la acción penal, si se cumple, se extinguirá la acción penal y el acuerdo tendrá efecto de cosa juzgada." (Código Procesal Penal de Panamá)

⁵ MARTÍNEZ S., Luis Alberto, y otros, **Actividad procesal en el nuevo Código Procesal Penal de Panamá**, Op. cit., p. 39.

juzgar, condenar o absolver. Nos encontramos ahora frente a un tribunal mediador de conflictos que busca, como consecuencia de un conflicto surgido a consecuencia de un hecho punible, "restaurar la armonía y la paz social, tomando en cuenta que pena representa una medida extrema". (Art. 26 CPP de Panamá) Se aprecia aquí el propósito de evitar las medidas extremas a la cual correspondería, como *última ratio* la prisión provisional. El artículo 26 establece que tanto el Ministerio Público como los tribunales deben "promover durante el curso del procedimiento mecanismos" que posibiliten la resolución del conflicto sin tener que recurrir a las medidas extremas.⁶la

Consistentemente con el artículo 26 del Código Procesal Penal se tiene que el artículo 69 busca establecer el balance entre el proceso de solución de conflictos y las medidas de protección. En este artículo se establece que el Ministerio Público debe procurar la aplicación de "mecanismos alternativos", al mismo tiempo que deberá velar por la protección de la víctima. Así vemos, pues, la búsqueda de un punto de equilibrio que se encuentra entre buscar la mediación y búsqueda alternativa de solución del conflicto producto de un delito, pero sin descuidar la protección de la víctima y de los testigos.

Por otro lado tenemos que, el Código Procesal Penal de Panamá, a partir del artículo 204, también establece reglas muy claras para la aplicación de formas alternas de solución de conflictos que pasamos a resumir a continuación:

- Dominio de la autonomía de la voluntad de las partes, rectitud, honradez, equidad, imparcialidad, confidencialidad, economía, eficacia, neutralidad, prontitud y buena fe.
- Procede en los delitos que permitan desistimiento de la pretensión punitiva.
- Es necesaria la manifestación de la voluntad de la víctima o del imputado, según el caso, de solicitar al Fiscal o Juez de Garantías la derivación de la causa a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos, si procede.
- No es permitido introducir, como medio de prueba, al proceso ni como prueba de admisión de culpabilidad en contra del imputado, los antecedentes relacionados con la proposición, aceptación o rechazo de las propuestas formuladas en la sesión de mediación o conciliación.
- El incumplimiento del acuerdo no es causal para dictar sentencia condenatoria en contra ni es considerado como circunstancia agravante de la pena.

⁶ "**Artículo 26. Solución del conflicto.** Los tribunales procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, para contribuir a restaurar la armonía y la paz social, tomando en cuenta que la pena representa una medida extrema. Es facultad de las partes recurrir a los medios alternativos para la solución de su conflicto. El Ministerio Público y los tribunales deben promover durante el curso del procedimiento mecanismos que posibiliten o faciliten los fines previstos en el párrafo anterior." (Código Procesal Penal de Panamá)

- La participación del Fiscal o Juez de Garantías en la remisión a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos no es causal de impedimento ni recusación.
- Para alcanzar acuerdos no se empleará coacción, violencia ni engaño a la víctima ni al imputado.
- No se podrá inducir a las partes a una solución o a acuerdos obtenidos por medios desleales.

Existe una particularidad en el Código Procesal Penal de Panamá no encontrada, en otros países centroamericanos, denominada como las "formas naturales de resolución de conflictos" reservadas para los pueblos indígenas a los que se les permite resolver sus conflictos, con fundamento a sus sistemas de "valores, visiones y forma de vida". A los funcionarios judiciales partícipes en este proceso de resolución de conflictos se les denomina "Autoridades Tradicionales Indígenas".⁷

Reconocemos que, tal y como expresa Nieves Sanz Mulas, catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, en la larga evolución de la pena se suprimen las penas corporales y se buscó, como alternativa, la pena privativa de libertad, pero que el proceso de humanización de la pena no ha terminado y presenta una tendencia hacia la eliminación de la pena de privación de libertad y en su lugar van tomando lugar la técnicas de privación de bienes.⁸ Consecuentemente, con los postulados de SANZ MULAS, se aprecia, en el Código Penal de Panamá, un enunciado que busca restringir la aplicación de la legislación penal cuando no sea posible lograr el control social a través de otros mecanismos. Se instituye en este Código Penal (artículo 3) lo que se denomina el "principio de mínima aplicación", presentando este cuerpo legal visos o rasgos de los que Sanz Mulas denomina "rasgos caracterizadores de los sistemas penales modernos".⁹ Veamos, a renglón seguido, lo que establece al respecto el Código Penal de Panamá:

"Artículo 3. La legislación penal solo debe intervenir cuando no es posible utilizar otros mecanismos de control social. Se instituye el principio de su mínima aplicación." (Código Penal de Panamá)

De forma consistente con el principio de mínima aplicación de la ley penal, se establece, en el artículo 12 del Código Procesal Penal de Panamá, que todas las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales. El mismo artículo establece que, al aplicarse alguna medida restrictiva de la libertad, el Juez de Garantías deberá observar el carácter excepcional, subsidiario,

⁷ **"Artículo 205. Formas naturales de resolución de conflictos.** Los pueblos indígenas mantendrán las formas naturales de resolución de sus conflictos, como un medio de administración de justicia local fundado en sus valores, visiones y forma de vida. A las personas, entidades u órganos dedicados a estas actividades se les denomina Autoridades Tradicionales Indígenas a diferencia de los reconocidos por el Estado." (Código Procesal Penal de Panamá)

⁸ SANZ MULAS, Nieves, **Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana**, COLEX, Madrid, 2000, pp. 171-172.

⁹ SANZ MULAS, Nieves, **Alternativas a la pena privativa de libertad...**, Op. cit., p. 172.

provisional, proporcional y humanitario. Se adelanta en el mismo artículo, relativo al control judicial y afectación de derechos fundamentales, el principio de temporalidad, estableciendo que la detención provisional sólo puede utilizarse por un "límite temporal razonable", todo esto con el propósito de que no se convierta en una pena anticipada.¹⁰

II. Principios aplicables a la detención provisional en la República de Panamá

A. Principio de libertad

Las garantías constitucionales que repercuten en la detención provisional comienzan por el sagrado derecho a la libertad, pero el respeto real a este derecho, más que lo expresado en un texto constitucional, depende de las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales prevalentes en una determinada coyuntura histórica.

La Constitución Política de Panamá se ha mantenido invariable, aunque un tanto superficial, en el respeto por la libertad desde su texto de 1972, mismo que como ya se indicó, ha sufrido modificaciones en otros aspectos, siendo la última del año 2004. El artículo 21 de la referida Constitución es una declaración, diríamos que indirecta, del respeto hacia el principio universal del derecho a la libertad, porque en su redacción se confunden otros elementos como el de detención, arresto por deudas y otros que le restan solemnidad al mismo. Si comparamos esta redacción con aquella de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 1, 2 y 3, vemos que estos últimos no pueden ser más diáfanos y directos en sus señalamientos en torno al respeto por la libertad, concatenados de manera magistral con el derecho a igualdad.

Sin embargo, el artículo 21 de la Constitución Política de Panamá pareciera que, más que declarar el significado y alcance de la libertad, está abriendo las puertas para instaurar los mecanismos y procedimientos para la privación de esta. Veamos a continuación lo que establece la norma constitucional:

"ARTICULO 21. 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. Los

¹⁰ **"Artículo 12. Control judicial de afectación de derechos fundamentales.** Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales. El Juez de Garantías, al decretar alguna de estas medidas, observará el carácter excepcional, subsidiario, provisional, proporcional y humanitario de estas.

La detención provisional está sometida a un límite temporal razonable para evitar que se convierta en una pena anticipada. La detención provisional no puede exceder de un año, excepto en los supuestos señalados en este Código." (Código Procesal Penal de Panamá)

ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él al interesado, si la pidiere. 231|

El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad. Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente.

Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley.

No hay prisión, detención o arresto por deuda u obligaciones puramente civiles." (Constitución Política de la República de Panamá)

El Código Procesal Penal de Panamá es más prolijo en el pronunciamiento sobre el derecho a la libertad personal, en su artículo 11. Como se aprecia, de la lectura de este, se concluye que no hay referencias innecesarias sobre conceptos como: detención o prisión así como de ningún otro mecanismo de privación de la libertad porque el aludido artículo se dedica, limpia y llanamente, a declarar el derecho a la libertad del individuo así como también a su seguridad.

"Artículo 11. Libertades personales. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad de circulación y de seguridad personal." (Código Procesal Penal de Panamá)

Consecuente con el artículo 11 del Código Procesal Penal se deja establecido, en el artículo 21 del referido Código, que todas las disposiciones que el mismo contiene y que aludan a la restricción de la libertad de la persona investigada e imputada se deberán aplicar restrictivamente. En este sentido se está abriendo el preámbulo para el principio de excepcionalidad que deben tener las disposiciones o medidas cautelares que sean limitativas de la libertad a que tienen derecho los seres humanos.

"Artículo 21. Interpretación. Las disposiciones de este Código que restrinjan la libertad de la persona investigada e imputada y las que limiten sus derechos fundamentales serán aplicadas de modo restrictivo." (Código Procesal Penal de Panamá)

Por su parte, el Código Penal de Panamá también deja claro cuál es el fundamento de este, sentando las bases del derecho penal objetivo de este país y estableciendo la premisa básica de que el mismo estará en función de la dignidad humana. Lo anterior implica que el sistema penal, en este país, y su accionar, a través del proceso penal, se articulan en torno, o, dicho en otras palabras, tiene como eje la dignidad del ser humano.

"Artículo 1. Este Código tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana." (Código Penal de Panamá)

B. Principio de igualdad

En lo relativo al principio de igualdad, éste ha quedado debidamente instituido en la Constitución Política de Panamá, en su artículo 19. Existe, sin embargo, un dato singular en el artículo 19 de la Constitución de Panamá, referido a la igualdad, y que es que aunque se trata de un texto constitucional de 1972, hace un llamado especial a la "discapacidad", como no causal de discriminación. Veámoslo a continuación:

"ARTICULO 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas." (Constitución Política de Panamá)

El artículo 19 del Código Procesal Penal de Panamá desarrolla el principio de igualdad procesal de las partes, tal y como quedó establecido en el artículo 20 de la Constitución Política, como ya fue dicho. La igualdad procesal de las partes que desarrolla el artículo 19 del Código Procesal Penal de Panamá se resume en los siguientes puntos:

- Se garantiza igualdad de posibilidades de intervención a todas las partes que participan de un proceso.
- Todas las partes tienen derecho de ejercer las facultades y derechos previstos por la Constitución, los tratados y convenios internacionales ratificados por Panamá así como aquellos que prevé el Código Procesal Penal.
- Los jueces deben velar por el respeto a la igualdad procesal de las partes.
- Los jueces no deben mantener ninguna comunicación con alguna de las partes o con sus abogados sin que haya puesto en conocimiento a las otras partes.

C. Principio de legalidad

Como consecuencia de que en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se hace referencia al principio de legalidad, la mayor parte de los países del mundo han realizado esfuerzos tendientes a garantizar que los individuos y las organizaciones de sus países la utilicen como fuente de inspiración para incorporar en sus legislaciones, sistemas educativos y culturales el respeto a los derechos fundamentales. El artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos declara que:

"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

Con la anterior declaración, a la cual está adherida Panamá, se cimienta, jurídicamente, el principio de legalidad el cual la Constitución Política de Panamá recoge, en su artículo 31, señalando lo que seguidamente se transcribe:

"ARTICULO 31. Sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado."
(Constitución Política de Panamá)

Correlativamente con lo establecido tanto por los tratados, acuerdos y convenios internacionales de los cuales Panamá es signataria, así como con lo expresado en la Carta Magna de este país en cuanto al respeto al principio de legalidad, el Código Penal de este país también hace lo propio, estableciendo, en su artículo 4, que: "Solo se puede castigar a la persona por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta esté previamente descrita por la ley penal." El artículo 9 del Código Penal de Panamá también hace hincapié en el principio de legalidad en los siguientes términos: "Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley al tiempo de su comisión, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no prevea." Las analogías para tipificar delitos están prohibidas por el Código Penal, a menos que beneficien al imputado. El artículo 16 del Código Penal de Panamá deja claro que: "Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica sólo son posibles cuando beneficien al imputado." Al respecto de la aplicación de la analogía establece Sanz Mulas citando a Roxin, que: "Una ley indeterminada, imprecisa, no puede proteger a ciudadano del (sic) arbitrariedad, por no suponer una verdadera autolimitación del *ius puniendi*, y, además, es contraria al principio de división de poderes, puesto que el Juez de esta forma puede hacer la interpretación que desee."¹¹ Más adelante dice Sanz Mulas que: "Si bien esto, en unidad, constituye una clara invasión de la voluntad del judicial en la del legislativo, y por ello una absoluta vulneración del principio de legalidad..."¹²

Como se aprecia en el Código Penal de Panamá (artículos 4, 9 y 16), cuya última reforma se produjo mediante la Ley 14 de 13 de abril de 2010, se deja muy claro el respeto al principio de legalidad el cual es básico, juntamente con los principios de: libertad, igualdad, presunción de inocencia, derecho a defensa, los fundamentos de respeto a las garantías fundamentales.

Asimismo, tenemos que el principio de legalidad ha sido expresado en el Código Procesal de Panamá en su artículo 2 que lleva como nombre "Legalidad procesal". En este artículo se hace reconocimiento a lo

¹¹ SANZ MULAS, Nieves, **Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana**, Op. cit., p. 154.

¹² SANZ MULAS, Nieves, **Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana**, Op. cit., p. 156.

expresado en la Constitución, los tratados y convenios internacionales ratificados por Panamá así como a toda la normativa del mismo Código Procesal Penal.¹³

D. Principio de presunción de inocencia

Panamá, al igual que otros países del mundo ha realizado grandes esfuerzos por reformar sus procesos penales, posiblemente sensibilizada por las reiteradas investigaciones, ponencias, disertaciones que a lo largo de tantos años destacados juristas de todo el mundo han venido haciendo relacionados a la necesidad imperiosa de transformar o modernizar los procesos penales con el propósito fundamental de cumplir con las garantías procesales, por un lado, y evitar, por el otro, que las detenciones preventivas se constituyan en penas anticipadas. Se ha ido evidenciando a nivel mundial la necesidad de minimizar o de eliminar en lo posible las medidas cautelares personales intentando, por todos los medios que éstas sean la verdadera excepción.

En lo concerniente al principio de presunción de inocencia deberemos referirnos, nuevamente, a las normas internacionales, en primer lugar, recordando que el aludido principio fue planteado desde la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia de 1776, donde se establece en su punto ocho (8) que para ser declarado culpable se debe disponer de "un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable". En igual línea jurídica se inspiran, posteriormente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por Francia el 26 de agosto de 1789, donde se deja sentado en su artículo 9 que "...todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable...". Años después, y posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se produce la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, la cual establece en su artículo 11.1 que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa." Previo a la Declaración Universal de Derechos Humanos se llevó adelante la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual en su artículo 11 establece que: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se la hayan asegurado

¹³ **Artículo 2. Legalidad procesal.** Nadie puede ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sin juicio previo dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la Constitución Política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y de este Código.

Todo habitante del territorio de la República tiene libre derecho a acceder a los jueces y tribunales en las formas, los plazos y las condiciones determinadas en este Código." (Código Procesal Penal de Panamá)

todas las garantías necesarias para su defensa." Panamá aprobó su adhesión a dicha Declaración en la entonces Asamblea de Representantes de Corregimientos, mediante la Ley 15 de 1977, promulgada en Gaceta Oficial N° 18,468 de 30 de noviembre de 1977. Igualmente, tenemos que el Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, de 23 de marzo de 1976, establece, en su artículo 14.2, la presunción de inocencia en los siguientes términos: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Panamá se adhiere al referido pacto mediante la Ley 14 de 1976, aprobada por la entonces Asamblea de Representantes de Corregimiento y promulgada en Gaceta Oficial 18,373 de 8 de julio de 1977.

Como se aprecia, por lo señalado, el principio universal de presunción de inocencia, recogido de la doctrina, y los acuerdos internacionales suscritos por Panamá, éste también tiene su expresión en la Constitución Política de Panamá (artículo 22), el cual expresa, en su segundo párrafo que: "Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa".

El Código Procesal Penal de Panamá establece, en el primer párrafo de su artículo 8, el principio de presunción de inocencia, en los siguientes términos: "Toda persona debe ser tratada y considerada como inocente durante la investigación y el proceso, hasta tanto se le declare responsable del delito que se le imputa en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada".

Iniciamos por revisar lo que determina la Constitución Política de Panamá y es así que se observa que el artículo 22 de esta carta constitucional establece que las personas que son detenidas tienen el derecho de que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad en juicio público y con observancia de todas las garantías fundamentales. También establece otros derechos fundamentales que se reconocen al imputado durante el proceso penal, como es el derecho a la defensa y a ser asistido por un abogado en todas las diligencias policiales y judiciales.

En concordancia con el respeto a los derechos humanos consignados en la Constitución Política de Panamá y aquellos de los convenios, tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos, reconocidos en la carta magna de este país, el Código Procesal Penal, en su artículo 24, se refiere a la objetividad en la investigación, haciendo referencia a la obligatoriedad de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable de todas las partes que intervienen en el proceso, incluyendo al imputado.¹⁴

¹⁴ "Artículo 24. Investigación objetiva. Es obligatorio investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso. La investigación se realiza respetando las normas constitucionales, los

E. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un elemento que permite evitar excesos innecesarios en la selección de las medidas cautelares, como es el caso de la prisión provisional, en el proceso penal. Nos permitimos recordar que el concepto de proporcionalidad no cuenta con una unificación doctrinaria en cuanto a su extensión e implicaciones. El principio de proporcionalidad es el resultado de la evolución histórica del *ius puniendi*, y tiene como base la prohibición de excesos, el uso de la razonabilidad, de la racionalidad, la proporcionalidad de medios, la proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de injerencia, teniendo como razón de ser los derechos fundamentales, "cuya dogmática lo considera como límite de límites".¹⁵

Consecuentemente con la doctrina sobre el principio de proporcionalidad, el Código Penal de Panamá (artículo 6) determina el respeto del principio de proporcionalidad en la aplicación no sólo de las penas sino de las medidas de seguridad en este país.¹⁶ Esto implica que se debe tener presente que este artículo es guía para que cuando se determine una medida cautelar, como es la prisión provisional se tenga presente, como dice Rojas que, "El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos 'se encuentren previstas en la ley' y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática."¹⁷

F. Principio de oportunidad

Según planteamientos de varios autores, entre éstos Cornejo Valdivia, el principio de oportunidad ha venido utilizándose como punta de lanza de los nuevos sistemas procesales de América Latina en la búsqueda de solución a la acumulación de casos pendientes y de la gran cantidad de ciudadanos que ocupan las cárceles en estado de prisión provisional.¹⁸

En virtud del desbordamiento de nuestros sistemas procesales penales surge en las nuevas normas el criterio de oportunidad, como es el caso del Código Procesal de Panamá. "El criterio de oportunidad es una

tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá, este Código y los derechos humanos del investigado." (Código Procesal Penal de Panamá)

¹⁵ ROJAS, Ivonne Yenissey, **La proporcionalidad en las penas**, S/E, S/F. p.1. En: http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf

¹⁶ "Artículo 6. La imposición de las penas y las medidas de seguridad responderá a los postulados básicos consagrados en este Código y a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad." (Código Penal de Panamá)

¹⁷ ROJAS, Ivonne Yenissey, **La proporcionalidad en las penas**, Op. Cit., p.2.

¹⁸ CORNEJO VALDIVIA, Óscar, "El principio de oportunidad en la legalidad del proceso penal", S/F, S/E, p. 11 Disponible en: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_Chile.pdf

excepción al principio de legalidad. Según este principio, el Ministerio Público está en la obligación de promover y dirigir la investigación de cualquier hecho que revista caracteres de delito de acción pública y de someterlo a proceso, sin consideración de razón alguna de conveniencia o utilidad. Con el criterio de oportunidad se concede al Ministerio Público la facultad de prescindir de la persecución penal pública".¹⁹ Según expresa el artículo 212 del Código Procesal Penal de Panamá, los agentes del Ministerio Público quedan facultados para suspender o prescindir parcial o totalmente del ejercicio de la acción penal. Asimismo, pueden limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, en casos como los que se enuncian a continuación:

- Cuando el autor o partícipe del delito haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que haga innecesaria y desproporcionada una pena.
- Cuando se trate de un hecho que no afecte gravemente el interés de la colectividad, o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia.
- Cuando la acción penal esté prescrita o extinguida.

El artículo 212 CPP deja claro la no procedencia de la aplicación del criterio de oportunidad en aquellos delitos que afecten el patrimonio del Estado o cuando el imputado hubiera sido un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de este, cuando hubiera cometido dicho delito.²⁰ En este evento los funcionarios serán procesados por el Tribunal de Cuentas.

Tal y como lo indica Luis Martpinez y otros, en conformidad con lo expresado por los artículos 212, 213 y 214 del Código Procesal Penal de Panamá, existen situaciones en las cuales las personas que participaron en el hecho "estableciéndose situaciones estrictamente inherentes con el transgresor de la ley, y conforme la norma indicada, donde inclusive su efecto conlleva a la extinción de la acción penal relacionada con el favorecido, siendo importante que esta medida debe ser notificada a la víctima o querellante, bajo términos, a objeto de que anuncie sus objeciones, y la medida adoptada sea sometida al control por parte del Juez de Garantías, dentro de un término debidamente establecido, incluyéndose la celebración de una audiencia, en

¹⁹ MARTÍNEZ S., Luis Alberto, y otros, **Actividad procesal en el nuevo Código Procesal Penal de Panamá**, Ministerio Público, Panamá, 2011, p- 39-40.

²⁰ "**Artículo 212. Criterios de oportunidad.** Los agentes del Ministerio Público podrán suspender o prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando el autor o partícipe del delito haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que haga innecesaria y desproporcionada una pena.
2. Cuando se trate de un hecho que no afecte gravemente el interés de la colectividad o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia.
3. Cuando la acción penal esté prescrita o extinguida.

No procede la aplicación del criterio de oportunidad en los delitos que afecten el patrimonio del Estado o cuando el imputado hubiera sido un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de este, cuando hubiera cometido dicho delito." (Código Procesal Penal de Panamá)

la cual se escuchará a la víctima. En la actualidad así se contempla en los artículos 213 y 214 del nuevo código procesal penal"²¹.

G. Derecho a defensa

La Constitución Política de Panamá sienta las bases para el respeto, durante el proceso penal, del derecho a la defensa (art. 22), incluso en el caso de que el imputado no disponga de los medios que le permitan costearse un abogado (art. 217). En este último evento, la Constitución Política de Panamá contempla que el Estado deberá proveerla a través de las instancias oficiales o de asociaciones u organismos de abogados debidamente reconocidas por el Estado. En la última parte del artículo 22 de la Constitución Política de Panamá se deja claramente establecido que "Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales." Por otro lado, como ya ha sido señalado líneas arriba, en el artículo 217 de la referida Constitución queda establecido que: "La ley arbitrará los medios para prestar asesoramiento y defensa jurídica a quienes por su situación económica o pueda procurárselos por sí mismos..."

Debidamente en concordancia con la Constitución Política de Panamá, los artículos 10, 98 y 99 del Código Procesal Penal de Panamá desarrollan todo lo relativo al derecho de defensa del imputado. Por un lado, el artículo 10 establece que el derecho a defensa es "inviolable e irrenunciable" salvo en el caso en que el imputado sea un abogado y decida asumir su propia defensa. El artículo 10 también establece que el derecho a defensa inicia desde el "primer acto de investigación" y que el imputado puede mantener con su abogado comunicación inmediata de forma "libre y privada". Si, por algún motivo el imputado no designa defensor el Estado deberá asignarle uno. La asignación de defensor, por el Estado, también procede en los eventos de que el que se le haya asignado: renuncie, muera, abandone el caso, se le revoque su designación o presente excusa válida. (Artículo 10 Código Procesal Penal de Panamá).

El artículo 98 del Código Procesal Penal de Panamá precisa, nuevamente, que el derecho a defensa es inviolable e irrenunciable pero también aclara que aunque no se tenga la calificación de imputado se tiene derecho a la misma. En este sentido destaca el artículo 98 que tiene derecho a la asistencia de un abogado, aquellos que aunque no sean llamados imputados se les implique como "autores" o "partícipes".

²¹ MARTÍNEZ S., Luis Alberto, y otros, **Actividad procesal en el nuevo Código Procesal Penal de Panamá**, óp. cit., pp.- 72-73.

Por otro lado, el artículo 99 del Código Procesal Penal de Panamá describe el procedimiento de nombramiento de la defensa del imputado. Por un lado se determina ¿Quién designa? y ¿A quién se designa? Así tenemos que para dar respuesta a esas primeras dos interrogantes tenemos que el procedimiento indica lo siguiente:

- En primer lugar el derecho de designación corresponde al imputado.
- En segundo lugar, si el imputado manifiesta no poder nombrar su defensor, entonces deberá designarlo ya sea el Fiscal de la causa, el Juez o el Tribunal competente, según sea el caso.
- En tercer lugar, si no hay defensor público, o éste se encuentre impedido, la designación deberá recaer en un abogado que ejerza en la localidad respectiva de entre una lista que debe disponer para estos casos el Órgano Judicial.
- En cuarto lugar, si el imputado está privado de su libertad, su cónyuge o conviviente y sus parientes cercanos podrán proponer, por escrito, ante la autoridad competente, la designación de un defensor, la que será puesta en conocimiento del imputado inmediatamente.

Las otras preguntas que se pueden hacer sobre este tema y cuyas respuestas están debidamente contempladas en el procedimiento son: ¿Cuál es la formalidad para designar el defensor? y ¿En qué momento inicia el defensor en sus funciones? En cuanto a la primera pregunta, el artículo 99 del Código Procesal Penal de Panamá es preciso al establecer que la designación del defensor no está sujeta a ninguna formalidad. En lo que corresponde a la segunda pregunta, se estipula que: "una vez nombrado, deberá informar a la autoridad que corresponda el lugar y modo para recibir comunicaciones. Al no haber formalidades, se induce que quien lo nombra es el imputado y que inmediatamente este comunicará sobre el lugar y modo en que podrán las autoridades judiciales comunicarse con él.

H. Derechos del imputado

La Constitución Política de Panamá establece los derechos del imputado, en su artículo 22, dejando establecido que la persona detenida debe ser informada inmediatamente sobre las razones de su detención. Igualmente, se le deben advertir cuáles son sus derechos constitucionales y legales. Mientras no se compruebe su culpabilidad, se deja claro que prevalece el principio de presunción de inocencia y que se le debe garantizar derecho a defensa.

Por otro lado, el artículo 92 del Código Procesal Penal de Panamá define al imputado como la persona a la cual el Ministerio Público le ha formulado cargos ante el Juez de Garantías. El imputado pasa, en Panamá, a llamarse acusado cuando se ha formalizado la acusación en su contra.²²

Una vez definido y delimitado lo que significa en Panamá el ser "imputado" se tiene que el artículo 93 del Código Procesal Penal de Panamá expresa, con todo detalle, los derechos que asisten al que, en su condición de imputado, se vea sometido a un proceso penal. En este artículo se reproduce una declaración amplia sobre el reconocimiento como derechos del imputado todos aquellos que están establecidos en la Constitución Política así como en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Panamá y por las leyes. Se deja claro que estos derechos le serán respetados al imputado desde que se inicie hasta que se concluya el proceso en su contra. Los derechos han sido detallados en el artículo 93 CPP tal y como se sintetizan a continuación:

- Derecho a que se le informen sus derechos y a conocer la identidad de su acusador o la fuente de la *notitia criminis*. (artículo 93.1 Código Procesal Penal)
- Derecho a que se le exprese el motivo y la causa de su detención, así como el funcionario que la ordenó. Se le debe exhibir la orden de detención en su contra. (artículo 93.2)
- Derecho a ser asistido por el defensor que él seleccione y a comunicarse con el mismo telefónicamente. (artículo 93.3)
- Derecho a comunicarse inmediata y efectivamente con la persona, asociación, agrupación o entidad a quien él desee informar de su detención. (artículo 93.4) En este artículo se hace referencia a aprehensión en lugar de detención. Consideramos que no habiéndose establecido en la redacción de este Código la diferencia o semejanza entre detención y aprehensión no deben usarse como sinónimos.
- Derecho a ser conducido ante la autoridad competente con la mayor brevedad posible. (artículo 93.5)
- Derecho de abstenerse de declarar. (artículo 93.6)
- Derecho a presentar escritos y peticiones ante el encargado de su custodia, quien los hará llegar al Ministerio Público o al Juez, según corresponda. (artículo 93.7)
- Derecho a no estar incomunicado y a mantener comunicación, en cualquier momento, con su defensor. (artículo 93.8)

²² "**Artículo 92.** Concepto. Imputada es la persona a quien se le han formulado cargos por parte del Ministerio Público ante el Juez de Garantías. Formalizada la acusación penal en su contra, pasa a denominarse acusado." (Código Procesal Penal de Panamá)

- Derecho a comparecer debidamente asistido por su abogado. (artículo 93.9)
- Derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. (artículo 93.10)
- Derecho a recibir visitas y a comunicarse por escrito o a través de otros medios lícitos. (artículo 93.11)
- Derecho a no ser juzgado en ausencia. (artículo 93.12)
- Derecho a tener una pronta atención médica. (artículo 92.13).
- Derecho a que no se utilicen en su contra medios que le impidan su libre movimiento. (artículo 93.14)
- Derecho a traductor o intérprete. (artículo 93.15)
- Derecho a tener acceso a las actuaciones y a la documentación o elementos de prueba, así como a presentar pruebas que hagan valer sus derechos. (artículo 93.16)
- Derecho a aducir pruebas de descargo, mismas que deben ser diligenciadas con ausencia de formalismo, con celeridad y con economía procesal. (artículo 92.17)

I. Derecho a no declarar contra sí mismo

El derecho a no declarar contra sí mismo quedó debidamente establecido en el artículo 14.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 que entró en vigencia en 1976, así como en el artículo 8.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada "Pacto de San José" de noviembre de 1969. Consecuentemente con estos acuerdos internacionales, Panamá incorporó, en su Constitución Política de 1972, el artículo 25 que libera al imputado de la obligación de declarar contra sí mismo en asuntos criminales, correccionales o de policía.²³

Asimismo, el Código Procesal de Panamá establece (artículo 16) el derecho a no declarar contra sí mismo, dejando claro que este derecho del imputado está protegido por la Constitución Política de Panamá así como por los tratados y convenios internacionales. En consecuencia, el imputado tiene pleno derecho a guardar silencio el cual no puede ser, en ningún caso, considerado como un indicio de culpabilidad en contra de éste.²⁴

²³ "ARTICULO 25. Nadie está obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad." (Constitución Política de Panamá)

²⁴ "Artículo 16. Derecho a no declarar contra sí mismo. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra las personas excluidas por la Constitución Política los tratados y convenios internacionales y la ley. Todo investigado por un delito o falta tiene legítimo derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de hechos ni valorado como un indicio de culpabilidad en su contra. En consecuencia, nadie puede ser condenado con el solo mérito de su declaración." (Código Procesal Penal de Panamá)

J. Derecho a juez natural

Tal y como lo expresa Víctor MORENO CATENA, aunque la jurisdicción es única esto "se refiere únicamente a la jurisdicción como potencia y no supone, como es natural, que exista o deba existir un único tribunal; si así fuera, no cabría siquiera plantear el estudio de la competencia, porque a ese único tribunal se le habría de encomendar el conocimiento de todos y cada uno de los asuntos que se pudieran suscitar."²⁵ Dicho sea de paso, RAMOS MÉNDEZ aclara que el derecho al juez natural es una garantía constitucional que está determinada en función de los límites de la jurisdicción penal como por las reglas de competencia. "Juez natural no lo es sólo el del domicilio, aunque ese sea históricamente su significado más propio. Lo son también aquellos determinados por las reglas de competencia promulgadas con anterioridad a la comisión del hecho punible".²⁶

En respeto al principio de juez natural y al de competencia, la Constitución Política de Panamá (artículo 32) establece que "nadie será juzgado, sino por autoridad competente..." sentando así las bases para que el Código Procesal Penal de Panamá establezca en su artículo 4 el concepto de juez natural, dejando claro que bajo ninguna circunstancia se crearán tribunales especiales o de excepción para procesar o condenar a alguien porque quienes tienen la potestad de juzgar y aplicar la pena así como las medidas de seguridad son los jueces y tribunales previamente instituidos. La redacción de este artículo es, conjuntamente con el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, salvaguarda de la garantía fundamental de ser procesado y juzgado por el juez natural o, en otras palabras, el que tiene la competencia.²⁷

Conclusiones

La Constitución Política de Panamá sienta las bases que determinan las leyes procesales en este país en su artículo 215 estableciendo que todas las leyes procesales se deberán inspirar en: la simplificación, economía procesal y ausencia de formalismos. El texto constitucional de Panamá arroja, en su conjunto, muy buenas intenciones por el respeto a los derechos humanos. A estas declaraciones se apegan, posteriormente, un

²⁵ MORENO CATENA, Víctor, "**Concepto y criterios de determinación de la competencia**", p. 85, en: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, en: **Lecciones de derecho procesal penal**, COLEX, 2001.

²⁶ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, **Enjuiciamiento Criminal**, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010, p. 87.

²⁷ "**Artículo 4. Juez natural.** Nadie será procesado ni condenado por jueces o tribunales especiales o de excepción. La potestad de juzgar y aplicar la pena o medida de seguridad corresponde únicamente a jueces y tribunales previamente instituidos, de conformidad con la Constitución Política, la ley y según las competencias asignadas a cada uno." (Código Procesal Penal de Panamá)

conjunto de reformas del sistema judicial que, como se ha podido observar, se han venido produciendo en el último decenio en Panamá y que deberían conducir a una aplicación mucho más apropiada, si así pudiese llamársele, de la institución de la detención provisional.

El Código Procesal Penal de Panamá, en concordancia con la Constitución Política de Panamá, establece los principios del proceso penal en este país. Estos principios, que en gran medida han afectado el instituto de la detención provisional, reflejan en esta última reforma del proceso penal panameño una intención por el mejoramiento de elementos que han traído como consecuencia que la prisión preventiva se parezca, en este país, a una pena anticipada. Este mismo Código, también establece que la acción penal en Panamá es pública y la ejerce el Ministerio Público. La acción penal es privada solo en aquellos casos que el artículo 114 del Código Procesal Penal de Panamá ha delimitado con precisión y que requieren para su inicio de una querrela.

Posiblemente debido a la ausencia de referencia directa al respeto de los tratados, convenios o pactos, a los cuales está adherida Panamá, relativos al tema de los derechos humanos, y, para especificar en mayor grado el respeto a los mismos es que el Código Penal de Panamá reproduce el reconocimiento a los derechos humanos y a las garantías constitucionales.

El Código Procesal Penal de Panamá, reformado por última vez en septiembre de 2011, no se queda atrás en cuanto a una declaración explícita por el respeto a los derechos humanos. Esto ha quedado debidamente consignado en el artículo 14 del nuevo Código Procesal Penal de Panamá, haciendo el señalamiento de que estos derechos son "mínimos, prevalentes y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona". Con esta redacción se deja abierta la puerta para incorporar, en el proceso penal, otras garantías y derechos, conforme avance la configuración mundial de los derechos humanos.

El Código Procesal Penal de Panamá contempla la figura de la conciliación como salida alternativa al conflicto penal. Por otro lado, tenemos que la mediación también ha sido considerada en el Código Procesal Penal de Panamá, refiriéndose ésta a los medios alternos de solución de conflicto en el cual tenemos un tercero que siendo "ajeno a la controversia, asiste a las partes, coadyuvando con estos, con el objeto de lograr una transacción. Dentro de la tendencia modernizadora del Código Procesal Penal de Panamá se advierte en el artículo 26, del referido Código, que se hace referencia a que es función de los tribunales procurar resolver el conflicto. Se aprecia aquí el propósito de evitar las medidas extremas a la cual correspondería, como *última ratio* la prisión provisional.

Existe una particularidad en el Código Procesal Penal de Panamá no encontrada, en otros países centroamericanos, denominada como las "formas naturales de resolución de conflictos" reservadas para los pueblos indígenas a los que se les permite resolver sus conflictos, con fundamento a sus sistemas de "valores, visiones y forma de vida".

Biobliografía

ARMENTA DEU, Teresa. (2010). **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. Editorial Marcial Pons. Quinta edición. Madrid. 351 páginas.

AROCENA, Gustavo A.; ATENCIO BONILLA, Digna M.; ÁVILA, Keymer; BALCARCE, Fabián I.; BELZÚ ALARCÓN, Francisco; CALDERÓN PAZ, Carlos A.; CUAREZMA TERPAN, Sergio J.; FERNÁNDEZ, Odir; FRANCO BAZÁN, Nadia Noemí; GOITE PIERRERA, Mayda; HOUD VEGA, Mario A.; MEDINA CUENCIA, Arnel; MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto y REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2016). **Luces y Sombras de los procedimientos penales en América Latina**, INEJ, 2016, 449 páginas.

BARONA VILAR, Silvia. (1988). **Prisión provisional y medidas alternativas**, Librería Bosch, Barcelona, España.

BARONA VILAR, Silvia. “**La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional 128/1995, de 26 de julio)**”, en: *Revista General de Derecho*, N° 618, 1996, p. 1825.

CORNEJO VALDIVIA, Oscar G., *El principio de oportunidad en la legalidad del proceso penal*, S/F, S/E, 20 páginas. Disponible en: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_Chile.pdf

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime, **Derecho Procesal**, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1999, p. 49.

FRANCO BAZÁN, Nadia Noemí. (2015). **La Detención Preventiva desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales y las Garantías Procesales**. Revista LEX. Colegio Nacional de Abogados. Panamá.

FRANCO BAZÁN, Nadia Noemí. (2015). **Medidas Cautelares en el Proceso Penal Panameño**. Revista LEX. Colegio Nacional de Abogados. Panamá.

GIMENO SENDRA, Vicente: “**La prisión provisional y el derecho a la libertad**”, en: *La Ley*, N°6, 1996, p. 1644.)

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. (2001). **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. Primera Edición. Editorial COLEX. Madrid.

GITTERMANN MONTENEGRO, Leila Y., **Medidas cautelares en el nuevo proceso penal**, (tesis), Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile, 2003, p. 8. Cita tomada de: MAIER, Julio, **La Ordenanza Procesal Penal Alemana**, vol. II, p. 127.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, **El juez y la prisión provisional**, en **Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales**, Colección Estudios, Coordinada por Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 27.

MARTÍNEZ, Luis Alberto; DÍAZ, Nedelka; DE ARCO, Roberto; GONZÁLEZ, José Félix; OLMOS DE SÁNCHEZ, Idalgis; SAMUDIO, Abdiel Abraham; PALACIOS, Ladys; GAITÁN V., Leonila, *Actividad Procesal en el nuevo Código Procesal Penal de Panamá*, Procuraduría General de la Nación, Panamá, 2011, 77 páginas.

MORENO CATENA, Víctor, "**Concepto y criterios de determinación de la competencia**", p. 85, en: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, en: **Lecciones de derecho procesal penal**, COLEX, 2001.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, **Enjuiciamiento Criminal**, Atelier, Barcelona, 2010, p. 272.

ROJAS, Ivonne Yenissey, **La proporcionalidad en las penas**, S/E, S/F. p.1. En: http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/1a%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf

SANZ MULAS, Nieves, **Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana**, COLEX, Madrid, 2000

SENDRA GIMENO, Vicente, "**La prisión provisional y derecho a la libertad**", compilación de BARBERO SANTOS, Marino, *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Colección Estudios, Universidad de Castilla-La Mancha, Murcia, 1997, p. 141.

CÓDIGOS Y LEYES

Constitución Política de la República de Panamá.

Código Procesal Penal de Panamá.

Código Penal de Panamá.

Derechos y garantías procesales en los casos de flagrancia

Luis G. Peñalba R.
Universidad de Panamá
Centro Regional Universitario de Veraguas
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
luchogp26@hotmail.com

Recepción: 15 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

Resumen

En este artículo se analiza el tema de los derechos y garantías fundamentales de los aprehendidos en casos de flagrancia. La importancia de estudiar este tema reside en que las características de estos casos, con frecuencia, se conectan con los derechos humanos, pues los procedimientos que prescribe la ley y que se aplican en estos casos, omiten algunas condiciones que pueden originar conflicto con el cumplimiento de los derechos del aprehendido. En la parte teórica, se estudia el concepto de flagrancia, sus características, el marco legal, el procedimiento y los derechos del detenido. Los resultados del estudio se obtienen de la consulta realizada a 4 jueces de garantías, 10 fiscales, 4 defensores de oficio y 7 abogados particulares de la provincia de Veraguas. Sobresale en las respuestas obtenidas la posibilidad de vulnerar las garantías procesales en los casos de detención en flagrancia por el procedimiento que se sigue en tales detenciones.

Palabras clave: Flagrancia, detenido, garantías, derechos, aprehensión.

This article analyzes the issue of fundamental rights and guarantees of those apprehended in cases of flagrancy. The importance of studying this issue is that the characteristics of these cases are often connected with human rights because the procedures prescribed by law and applied in these cases omit some conditions that may cause conflict with the fulfillment of rights, of the apprehended. In the theoretical part, the concept of flagrancy, its characteristics, the legal framework, procedure and the rights of the detainee are studied. The results of the study are extracted from the consultation carried out 4 judges of guarantees, 10 prosecutors, 4 public defenders and 7 private lawyers of the province of Veraguas. Outstanding in the answers obtained the possibility of violating procedural guarantees in cases of detention in flagrancy by the procedure that is followed in such arrests.

Keywords: Flagrance, detained, guarantees, rights, apprehension lead.

Introducción

En este texto se realiza un análisis de la aprehensión en flagrancia y su legalidad, que debe proceder respetando los derechos y garantías y teniendo en cuenta los presupuestos legales y constitucionales establecidos; ya que el ciudadano, aunque cometa un ilícito, es sujeto de derechos, los cuales deben ser respetados en cualquier situación.

Los derechos y garantías, en caso de flagrancia, adquieren resonancia dentro del actual Sistema Penal Acusatorio, ya que una persona detenida en flagrancia debe ser puesta a órdenes del Juez de Garantías, antes

de que se cumplan las 24 horas desde su aprehensión y se deben explicar las razones por la cual se ha aprehendido al sujeto.

La flagrancia es una forma de detención excepcional, pues no requiere orden judicial para efectuarse; sin embargo, requiere que se cumplan ciertos requisitos para llevarla a efecto y que la misma sea considerada legal por el Juez de Garantías. De allí la necesidad de analizar los requisitos necesarios para que la flagrancia sea decretada legal y las Garantías Procesales y Derechos que le asisten a las personas que son aprehendidas en flagrancia.

La investigación se sitúa en el Segundo Distrito Judicial, específicamente en la Provincia de Veraguas, donde se conocerán los puntos de vista de los sujetos seleccionados en la muestra sobre las declaraciones de legalidad o ilegalidad de las aprehensiones.

La flagrancia

El gesto metafórico se refiere a la luminaria, que denota, con verdad, lo que respecta al incendio (cuando el alumbrado es visto, pues es indudablemente que algo está ardiendo). Se puede describir, con respecto a la flagrancia delictuosa, que es aquella, la cual está asociada al ideal santiamén en que es observado el ajusticiamiento de una infracción cometida, la misma sirve para ayuda y conocimiento procesal-penal, brinda también convicción, tanto a lo que concierne al fallo como lo que es la obligatoriedad del presunto padre o más bien de aquella persona que ha cometido el hecho criminal.

Flagrancia según el Diccionario de la Real Academia Española¹, en su primera, segunda y tercera designación significa “cualidad de flagrante”; “que se está ejecutando actualmente”; “de tal evidencia que no necesita pruebas”. “flagrante”, esta conceptualizado como aquello que: “en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir” partiendo principalmente de aquellos conceptos antepuestos, se podrá colegir que el parlamentario ha manejado la segunda designación dada por la R.A.E., para definir lo que es flagrancia.

Flagrancia es aquella infracción que se ha realizado en público y cuyo creador ha sido visualizado por muchos testigos en el propio instante en que lo ejecutaba. Se puede describir que flagrante es participio activo del verbo arder, que significa prender o relumbrar como fogosidad o luminaria y no deja de esforzarse, con cierto feudo, al homicidio que se descubre en el mismo momento de su perpetración. Se dice que un

¹ Real Academia Española. (2014) Diccionario de la Lengua Española. Vigésimotercera Edición. p.87.

malandrín es aprehendido en flagrante fallo cuando se le sorprende en el mismo instante en el cual está cometiendo su fechoría, como en el acto de hurtar o con las cosas robadas en el mismo lugar que se ha delinquido, o cuando mata y al sujeto se le aprehende con el arma con el cual perpetró el crimen.

Enseña Carnelutti² que flagrancia es el delito en sí, cuando se ve, o sea, es aquel en que las personas ven al sujeto cometerlo; es decir, para quien está presente a la hora del hecho cometido. Esto quiere decir que la flagrancia “no es un modo de ser del delito en sí, sino del delito respecto a una persona; y, por eso, una cualidad absolutamente relativa; el delito puede ser flagrante respecto a Ticio y no flagrante respecto a Cayo”.

Añade Carnelutti³, en relación a este principio, la flagrancia de la infracción es aquella que lleva concordancia con la opción de que una persona sea sometida a un cuestionario directo; el mismo puede implicar erradamente que el fallo es presente en el preciso momento que se establezca el experimento, en cuanto a lo mencionado el delito coetáneo es “... el delito que se comete actualmente”, en este afligido no habría un fallo que no sea, o que al menos no haya sido coetáneo, debido a todo delito tiene su chapoteo; a pesar de la flagrancia no es la novedad, sino la visibilidad del fallo.

El principio de flagrancia está enlazado al justo instante en que es vista o apreciada la persona cometiendo una infracción, lo cual, aporta en cláusulas procesal-penal, una amplia persuasión, partida respecto al fallo mismo, con el compromiso que recae sobre el supuesto creador.

Conveniente a la norma, el perverso (malhechor) planea y ejecuta la infracción con el coraje de no ser desenmascarado, en otras palabras, que no sea fácil revelar al creador del suceso; pero por las contingencias que concurren a la hora del linchamiento del fallo, puede ser que el malhechor sea atrapado en el segundo mismo que está cometiendo el fallo, ya que existen factores externos ajenos a la voluntad del actor del hecho.

Como bien lo dice Gill⁴, se considera flagrante el delito cuando su agente es sorprendido en el preciso momento en que realiza la conducta delictiva. En ese sentido, la flagrancia es un criterio de distinción de incidencia penal, por las repercusiones que puede tener en el proceso ejecutivo del delito; a fin de establecer

² Carnelutti, Francesco (1950). Lecciones sobre el proceso penal, T. II, traducido por Santiago Sentís Melendo, ediciones jurídicas Europa-América, Bosch, Bs. As. p.77.

³ *Ibidem*.

⁴ Gill S. Hipólito. (2014) Derecho Penal, Parte General. Editorial Jurídica Panameña. Panamá. p.174.

una tentativa o la consumación del delito. Este es uno de los aspectos importantes de la Flagrancia, conocer si se consumó o no el delito; sin embargo, hay que dejar claro que esta institución jurídica exige la actualidad del hecho; es decir, que la observación que se hace corresponda al instante en que se está ejerciendo el hecho delictivo.

Marco legal

La flagrancia, del estatuto sumarial, se ha conocido como una norma de salvedad al listado de los derechos de libramiento personal, en el que se otorgará el arresto de un individuo, a fin de eludir eventuales consumaciones delictivas, la evasión o huida del forajido de las infracciones, y se encuentra previsto en nuestra Carta Magna, en el Título III, Capítulo I, sobre las Garantías Fundamentales, y en especial, en el artículo 21, el cual es la disposición constitucional, que tiene como norma de desarrollo la Ley 63, del 28 de agosto de 2008, del Código de Procedimiento Penal, en su Artículo 234.

Artículo 21:

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. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él al interesado, si la pidiere.

El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad.

Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley.

No hay prisión, detención o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles.

Nuestro estatuto menciona la flagrancia, de manera concreta, en el artículo a señalar como una frontera de la liberación motriz y de omisión a la interrupción sin papeleo judicial. Se emana de esta organización lícita una norma sobrentendida, la cual radica en que el mismo estatuto consiente la contingencia del arresto del individuo, el mismo se dará por a través del personal policiaco en acontecimiento de flagrante delito.

Por otra parte, la ley N°63 del 28 de agosto de 2008, por la cual adopta el Código de Procedimiento Penal, en su Artículo 234, indica todo lo referente a “la flagrancia”. Se utiliza el vocablo “aprehensión” para relatar a la estrechez de la libertad de los individuos que han cometido una infracción flagrante; es por ello que se puede decir, que procede sólo cuando se haya encontrado in fraganti a un sujeto cometiendo un delito.

La aprehensión de un sujeto establece la limitación de la libre circulación por un lugar, distinto a aquella sanción que recibe un cualquiera ya perceptible, pero también se debe saber que está permitida, siempre que se cumpla con las medidas exigidas por la ley.

La aprehensión, en tema de flagrancia, está investida de una restricción procesal, debido a que no requiere de ninguna inscripción previa para ejecutarla; siquiera está sujeta a un encargo distinto o a que el juzgador la disponga. Se le ejecuta ipso facto, en el momento de la realización del fallo. No requiere récipe de opinión determinado u orden de ninguna dirección.

De acuerdo con el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal⁵, se describen los siguientes casos de flagrancia:

- En el primer supuesto: La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito. En este caso, la persona tiene que estar justamente ejecutando la infracción; es decir, la infracción no tiene que estar consumido, más bien debe estar en periodo de cumplimiento.
- El segundo supuesto: El individuo es detenido rápidamente más tarde de cometer la interpretación punible y como consecuencia del seguimiento material, o por entendimiento de demanda de protección de quien o quienes presenciaron el hecho. En esta casualidad, el delito ya efectuó con todos los periodos de su ajusticiamiento y no queda nada desnivel. En esta hipótesis, la infracción ya se realizó, dicho esto la detención debe efectuarse al instante de haberse finiquitado el delito y no debe lograr el victimario su escape, ya que, de lo opuesto, nos delimitaríamos en la hipótesis a futuro.
- En el tercer supuesto, el individuo es detenido posteriormente de cometer una interpretación punible y el mismo es señalado como creadora o cómplice, siempre y cuando a los sujetos se les agarre y en su poder se encuentre algún indicio probatorio relacionado con el delito que ha cometido; en otras palabras, el que, es aprehendido con algún tipo de artefactos oriundos del acto o con señas en sus vestuario, que permitan relacionar o vincular su colaboración en dicho crimen o acto delictivo, como también si llega a ser arrestado con las armaduras o herramientas que han sido utilizados para la realización de aquel hecho delictivo. En este azar, el damnificado o testigos deben abalizar a la detective, que la infracción se ejecutó mediante el uso de distintas armas o herramientas antes de que se realice el arresto, ya que, de lo contrario, no se consumirían los requisitos requeridos por la ley y de ser así el arresto sería ilícito.

Sujeto que practica la detención. Siempre debe haber algún sentido que permita señalar al individuo sobre el cual recae la detención como autor o cómplice del delito por el cual se detiene.

⁵ Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que adopta el Código Procesal Penal. Gaceta Oficial 26114. Panamá.

La infracción, por el cual se detiene a un agresor de la ley, ha de ser apreciable por los sentidos. Esa noción debe estar vigente a la hora de la representación de la infracción como al instante en el que se realice la captura, sea por parte del perjudicado, de los testigos presentes o del individuo en el que recae la detención. Siempre debe haber algo que admita marcar al sujeto sobre el cual recae el arresto como protagonista o cómplice de la infracción por el cual se da la detención, sea que esté ejecutando, o se acabe de cometer el hecho.

Procedimiento

En caso de aprehensión por flagrancia, la Policía tiene el deber de informar al Ministerio Público, en este caso, al Fiscal de Turno correspondiente, lo que respecta a la detención del individuo, de forma inmediata. Una vez es el fiscal concedor con lo que respecta al arresto, se podrá decretar la liberación del imputado o bien establecer que el mismo sea puesto a disposición del Juez de Garantía, para así llegar a decretar la realización de la audiencia concerniente.

Lo antepuesto opera exclusivamente en procesos detención por flagrancia, visto que si ella emana de una disposición sumarial solo el Juez podrá, fortuitamente, desistir y dejar sin efecto.

En asunto de decretar que el arrestado sea enfocado a la sagacidad del Juez, ello debe consumarse dentro de la prórroga decisiva de veinticuatro (24) horas desde que se realizó la suspensión. En el evento de que el Fiscal decida desovar al detenido a manos del Juez, se deberá dar noción de ello al Abogado defensor.

De no anunciar a la defensa trasferirá como secuela la violación del arresto, igualmente de los resultados administrativos que puedan salir de ella. Esta obligación tiene por sensación amparar el derecho que cuenta una persona a ser defendido sea está imputado y detenido. De manera tal que su negligencia, por ese solo hecho, arrastra un perjuicio que se supone desde que recae sobre un derecho fundamental.

Derechos del detenido

Es, necesariamente, en materia de flagrancia donde se dan las mayores infracciones a las garantías constitucionales, como las del formal proceso y a los derechos humanos, ya que no se demuestra que no existe método específico, ni se provén con mandato de ninguna autoridad; por tanto, es importante que los encargados de realizar las aprehensiones una vez que un sujeto es aprehendido por la Policía Nacional, el oficial que realiza la detención deberá informar de inmediato los derechos que le asisten al aprehendido.

- Información de los derechos del sujeto aprehendido.

- Estar al tanto del motivo de su arresto y ver la orden emitida por la cual se está dando el arresto, al menos este sea agarrado *in fraganti*.
- Debe estar al tanto y conocer acerca de cada uno de los cargos que se le están atribuyendo y también debe ser conocedor de los derechos que lo respalda por la Constitución y las leyes.
- Debe ser conocedor de que no se le puede obligar a hablar, ni mucho menos a firmar sin él así desearlo.
- La persona no debe ser tratada como responsable de un acto hasta no ser penado a través de una sentencia.
- El individuo no debe ser expuesto a torturas, tampoco a tratos inhumanos ni mucho menos a tratos degradantes, el individuo no deber ser obligado a realizarse a estudios corporales, a menos a no ser que este lo ordene un Juez.
- Tiene derecho a realizar una llamada para así informar a un pariente o sobre su arresto.
- Cuenta con el derecho a notificar y ser frecuentado por sus familiares, a menos que el Juez sea quien lo prohíba.
- Cuenta con el derecho de ser defendido por un representante (Abogado) y a reunirse con él a solas.
- Sera introducido a la sala donde estará el Juez, y este acto debe ser a partir de las 24 horas siguientes a su arresto.

Resultados

Para la presente investigación se consultó a 4 Jueces de Garantías, 10 Fiscales, 4 Defensores de Oficio y 7 Abogados Particulares de la Provincia de Veraguas, con la finalidad de conocer si son respetadas las garantías procesales de las personas sorprendidas en flagrancia. Se aplicó la técnica de la encuesta estructurada para la obtención de la información necesaria como fuente fundamental de primera mano a los actores que intervienen en estos negocios jurídicos y aquellos que, de una u otra manera, inciden en su aplicación e implementación.

Las preguntas formuladas para la obtención de un resultado fidedigno sobre el tema del estudio son:

- 1) **¿Considera que durante la detención en flagrancia se podrían vulnerar garantías procesales?**
Con relación a esta pregunta, tanto los fiscales como los defensores públicos y los abogados particulares, respondieron en un 100% que sí; mientras que el 75% de los jueces de garantías también contestaron que sí, y solamente el 25% señalaron que no. (Ver gráfica N° 1)
- 2) **¿Es llevado de inmediato ante el juez de garantía, la persona que es sorprendida *in fraganti* cometiendo un delito?**

La respuesta a esta pregunta muestra que el 75% de los jueces de garantías dijeron que sí y el 25% indicaron que no; el 90% de los fiscales dijeron que sí y el 10% manifestaron que no; el 100% de los defensores públicos dijeron que sí; el 86% de los abogados particulares dijeron que sí y el 14% indicaron que no. Lo que, en resumen, muestra que la mayoría afirma la conducción inmediata del aprehendido ante el juez de garantías. (Ver gráfica N° 2)

3) ¿Al detener a una persona y no informarle sus derechos podrá ser ilegal dicha aprehensión?

Según los jueces de garantías, el 50% dijeron que sí podría ser ilegal la aprehensión, y el 50% dijo que no; el 70% de los fiscales dijeron que sí y el 30% indicaron que no; el 75% de los fiscales dijeron que sí, y el 25% indicaron que no; los abogados particulares, el 100% contestó que sí. (Ver gráfica N° 3)

4) ¿De la ilegalidad de la aprehensión podrá resultar la nulidad del proceso?

En cuanto a la posibilidad de nulidad del proceso por la ilegalidad de la aprehensión, los jueces de garantías en un 25% la afirmaron y el 75% la negaron; los fiscales, el 50% dijeron que sí y el 50% dijo que no; los defensores públicos en un 100% dijeron que sí, y los abogados particulares, el 86% indicaron que sí, y el 14% dijeron que no.

Conclusión

El Sistema Penal busca que todos los ciudadanos que deben enfrentar procesos legales cuenten con las garantías consagradas en la Constitución y demás leyes que tienen como objetivo salvaguardar la justicia y los derechos humanos.

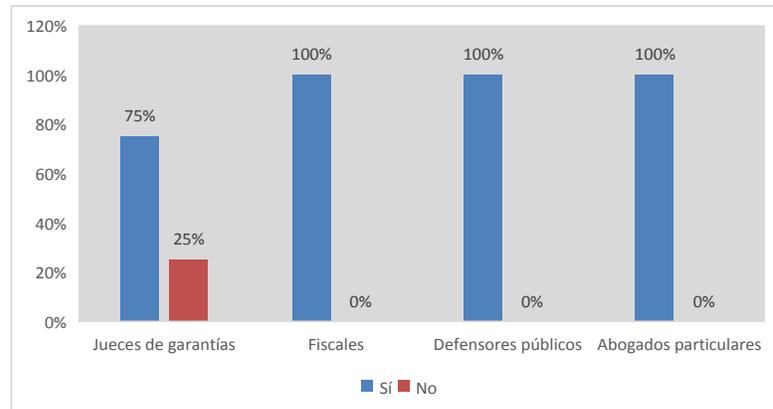
En los casos de la aprehensión en flagrancia de quien está cometiendo un delito, o momentos después de haberlo cometido, los procedimientos que se recogen en la ley, no obstante que omiten algunas condiciones de las investigaciones generales, indican que siempre se deben respetar los derechos fundamentales.

En los datos recogidos en la consulta a los actores del sistema de justicia en Veraguas, se muestra que durante la detención en flagrancia existe una alta posibilidad de vulnerar las garantías procesales. Con base en la experiencia dentro de los procesos relacionados con detenciones en flagrancia, también la opinión mayoritaria es que el traspaso de los detenidos en flagrancia ante el juez de garantías es inmediata.

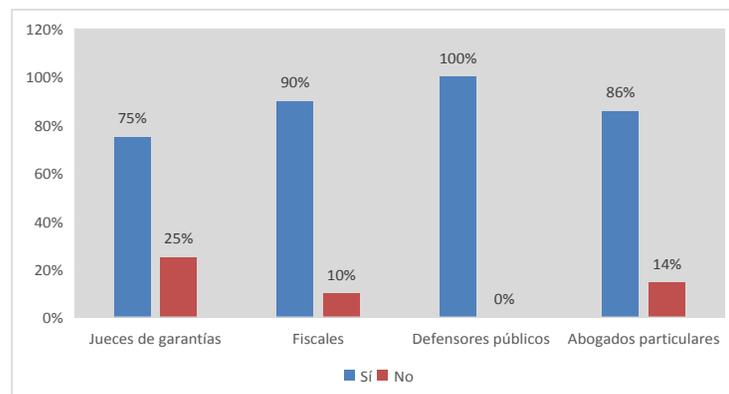
Consideran, además, los actores del sistema de justicia, en términos de mayoría, que no informar a los detenidos en flagrancia de sus derechos podría convertir en ilegal tal detención. De manera análoga, y en niveles de mayoría, los actores consideran que la ilegalidad en la aprehensión en flagrancia podría resultar en nulidad del proceso.

La actuación del Juez de Garantías indiscutiblemente debe ser objetiva y tener un gran criterio jurídico al momento de fallar, dado que la expectativa de una buena administración de justicia es que se respeten las garantías fundamentales en todos los procesos, sobre todo en los que son difíciles de juzgar, como se da a ver en la situación de la detención en flagrancia.

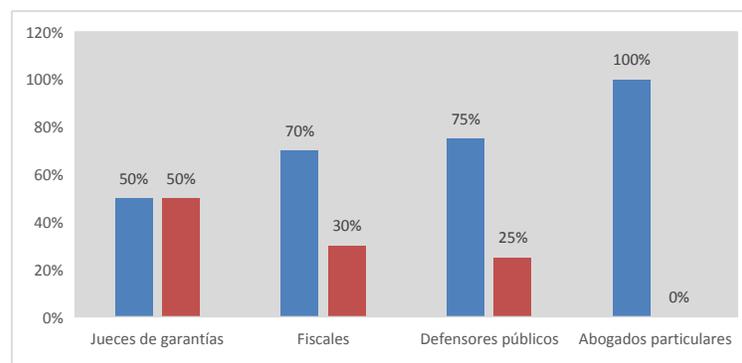
Gráfica N° 1: ¿Considera que durante la detención en flagrancia se podrían vulnerar garantías procesales?



Gráfica N° 2: ¿Es llevado de inmediato ante el juez de garantía, la persona que es sorprendida *in fraganti* cometiendo un delito?

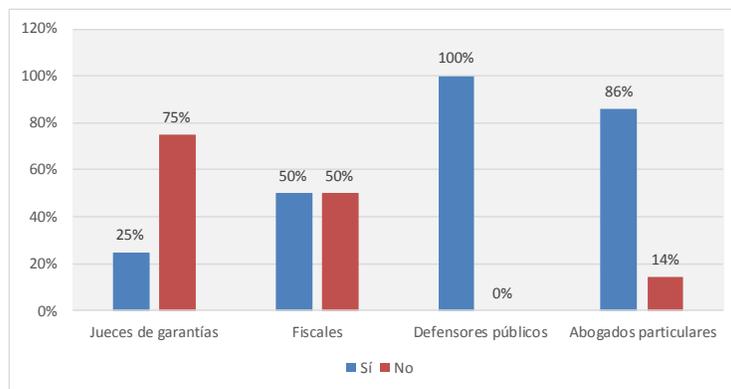


Gráfica N° 3: ¿Al detener a una persona y no informarle sus derechos podrá ser ilegal dicha aprehensión?



Fuente: Peñalba R. Luis

Gráfica N° 4: ¿De la ilegalidad de la aprehensión podrá resultar la nulidad del proceso?



Bibliografía

Carnelutti, Francesco (1950) - Lecciones sobre el proceso penal, T. II, traducida por Santiago Sentís Melendo, ediciones jurídicas Europa-América, Bosch, Bs. As.

CAJ (2000), Democracia en la Encrucijada, Lima (CAJ) 2000.

Comisión Andina de Juristas (CAJ) (ed.) (1999), Reforma del Estado y Derechos Humanos, Lima (CAJ). Código judicial de la República de Panamá.

Código Penal Panameño.

Código Procesal Penal. Ley 63 de 28 de Agosto de 2008. Librería y Editora Interamericana, S.A.

Constitución Política de la República de Panamá. Actualizada.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica.

De Hoyos Sancho M. (2001) Análisis comparado de la situación de flagrancia. Revista de Derecho, Vol. XII. Universidad Austral de Chile

Gill S. Hipólito. (2014) Derecho Penal, Parte General. Editorial Jurídica Panameña. Panamá.

Real Academia Española. (2014) Diccionario de la Lengua Española. Vigésimotercera Edición.

I. DERECHO ADMINISTRATIVO

Estado de emergencia en Panamá

Oziel De Gracia
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica. Panamá
odg_25@hotmail.com

Recepción: 30 de julio de 2020

Aceptación: 16 de agosto de 2020

Resumen

Este artículo busca enseñar a sus lectores de cómo se declara el estado de emergencia en Panamá y en otros países y lo actuado por Panamá en materia de derecho con el tema del COVID-19.

Palabras clave: pandemia, estado de emergencia, COVID-19, derecho comparado, leyes, decretos ejecutivos.

Abstract

This article seeks to teach its readers how the state of emergency is declared in Panama and in other countries and what Panama has acted in the area of law with the subject of COVID-19.

Keywords: pandemic, state of emergency, COVID-19, comparative law, laws, executive decrees.

Sumario

I. Introducción. II. Estado de emergencia y Pandemia III. Como se declara el de Estado de emergencia en Panamá IV. Decretos y leyes durante la pandemia V. Como se declara el estado de emergencia en el derecho comparado VI. Conclusión.

I. Introducción

Este año 2020 ha sido un año totalmente atípico nos encontramos ante una situación no antes vista tanto para Panamá como para el mundo, nos referimos al COVID-19 virus que ha atacado a la humanidad y cuyos números a nivel mundial son bastante altos, más de 12.5 millones de contagiados y más de 560,000 muertes a nivel mundial. Como lo mencioné anteriormente, Panamá no escapa de esta realidad y arroja números que son preocupantes, ya que en nuestro país hablamos de más de 40,000 casos, acercándonos a el millar de fallecidos que para un país con tan poca población es un alto porcentaje. Se ubica dentro de los primeros con más casos por población. Por lo tanto es de suma importancia que las personas conozcan que estamos en estado de emergencia, así como también lo que se está actuando dentro de esta situación que hoy vivimos en nuestro país.

II. Estado de emergencia y pandemia

Para entrar en materia primero debemos tener en claro que es un estado de emergencia y lo que es una pandemia, ya que ambos son los que originan la situación en la que nos encontramos actualmente.

¿Qué es un Estado de emergencia y qué es una pandemia?

Estado de emergencia

Tenemos que un estado de emergencia es uno de los regímenes de excepción que puede dictar el gobierno de un país en situaciones excepcionales. Este estado de emergencia se dicta, generalmente, en caso de perturbación de la paz o del orden interno de un Estado, ya sea a consecuencia de catástrofes, brotes de enfermedades contagiosas, graves circunstancias políticas o civiles que afectan e impiden la vida normal de una comunidad, región o país.

Durante este llamado régimen de excepción, el gobierno tiene la potestad de restringir o suspender el ejercicio de algunos derechos ciudadanos en virtud de la defensa o seguridad nacional. Los derechos restringidos pueden ser los relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y de tránsito.

Pandemia

Se ha definido la pandemia como una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región.

Una vez tenemos estos dos términos claros podemos ver que el estado de emergencia se puede dar por una pandemia, que como está definido no es más que una enfermedad epidémica que se extiende por muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una región o una localidad y esta es una de las causales por la que un país puede declarar estado de emergencia.

III. Cómo se declara el estado de emergencia en Panamá

El estado de emergencia de Panamá fue decretado por el Consejo de Gabinete a través de la Resolución de Gabinete N° 11 de 13 de marzo de 2020. La sustentación para el mismo se fundamenta en la ley de contrataciones públicas, la ley 22 de 2006 en su artículo 79 y ordenado por la ley 61 de 2017.

Para entender lo anterior, como se hizo a través de una resolución del consejo de gabinete, se hará una transcripción del artículo 79 de la ley 22 de 2006 actualizado que regula las contrataciones públicas y así poder entender de manera más sencilla lo explicado.

“Artículo 79. Procedimiento especial de adquisiciones de emergencia. Cuando el consejo de gabinete declare emergencia, las entidades estatales podrán contratar la adquisición de bienes, servicios u obras a través de procedimiento especial.

La resolución de gabinete que declare el estado de emergencia y autorice la contratación mediante el procedimiento especial de adquisición deberá indicar la suma total autorizada para contrataciones especiales y el periodo dentro del cual esas contrataciones podrán hacerse.

El procedimiento especial de adquisiciones de emergencia podrá utilizarse hasta alcanzar en conjunto la suma autorizada y dentro del plazo señalado.

En caso de emergencia en los que sea necesaria la adquisición de agua y alimentos destinados para el consumo inmediato, no se exigirá la presentación de fianzas; sin embargo, el contratista a través del contrato debe garantizar a la entidad contratante su obligación de responder por los vicios de los bienes adquiridos. Igualmente, el contrato deberá establecer que el pago del contratista se hará con posterioridad a la ejecución del objeto del contrato.

Si se requieren bienes que no puedan ser suministrados en el mercado local, las entidades quedan facultadas para adquirirlos a empresas no nacionales, aunque con la obligación de estas registrarse a posteriori en el registro de proponentes del sistema electrónico de contrataciones públicas “PanamaCompra”.

Una vez concluido el término señalado en la resolución de gabinete que declaro la emergencia, las entidades contratantes presentaran al Consejo de Gabinete un informe detallado de las contrataciones realizadas. Dicho Informe será publicado en el sistema electrónico de contrataciones Públicas “PanamaCompra”, a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la presentación en el Consejo De Gabinete.

Si no se consumieron o utilizaron todos de los bienes adquiridos, los remanentes deberán ser puestos a disposición del Sistema Nacional de Protección Civil del Ministerio de Gobierno o de la dirección de asistencia social del ministerio de la presidencia.

Las entidades deberán consultar el catalogo electrónico de Productos y Servicios antes de acogerse a este procedimiento especial y verificar si los productos o servicios requeridos para atender la emergencia están o no incluidos en dicho catálogo. “

Una vez leída la base que fundamenta el estado de emergencia de Panamá se puede observar que lo que buscó el Gobierno Nacional de Panamá fue eliminar los trámites burocráticos para contratar por la situación de emergencia ante la que nos encontramos. Al leer la resolución que declara el estado de emergencia se

cumplen los requisitos plasmados en el artículo 79 de la ley 22 de 2006 que regula las contrataciones públicas.

Sin embargo en mi opinión esta no es la forma correcta de declarar el estado de emergencia nacional, se entiende que se haya hecho de esta forma por la urgencia que hay de hacerle lucha a la pandemia, mas no me parece la mejor opción.

La forma correcta para mí sería a través del artículo 55 de la constitución porque en el orden de prelación no hay nada que se encuentre por encima de la constitución de la República de Panamá, ninguna ley, decreto ni resolución.

El artículo 55 de la constitución de la República de Panamá dice así:

“ARTICULO 55. En caso de guerra exterior o de perturbación interna que amenace la paz y el orden público, se podrá declarar en estado de urgencia toda la República o parte de ella y suspender temporalmente, de modo parcial o total, los efectos de los artículos 21, 22, 23, 26, 27, 29, 37, 38 y 47 de la Constitución.

El Estado de urgencia y la suspensión de los efectos de las normas constitucionales citadas serán declarados por el Órgano Ejecutivo mediante decreto acordado en Consejo de Gabinete. El Órgano Legislativo, por derecho propio o a instancia del Presidente de la República, deberá conocer de la declaratoria del estado referido si el mismo se prolonga por más de diez días y confirmar o revocar, total o parcialmente, las decisiones adoptadas por el Consejo de Gabinete, relacionadas con el estado de urgencia. Al cesar la causa que haya motivado la declaratoria del estado de urgencia, el Órgano Legislativo, si estuviese reunido, o, si no lo estuviera, el Consejo de Gabinete levantará el estado de urgencia.”

En el artículo arriba presentado de la constitución vemos más claramente lo que estamos viviendo estos días en nuestro país cuando que se puede suspender de modo parcial los efectos de los artículos mencionados. Un ejemplo es el artículo 27 que habla de la movilidad, en estos momentos la movilidad se ha suspendido de forma parcial, ya que no se puede salir todos los días y la hora de salida de los ciudadanos ha sido reglamentada, solo en horas específicas y los días por género.

IV. Decretos y leyes promulgados durante la pandemia

En este apartado se muestra una recopilación de las normativas promulgadas durante la pandemia que hemos considerado más relevantes.

CONSEJO DE GABINETE	
Resolución de Gabinete N° 11 13 de marzo de 2020	QUE DECLARA EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Decreto de Gabinete N° 7 18 de marzo de 2020	QUE MODIFICA INCISOS ARANCELARIOS EN EL ARANCEL NACIONAL DE IMPORTACIÓN Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Decreto de Gabinete N° 6 17 de marzo de 2020	POR EL CUAL SE AUTORIZA A LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, A TRAVÉS DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, PARA QUE REALICE UNA O VARIAS EMISIONES DE TÍTULOS VALORES DE DEUDA PÚBLICA DENOMINADOS BONOS GLOBALES DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, POR EL MONTO DE HASTA TRES MIL MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 00/100 (US \$3,000,000,000.00), EN EL MERCADO DE CAPITALES INTERNACIONALES Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.
Resolución de Gabinete N° 16 24 de marzo de 2020	QUE APRUEBA RESPALDAR LAS MEDIDAS TOMADAS POR EL ÓRGANO EJECUTIVO POR CONDUCTO DEL MINISTERIO DE SALUD.
Resolución de Gabinete N° 19 31 de marzo de 2020	QUE ADICIONA LA RESOLUCIÓN DE GABINETE N°. 60 DE 23 DE JUNIO DE 2015, SE AUTORIZA A LA AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS A IMPLEMENTAR EL ESQUEMA QUE SERÁ ADOPTADO DE MANERA TEMPORAL POR EL ESTADO, EN CONCEPTO DE APORTES EXTRAORDINARIOS AL FONDO DE ESTABILIZACIÓN TARIFARIA (FET), DEBIDO A LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Resolución de Gabinete N° 20 31 de marzo de 2020	QUE AUTORIZA AL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS LA CONTRATACIÓN MEDIANTE PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ADQUISICIONES, PARA ATENDER SITUACIONES RELACIONADAS CON EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL, ANTE LA PANDEMIA OCASIONADA POR EL COVID-19.
Resolución de Gabinete N° 21 31 de marzo de 2020	QUE AUTORIZA AL MINISTERIO DE DESARROLLO AGROPECUARIO PARA ADQUIRIR PRODUCTOS ALIMENTICIOS PARA LA POBLACIÓN Y FACULTA AL COMITÉ EJECUTIVO A EFECTUAR SESIONES EXTRAORDINARIAS MIENTRAS DURE EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL.
Decreto de Gabinete N° 14 21 de abril de 2020	QUE AUTORIZA A LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, REPRESENTADA POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, A EJECUTAR LA ASISTENCIA FINANCIERA DEL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL BAJO EL INSTRUMENTO DE FINANCIAMIENTO RÁPIDO

Decreto de Gabinete N° 15 21 de abril de 2020	QUE AUTORIZA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO ENTRE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, REPRESENTADA POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, Y LA CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), HASTA POR LA SUMA DE CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 00/100 (US\$50,000,000.00), A FIN DE FINANCIAR LA "EMERGENCIA SANITARIA-COVID 19 EN PANAMÁ
Decreto de Gabinete N° 16 12 de mayo de 2020	QUE AUTORIZA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO ENTRE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, REPRESENTADA POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, Y LA CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), HASTA POR UN MONTO DE TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 00/100
MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO LABORAL	
Resolución N° DM-131- 2020 12 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE EXTIENDE LA VIGENCIA DE LOS PERMISOS DE TRABAJO PARA LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS, QUE VENCEN A PARTIR DE LA FECHA, POR UN PERÍODO DE QUINCE (15) DÍAS HÁBILES.
Decreto Ejecutivo N° 71 13 de marzo de 2020	QUE REGLAMENTA TEMPORALMENTE EL ARTÍCULO 159 DEL CÓDIGO DE TRABAJO.
Resolución N° DM-134 13 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE SUSPENDEN LOS TÉRMINOS JUDICIALES EN LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y DECISIÓN EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL
Resolución N° DM-135 13 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE SUSPENDEN LOS TÉRMINOS JUDICIALES Y AUDIENCIAS, EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y LAS DIRECCIONES REGIONALES EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL.
Decreto Ejecutivo N° 78 16 de marzo de 2020	QUE ESTABLECE MEDIDAS DE CARÁCTER LABORAL PARA EVITAR CONTAGIO DEL COVID- 19 EN LAS EMPRESAS DEL PAÍS.
Resolución N° DM-136- 2020 16 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE EXTIENDE LA VIGENCIA DE LOS PERMISOS DE TRABAJOS PARA LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS QUE VENCEN A PARTIR DEL 12 DE MARZO DE 2020 HASTA EL 7 DE ABRIL DE 2020, MEDIDA ESTA QUE PUEDE SER PRORROGADA SEGÚN LAS RECOMENDACIONES DE LAS AUTORIDADES DEL MINISTERIO DE SALUD.
Resolución N° DM-137- 2020 16 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE ADOPTA EN TODAS SUS PARTES EL PROTOCOLO PARA PRESERVAR LA HIGIENE Y SALUD EN EL ÁMBITO LABORAL PARA LA PREVENCIÓN ANTE EL COVID- 19, ELABORADO POR EL MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO

	LABORAL EN CONJUNTO CON EL MINISTERIO DE SALUD, REPRESENTANTES DEL SECTOR TRABAJADOR Y DEL SECTOR EMPRESARIAL.
Resolución N° DM-137- 2020 16 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE ADOPTA EN TODAS SUS PARTES EL PROTOCOLO PARA PRESERVAR LA HIGIENE Y SALUD EN EL ÁMBITO LABORAL PARA LA PREVENCIÓN ANTE EL COVID- 19, ELABORADO POR EL MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO LABORAL EN CONJUNTO CON EL MINISTERIO DE SALUD, REPRESENTANTES DEL SECTOR TRABAJADOR Y DEL SECTOR EMPRESARIAL.
Decreto Ejecutivo N° 81 20 de marzo de 2020	QUE REGLAMENTA EL NUMERAL 8 DEL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO DE TRABAJO
Resolución N° DM-147- 2020 30 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE ORDENA LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS JUDICIALES EN LOS PROCESOS Y ACTUACIONES QUE SE TRAMITAN EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y EN LAS DIRECCIONES REGIONALES DE TODO EL TERRITORIO NACIONAL DESDE EL 31 DE MARZO HASTA EL 30 DE ABRIL DE 2020, MEDIDA ESTA QUE PUEDE SER PRORROGADA SEGÚN LO SUGIERAN LAS AUTORIDADES SANITARIAS DEL PAÍS.
Resolución N° DM-148- 2020 30 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE PRORROGA LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS JUDICIALES EN LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y DECISIÓN, EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL DESDE EL 30 DE MARZO DE 2020 HASTA EL 30 DE ABRIL DE 2020, MEDIDA ESTA QUE PUEDE SER PRORROGADA SEGÚN LO SUGIERAN LAS AUTORIDADES SANITARIAS DEL PAÍS.
Resolución N° DM-149- 2020 30 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE EXTIENDE LA VIGENCIA DE LOS PERMISOS DE TRABAJO PARA LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS QUE VENCIERON A PARTIR DEL 12 DE MARZO DE 2020 HASTA EL 30 DE ABRIL DE 2020, MEDIDA ESTA QUE PUEDE SER PRORROGADA SEGÚN LAS RECOMENDACIONES DE LAS AUTORIDADES DEL MINISTERIO DE SALUD.
Decreto Ejecutivo N° 85 02 de abril de 2020	QUE MODIFICA UN ARTÍCULO DEL DECRETO EJECUTIVO N°.71 DE 13 DE MARZO DE 2020.
Decreto Ejecutivo N° 86 02 de abril de 2020	QUE HABILITA PLATAFORMAS DIGITALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO LABORAL PARA RECIBIR Y ATENDER DENUNCIAS O QUEJAS DE LOS TRABAJADORES.
Decreto Ejecutivo N° 95 21 de abril de 2020	QUE PRORROGA LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Resolución N° DM-150- 2020 27 de abril de 2020	POR LA CUAL SE CONVOCA UNA MESA TRIPARTITA DE DIÁLOGO POR LA ECONOMÍA Y EL DESARROLLO LABORAL.

Resolución N° DM-151- 2020 30 de abril de 2020	POR LA CUAL SE SUSPENDEN LOS TÉRMINOS JUDICIALES EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y EN LAS DIRECCIONES REGIONALES.
Resolución N° DM-152- 2020 30 de abril de 2020	POR LA CUAL SE SUSPENDEN LOS TÉRMINOS JUDICIALES EN LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y DECISIÓN.
Resolución N° DM-153- 2020 30 de abril de 2020	POR LA CUAL SE EXTIENDE LA VIGENCIA DE LOS PERMISOS DE TRABAJO VENCIDOS PARA LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS HASTA EL DÍA 30 DE MAYO DE 2020, MEDIDA ESTA QUE PUEDE SER SUSPENDIDA O PRORROGADA SEGÚN LAS RECOMENDACIONES DE LAS AUTORIDADES DEL MINISTERIO DE SALUD, Y LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL.
Decreto Ejecutivo N° 96 15 de mayo de 2020	QUE ESTABLECE UN PROCESO LABORAL ESPECIAL TEMPORAL PARA LA REAPERTURA GRADUAL DE LAS EMPRESAS
Resolución N° 198 10 de julio de 2020	QUE CONVIERTE EN NORMA DE CARÁCTER OBLIGATORIO ACUERDOS DE LA MESA TRIPARTITA DE DIÁLOGO PARA LA ECONOMÍA Y EL DESARROLLO LABORAL EN MATERIA DE RETORNO GRADUAL SANITARIO Y LABORAL Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
MINISTERIO DE SALUD	
Resolución N° 300 10 de marzo de 2020	QUE APRUEBA LOS LINEAMIENTOS Y RECOMENDACIONES GENERALES PARA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA ENFERMEDAD CORONAVIRUS (CoViD19) Y SE DEROGA LA RESOLUCIÓN N°.231 DE 28 DE FEBRERO DE 2020.
Resolución N° 303 10 de marzo de 2020	QUE ACTIVA LA LÍNEA 169 DEL MINISTERIO DE SALUD, COMO MEDIDA SANITARIA DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA ENFERMEDAD EL CORONAVIRUS COVID-19.
Resolución N° 305 12 de marzo de 2020	QUE ESTABLECEN MEDIDAS SANITARIAS EN LOS EMBARQUES Y DESEMBARQUES DE CRUCEROS, MINI CRUCEROS, NAVES DE GRAN CALADO, TRANSPORTE DE PASAJEROS INTERNACIONAL COMO YATES, MEGA YATES Y YATES DE USO COMERCIAL O CUALQUIER OTRA EMBARCACIÓN MARÍTIMA, EN PUERTOS, ATRACADEROS, ÁREAS DE ANCLAJE Y MARINAS DEL TERRITORIO NACIONAL.
Decreto Ejecutivo N° 472 13 de marzo de 2020	QUE EXTREMA LAS MEDIDAS SANITARIAS ANTE LA DECLARACIÓN DE PANDEMIA DE LA ENFERMEDAD CORONAVIRUS (covid-19) POR LA OMS/OPS
Decreto Ejecutivo N° 489 16 de marzo de 2020	QUE APRUEBA MEDIDAS SANITARIAS ADICIONALES, PARA REDUCIR, MITIGAR Y CONTROLAR LA PROPAGACIÓN DE LA PANDEMIA POR LA ENFERMEDAD CORONAVIRUS COVID-19 EN EL PAÍS.

Decreto Ejecutivo N° 490 17 de marzo de 2020	QUE DECLARA TOQUE DE QUEDA EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES
Resolución N° 329 18 de marzo de 2020	QUE APRUEBA EL FORMATO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA INICIAR EL TRATAMIENTO DE LA INFECCIÓN POR CORONAVIRUS-COVID-19.
Decreto Ejecutivo N° 499 19 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE DECLARAN ZONAS EPIDÉMICAS SUJETAS A CONTROL SANITARIO, LAS PROVINCIAS DE PANAMÁ, PANAMÁ OESTE Y COLÓN.
Decreto Ejecutivo N° 500 19 de marzo de 2020	QUE APRUEBA MEDIDAS SANITARIAS ADICIONALES, PARA REDUCIR, MITIGAR Y CONTROLAR LA PROPAGACIÓN DE LA PANDEMIA POR LA ENFERMEDAD CORONAVIRUS COVID-19 EN EL PAÍS
Decreto Ejecutivo N° 504 23 de marzo de 2020	QUE ESTABLECE DISPOSICIONES SOBRE LAS MEDIDAS DE CUARENTENA Y/O AISLAMIENTO QUE SE ORDENE A LAS PERSONAS DIAGNOSTICADAS COMO CASO SOSPECHOSO O POSITIVO POR COVID-19
Decreto Ejecutivo N° 505 23 de marzo de 2020	QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO EJECUTIVO N°.490 DE 17 DE MARZO DE 2020, QUE ESTABLECE EL TOQUE DE QUEDA EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Decreto Ejecutivo N° 506 24 de marzo de 2020	QUE ORDENA LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA ACTIVIDAD DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN
Decreto Ejecutivo N° 507 24 de marzo de 2020	QUE AMPLÍA EL TOQUE DE QUEDA DECRETADO MEDIANTE EL DECRETO EJECUTIVO NO. 490 DE 17 DE MARZO DE 2020 Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Resolución N° 372 9 de abril de 2020	QUE ADOPTA NUEVAS MEDIDAS DE MOVILIDAD CIUDADANA EN EL TERRITORIONACIONAL TENDIENTES A CONTROLAR Y MITIGAR LA PROPAGACIÓN DE LA PANDEMIA DEL COVID-19, DURANTE EL DÍA 11 DE ABRIL DE 2020
Resolución N°019 06 de abril de 2020	POR LA CUAL SE PRORROGA DE FORMA TEMPORAL EL PERÍODO DE VIGENCIA DE LAS LICENCIAS DE OPERACIÓN EMITIDAS POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DISPOSITIVOS MÉDICOS.
Resolución N° 1170 13 de abril de 2020	QUE ESTABLECE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL TEMPORAL PARA LA APROBACIÓN DE MATERIAL PUBLICITARIO PRESENTADO ANTE LA COMISIÓN DE PUBLICIDAD Y PROPAGANDA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL ANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL POR COVID-19.
Decreto Ejecutivo N° 541 21 de abril de 2020	QUE ADOPTA NUEVAS MEDIDAS SANITARIAS PARA REDUCIR, MITIGAR Y CONTROLAR LA PROPAGACIÓN DE LA PANDEMIA POR LA ENFERMEDAD CORONAVIRUS COVID-19 EN EL PAÍS.
Resolución N°280 06 de abril de 2020	POR LA CUAL SE IMPLEMENTA EL PROCEDIMIENTO TEMPORAL PARA LA RECEPCIÓN, TRÁMITE,

	EVALUACIÓN Y AUTORIZACIÓN DE IMPORTACIÓN DE MEDICAMENTOS Y OTROS PRODUCTOS PARA LA SALUD HUMANA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE FARMACIA Y DROGAS.
Decreto Ejecutivo N° 548 24 de abril de 2020	QUE PRORROGA LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA ACTIVIDAD DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN
Decreto Ejecutivo N° 605 30 de abril de 2020	QUE AUTORIZA Y REGULA LA ENTRADA Y SALIDA DE VUELOS HUMANITARIOS MIENTRAS DURE EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL.
Decreto Ejecutivo N° 399 5 de mayo de 2020	QUE AUTORIZA LA REACTIVACIÓN, OPERACIÓN Y MOVILIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES COMERCIALES DE FERRETERÍA.
Resolución N° 405 11 de mayo de 2020	QUE ADOPTA LOS LINEAMIENTOS PARA EL RETORNO A LA NORMALIDAD DE LAS EMPRESAS POST- COVID-19 EN PANAMÁ.
Resolución N° 406 11 de mayo de 2020	QUE AUTORIZA LA REACTIVACIÓN, OPERACIÓN Y MOVILIZACIÓN DE LA INDUSTRIA PESQUERA Y LA PESCA ARTESANAL, DE EMBARCACIONES DE BANDERA PANAMEÑA, DE SERVICIO INTERIOR QUE CUENTEN CON LICENCIA DE PESCA.
Resolución N° 423 13 de mayo de 2020	QUE AUTORIZA LA REACTIVACIÓN, OPERACIÓN Y MOVILIZACIÓN DE ALGUNAS ACTIVIDADES COMERCIALES.
Resolución N° 290 06 de mayo de 2020	POR MEDIO DE LA CUAL SE PRORROGA EN TODAS SUS PARTES LA RESOLUCIÓN N°. 187 DEL 17 DE MARZO DE 2020, HASTA QUE SE LEVANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL DECRETADO POR LA EPIDEMIA DEL COVID-19.
Decreto Ejecutivo N° 637 25 de mayo de 2020	QUE PRORROGA LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA ACTIVIDAD DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN.
Resolución N° 574 19 de junio de 2020	QUE PERMITE LA OPERACIÓN Y MOVILIZACIÓN DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA.
MINISTERIO DE VIVIENDA Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL	
Decreto Ejecutivo N° 145 1 de mayo de 2020	QUE DICTA MEDIDAS SOBRE LOS ARRENDAMIENTOS, PROCESOS DE LANZAMIENTO Y DESALOJO, Y SE DICTAN OTRAS MEDIDAS
MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS	
Resolución N° 36 30 de abril de 2020	POR LA CUAL SE HABILITA A LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (DIGERPI), PARA LA RECEPCIÓN DE SOLICITUDES NUEVAS DE MARCAS Y LAS PETICIONES DE TRÁMITES PARA SOLICITUDES YA PRESENTADAS Y MARCAS REGISTRADAS, A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS	
Resolución N° 201-2270 16 de marzo de 2020	ORDENAR LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS EN LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS, DESDE EL DIECISÉIS (16) DE MARZO DE 2020 HASTA EL TRES (3) DE ABRIL DE 2020; MEDIDA QUE PUEDE SER PRORROGADA SEGÚN LO SUGIERAN LAS AUTORIDADES SANITARIAS DE LA REPÚBLICA.
Resolución N° 201-2222 13 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE ESTABLECEN CONDICIONES PARA LA PRESENTACIÓN DE CIERTAS SOLICITUDES ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS EN RELACIÓN A LAS EXONERACIONES DE IMPUESTO DE INMUEBLES Y OTROS.
Resolución N° 18 18 de marzo de 2020	POR LA CUAL SE SUSPENDE LOS TÉRMINOS EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS QUE SE LLEVEN A CABO EN LA JUNTA DE CONTROL DE JUEGOS, A TRAVÉS DE LAS DIRECCIONES Y LA SECRETARÍA EJECUTIVA, DESDE EL DÍA 18 DE MARZO DE 2020 HASTA EL DÍA 7 DE ABRIL DE 2020.
Resolución N° 201-2416 09 de abril de 2020	POR LA CUAL SE AMPLIA EL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN JURADA DEL IMPUESTO SOBRE LA TRANSFERENCIA DE BIENES CORPORALES MUEBLES Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.
MINISTERIO DE GOBIERNO	
Decreto Ejecutivo N° 244 19 de marzo de 2020	QUE SUSPENDE TEMPORALMENTE TODOS LOS VUELOS INTERNACIONALES Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Decreto Ejecutivo N° 217 16 de marzo de 2020	QUE DICTA MEDIDAS TEMPORALES DE CONTROL MIGRATORIO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ PARA PERSONAS NACIONALES Y EXTRANJERAS, Y ADOPTA OTRAS DISPOSICIONES.
ASAMBLEA NACIONAL	
Ley N° 134 de martes 17 de marzo de 2020	QUE MODIFICA LA LEY 99 DE 2019, SOBRE AMNISTÍA TRIBUTARIA GENERAL PARA EL PAGO DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS, LA LEY 76 DE 2019, RELATIVA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES
Ley N° 139 de jueves 2 de abril de 2020	QUE ADOPTA UNA LEY GENERAL SOBRE MEDIDAS DE EMERGENCIA PARA AFRONTAR LA CRISIS SANITARIA CAUSADA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19.
Ley N° 143 de sábado 11 de abril de 2020	QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 49 DE 1984, QUE DICTA EL REGLAMENTO ORGÁNICO DEL RÉGIMEN INTERNO DE LA ASAMBLEA NACIONAL.
Ley N° 152 de lunes 04 de mayo de 2020	QUE ADOPTA MEDIDAS SOCIALES ESPECIALES PARA LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL PAGO DE

	SERVICIOS PÚBLICOS Y OTRAS MEDIDAS, EN ATENCIÓN AL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL
Ley N° 156 de 30 de junio de 2020	QUE DICTA MEDIDAS ECONÓMICAS Y FINANCIERAS PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

En general, lo presentado en el listado anterior, son las normativas más importantes desde que empezó la pandemia, hasta junio de 2020, de acuerdo con lo actuado por las distintas instituciones.

V. Cómo se declara el estado de emergencia en el derecho comparado

En este apartado se hablará de cómo se proclama el estado de emergencia en otros países para ver si está regulado de forma específica y si guarda similitud con la proclamación nuestra.

A. Colombia

En Colombia se hace la proclamación a través del artículo 215 de la Constitución que dice así:

“Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si

no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo. De los Estados de Excepción Artículos

Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”

B. España

En España al igual que en la mayoría de los países se declara a través de la constitución en su artículo 116 que indica la forma en la que se declara el estado de alarma y éste está regulado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. El estado de alarma se encuentra en el Capítulo II entre los artículos 4 y 12.

C. Costa Rica

En Costa Rica, al igual que en España, invocan a la constitución en sus artículos 21 y 50 y la proclamación del estado de emergencia está regulada por la ley nacional de Emergencia y Previsión de riesgos del 22 de noviembre de 2006, específicamente en su artículo 29.

VI. Conclusiones

Este artículo busca presentar e instruir sobre la realidad de la situación que estamos viviendo, una situación atípica para todos. Lo importante es poder mostrar a los lectores, qué es una pandemia, qué es un estado de emergencia y cómo se declara un estado de emergencia. En Panamá como pudimos ver no hay una forma directa que se llame estado de emergencia como en otros países en los cuales se hace a través de la constitución y está regulado por alguna ley. En Panamá, en nuestra opinión, no fue bien declarado ya que se hizo a través de la ley de contrataciones públicas de Panamá.

También se muestra en este artículo las leyes, decretos ejecutivos y demás normas emitidas por el Estado desde que comenzó esta situación, los más importantes y de interés. Para concluir con este artículo creemos que el mismo logra su cometido que es ver la pandemia desde el punto de vista del derecho.

Bibliografía

Constitución política de la República de Panamá.

Ley N° 22 de 27 de junio de 2006 que regula las contrataciones públicas

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Constitución política de la República de Colombia.

Constitución Política de España.

Ley nacional de Emergencia y Previsión de riesgos del 22 de noviembre de 2006

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio

www.yomeinformopma.org consultada el 27 de junio de 2020

J. CRIMINOLOGÍA

Criminología Corporativa

Carmen Rosa Robles

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Metodología y Ciencias del Derecho. Panamá

carmen16755@gmail.com

Recepción: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

Resumen

El artículo que presentamos tiene como propósito explicar la importancia y tendencias actuales del campo ocupacional del criminólogo, hacemos énfasis en el surgimiento de nuevas especialidades, particularmente la criminología corporativa y su incidencia en el contexto académico.

Palabras clave: Criminología corporativa, seguridad, estrategias, prevención, campo ocupacional.

Abstract

The purpose of the article that we present is to explain the importance and current trends of the criminologist's occupational field; we emphasize the emergence of new specialties, particularly corporate criminology, and its incidence in the academic context.

Keywords: Corporate criminology, security, strategies, prevention, occupational field.

Introducción

La génesis de este texto emerge de una pregunta formulada por una estudiante en la clase de criminología: ¿Dónde puede trabajar un Criminólogo? De ahí que, el objetivo de esta investigación es explicar la importancia y las tendencias actuales en el ejercicio de esta profesión.

En consecuencia, indagamos antecedentes de la literatura científica del tema; orientados en una reflexión y coherencia entre el estado actual de la investigación y los objetivos del estudio. Los resultados fueron sorprendentes en cuanto al rol del criminólogo en una empresa, ¿qué actividades puede desempeñar?

Consideraciones generales

El período científico de la criminología se inicia a partir del siglo XIX, con la Criminología Clínica, siendo reconocidos como sus pioneros, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, los italianos: César Lombroso, médico; Rafael Garófalo, jurista; y el sociólogo Enrico Ferri.

Un vistazo histórico de las diferentes concepciones de la Criminología nos permitirá distinguir algunos cambios significativos, fundamentalmente en su contenido. Así pues, en un momento fue concebida, por los estudiosos de la materia, como la ciencia del delito, otros la llamaron la ciencia del crimen, y en la actualidad su objeto de estudio se expande, ocupándose del delito, el delincuente, la víctima del delito y el control social del delito.

Al respecto, confirma Pablos de Molina que la Criminología ha extendido su objeto de estudio, “como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen – contemplado éste como problema individual y como problema social- Así como los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuestas al delito.” (2001, Página 33)

Durante 50 años, explica el Dr. Hikal, refiriéndose a las décadas de los 70’s, 80’s, 90’s y las dos primeras décadas de 2020, la tendencia en México y América Latina la marcó la criminología crítica y la clínica; en Italia la biológica y en otros países como Estados Unidos, la criminología sociológica.

Nueva tendencia

Una tendencia actual, en el desarrollo de la criminología, lo constituye la Criminología Corporativa, la cual ante la diversidad y complejidad de problemas sociales plantea nuevas estrategias en el campo de trabajo.

Lo anterior incide positivamente en el oficio del criminólogo, toda vez que constituye nuevos desafíos en el proceso de profesionalización de esta carrera, frente a los roles e instituciones tradicionales, lo cual demanda nuevas exigencias para el perfil de competencias de este profesional.

¿Qué es la criminología corporativa?

A propósito de esta pregunta, la licenciada Chango, de la Escuela Internacional de Criminología y Criminalística explica lo siguiente:

“La criminología corporativa es una especialización de la criminología en el ámbito empresarial. Tiene como propósito gestionar la seguridad de la empresa y de sus integrantes mediante la identificación, medición,

control y prevención de los eventos que tienen lugar en el contexto laboral”.

https://www.eicyc.es/que_es_la_criminologia_corporativa/

Del anterior concepto se infiere que el objeto de la Criminología Corporativa se resume a detectar amenazas, mitigar daños y prevenirlos, lo cual se traduce en una mayor rentabilidad para la empresa.

En ese mismo sentido, Barrios expone que la Criminología Corporativa es “*la especialidad de la Criminología que orienta su estudio a los factores de riesgo internos y externos vinculados al contexto organizacional, para su intervención y prevención, con la finalidad de garantizar la protección, continuidad de las operaciones y el progreso del capital humano y económico de la organización*”. (2017)

<https://es.scribd.com/document/401908128/De-la-Criminologia-Laboral-a-la-Criminologia-Corporativa-docx>

Por su parte, Hikal, al igual que otros tratadistas mejicanos, hacen énfasis en la “importancia y necesidad de crear términos y conceptualizar áreas de estudios especializados en la criminología de tal modo que los profesionales tengan mejores herramientas de conocimiento y lograr avances” en su intervención profesional. Para ello, hacen referencia a obras publicadas, en las cuales se destaca la criminología corporativa. (2018)

https://www.academia.edu/37338213/Nacimiento_sistematizaci%C3%B3n_y_evoluci%C3%B3n_de_las_criminolog%C3%ADas_espec%C3%ADficas_en_M%C3%A9xico

En síntesis, la Criminología Corporativa surge de la expansión permanente de la llamada sociedad del conocimiento, en la cual se impone el principio de la especialidad, en la definición de un sustento teórico para los niveles de interpretación de la ciencia aplicada.

En ese sentido, Selles aclara que la Criminología aplicada se refiere al conjunto de resultados que se obtienen a partir de la aplicación de conocimientos y principios planteados por la criminología general en torno al complejo fenómeno de la antisocialidad. (2015, pág. 43)

De lo anterior emerge un estudio de lo que el profesional está aplicando, éste es un sustento teórico.

¿Qué puede hacer un criminólogo en una empresa?

El criminólogo, enfocado en la prevención del delito diseña y da seguimiento a las estrategias pertinentes para garantizar la seguridad de una empresa, lo cual representa una novedad y gran reto en su tarea, toda

vez que rompe con el modelo tradicional, en el cual las salidas profesionales más conocidas están en el sector público.

Así, por ejemplo, el criminólogo en una empresa puede ser Director, Asesor o consultor de Seguridad. Entre otras funciones tendría diseñar y gestionar las estrategias de seguridad para la prevención de posibles delitos e infracciones, internas o externas, que afecten el buen funcionamiento de la empresa o a su personal. También en el ámbito de la construcción, en lo relativo a la seguridad del diseño, de la ubicación.

Begoña Romero, especialista en seguridad colectiva, recalca que “...no todo en esta profesión se encuentra encaminado a resolver crímenes o delitos, sino también los criminólogos servimos para evitar riesgos y pérdidas a las empresas.” Además, señala que en México, la criminología en las empresas es muy valorada porque les ayuda a evitar pérdidas y a capacitar a su personal ante las posibles que puedan afectar la operación de las empresas. (2020)

Deseo destacar que la doctora Begoña Romero, se refirió a este tema en un ciclo de videoconferencias: “Nuevas Oportunidades y Retos Laborales en el Campo de la Criminología”. Organizado por el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Panamá, a cargo de la doctora Virginia Arango Durling, y el Coordinador del área de Criminología del Departamento de Sociología y Trabajo Social de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, efectuado el 23 de noviembre de 2020, y en dicha actividad participó en pleno el cuerpo docente de Derecho Penal y Criminología.

Lo anterior, representa un desafío en el contexto académico, lo que genera un especial interés en el quehacer del criminólogo en un área especializada, demandando así, actividades de docencia, investigación y extensión, orientado a la actualización y perfeccionamiento profesional, que le permita adquirir conocimientos útiles y desarrollar sus habilidades.

Conclusiones

El surgimiento de la criminología corporativa amplía el campo ocupacional en el desempeño de esta profesión, y rompe con el esquema tradicional que lo ubicaba exclusivamente en el sector público.

Sin lugar a duda, el surgimiento de una nueva especialidad, en las ciencias criminológicas, incide en el contexto curricular y demanda la actualización de los programas y planes de estudio en esta área del conocimiento.

Referencias bibliográficas

Estatuto de la Universidad de Panamá. Promulgado en Gaceta Oficial N° 26,202 del 15 de enero de 2008 y Gaceta Oficial N°26,247 del 24 de marzo de 2009

PABLOS DE MOLINA GARCIA, Antonio. Criminología, cuarta edición, Valencia, España, 2001, Página 33.

SELLES DE PALACIOS, Aida. Vocabulario de Términos y Definiciones Criminológicas. Ciudad Universitaria 2015; pág. 43

Videoconferencias: “Nuevas Oportunidades y Retos Laborales en el Campo de la Criminología”. Organizado por el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Panamá y el Coordinador del área de Criminología del Departamento de Sociología y Trabajo Social de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. (23 de noviembre de 2020)

CHANGO, Jimena. Escuela Internacional de Criminología y Criminalística.
https://www.eicyc.es/que_es_la_criminologia_corporativa/

BARRIOS, Martín. De la Criminología Laboral a la Criminología Corporativa. México, 2017
<https://es.scribd.com/document/401908128/De-la-Criminologia-Laboral-a-la-Criminologia-Corporativa-docx>

HIKAL, Wael. Nacimiento, Sistematización y Evolución de las Criminologías Específicas en México. (Agosto-diciembre 2018)
https://www.academia.edu/37338213/Nacimiento_sistematizaci%C3%B3n_y_evoluci%C3%B3n_de_las_criminolog%C3%ADas_espec%C3%ADficas_en_M%C3%A9xico

La UNESCO y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.
<https://es.unesco.org/sdgs>

III.- LEGISLACIÓN

III. LEGISLACIÓN

Compilación de leyes aprobadas por la Asamblea Nacional de Panamá durante el año 2020

Camilo Rodríguez Quiros
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá
camilorq@gmail.com

Recepción: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

La Asamblea Nacional de Panamá aprobó, durante el año de 2020, diferentes leyes, que a continuación describimos:

Ley 124 de 2020. De 07 de enero de 2020.

QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE SUJETOS NO FINANCIEROS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Gaceta Oficial 28935-C de 07 de enero de 2020.

Ley 125 de 2020. De 04 de febrero de 2020.

POR LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO REGIONAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, HECHO EN ESCAZÚ, COSTA RICA, EL 4 DE MARZO DE 2018

Gaceta Oficial 28956-A de 06 de febrero de 2020.

Ley 126 de 2020. De 18 de febrero de 2020.

QUE ESTABLECE Y REGULA EL TELETRABAJO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y MODIFICA UN ARTÍCULO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

Gaceta Oficial 28965-A de 19 de febrero de 2020.

Ley 127 de 2020. De 03 de marzo de 2020.

QUE DICTA MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DE LA AGRICULTURA FAMILIAR EN PANAMÁ

Gaceta Oficial 28972 de 04 de marzo de 2020.

Ley 128 de 2020. De 03 de marzo de 2020.

QUE ESTABLECE LA ENSEÑANZA OBLIGATORIA DE LA CULTURA EMPRESARIAL Y DEL EMPRENDIMIENTO COMO EJE TRANSVERSAL EN ASIGNATURAS AFINES EN LOS PLANES DE ESTUDIO DEL SISTEMA EDUCATIVO PANAMEÑO

Gaceta Oficial 28972 de 04 de marzo de 2020.

Ley 129 de 2020. De 17 de marzo de 2020.

QUE CREA EL SISTEMA PRIVADO Y ÚNICO DE REGISTRO DE BENEFICIARIOS FINALES DE PERSONAS JURÍDICAS.

Gaceta Oficial 28985-C de 20 de marzo de 2020.

Ley 130 de 2020. De 17 de marzo de 2020.

QUE MODIFICA ARTÍCULOS DE LA LEY 47 DE 1946, ORGÁNICA DE EDUCACIÓN, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN.

Gaceta Oficial 28985-C de 20 de marzo de 2020.

Ley 131 de 2020. De 17 de marzo de 2020.

QUE CREA LA CONDECORACIÓN DEPORTIVA MARIANO RIVERA.

Gaceta Oficial 28985-C de 20 de marzo de 2020.

Ley 132 de 2020. De 17 de marzo de 2020.

SOBRE REDUCCIÓN DEL USO DE PAPEL EN LA GESTIÓN PÚBLICA.

Gaceta Oficial 28985-C de 20 de marzo de 2020.

Ley 133 de 2020. De 17 de marzo de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 70 DE 2012, DE PROTECCIÓN A LOS ANIMALES DOMÉSTICOS, EL CÓDIGO PENAL Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta Oficial 28985-C de 20 de marzo de 2020.

Ley 134 de 2020. De 17 de marzo de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 99 DE 2019, SOBRE AMNISTÍA TRIBUTARIA GENERAL PARA EL PAGO DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS, LA LEY 76 DE 2019, RELATIVA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Gaceta Oficial 28985-C de 20 de marzo de 2020.

Ley 135 de 2020. De 23 de marzo de 2020.

QUE REFORMA LA LEY 50 DE 1995, QUE PROTEGE Y FOMENTA LA LACTANCIA MATERNA, Y MODIFICA EL CÓDIGO DE TRABAJO.

Gaceta Oficial 28986-B de 23 de marzo de 2020.

136 de 2020. De 23 de marzo de 2020.

QUE ESTABLECE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PREVENCIÓN, TRATAMIENTO Y CONTROL DE LA DIABETES EN EL SECTOR SALUD.

Gaceta Oficial 28986-B de 23 de marzo de 2020.

Ley 137 de 2020. De 23 de marzo de 2020.

QUE CREA EL PROGRAMA PROVINCIAL DE ZOOTHERAPIA.

Gaceta Oficial 28986-B de 23 de marzo de 2020.

Ley 138 de 2020. De 23 de marzo de 2020.

QUE CREA EL PROGRAMA MUNICIPAL DE BIENESTAR ANIMAL.

Gaceta Oficial 28986-B de 23 de marzo de 2020.

Ley 139 de 2020. De 02 de abril de 2020.

QUE ADOPTA UNA LEY GENERAL SOBRE MEDIDAS DE EMERGENCIA PARA AFRONTAR LA CRISIS SANITARIA CAUSADA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19.

Gaceta Oficial 28994-B de 02 de abril de 2020.

Ley 140 de 2020. De 02 de abril de 2020.

QUE DENOMINA PARQUE RECREATIVO SANTIAGO APÓSTOL AL PARQUE METROPOLITANO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO, PROVINCIA DE VERAGUAS.

Gaceta Oficial 28994-B de 02 de abril de 2020.

Ley 141 de 2020. De 09 de abril de 2020.

QUE DENOMINA RAFAEL ROBERTO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ AL COMPLEJO DEPORTIVO DE ATALAYA. Gaceta Oficial 28999-A de 09 de abril de 2020.

Ley 142 de 2020. De 09 de abril de 2020.

QUE MODIFICA UN ARTÍCULO DE LA LEY 77 DE 2001, QUE REORGANIZA Y MODERNIZA EL INSTITUTO DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS NACIONALES
Gaceta Oficial 28999-A de 09 de abril de 2020.

Ley 143 de 2020. De 11 de abril de 2020.

QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 49 DE 1984, QUE DICTA EL REGLAMENTO ORGÁNICO DEL RÉGIMEN INTERNO DE LA ASAMBLEA NACIONAL.
Gaceta Oficial 29000 de 11 de abril de 2020.

Ley 144 de 2020. De 15 de abril de 2020.

QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 83 DE 2012, SOBRE EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LOS TRÁMITES GUBERNAMENTALES, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN.
Gaceta Oficial 29003-A de 15 de abril de 2020.

Ley 145 de 2020. De 15 de abril de 2020.

QUE CREA DOS NOTARÍAS PÚBLICAS EN EL CIRCUITO NOTARIAL DE PANAMÁ OESTE Y ADOPTA OTRAS DISPOSICIONES
Gaceta Oficial 29003-A de 15 de abril de 2020.

Ley 146 de 2020. De 15 de abril de 2020.

QUE ESTABLECE NORMAS GENERALES PARA LA EXPEDICIÓN DE LICENCIAS DE CONDUCIR VEHÍCULOS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.
Gaceta Oficial 29003-A de 15 de abril de 2020.

Ley 147 de 2020. De 15 de abril de 2020.

QUE CONCEDE LICENCIA ESPECIAL PARA EL CUIDADO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE CON LEUCEMIA, CÁNCER O ENFERMEDAD DEGENERATIVA EN ESTADO GRAVE O TERMINAL.
Gaceta Oficial 29003-A 15 de abril de 2020.

Ley 148 de 2020. De 21 de abril de 2020.

QUE CREA EL PROGRAMA DE ASISTENCIA SOCIAL EDUCATIVA UNIVERSAL Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES
Gaceta Oficial 29007 de 21 de abril de 2020.

Ley 149 de 2020. De 24 de abril de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 36 DE 2016, SOBRE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES, Y ADICIONA DISPOSICIONES AL CÓDIGO PENAL
Gaceta Oficial 29010 de 24 de abril de 2020.

Ley 150 de 2020. De 24 de abril de 2020.

QUE DICTA NORMAS PARA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR PORTUARIO
Gaceta Oficial 29010-A de 24 de abril de 2020.

Ley 151 de 2020. De 24 de abril de 2020.

QUE ADICIONA UN ARTÍCULO A LA LEY 59 DE 2005, SOBRE PROTECCIÓN LABORAL PARA LAS PERSONAS CON ENFERMEDADES CRÓNICAS, INVOLUTIVAS Y/O DEGENERATIVAS QUE PRODUZCAN DISCAPACIDAD LABORAL

Gaceta Oficial 29010-A de 24 de abril de 2020.

Ley 152 de 2020. De 04 de mayo de 2020.

QUE ADOPTA MEDIDAS SOCIALES ESPECIALES PARA LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL PAGO DE SERVICIOS PÚBLICOS Y OTRAS MEDIDAS, EN ATENCIÓN AL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL

Gaceta Oficial 29016-A de 04 de mayo de 2020.

Ley 153 de 2020. De 08 de mayo de 2020.

QUE REFORMA LA LEY 22 DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Gaceta Oficial 29020-A de 08 de mayo de 2020.

Ley 154 de 2020. De 13 de mayo de 2020.

QUE CREA EL PROGRAMA NACIONAL DE APOYO, PREVENCIÓN Y ATENCIÓN INTEGRAL PARA LAS PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES ONCOLÓGICAS

Gaceta Oficial 29023-A de 13 de mayo de 2020.

Ley 155 de 2020. De 15 de mayo de 2020.

QUE MODIFICA DISPOSICIONES DE LA LEY 37 DE 2009, QUE DESCENTRALIZA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RELATIVAS AL FUNCIONAMIENTO DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Gaceta Oficial 29025 de 15 de mayo de 2020.

Ley 156 de 2020. De 30 de junio de 2020.

QUE DICTA MEDIDAS ECONÓMICAS Y FINANCIERAS PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

Gaceta Oficial 29059 de 01 de julio de 2020.

Ley 157 de 2020. De 03 de agosto de 2020.

QUE ESTABLECE MEDIDAS TEMPORALES DE PROTECCIÓN DEL EMPLEO EN LAS EMPRESAS AFECTADAS POR EL COVID-19 Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN

Gaceta Oficial 29082-A de 03 de agosto de 2020.

Ley 158 de 2020. De viernes 28 de agosto de 2020.

QUE MODIFICA UNA DISPOSICIÓN DE LA LEY 33 DE 2000, QUE DICTA NORMAS PARA EL FOMENTO A LA CREACIÓN Y DESARROLLO DE LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA

Gaceta Oficial 29103-A de 01 de septiembre de 2020.

Ley 159 de 2020. De lunes 31 de agosto de 2020.

QUE CREA EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL ESTABLECIMIENTO Y LA OPERACIÓN DE EMPRESAS MULTINACIONALES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS RELACIONADOS CON LA MANUFACTURA.

Gaceta Oficial 29103-A de 01 de septiembre de 2020.

Ley 160 de 2020. De 01 de septiembre de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 99 DE 2019, RELATIVA A LA AMNISTÍA TRIBUTARIA PARA EL PAGO DE TRIBUTOS Y AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta Oficial 29104 de 02 de septiembre de 2020.

Ley 161 de 2020. De 01 de septiembre de 2020.

QUE ADICIONA PARÁGRAFOS TRANSITORIOS AL CÓDIGO FISCAL, QUE CONCEDEN AMNISTÍA TRIBUTARIA POR LA EMERGENCIA DEL COVID-19, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta Oficial 29104 de 02 de septiembre de 2020.

Ley 162 de 2020. De 04 de septiembre de 2020.

QUE CREA EL INSTITUTO DE INNOVACIÓN AGROPECUARIA DE PANAMÁ Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta Oficial 29107-A de 07 de septiembre de 2020.

Ley 163 de 2020. De 10 de septiembre de 2020.

QUE ESTABLECE BENEFICIOS EN RECONOCIMIENTO A LOS HÉROES SOBREVIVIENTES Y FAMILIARES DE ESTOS Y DE LOS MÁRTIRES DE LA GESTA HEROICA DE ENERO DE 1964

Gaceta Oficial 29110-A de 10 de septiembre de 2020.

Ley 164 de 2020. De 11 de septiembre de 2020.

QUE INCENTIVA LA DONACIÓN DE SANGRE EN EL TERRITORIO NACIONAL.

Gaceta Oficial 29113 de 15 de septiembre de 2020.

Ley 165 de 2020. De 16 de septiembre de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 59 DE 2003, SOBRE EL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN PARA LOS TRABAJADORES

Gaceta Oficial 29115-A de 17 de septiembre de 2020.

Ley 166 de 2020. De 29 de septiembre de 2020.

QUE DICTA EL PRESUPUESTO DE LA AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 1 DE OCTUBRE DE 2020 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2021

Gaceta Oficial 29123-B de 29 de septiembre de 2020.

Ley 167 de 2020. De 30 de septiembre de 2020.

QUE MODIFICA UNA DISPOSICIÓN Y PRORROGA LA VIGENCIA DE LA LEY 139 DE 2020, QUE DICTA MEDIDAS DE EMERGENCIA PARA AFRONTAR LA CRISIS SANITARIA CAUSADA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

Gaceta Oficial 29124-A de 30 de septiembre de 2020.

Ley 168 de 2020. De 08 de octubre de 2020.

QUE REORGANIZA Y MODERNIZA EL INSTITUTO NACIONAL DE AGRICULTURA AUGUSTO SAMUEL BOYD Y LO TRANSFORMA EN EL INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE AGROTECNOLOGÍA DE LAS AMÉRICAS

Gaceta Oficial 29131-B de 09 de octubre de 2020.

Ley 169 de 2020. De 12 de octubre de 2020.

QUE ESTABLECE EL MARCO JURÍDICO PARA EL CONTROL Y LA PREVENCIÓN DE LA TUBERCULOSIS EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Gaceta Oficial 29138-C de 20 de octubre de 2020.

Ley 170 de 2020. De 15 de octubre de 2020.

POR LA CUAL SE APRUEBA LA CONVENCION MULTILATERAL PARA APLICAR LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LOS TRATADOS FISCALES PARA PREVENIR LA EROSION DE LAS BASES IMPONIBLES Y EL TRATADO DE BENEFICIOS, HECHA EN PARÍS, EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2016, FIRMADA POR PANAMÁ EL 24 DE ENERO DE 2018.

Gaceta Oficial 29135-A de 15 de octubre de 2020.

Ley 171 de 2020. De 15 de octubre de 2020.

DE PROTECCION INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA Y AL DESARROLLO INFANTIL TEMPRANO.

Gaceta Oficial 29135-C de 15 de octubre de 2020.

Ley 172 de 2020. De 19 de octubre de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 1 DE 1982, MODIFICADA POR LA LEY 39 DE 2015, QUE CREA EL DISTRITO DE ALMIRANTE, SEGREGADO DEL DISTRITO DE CHANGUINOLA; LOS CORREGIMIENTOS BARRIO FRANCÉS Y BARRIADA GUAYMÍ, SEGREGADOS DEL CORREGIMIENTO ALMIRANTE; LOS CORREGIMIENTOS BARRIADA 4 DE ABRIL, FINCA 30, FINCA 6 Y FINCA 60, SEGREGADOS DEL CORREGIMIENTO CHANGUINOLA, Y EL CORREGIMIENTO EL SILENCIO, SEGREGADO DEL CORREGIMIENTO EL EMPALME, EN LA PROVINCIA DE BOCAS DEL TORO. ADEMÁS, ESTABLECE LOS CORREGIMIENTOS BOCAS DEL DRAGO, SAN CRISTÓBAL EN EL DISTRITO DE BOCAS DEL TORO; FINCA 66, FINCA 4, FINCA 51, FINCA 12, LA MESA Y BARRANCO ADENTRO EN EL DISTRITO DE CHANGUINOLA; MIRAFLORES, BAJO CULUBRE Y CEIBA EN EL DISTRITO DE ALMIRANTE. EL CORREGIMIENTO CAUCHERO SE SEGREGA DEL DISTRITO DE BOCAS DEL TORO Y SE INCORPORA AL DISTRITO DE ALMIRANTE.

Gaceta Oficial 29169-B de 04 de diciembre de 2020.

Ley 173 de 2020. De 02 de noviembre de 2020.

POR LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO DE COOPERACION ENTRE LA REPUBLICA DE PANAMÁ Y LA SOBERANA ORDEN MILITAR Y HOSPITALARIA DE SAN JUAN DE JERUSALÉN DE RODAS Y MALTA, FIRMADO EN LA CIUDAD DE PANAMÁ, EL 28 DE ENERO DE 2019

Gaceta Oficial 29147 de 02 de noviembre de 2020.

Ley 174 de 2020. De 02 de noviembre de 2020.

QUE ESTABLECE EL MARCO JURÍDICO DEL ABORDAJE INTEGRAL DE LAS CONDUCTAS DE RIESGO SUICIDA

Gaceta Oficial 29147 de 02 de noviembre de 2020.

Ley 175 de 2020. De 03 de noviembre de 2020.

GENERAL DE CULTURA

Gaceta Oficial 29151-A de 11 de noviembre de 2020.

Ley 176 de 2020. De 13 de noviembre de 2020.

QUE DICTA EL PRESUPUESTO GENERAL DEL ESTADO PARA LA VIGENCIA FISCAL DE 2021

Gaceta Oficial 29153-B de 13 de noviembre de 2020.

Ley 177 de 2020. De 13 de noviembre de 2020.

QUE ESTABLECE LA GRATUIDAD INTEGRAL EN LOS SERVICIOS DE SALUD PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES, RESPECTO AL CONTROL, PREVENCIÓN Y DIAGNÓSTICO, EN EL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD

Gaceta Oficial 29153-B de 13 de noviembre de 2020.

Ley 178 de 2020. De 13 de noviembre de 2020.

QUE CREA EL FONDO DE ASISTENCIA ECONÓMICA PARA EL TRATAMIENTO DE ENFERMEDADES

Gaceta Oficial 29153-B de 13 de noviembre de 2020

Ley 179 de 2020. De 16 de noviembre de 2020.

QUE REGULA EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE BIENES INMUEBLES Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta Oficial 29155-A de 16 de noviembre de 2020

Ley 180 de 2020. De 16 de noviembre de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 31 DE 2010, SOBRE EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Gaceta Oficial 29155-A de 16 de noviembre de 2020

Ley 181 de 2020. De 17 de noviembre de 2020.

QUE DECLARA LA PARTE ALTA DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA DEL RÍO PACORA COMO ÁREA PROTEGIDA EN SU CATEGORÍA DE RESERVA HIDROLÓGICA Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta Oficial 29156-B de 17 de noviembre de 2020.

Ley 182 de 2020. De 19 de noviembre de 2020.

QUE APRUEBA EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA REPÚBLICA DE COREA Y LAS REPÚBLICAS DE CENTROAMÉRICA

Gaceta Oficial 29159-A de 20 de noviembre de 2020.

Ley 183 de 2020. De viernes 20 de noviembre de 2020.

QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 18 DE 2018, SOBRE TRANSPORTE ESPECIAL DE COMBUSTIBLE PARA MAQUINARIA AGRÍCOLA.

Gaceta Oficial 29159-B de 20 de noviembre de 2020

Ley 184 de 2020. De 25 de noviembre de 2020.

DE VIOLENCIA POLÍTICA.

Gaceta Oficial 29162-A. De 25 de noviembre de 2020.

Ley 185 de 2020. De 25 de noviembre de 2020.

QUE MODIFICA UN ARTÍCULO DE LA LEY 34 DE 2008, DE RESPONSABILIDAD SOCIAL FISCAL

Gaceta Oficial 29165-A 30 de noviembre de 2020.

Ley 186 de 2020. De 02 de diciembre de 2020.

QUE REGULA LAS SOCIEDADES DE EMPRENDIMIENTO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

Gaceta Oficial 29167-B 02 de diciembre de 2020.

Ley 187 de 2020. De 02 de diciembre de 2020)

QUE REGULA LA REDUCCIÓN Y EL REEMPLAZO PROGRESIVO DE LOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO

Gaceta Oficial 29167-B de 02 de diciembre de 2020.

Ley 188 de 2020. De 04 de diciembre de 2020.

QUE CREA LA COMARCA NASO TJËR DI.

Gaceta Oficial 29170-A de 07 de diciembre de 2020.

Ley 189 de 2020. De 17 de diciembre de 2020.

QUE REFORMA EL CÓDIGO FISCAL, PARA CREAR UN RÉGIMEN ESPECIAL DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA APLICABLE A LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, A LOS EMPRESARIOS Y A LOS EMPRENDEDORES

Gaceta oficial 29178-B de 17 de diciembre de 2020.

Ley 190 de 17 de diciembre de 2020.

QUE REGULA LA PRIMERA OPCIÓN DE COMPRA DE VIVIENDAS ARRENDADAS EN LAS ÁREAS REVERTIDAS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta oficial 29178-B de 17 de diciembre de 2020.

Ley 191 de 23 de diciembre de 2020.

QUE DICTA MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL USO DE LA CUENTA INDIVIDUAL DE LOS AFILIADOS AL SISTEMA DE AHORRO Y CAPITALIZACIÓN DE PENSIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN ATENCIÓN AL ESTADO DE EMERGENCIA NACIONAL.

Gaceta oficial 29179 de 18 de diciembre de 2020.

Ley 192 de 2020. De 23 de diciembre de 2020.

QUE MODIFICA LA LEY 6 DE 1987, SOBRE BENEFICIOS PARA JUBILADOS, PENSIONADOS Y TERCERA EDAD.

Gaceta oficial 29183 de 23 de diciembre de 2020.

Ley 193 de 2020. De 31 de diciembre de 2020.

QUE DENOMINA DOCTOR CARLOS IVÁN ZUÑIGA GUARDIA AL CORREDOR NORTE DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ.

Gaceta oficial 29183 de 31 de diciembre de 2020.

Ley 194 de 2020. De 31 de diciembre de 2020.

QUE ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 6 DE 1997, SOBRE EL MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD, PARA IMPLEMENTAR EL ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE ATENCIÓN AL CLIENTE.

Gaceta oficial 29188-A de 31/12/2020.

Ley 195 de 2020. De 31 de diciembre de 2020.

QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 24 DE 2002, QUE REGULA EL SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE EL HISTORIAL DE CRÉDITO DE LOS CONSUMIDORES O CLIENTES.

Gaceta oficial 29188-B de 31 de diciembre de 2020.

IV. JURISPRUDENCIA

IV. JURISPRUDENCIA

Discapacidad laboral. Demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción

Eyda Jazmín Saavedra H.
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticax
Centro de Investigación Jurídica. Panamá
shej1331@hotmail.com

Recepción: 5 de junio de 2020

Aceptación: 20 de junio de 2020

Sala Tercera de lo contencioso Administrativo y Laboral de Panamá, diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

El licenciado Leonardo Pineda Palma, en nombre y representación de J. L. M. J., ha interpuesto demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto Ejecutivo N° 154 de 20 de noviembre de 2016, dictado por el Ministerio de Comercio e Industrias, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones. La presente demanda fue admitida mediante resolución de 14 de junio de 2017, por lo que se envió copia de la misma al Ministro de Comercio e Industrias, para que rinda informe explicativo de conducta de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 135 de 1943, modificado por la Ley 33 de 1946 y también, se le corrió traslado a la Procuraduría de la Administración, quien interviene en defensa de los intereses de la autoridad pública demandada.

I. LA PRETENSIÓN

El apoderado judicial del señor J. L. M. J. solicita que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, declare nulo, por ilegal, el Decreto Ejecutivo N°154 de 30 de noviembre de 2016, dictado por el Ministro de Comercio e Industrias y su acto confirmatorio. Entonces, como consecuencia de esta declaración, pide que se ordene al Ministerio de Comercio e Industrias, a reintegrar al señor J. L. M. J O, en la misma posición que ocupaba, como Asistente Administrativo I, con funciones como Subjefe del Departamento de Compras y Almacén e igualmente, pide el pago de los salarios caídos desde la fecha de su ilegal destitución hasta que se haga efectivo su reintegro.

II. NORMAS LEGALES INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

...

A juicio del demandante, se produce la violación directa, por omisión, de esta norma legal, ya que el señor J. L. M. J tenía estabilidad en el cargo, situación por la cual la entidad pública debía demostrar que había incurrido en alguna causal de destitución a través de un proceso disciplinario. En cuanto al concepto de la infracción, el demandante alega que para que la institución pública demandada pudiese destituirlo era preciso la apertura de un proceso administrativo disciplinario en el cual se le diese la oportunidad al señor J. L. M. J, defenderse de los falsos señalamientos que le hacían;

...

Los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; a juicio del demandante, se conculca estas normas legales porque la desvinculación de este funcionario debió estar precedida de un proceso disciplinario que le garantizase su legítimo derecho de defensa.

El artículo 141 de la Ley 9 de 1994, adicionado por la Ley 43 de 30 de julio de 2009, que dispone la prohibición a la autoridad nominadora de destituir a un servidor público que padezca de una enfermedad terminal, en tratamiento y con discapacidad de cualquier índole. A juicio del demandante, la autoridad nominadora le estaba vedado destituir al señor J. L. M. J, ya que padece enfermedades crónicas; por tanto, no podía darse la destitución, sin haber incoado en su contra una investigación.

En cuanto al concepto de la infracción, el apoderado judicial del señor J. L. M. J afirma que la autoridad nominadora no realizó un proceso disciplinario previo a esta destitución, Además, arguye que únicamente se dieron los planteamientos de la Jefa del Departamento de compras y almacén.

En lo que se refiere al concepto de la violación, el actor alega que no se cometió falta alguna en contra del Reglamento interno de la institución, y mucho menos se ha reincidido en estas en los años en que laboró el señor MIRANDA en dicha institución. Enfatiza que no se realizó una investigación disciplinaria previa a la destitución, como tampoco se le permitió el derecho a su defensa.

III. DEFENSA DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración, contesta la demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción. En relación con este caso, es del criterio que el argumento ensayado por el demandante carece de sustento porque se infiere que el señor J. L. M. J., fue destituido por "mantener en su oficina más de 20 órdenes de compra sin tramitar,

IV. PRUEBAS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A través del Auto de Prueba N° 357 de 12 de octubre de 2017, el Magistrado Sustanciador admitió unas pruebas documentales y asimismo, a solicitud de la parte demandante, se ordenó unas pruebas de informe a la Oficina Institucional de Recursos Humanos del Ministerio de Comercio e Industrias y a la policlínica "Presidente Remón" de la Caja de Seguro Social y por parte de la Procuraduría de la Administración, se admitió la prueba de informe dirigida al Servicio Nacional de Discapacidad (SENADIS).

... la Oficina de Igualdad de Oportunidades y Equiparación del Ministerio de Comercio Industrias informa que no se encuentra constituida la Comisión Interdisciplinaria...

En virtud de la Nota DENSYPS-SDNTSS-REGES-N-055-18 de 3 de abril de 2018, la Caja de Seguro Social remite copia autenticada de la historia clínica correspondiente a J. L. M. J.

Por su parte, el apoderado judicial del señor J. L. M. J afirma que en el expediente administrativo no consta sanción alguna en su contra y que el informe de la jefa del Departamento de Compras de Dirección de Administración y Finanzas fue elaborado inoída parte

V. EXAMEN DE LA SALA TERCERA

Surtida las etapas procesales que corresponden a este tipo de proceso, se procede a resolver el fondo de la presente controversia...” El acto administrativo demandado ante esta jurisdicción es el Decreto Ejecutivo N° 154 de 30 de noviembre de 2016, dictada por el Ministerio de Comercio e Industrias, en virtud del cual se destituye al señor J. L. M. J, del cargo de Asistente Administrativo. En la parte resolutive del acto administrativo impugnado, se deja constancia de lo siguiente:

"... Que mediante Nota fechada 11 de noviembre de 2016, la Lic. Taihiana Borja Arando, Jefa del Departamento de Compras y Almacén de la Dirección de Administración y Finanzas remite a la oficina Institucional de Recursos Humanos Informe de conducta del señor José Luis Miranda, quien ejerce el cargo de subjefe del Departamento de compras y Almacén, donde consta que el señor J. L. M. no ha cumplido a cabalidad con las funciones inherentes al puesto, que su falta de compromiso ha retardado las tareas inherentes al Departamento toda vez que mantenía en su oficina más de 20 órdenes de compra sin tramitar, ocasionando un atraso considerable en la ejecución de ras labores, objetivos y metas que debe desarrollar esa unidad administrativa.

“ ... ”

Esta decisión fue recurrida por el señor J. L. M. J. Y a través de la Resolución N°12 de 22 de marzo de 2017, el Ministerio de Comercio e Industrias confirma la misma, agotándose con esta la vía gubernativa. (Cfr. Fs. 26- 27).

Esta Magistratura, luego de examinar el acto administrativo impugnado, es del criterio, que si bien en este se expresa que el señor J. L. M. J ha incurrido en una falta máxima de gravedad de acuerdo con el numeral 6, del artículo 102 del Reglamento Interno del Ministerio de Comercio e Industrias; no obstante, no se indica en qué consiste el supuesto retraso injustificado; no existe una relación detallada de las fechas en que debieron tramitarse dichas órdenes de compra...”

Aunado a lo anterior, este Tribunal advierte que en la acción de personal de destitución adoptada por el Ministerio de Comercio e Industrias, en contra de J. L. M. J, no se siguió el procedimiento administrativo disciplinario correspondiente, que le asegurase a este funcionario el ser oído o presentar sus descargos ante la supuesta incursión de una falta gravísima al Reglamento Interno del Ministerio de Comercio e Industrias.

Por otro lado, es importante indicar que en este expediente administrativo consta que el 21 de octubre de 2014, el señor J. L. M. J., puso en conocimiento al Jefe de Recursos Humanos del Ministerio de Comercio e Industrias, sobre su condición médica: hipertensión y dolor crónico.

En este mismo sentido, en el expediente clínico autenticado, que fue incorporado a este proceso mediante una prueba de informe, consta que J. L. M. J., es paciente de hipertensión arterial y fibromialgias, documento que se encuentra suscrito por el doctor Erasmo J. García G, médico general de la Policlínica "Presidente Remón", de la Caja de Seguro Social, fechado 1s de diciembre de 2016.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, el señor J. L. M. J., al padecer de hipertensión arterial, se encuentra amparado por una estabilidad relativa, de manera tal, que solo puede ser destituido de su cargo por causa justificada, previo el cumplimiento de un procedimiento administrativo disciplinario en el que se asegure su defensa; sin embargo, es claro que en el presente caso, no se cumplió con el procedimiento administrativo disciplinario,

Así como es importante la realización de un procedimiento disciplinario porque padece de una enfermedad crónica; también, es fundamental que este acto administrativo se encuentre debidamente motivado, pues de esta manera se conocen los elementos de hecho y de derecho que tuvo la autoridad nominadora para adoptar la medida de destitución.

Al respecto, en sentencia de 4 de octubre de 2016, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, expresa...la destitución acusada si bien, fue concebida con fundamento en una causa disciplinaria, la misma adolece de varios elementos indispensables para la conformación del acto administrativo, como es la motivación o explicación razonada de los hechos y fundamentos jurídicos que sustenta la decisión,'.

“ ... ”

"Por consiguiente, la Sala estima que es viable acceder a la pretensión de declarar ilegal el acto administrativo impugnado; al configurarse la violación al artículo 4 de la Ley 59 de 2005, en concordancia con los artículos 103 y 104 del Reglamento interno del Ministerio de Comercio e Industrias; en consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia no entrará a examinar la infracción del resto de las disposiciones citadas.

Por último, en lo relativo a la solicitud del pago de salarios dejados de percibir por el señor J. L. M. J., esta corporación de Justicia reitera a través de leyes con carácter general o específico, que otorguen al servidor público tal prerrogativa, por lo que la viabilidad de esta, solo prosperará en el caso que exista una norma con rango de ley formal aplicable de manera directa al caso, que lo haya dispuesto de manera expresa, tal como lo dispone el artículo 302 de la Constitución Política.

VI. PARTE RESOLUTIVA

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA QUE ES NULA, POR ILEGAL el Decreto Ejecutivo N°154 de 30 de noviembre de 2016, dictado por el Ministro de Comercio e Industrias y su acto confirmatorio y ORDENA el reintegro del señor J. L. M. J., en el cargo que desempeñaba en el momento en que se hizo efectiva su destitución o a otro cargo de igual jerarquía y salario de acuerdo a la estructura de la institución y NIEGA las demás pretensiones esgrimidas por la demandante.

Notifíquese y Cúmplase

CECILIO CEDALISE RIQUELME, MAGISTRADO;
LUIS RAMÓN FÁBREGA S., MAGISTRADO (Salvamento de voto)
AUGUSTO ABEL ZAMORANO, MAGISTRADO
KATIA ROSAS – SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

v. *RECENSIONES*

Cecilio Cedalise Riquelme, Katia Rosas Mendez. (2021). **Desafíos de la Justicia Contencioso Administrativa en Panamá**. 105 páginas.

Maybelline González
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica. Panamá
maybelline.gonzalez@up.ac.pa

Recepción:: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

En esta obra se analiza la jurisdicción contencioso-administrativa en su funcionamiento así como en su procedimiento. Este procedimiento está destinado a ser aplicado a las distintas causas atribuidas a su exclusiva competencia desde que fue creada por la constitución política de 1941.

Es importante mencionar que la aparición y evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa es el fruto de los ideales del doctor José Dolores Moscote junto con otros ilustres pensadores de aquel tiempo que veían en esta institución de garantías beneficios para los ciudadanos.

En cinco breves pero concisos capítulos los autores de este libro nos dan ideas puntuales sobre el tema de la justicia administrativa en Panamá y nos abren el camino para nuevas consideraciones y perspectivas sobre los desafíos que enfrenta hoy por hoy esta indispensable institución jurídica.

En el capítulo uno se trata la formación, instauración y funcionamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa en nuestra tierra patria y se nos relata que esta formación se da después de fundada la Republica, etapa cuando aún no se había contemplado ninguna fórmula de control judicial de la administración pública. Esta situación condujo a que fuera establecida con la Constitución Política de 1941, la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como expresamente se dispuso en los artículos 190, 191, y 192.

En el capítulo dos encontraremos la regulación actual del procedimiento contencioso administrativo en el plano nacional en la ley 135/43 modificada por la ley 33/46 vino a instituir el desarrollo de la constitución-administrativa y el procedimiento que se surtirá ante dicha jurisdicción. En dichas leyes fue implantada la regulación orgánica que permitiera el control de legalidad de los actos de la administración en Panamá.

El capítulo tres se refiere a la transformación del régimen contencioso administrativo en Panamá y resalta la creciente y periódica atribución de nuevas competencias a la sala tercera.

Esta obra a su vez contempla las anulaciones de los actos administrativos por motivos de ilegalidad o antijuridicidad, según la jurisprudencia panameña.

Finalmente, la obra comenta la constitucionalización del Derecho Administrativo desde una perspectiva comparada.

Se trata de un libro con un razonamiento actual que demuestra el trabajo diario de quienes lo escribieron por lo cual invitamos a su lectura para actualizarnos en materia de Derecho Administrativo.

Cecilio Cedalise Riquelme. (2021). **Ensayos sobre Justicia Constitucional, Contencioso Administrativo y Laboral**. 156 páginas

Dylan Hernández
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica. Panamá
dylan.hernandez@up.ac.pa

Recepción:: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

Este libro contiene doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema, y explica cómo se funciona y cómo se procesa dentro de la misma.

El primer capítulo se titula “La Defensa de la Supremacía Constitucional de Panamá” y analiza los instrumentos de protección de Derecho Constitucionales. El mismo presenta un vistazo al anteproyecto de reforma del Código Procesal Constitucional.

El segundo capítulo titulado “El Juicio de inconstitucionalidad como mecanismo de control de normas y medios de defensa de derecho fundamentales” analiza las diferencias de modelos constitucionales de legislaciones de España y Panamá.

En el capítulo 3 nombrado como: “El doble control jurisdiccional del acto administrativo dentro de la jurisprudencia panameña” el autor analiza de forma doctrinal y jurisprudencial la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el cuarto capítulo podemos apreciar un tema de ámbito laboral llamado “Los reclamos de los servidores públicos” donde se analizan las leyes relacionadas con los derechos de servidores públicos o funcionarios.

El capítulo quinto contiene “Los errores comunes de la demanda contencioso-administrativa” señalando errores de muchos abogados al presentar demanda en la Sala Tercera y explica cómo no cometerlos, impartiendo docencia del Derecho a los futuros juristas.

Por último se aborda un capítulo sobre “Enjuiciamiento Penal de Diputados” que analiza los procesos penales a diputados y para ello el autor se basa en su experiencia como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, debemos señalar que este libro es muy didáctico y práctico para el estudio de áreas del Derecho como son: Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo. El mismo se constituye en una base para juristas o futuros abogados que aspiran a adoptar esta profesión de análisis y práctica.

VI. ARTÍCULOS INTERNACIONALES INVITADOS

La tradición legal panameña

Rubén E. Rodríguez Samudio
Universidad de Hokkaido, Japón.
rubenr1618@gmail.com

Recepción: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

Resumen

La característica principal de Panamá es su posición geográfica que a su vez se traduce en una gran influencia extranjera, tanto a nivel tecnológico como cultural. Asimismo, nuestros tribunales también reciben una gran influencia de teorías y normas legales extranjeras, al punto de que no resulta exagerado decir que Panamá es un país importador de doctrina. No obstante, la particularidad de nuestro sistema no radica en la importación de la norma, sino en la flexibilidad de las cortes al momento de aplicarlas a un determinado conflicto.

Palabras clave:

Derecho comparado, familias legales, educación jurídica, interpretación legal.

Abstract

Panama's main characteristic is its geographic position, which in turn has resulted in significant technological and cultural foreign influence. Furthermore, our courts are greatly influenced by foreign legal theories and rules, to the extent that it is fair to say that Panama is a net importer of legal doctrines. Nevertheless, our legal system's main strong point is not the import of legal rules, but rather the adaptability of our courts to apply them to find the best solution to a specific conflict.

Keywords:

Comparative law, legal family, legal education, legal interpretation.

Introducción

Panamá es un país de convergencia, capaz de asimilar la cultura y tradiciones de las distintas regiones del globo, sin que esto signifique perder su identidad. Su posición como centro de comercio mundial implica que nuestro país debe adaptarse a los cambios globales y, particularmente en el campo jurídico, adoptar un enfoque práctico al momento de solucionar conflictos. Nuestra historia jurídica revela una flexibilidad hacia teorías extranjeras, tanto a nivel doctrinal como en los nuestros textos jurídicos, al punto de que algunas de nuestras leyes más importantes se basan, o en algunos casos copian textualmente, textos jurídicos de otras latitudes. Producto de esta heterogeneidad, cabe preguntarse si existe una tradición jurídica panameña.

Hacemos una pausa, para aclarar el objeto de estudio que nos atañe, puesto que la pregunta planteada puede dar lugar a confusiones. En efecto, no ponemos en duda la existencia del derecho panameño, tanto en su expresión como derecho positivo, creado mediante el proceso legislativo ordinario, y en su perspectiva de derecho jurisprudencial, no necesariamente reconocido en la norma, pero vigente en la práctica. Por ende, al referirnos a la existencia o no del derecho panameño nos referimos a la existencia una cultura legal autóctona, un estilo determinado, o por lo menos determinable, de lo que podría considerarse una tradición legal panameña.

Glenn apunta que una tradición legal nacional se encuentra vinculada a la creación de cada Estado en particular.¹ Merryman y Pérez-Perdomo definen la tradición legal como actitudes históricas profundamente arraigadas sobre la naturaleza del derecho, y su rol en la sociedad.² Por ende, continúan los autores, el objetivo de un sistema legal nacional es la expresión de los ideales nacionales y la unidad de la cultura nacional, expresada en el lenguaje nacional incorporando conceptos e instituciones legales nacionales.³ La tradición jurídica panameña puede definirse entonces, como la aplicación de esos principios generales que conforman la familia legal adecuada a los principios que conforman la nación panameña.

El presente artículo consta de dos secciones. La primera es un recorrido histórico sobre la naturaleza y el concepto de familia legal, su surgimiento, declive y rol dentro del derecho comparado. La segunda sección analiza la tradición jurídica patria desde tres perspectivas: (i) la educación jurídica nacional; (ii) el estilo de escritura legal; y, (iii) las influencias doctrinales del derecho panameño. Dentro de este último punto, haremos énfasis en el concepto de reglas o principios generales del derecho y su aplicación en nuestro país como elemento clave para identificar la naturaleza de la tradición jurídica nacional.

El concepto de familia legal

¹ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 6 p. ISBN 978-0-19-958080-4. Glenn inicia el estudio de las tradiciones jurídicas con un análisis del término tradición desde una perspectiva antropológica, reconociendo que uno de los elementos esenciales de una tradición es su sentido del pasado (*pastness*). Una tradición surge como una conglomeración vaga de datos e ideas organizadas en torno a uno o varios temas centrales. La misma adquiere valor y propiedad en base la inercia o rutina que resulta del uso y aplicación ordinaria. Sin embargo, como un concepto informacional, una tradición es por naturaleza imperfecta, nutriéndose siempre de nuevos tipos de información. Por ende, contacto con otras tradiciones resulta en un intercambio de información a nivel horizontal, puesto que no puede decirse que exista una “jerarquía de tradiciones”. Las tradiciones, a pesar de su efecto en el individuo o una determinada sociedad, son frágiles por naturaleza.

² MERRYMAN, John H., PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007. 2 p. ISBN 978-0-80-475569-6.

³ *Ibidem*, p.18.

El concepto de familia legal surge a finales del siglo XIX y principios del siglo XX como respuesta a un creciente nacionalismo legal. Inspirados en los avances de las ciencias naturales de finales del siglo XIX, los primeros pasos del derecho comparado se caracterizan por un intento de sistematización del objeto de estudio, con el fin de distanciar los sistemas legales del concepto de nacionalidad. René David afirma que, *en derecho, lo mismo que en otras ciencias, puede detectarse la existencia de un número limitado de tipos o categorías en las cuales (la diversidad de los sistemas legales) puede organizarse.*⁴

Como herramienta del derecho comparado, la familia legal busca superar las barreras nacionales, para encontrar puntos comunes aplicables a todos los diversos sistemas derechos. Estos primeros esfuerzos se caracterizan por la búsqueda de puntos en común, en una tendencia unificadora del derecho, aunque en los últimos años, la idea de una familia legal ha sido criticada, quizás inspirada por una nueva ola de nacionalismo a nivel global.⁵

A pesar de que el desarrollo del sistema de clasificación en familias legales es de reciente data, no podemos negar que la comparación de legislaciones se ha dado a lo largo de la historia, tanto por motivos académicos como prácticos. De igual manera, la recepción a las ideas que surgen de los esfuerzos comparativistas también depende, en mayor o menor medida, de la situación histórica de cada pueblo. A manera de ejemplo, podemos resaltar los esfuerzos de James Kent en Estados Unidos, quien en su tarea de organizar el *common law* durante el proceso de independencia estadounidense introdujo sutilmente conceptos y teorías francesas, no solo mediante el uso del sentimiento antibritánico de la época, sino además alabando las bondades de la sistematización legal que habían alcanzado los franceses mediante el código napoleónico.⁶

La historia de los esfuerzos de sistematización en la categoría de familias legales puede encontrar su punto de partida claro a mediados del siglo XIX. Azcaráte en un ejercicio meramente académico, clasificó los sistemas legales bajo principios culturales en familias neolatinas, germánicas, escandinavas, eslavas, entre otros.⁷ Los esfuerzos de clasificación cultural fueron continuados por otros doctrinarios como Esmein quien

⁴ DAVID, Rene and BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World Today*. 3ª ed. Londres: Stevens & Sons, 1985. 18p. ISBN 0-420-47340-8.

⁵ Para un análisis detallado del surgimiento y desarrollo de la idea del concepto de familia legal ver: PARGENDLER, Mariana. *The Rise and Decline of Legal Families*. *American Journal of Comparative Law*. 2012. Vol. 60, no. 4, p. 1043–1074. DOI 10.5131/ajcl.2012.0010. En particular, los primeros esfuerzos de clasificación buscaban objetivos prácticos, al punto de que la disciplina que hoy se conoce como derecho comparado nace con el nombre de legislación comparada. Una lectura de los textos de esa época revela que sus autores buscaban la homologación de las reglas, principalmente entre el *common law* anglosajón y el derecho continental europeo, con el fin beneficiar las relaciones comerciales entre los países.

⁶ *Ibidem*, p. 1071.

⁷ AZCARÁTE, Gumersindo de. *Ensayo de una Introducción al Estudio de la Legislación Comparada y Programa de esta Asignatura*, Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1874.

clasificó a los grupos; sistemas latinos, germánicos, anglosajón, eslavo e islámico.⁸ Cabe destacar que si bien para Azcaráte el sistema anglosajón entra dentro de la familia germánica, Esmein le otorga una clasificación autónoma. Sauser-Hall por su parte abandona el sistema cultural para utilizar un modelo etnográfico, y divide las familias legales en indoeuropeas, semíticas, mongolas y de las bárbaras.⁹

Glasson por su parte, enfocando su estudio únicamente en las instituciones del matrimonio y divorcio, establece únicamente tres familias: sistemas legales con fuerte influencia romana, sistemas legales con poca o ninguna influencia romana, y sistemas mixtos.¹⁰ Beviláqua¹¹, redactor del código civil brasileño de 1916, sigue un modelo similar al de Glasson, añadiendo la categoría de sistemas legales de Latinoamérica, esquema que fue seguido por María de Oliveira¹² en Brasil con algunas modificaciones.

Ya para la década de los años 50, se observan los inicios de lo que actualmente se considera como familias legales. Es el francés René David quien a mediados de la década de los 60 sienta las bases de la clasificación moderna de las familias legales en su obra “*les grands systèmes de droit contemporains*”.¹³ David establece un modelo en base a la ideología, dividiendo las familias legales en sistemas occidentales (derecho romano-germánico y derecho anglosajón), derecho socialista, derecho islámico, derecho hindú y derecho chino. David argumenta que los dos grandes sistemas occidentales, el romano-germánico y el common law, no pueden considerarse como dos familias diferentes, por cuanto ambos siguen una ideología similar, con algunas distinciones técnicas. En otras palabras, para David la distinción entre las familias legales no puede hacerse únicamente en base a diferencias en cuanto al estilo o un concepto legal, como lo es la propiedad en el sistema romanista y el *fee simple* en el sistema anglosajón, sino que debe partir de la ideología fundamental que sirve como pilar principal del sistema.

Zweigert y Kötz en su clásica obra “*Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*” utilizan un modelo interdisciplinario, con fundamento en factores históricos, ideológicos, institucionales entre otros.¹⁴ Para estos autores, las familias legales pueden dividirse en familia romana,

⁸ ESMEIN, Adhémar. *Le Droit Comparé et l'enseignement du Droit*, Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger, 1900. Vol. 24, p. 489–498.

⁹ SAUSER-HALL, George. *Fonction et Méthode du Droit Comparé: Leçon Inaugurale*, Michigan: Kündig 1913.

¹⁰ GLASSON, Ernest. *Le Mariage Civil et le Divorce dans l'antiquité et dans les Principales Législations Modernes de l'Europe: Étude de Législation Comparée Précédée d'un Aperçu sur les Origines du Droit Civil Moderne*. 2^{da} ed. Paris: Durand et Pedone-Lauriel 1880.

¹¹ BEVILAQUA, Clovis. *Resumo das Licção Comparada sobre o Direito Privado*. 2da ed. Bahia: Livraria Magalhaes 1897.

¹² OLIVEIRA, Candido Luiz Maria de. *Curso de Legislação Comparada*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos 1903.

¹³ DAVID, op.cit.

¹⁴ ZWIEGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Weir, Tony (trad.) 3^a ed Oxford University Press 1998.

familia germánica, familia del common law, familia del lejano oriente (China y Japón), y familias de derecho religioso (judías, musulmanas, hindúes). El análisis de Zweigert y Kötz, si bien realizado con el objeto de ampliar el modelo de David, es fuente de críticas. En particular, no resulta evidente la necesidad de incluir 3 familias occidentales (romana, anglosajona y germánica).¹⁵ Algunos autores opinan que la inclusión de la familia germánica obedece más a un sentimiento de orgullo nacional de los autores que a un esfuerzo de sistematización.¹⁶

A pesar su función didáctica y sistematizadora, el concepto de familia legal desde finales del siglo XX, tanto a nivel académico como profesional. Curran explica como las actitudes hacia el uso del derecho comparado han variado de la búsqueda de similitudes a un énfasis en las diferencias.¹⁷ Algunos como Frankenberg argumentan que el comparativista no puede ser objetivo, por cuanto realiza el análisis desde la perspectiva de su sistema legal, por ende, continua, es necesario abandonar las presunciones de similitud en pro de un distanciamiento y énfasis en las diferencias.¹⁸

Pargendler considera que potencias como Francia e Inglaterra utilizaron un *imperialismo legal* como remplazo a una ocupación física, argumentando además que los inicios de este giro al nacionalismo legal pueden encontrarse en la nacionalización económica y políticas autárquicas que siguieron a la Primera Guerra Mundial.¹⁹ Otros proclaman que el derecho comparado ha muerto, en base a la reticencia de las cortes en utilizar la norma extranjero como fuente de derecho. Este último punto, el uso de normas o doctrinas extranjeras en situaciones eminentemente internas, es de suma importancia para el presente análisis. Resulta, sin embargo, necesario hacer una distinción entre dos tendencias. La primera es el uso de derecho extranjero por parte del legislador como modelo para el derecho interno y la segunda, el uso del derecho extranjero sea positivo o por medio de doctrina, por parte de las cortes.

¹⁵ La mayor contribución de Zweigert y Kötz es la introducción del método funcional del derecho comparado, basado en tres premisas: 1. Los sistemas legales atienden problemas similares; 2. Frente a un mismo problema, diversos sistemas legales utilizan soluciones diferentes, y; 3. A pesar de estas diferencias en el método, los sistemas legales encuentran soluciones similares.

¹⁶ PARGENDLER, op. cit. p.1055.

¹⁷ CURRAN, Vivian Grosswald. "Comparative Law and Language" En: The Oxford Handbook of Comparative Law. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.) Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp.675-707.

¹⁸ FRANKENBERG, Gunter. Critical Comparison Re-thinking Comparative Law. Harvard Law Review 1985. Vol.26, No. 2, p.411-456.

¹⁹ PARGENDLER, op. cit. p.1072-73.

Smits recalca que el uso del derecho comparado al momento de redactar nuevas normas no es nada novedoso, la Ley de las Doce Tablas recibió influencia de las ciudades estados griegas.²⁰ El Código Napoleónico, el Código Civil de Bello, el BGB alemán, la Ley de Sociedades de Delaware son solo algunos ejemplos de normas que han ejercido una gran influencia más allá de sus fronteras. Por otro lado, es necesario que la norma o doctrina extranjera haya alcanzado un cierto nivel de madurez o desarrollo para que la misma pueda ser considerada como base para una codificación nacional. Un ejemplo de esto puede encontrarse en la implementación del derecho a la privacidad en Inglaterra en los años 70, cuando el Comité Younger recomendó no legislar sobre la materia puesto que las doctrinas sobre privacidad, sobre todos en el derecho angloamericano, no eran concisas sobre el contenido y límites del derecho a la privacidad.

La segunda tendencia, el uso del derecho extranjero por parte de las cortes, es mucho menos común, por cuanto la función jurisdiccional debe limitarse a aplicar la norma, no a crearla, al punto que algunos países en Suramérica explícitamente prohíben el uso del derecho extranjero, mientras que, en Europa, si bien no existe dicha prohibición, raramente se da esta práctica.²¹ A pesar de lo anterior, es posible encontrar casos en los que las cortes de diversos países utilizan el derecho extranjero en relaciones jurídicas eminentemente internas. Un claro ejemplo de esto se da en los países pertenecientes al *Commonwealth* británico donde los jueces en ocasiones harán referencia a decisiones de las cortes inglesas. En Argentina, la doctrina constitucional se encuentra fuertemente influenciada por las decisiones de los Estados Unidos.

El uso de derecho extranjero no es común en las cortes estadounidenses, al punto de que varios Jueces de la Suprema Corte se han pronunciado, ya sea mediante sentencia o por medio de entrevistas, en contra de la aplicación de decisiones extranjeras. Así, por ejemplo, durante las sesiones del Senado para el nombramiento del actual presidente de la Corte, John Roberts, surgió la pregunta sobre el rol de la ley extranjera en los Estados Unidos. En respuesta, el Juez Roberts señaló que las decisiones extranjeras no son vinculantes ante las cortes estadounidenses, ya que de lo contrario el juez podría encontrar lo que quiera consultando el derecho extranjero, sino en el derecho francés o italiano, en el derecho somalí o japonés.

No obstante, lo anterior, es posible encontrar referencias a decisiones extranjeras en casos excepcionales. En *Lawrence v. Texas*²², la Corte Suprema de los Estados Unidos, anulando su propio precedente, se basó parcialmente en jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para declarar inconstitucional

²⁰ SMITS, Jan M. "Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems" En: The Oxford Handbook of Comparative Law. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.) Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp.513-538.

²¹ SMITS, op. cit. p. 510.

²² 539 U.S. 558 (2003)

una ley del estado de Texas que establecía un tipo penal por relaciones sexuales homosexuales. Los Jueces Scalia y Thompson escribieron un salvamento de voto criticando, entre otras cosas, la aplicación de *modas o caprichos extranjeros* en Estados Unidos, y rechazando el concepto de una *comunidad global*.²³

El Derecho panameño

Panamá pertenece a la familia del sistema occidental, en particular del sistema continental europeo, caracterizada, entre otras cosas, por una delimitación clara de los derechos y deberes dentro de una determinada relación jurídica. Nuestro código civil sigue la línea del código francés, aunque inspirado el código español de 1889, en particular el libro tercero de obligaciones. Resulta interesante el hecho de que la comisión codificadora no parece haber sido influida por la tradición pandectistas del código civil alemán, a pesar de que el mismo ya habría cumplido más de una década de su entrada en vigor para cuando el código civil fue promulgado.

La distinción es importante si se toma en cuenta que estos dos estilos, el francés y el pandectista alemán, fueron redactados con dos tipos distintos de públicos en mente. Como parte del proyecto de reforma de Napoleón, el código buscaba impulsar la creación de la nación francesa. Bajo esa perspectiva, el Código Napoleónico buscaba, entre otras cosas, unificar las normas legales de viejo régimen. El resultado es un código que evita los tecnicismos y redactado de una manera simple y clara, con la visión de que los miembros de la naciente nación francesa pudieran consultarlo sin problemas y colocándolo junto a la biblia, o quizás reemplazándola.²⁴

Contrasta el estilo pandectista, tecnicista, lógico y racional en extremo, buscando siempre un análisis conceptual de las relaciones jurídicas al punto que en ciertas ocasiones puede perder de vista la realidad en la que se aplica el derecho.²⁵ Jhering en su satírico escrito “*In juristischen Begriffshimmel*” crítica el método alemán, puesto que el mismo está dirigido a un público especialista en derecho, ignorando el hecho de que la ley es utilizada por personas que no necesariamente tienen un entrenamiento legal.²⁶ Un ejemplo de la

²³ El Juez Antonín Scalia, como representante de la corriente del originalismo (*originalism*), fue uno de los más fervientes opositores a la aplicación del derecho extranjero en los Estados Unidos. Véase, por ejemplo: *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

²⁴ MERRYMAN, John H., PEREZ-PERDOMO, Rogelio, Op. cit. p.29.

²⁵ En específico, nos referimos a los principios de separación (*Trennungsprinzip*) y de abstracción (*Abstraktionsprinzip*). Bajo el primero, un acto jurídico puede crear obligaciones *in personam* y obligaciones *in rem*. Una compraventa, por ejemplo, crea la obligación de transferir la propiedad, pero la transferencia está condicionada a que el vendedor realice un nuevo acto jurídico. El principio de abstracción por su parte establece que estas obligaciones son independientes una de la otra, aunque provengan del mismo acto jurídico. Por consiguiente, la anulación del contrato de compraventa no implica la anulación de la transferencia de la propiedad, requiriéndose un nuevo acto jurídico para que la misma regrese al vendedor original.

²⁶ HART, L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1985. 265 p. ISBN: 0-19-825388-5.

influencia alemana en el estilo de redacción legal puede encontrarse en el código civil japonés, promulgado originalmente en 1896. El texto original, escrito en un japonés extremadamente técnico y en partes arcaico, fue conservado hasta 2005, cuando una reforma modernizó el lenguaje para hacerlo más accesible.

Lo anterior no significa que Panamá no reciba influencias de otros sistemas legales, tanto a nivel de textos legales, como de doctrina y jurisprudencia. Ejemplo claro son nuestras legislaciones en materia bancaria, comercial y marítima, que demuestran una naturaleza mucho más pragmática, característica del *common law* que otras ramas del derecho, aunque sin dejar a un lado la base continental europea. A pesar de las claras influencias del *common law* que podemos encontrar en nuestro derecho, no consideramos que Panamá pueda clasificarse como un sistema mixto puro, situación que, si se da en lugares como África del Sur o Escocia. Esto es por cuanto los sistemas mixtos puros requieren no solo reciben influencias en el derecho positivo y doctrinario, sino también en la implementación e incorporación de otras familias legales de manera directa. África del Sur, por ejemplo, integra los sistemas continentales europeo y el *common law*, sino que también reconoce la validez del derecho tribal, parte de la familia de derecho ctónico.²⁷

Las bases de la formación jurídica panameña

Los inicios del pensamiento jurídico patrio no resultan evidentes. Vargas Velarde hace un recuento sobre la formación jurídica nacional en donde nos revela como de 1904 hasta 1918 la educación legal fue un tanto *sui generis*.²⁸ Establecimientos como la “*escuela extraoficial de derecho*”, la *Facultad de Derecho del Colegio Universitario de Panamá* ofrecían un cierto nivel de formación académica y profesional. No es hasta la formación de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, dependiente de la Facultad Nacional de Derecho, que la educación jurídica nacional comienza a tomar un rumbo claro.

La Escuela de Derecho y Ciencias Políticas funcionó hasta 1930. Los profesores debían ser abogados de profesión, ejerciendo su cargo *ad honorem* por el periodo de un año. Este requisito influenciaría la formación de la tradición legal panameña en gran medida. A diferencia de otras latitudes, los profesores de derecho en nuestras universidades, o por lo menos en la Universidad de Panamá, cuentan con experiencia práctica y en algunos casos son abogados en ejercicio. Esto se traduce en que los estudiantes se benefician

²⁷ Panamá también reconoce en cierta medida el derecho indígena, en particular a las relaciones de familia. Sin embargo, el ámbito de aplicación se limita principalmente a las comarcas, por lo que no puede considerarse como parte del derecho panameño.

²⁸ VELARDE, Oscar Vargas Origen e itinerario de la formación jurídica en Panamá [en línea]. 2015. [Consulta: 31-05-2020]. Disponible en: <https://tribunaldecuentas.gob.pa/wp-content/uploads/2013/05/Origen-e-itinerario-de-la-formaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-en-Panam%C3%A1.-Mgdo.-Oscar-Vargas-Velarde1.pdf>

de una educación tanto teórica como práctica. Esta doble virtud de nuestro sistema de formación se ve reflejado también en el requisito de práctica profesional

Otro elemento importante que nos revela el Velarde en su recorrido histórico es la calidad del cuerpo docente, en particular la formación académica de los mismos. Originalmente, los cursos fueron impartidos por profesionales y académicos formados en universidades de América Latina y Europa, incluyendo Inglaterra. Posteriormente se incorporaron juristas extranjeros provenientes de Italia y Chile.

De 1931 a 1935, la educación jurídica paso por un periodo inestable. Sin embargo, con la fundación de la Universidad de Panamá y la facultad de derecho en 1936, retorna el rigor científico a la enseñanza de la doctrina jurídica. Nuevamente, los profesores encargados de los cursos fueron tanto profesionales como académicos, nacionales y extranjeros. Tenemos entonces profesores extranjeros, o nacionales formados en universidades de Colombia, Alemania, España, Suiza, Francia, Chile, Cuba, México, Estados Unidos e Inglaterra.

No pretendemos afirmar que la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá sea la única fuente de enseñanza jurídica en el país. Por el contrario, estamos seguros de que un estudio similar de otras universidades de prestigio revelaría un cuerpo docente igualmente capacitado a lo largo de los años. Para los efectos de este escrito, lo importante es resaltar la formación que recibe un estudiante en derecho, rica en vertientes y doctrinas extranjeras y de derecho comparado, que a su vez influyen el desarrollo de nuestra tradición legal. Por ende, es claro que uno de los elementos fundamentales de la tradición legal panameña es la internacionalidad de su educación, lo que se traduce en una mente abierta a las tendencias del derecho comparado, sin temor a la aplicación de doctrinas extranjeras ni tendientes a un nacionalismo legal, tan en boga en los últimos años.

El estilo legal panameño

Panamá, como muchos países de Latinoamérica, hereda esta preferencia por una redacción simple y de fácil lectura. Esto no se limita únicamente al estilo, sino que se eleva a nivel de norma legal mediante el artículo 10 del código civil, según el cual *“las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas”*, salvo en los casos en los que el legislador haya optado por darles un significado distinto. Exceptuando temas técnicos, el texto de una ley en nuestro país es redactado de manera que pueda ser consultado por los ciudadanos de manera simple, lo que no es necesariamente lo común en el derecho comparado

Nuestro sistema centralista, en conjunto con el tamaño de la geografía nacional, contribuyen a que la redacción de los textos legales sea uniforme, situación que no sucede en países federales, donde cada estado puede decidir utilizar términos sinónimos para referirse a un mismo fenómeno legal. Cabe destacar que, particularmente en leyes de vieja data como el código de comercio o el código civil hacen uso de términos que actualmente han cambiado de significado. Un ejemplo claro, lo encontramos en el artículo 34-D del código civil. El mismo define caso fortuito como *“acontecimiento de la naturaleza que no hayan podido ser previstos como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole”*. Actualmente, el diccionario de la Real Academia de la Lengua española define el término conflagración como *“perturbación repentina y violenta de pueblos o naciones”*. Sin embargo, cuando el código civil fue promulgado, conflagración hacía referencia a un *“incendio o fuego grande”*, aunque la academia señala que este significado ha caído en desuso.

Empero, estos casos, resulta la excepción. La accesibilidad del lenguaje que presentan nuestras normas legales contrasta con la redacción de los fallos en nuestros tribunales. No pretendemos enunciar que los escritos los jueces sufran de falencias en su estilo. Sin embargo, y a diferencia de la redacción de una norma a nivel nacional, los actos de los tribunales cuentan con un estilo propio, producto de la independencia que cada juez tiene en el cumplimiento de sus funciones. No podemos atribuir esto a alguna característica exclusiva a nuestro sistema, por el contrario, salvo países que cuentan con escuelas de entrenamiento judicial para formar a jueces de carrera, los escritos del juez son el reflejo de la personalidad de su despacho. Aun así, la personalidad que le imprimen los operadores de justicia a sus decisiones y escritos, sirven de guía práctica para los nuevos practicantes del derecho. Un estudiante durante su pasantía y un abogado que recién inicie su labor profesional se ven influenciados en su expresión escrita no solamente por sus colegas inmediatos dentro del despacho, sino que reciben una gran influencia de parte de los jueces frente a los que se desempeñen.

Las influencias doctrinales del derecho panameño

La característica fundamental de nuestro país radica en la disposición, tanto de juristas como del sistema en sí, de adoptar soluciones prácticas sin discriminación a su origen. Lastimosamente, Panamá no es un país exportador de doctrinas legales. No obstante, contamos con una rica tradición comparativa que como hemos visto puede encontrarse en los orígenes de la educación legal en nuestras universidades y que a su vez se traduce en la incorporación del derecho extranjero a nuestro pensamiento jurídico. Podemos señalar dos motivos claros de la influencia del derecho y doctrinas extranjeras en nuestro país. En primer lugar, nuestra

posición geográfica, elemento determinante de la identidad patria, ha influenciado no solamente el desarrollo económico del país, sino que también se extiende a al ámbito de nuestra tradición jurídica.

El segundo motivo puede encontrarse en la formación jurídica nacional. Como mencionamos anteriormente, la educación jurídica panameña, por lo menos en lo que a la Universidad Nacional se refiere, siempre ha hecho amplio uso de profesores formados en el extranjero para complementar el sistema de enseñanza. Adicionalmente, la influencia extranjera se ve fortalecida por la gran cantidad de profesionales y académicos que completan sus estudios de posgrado en el extranjero, al punto de que no resultado exagerado afirmar que nuestro país cuenta con representación de juristas que han sido educados en casi todos los continentes del planeta.

La influencia europea es evidente, algunos de los grandes juristas contemporáneos han cursado estudios en universidades francesas o españolas. La representación latinoamericana es quizás la más clara, producto tanto de la cercanía como del idioma en común que nos une, y una gran cantidad de profesionales y académicos acuden a universidades de Colombia, Chile o Argentina tanto para avanzar en sus estudios como para dictar clases, sin contar la gran cantidad de congresos y presentaciones académicas que tienen lugar en nuestro país. En menor medida, pero no menos importante, podemos encontrar influencias italianas, alemanas e inglesas. La educación jurídica en los Estados Unidos de América cuenta con un lugar especial en nuestro medio, siendo preferida por profesionales de la abogacía más que por académicos. Por último, algunos pocos académicos y profesionales han completado estudios de derecho en universidades asiáticas.

Visto lo anterior, surge la pregunta de la manera en la que nuestro sistema permite la importación e incorporación de doctrinas extranjeras. A manera de repaso, nuestro código civil en su artículo 13 expone claramente las reglas de interpretación cuando no exista una norma aplicable. Tenemos entonces que en el derecho panameño la analogía, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho y la costumbre, en tanto se ajuste a la moral cristiana, pueden ser utilizadas como fuente de derecho. Sobre este punto en particular David expresa que las fuentes de derecho formales no tienen el mismo rol dentro de los diversos sistemas jurídicos, poniendo como ejemplo el rol de las decisiones jurisdiccionales como fuente de derecho.

29

Las reglas generales del derecho permiten al juzgador restablecer un equilibrio ante una relación jurídica sobre la cual no existe una norma aplicable, ni directamente ni por analogía. La jurisprudencia de la Corte

²⁹ DAVID, Op. cit. p.14.

Suprema suele utilizar el término principios generales del derecho, mismos que pueden ser tanto generales como particulares. De esta manera encontramos que la Corte ha hecho referencia a principios generales aplicables a todas ramas del derecho como el *estoppel* o doctrina de los actos propios³⁰, así como principios que particulares, aplicables a una rama del derecho en particular, como puede ser el derecho procesal o derecho laboral.³¹

Un ejemplo claro, y ampliamente utilizado por la Corte, es la doctrina del abuso del derecho. A pesar de que nuestra legislación civil no desarrolla esta figura de manera expresa, la Corte desarrollado su aplicación dentro del derecho patrio en numerosos fallos. Así entonces, en la responsabilidad civil por abuso de derecho sigue las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual porque es necesario probar la culpa, el daño causado y el nexo causal entre ambos.³² En cuanto al primer elemento, la culpa, la Corte ha dejado sentado el criterio de que *“la conducta señalada se haya desplegado en un uso desmedido y exorbitante que conlleve la grave intencionalidad de perjudicar. En otras palabras, es necesario que se haya obrado con dolo y evidente mala fe”*³³

La influencia extranjera no se limita a escritos doctrinarios. No es raro que nuestra máxima corporación de justicia se apoye en jurisprudencia extranjera para justificar una determinada interpretación legal. Esta práctica se extiende también a los principios generales del derecho, llegando a utilizar jurisprudencia del Tribunal Supremo de España para desarrollar la figura del abuso de derecho arriba mencionada.³⁴

Quizás, el más importante uso que nuestro sistema judicial le ha dado a la doctrina extranjera puede encontrarse tras la invasión estadounidense de 1989. Como bien lo expone Hoyos, durante la dictadura militar el *“Órgano Judicial de Panamá carecía de verdadera independencia durante el régimen militar encabezado por el señor Noriega. Esto no sólo nos consta a los panameños sino también a los juristas extranjeros las importante”*.³⁵

³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 2003.

³¹ Artículo 5 del Código de Trabajo.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de diciembre de 1997.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 31 de octubre de 2014. Principios generales de derecho penal

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de julio de 2008. Reconociendo la existencia de un “abuso de derecho procesal”

³² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de julio de 1994.

³³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de diciembre de 2000.

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de febrero de 2000.

³⁵ HOYOS, Arturo. El Control Judicial y el Bloque de la Constitucionalidad en Panamá. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 1992. No. 75 pp.785 – 807.

Restablecido el orden constitucional, la Corte se ve en la necesidad de juzgar la constitucionalidad de ciertos actos del régimen dictatorial. Para hacer frente a este desafío, la Corte adopta, mediante sentencia de 30 de julio de 1990, la doctrina del Bloque de la Constitucionalidad (*Bloc de Constitutionnalité*), como manifestación del recobro de la independencia judicial mediante la ejecución efectiva del control de la constitucionalidad.³⁶ Esta doctrina, de origen francés y derivada del *bloc de la légalité*, propugna por la existencia de un conjunto de normas que, sin ser parte de la constitución propiamente, la complementan a tal punto que adquieren rango constitucional. Para el momento que la Corte incorpora esta doctrina al derecho patrio la misma ya estaba siendo aplicada, en mayor o menor medida, en Francia, España, e Italia.

En nuestro país se consideran como parte del Bloque de la Constitucionalidad: 1. La Constitución formal, 2. La Doctrina Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional, 3. La Costumbre Constitucional, 4. El Reglamento de la Asamblea Nacional de Diputados, 5. Las normas de la Constitución de 1946, sobre actos expedidos y que hayan surtido efecto durante su vigencia; y 6. El Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional. De esta manera la Corte, haciendo gala de la naturaleza comparativista que caracteriza nuestro país, adopta la doctrina, ya no a nivel de relaciones jurídicas particulares, sino como principio fundamental del régimen constitucional.

Cabe preguntarse si nuestro derecho es capaz de incorporar doctrinas de familias legales distintas al romano-germánico. Debemos señalar que no hacemos referencia al campo del Derecho Internacional Privado, y en particular a los conflictos de leyes. Varias normas permiten a nuestras cortes son perfectamente la aplicación la ley extranjera de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado. En efecto, ha de recordarse que la aplicación de las reglas generales del derecho es de carácter supletorio, ya que las mismas buscan cubrir un vacío legal producto de la inexistencia de una norma aplicable directamente o por analogía.

El caso que nos atiende implica la existencia de varias leyes aplicables, ni hace uso de los principios para resolver conflictos de jurisdicciones ni de leyes. El juez del foro es el juez panameño, y la ley aplicable es la normativa patria, aun cuando se trate de un negocio jurídico de carácter internacional. Esto implica que tampoco nos referimos a la aplicación de un orden público atenuado, por cuanto el juez panameño no busca darles validez a actos perfeccionados bajo el amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. El caso en particular que nos atañe es la existencia de un vacío en las reglas de interpretación, ya sea por silencio de la ley o por falta de desarrollo jurisprudencial, y en el cual el juzgador hace uso de teorías, doctrinas y en algunos casos jurisprudencia extranjera ya sea para interpretar la norma panameña o para complementarla.

³⁶ *Ibidem*, p. 790.

En el caso de la aplicación del derecho extranjero bajo los principios del Derecho Internacional Privado, no existe tal vacío por cuanto el juzgador puede y debe apoyarse en el texto y la interpretación de la ley extranjera, limitada siempre por el orden público nacional.

Hecha la aclaración, podemos encontrar algunos casos donde la Corte ha utilizado principios del derecho anglosajón al momento de resolver controversias, principalmente en el ámbito comercial, particularmente en el derecho marítimo. Así, por ejemplo, las cortes reconocen la influencia del derecho anglosajón en nuestra normativa marítima, recurriendo a doctrinas inglesas para interpretar preceptos del Código de Comercio³⁷. De igual manera, nuestras cortes suelen recurrir a los principios del derecho inglés al momento de interpretar un contrato de seguro marítimo.³⁸ También ha reconocido la influencia del derecho anglosajón en el derecho cambiario en nuestro país.³⁹

Sin embargo, en la medida en nos apartamos de materias comerciales, la influencia del derecho anglosajón disminuye, sin que esto implique su total desaparición. De esta manera, la se ha invocado la doctrina anglosajona para profundizar el análisis de cláusulas de arbitraje.⁴⁰ Adicionalmente, nuestra máxima corporación de justicia ha utilizado el derecho inglés como punto de partida para analizar la aplicación del Principio de Confianza Legítima en materia administrativa.⁴¹ Inclusive, doctrinas anglosajonas han sido utilizadas para fortalecer el razonamiento en casos de responsabilidad extracontractual por daños.⁴² No obstante los casos mencionados, la Corte se ha negado a utilizar figuras del derecho anglosajón como el amparo de pronto despacho (*writ of mandamus*) por su incompatibilidad al régimen jurídico nacional.⁴³

Conclusiones

Los ejemplos presentados son solo parte del panorama comparativista que caracteriza el sistema legal panameño. Los orígenes de esta tradición se remontan a los primeros ejemplos de educación jurídica nacional, la cual encontró un gran apoyo tanto en la doctrina como en los profesionales extranjeros. Adicionalmente, nuestro medio ha optado por una sinergia con doctrinas y normas extranjeras, ya sea

³⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de septiembre de 2002.

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 1997.

Sentencia la Corte Suprema de Justicia de 20 de julio de 2000.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 29 de agosto de 2003.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de diciembre de 2011.

⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de junio 2013.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de febrero de 2000.

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de mayo de 1995. Curiosamente, la Corte recurre a normas argentinas para analizar el concepto de mora administrativa.

mediante su introducción a nivel de texto legal o por medio de la jurisprudencia bajo la figura de los principios generales del derecho o la interpretación de normas nacionales.

A diferencia de otras latitudes, tanto doctrinarios como profesionales del derecho hacen amplio uso de la doctrina extranjera para reforzar sus argumentos al momento de abordar un caso en concreto. Esto sin considerar la gran cantidad de costumbres y usos comerciales que, por ser parte de la plaza, se encuentran incorporados de manera indirecta a nuestra legislación. La ola de nacionalismo jurídico presente en países como Estados Unidos no ha alcanzado nuestro país, y en base a nuestra larga tradición jurídica no prevemos que esta situación se dé un futuro cercano.

La tradición jurídica panameña es una flexibilidad y adaptabilidad, de recepción e incorporación de nuevas ideas, un verdadero panteón politeísta de principios jurídicos, que se conjugan para formar un todo capaz al mismo tiempo de afrontar los retos del comercio mundial y conservar una identidad propia que, aunque difícil de apreciar en ocasiones, se refleja tanto en la doctrina como en la práctica de los tribunales.

Bibliografía

AZCARÁTE, Gumersindo de. Ensayo de una Introducción al Estudio de la Legislación Comparada y Programa de esta Asignatura, Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1874

CURRAN, Vivian Grosswald. "Comparative Law and Language" En: The Oxford Handbook of Comparative Law. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.) Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp.675-707

DAVID, Rene and BRIERLEY, John E. C. Major Legal Systems in the World Today. 3ª ed. Londres : Stevens & Sons, 1985. 18p. ISBN 0-420-47340-8

ESMEIN, Adhémar. Le Droit Comparé et l'enseignement du Droit, Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger, 1900. Vol. 24, p. 489-498

GLASSON, Ernest. Le Mariage Civil et le Divorce dans l'antiquité et dans les Principales Législations Modernes de l'Europe : Étude de Législation Comparée Précédée d'un Aperçu sur les Origines du Droit Civil Moderne. 2^{da} ed. Paris: Durand et Pedone-Lauriel 1880

GLENN, H. Patrick. Legal Traditions of the World. Oxford: Oxford University Press, 2014. 6 p. ISBN 978-0-19-958080-4

HART, L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1985. 265 p. ISBN:0-19-825388-5

HOYOS, Arturo. El Control Judicial y el Bloque de la Constitucionalidad en Panamá. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 1992. No. 75 pp.785 – 807

MERRYMAN, John H., PEREZ-PERDOMO, Rogelio. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 2007. 2 p. ISBN 978-0-80-475569-6

OLIVEIRA, Candido Luiz Maria de. Curso de Legislação Comparada. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos 1903

PARGENDLER, Mariana. The Rise and Decline of Legal Families. American Journal of Comparative Law. 2012. Vol. 60, no. 4, p. 1043–1074. DOI 10.5131/ajcl.2012.0010

SAUSER-HALL, George. Fonction et Méthode du Droit Comparé : Leçon Inaugurale, Michigan : Kündig 1913

SMITS, Jan M. “Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems” En: The Oxford Handbook of Comparative Law. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.) Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp.513-538

VELARDE, Oscar Vargas Origen e itinerario de la formación jurídica en Panamá [en línea]. 2015. [Consulta: 31-05-2020]. Disponible en: <https://tribunaldecuentas.gob.pa/wp-content/uploads/2013/05/Origen-e-itinerario-de-la-formaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-en-Panam%C3%A1.-Mgdo.-Oscar-Vargas-Velarde1.pdf>

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. An Introduction to Comparative Law. Weir, Tony (trad.) 3ª ed. Oxford University Press 1998

Jurisprudencia

Estados Unidos

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005), Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002)

Panamá

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de Julio de 1994

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 1997

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de diciembre de 1997

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de febrero de 2000

Sentencia la Corte Suprema de Justicia de 20 de Julio de 2000

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de diciembre de 2000

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de septiembre de 2002

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 2003

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 29 de agosto de 2003

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de Julio de 2008

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de diciembre de 2011

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de junio 2013

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 31 de octubre de 2014

Repercusiones de la pandemia causada por Sars-Cov-2 y sus variantes en la legislación de fusiones y adquisiciones en el Reino Unido y Panamá, así como la relevancia de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza en el contexto corporativo de la nueva normalidad

Juan Armengol

Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá

argolcliente@gmail.com

Recepción: 20 de noviembre de 2020

Aceptación: 30 de noviembre de 2020

Resumen

El SARS-CoV-2 y sus variaciones han estimulado significativamente cambios en la legislación que regula los procesos de fusiones y adquisiciones en el Reino Unido (UK). Este artículo analiza los aspectos legales del cambio adverso material (MAC), así como su uso en fusiones y adquisiciones y la nueva legislación creada para resistir cualquier efecto adverso de la pandemia en las operaciones de reestructuración corporativa en el Reino Unido. Adicionalmente, este artículo aborda la posibilidad de desarrollar un nuevo marco legal que regule los procesos de fusiones y adquisiciones en Panamá. Examina el marco legal actual que regula el tema de los criterios ESG en el contexto comercial en el Reino Unido y Panamá. Por último, el artículo expone la necesidad de que Panamá emule la visión y las acciones legales progresistas del Reino Unido. Finalmente, concluye con la importancia de la debida diligencia ESG y el cumplimiento por parte de la empresa objetivo. Estos criterios ESG son elementos centrales para la creación de valor en los procesos de fusiones y adquisiciones.

Palabras clave: activos, Banco de la Reserva Federal de Nueva York, COVID-19, cambio climático, cambio adverso material(MAC), cisne negro, clasificación MSCI ESG, Consejo Empresarial Internacional (IBC), criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG), contextus, debida diligencia ESG, debida diligencia ESG para la gestión de riesgo, Consejo de Estabilidad Financiera (FSB), Grupo de Trabajo sobre divulgación de información financiera relacionada con el clima (TCFD), Fusiones y Adquisiciones(M&A), gestión de riesgos, Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad (GSSB), Junta de Normas de Contabilidad de Sostenibilidad (SASB), ofertas Zombie, podcast, SARS-CoV2.

Índice

Introducción. I. La influencia del SARS-COV-2 y sus variaciones en la legislación que regula los procesos de fusiones y adquisiciones (M&A). II. Legislación sobre fusiones y adquisiciones (M&A) resultantes de la pandemia causada por SARS-COV-2 y sus variantes. III. La relevancia de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en el contexto corporativo de la nueva realidad. Conclusión. Referencias.

Introducción

Este artículo medirá el impacto de la pandemia del SARS-CoV-2 en el contextus de las fusiones y adquisiciones. Asimismo, explorará el concepto de Cambio Adverso Material (MAC) en el Reino Unido (UK) y su uso en procesos de reestructuración empresarial. Además, se analizará la nueva legislación sobre

fusiones y adquisiciones en el Reino Unido. Se estudiarán las evidencias de la necesidad de concebir dicha legislación en la República de Panamá. Para concluir, se evaluará una nueva forma de realizar la debida diligencia y la importancia de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en los procesos de fusiones y adquisiciones en función de la nueva realidad.

Según el Dr. Nassim Nicholas Taleb, el SARS-CoV-2 y sus variaciones son un "cisne negro"¹ (un evento difícil de predecir pero predecible retrospectivamente). Como tal, las partes actualmente inmersas en un proceso de reestructuración corporativa que tiene discrepancias legales como resultado de la pandemia causada por el SARS-CoV-2 (la pandemia) tienen pocas opciones con respecto al uso de principios legales como lo son el caso fortuito y la fuerza mayor.

I. La influencia del SARS-COV-2 y sus variaciones en la legislación que regula los procesos de fusiones y adquisiciones (M&A)

Reino Unido

A. Cambio adverso material (MAC) en fusiones y adquisiciones

Antes de continuar, es importante definir primero qué es una "cláusula de cambio material adverso". Esta cláusula se utiliza en el Reino Unido en procesos de fusiones y adquisiciones. Sus orígenes en la literatura académica se evidencian desde aproximadamente 1940². La cláusula de cambio adverso material (cláusula MAC) se introduce en ciertas fusiones y adquisiciones. Es esencialmente un mecanismo de transferencia de riesgo entre las partes, que protege al comprador al otorgarle el derecho a abandonar la transacción antes de su finalización. En las fusiones y adquisiciones públicas, la incorporación de la cláusula MAC ha sido, y muy probablemente seguirá siendo, una práctica común cuando el comprador hace una oferta por la empresa objetivo³. Sin embargo, aunque la cláusula MAC no se usó comúnmente en adquisiciones privadas en el Reino Unido, se anticipa que su inclusión se convertirá en una tendencia creciente en adquisiciones privadas debido a la incertidumbre económica causada por la pandemia.

¹ Taleb, N, N. (Anfitrión). Taleb, N, N. (Productor). (2008). Cisne Negro [Video podcast]. FORA.tv.

<https://longnow.org/>

² Schwartz, A.(2010) at 813 refiriendo a Fuld, J. 'Algunos Aspectos Prácticos de la Fusión' (1947) 60 Harvard Revisión de la ley 1092.

³ Cicarella, J. "Despertar de La Muerte: cómo el estándar MAC actual evita el propósito de la cláusula MAC" (2007) 57 (2) Case Western Reserve Law Review en 423-424. Ver también, Manns, J. y Anderson, R. IV, 'El Mito del Acuerdo de Fusión' (2013) 98 Cornell Revisión de Ley en 1143, 1153; Miller, R. 'La Economía del Riesgo de Acuerdos': Asignación de riesgo a través de cláusulas MAC en el acuerdo de combinación de negocios' (2009) 50 William and Mary Law Review 2007 en 2012.

Como explica el Dr. Timothy Galpin, profesor titular de la Escuela de Negocios Saïd, las fusiones y adquisiciones que comenzaron antes de la pandemia han quedado atrapadas entre la etapa de firma y el cierre de la transacción y, por lo tanto, se han transformado en “ofertas zombies” que caen en un limbo.⁴ El autor de este artículo sostiene que, aunque la cláusula MAC puede parecer la llave maestra que abre todas las cerraduras y distribuye el riesgo entre las partes interesadas, en la práctica, el comprador que pretenda invocar la cláusula MAC debe tener en cuenta que los tribunales ingleses no serán fáciles de convencer. La carga de la prueba debe ser abundante, no solo limitada a la situación financiera de la empresa objetivo. El comprador debe probar el vínculo causal entre cambio y adversidad. Esto significa que es de suma importancia demostrar que el cambio citado efectivamente ha producido adversidad. Sobre todo, el comprador debe demostrar que la empresa objetivo ha sufrido la adversidad durante un período prolongado. Este último punto es de especial interés y se desarrollará en la sección B de este documento.

En el Reino Unido, la terminación de los procesos públicos de reestructuración corporativa se rige de acuerdo con las disposiciones del Código de adquisición de la ciudad (el "Código"), que estipula las limitaciones circunstanciales mediante las cuales el oferente puede solicitar la terminación de las fusiones o adquisiciones. Los motivos para invocar la terminación de la transacción deben ser de "importancia material" para el oferente. Asimismo, cabe mencionar que el Panel de Adquisición (el Panel) es reacio a permitir que los postores se adhieran a la cláusula MAC, excepto en circunstancias extraordinarias. Para aclarar, el autor de este documento cita el Código de Adquisición de la Ciudad, Regla 13. CONDICIONES PREVIAS EN ANUNCIOS DE OFERTA FIRME Y CONDICIONES DE OFERTA. 13.5 (CONDICIONES DE INVOCACIÓN Y CONDICIONES PREVIAS):

“(a) Un oferente solo podrá invocar una condición o condición previa para que la oferta no proceda, caduque o se retire con el consentimiento del Panel. El anuncio de oferta en firme y el documento de oferta deben incorporar un lenguaje que refleje adecuadamente este requisito. Normalmente, el Panel sólo dará su consentimiento si las circunstancias que dan lugar al derecho a invocar la condición o condición previa son de importancia material para el oferente en el contexto de la oferta. Esto será juzgado por referencia a los hechos de cada caso en el momento en que surjan las circunstancias relevantes.

(b) Lo siguiente no estará sujeto a la Regla 13.5 (a):

(i) la condición de aceptación (ver Reglas 9.3 y 10.1);

(ii) una condición relativa a la aprobación de un plan de acuerdo por los accionistas de la sociedad oferente o a la sanción del régimen por el órgano jurisdiccional;

(iii) cuando el oferente proponga financiar la contraprestación en efectivo mediante la emisión de nuevos valores, una condición requerida por la Regla 13.4 (b);

⁴ Tufano, P (Anfitrión). (2020-presente) Liderazgo en tiempos extraordinarios / La remodelación del mercado de fusiones y adquisiciones. [Podcast de audio]. Universidad de Oxford, Escuela de Negocios Saïd. <https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/reshaping-mergers-and-acquisitions-market-0>

(iv) cuando se ofrezcan valores como contraprestación, una condición necesaria para dar efecto a un requisito legal o reglamentario relacionado con la emisión, cotización y / o admisión a negociación de esos valores (véase la Nota sobre la Regla 13.4);

(v) una condición requerida para dar efecto a un requisito legal o reglamentario, o un requisito de los estatutos del oferente (o equivalente), para que los accionistas del oferente aprueben la implementación de la oferta;

(vi) un término relacionado con la fecha de finalización prolongada de una oferta contractual (pero consulte los requisitos separados de las Reglas 12.1 y 12.2);

(vii) una condición relacionada con una fecha de finalización prolongada de un esquema de arreglo o una fecha específica para la cual deben celebrarse las juntas de accionistas o la audiencia de sanción judicial (véanse las Secciones 3 (b) y (c) del Apéndice 7 y también los requisitos separados de la Sección 3 (g) del Apéndice 7); y

(viii) cualquier otra condición o condición previa que el Panel haya acordado no estará sujeta a la Regla 13.5 (a) en las circunstancias particulares.

(c) El anuncio de oferta en firme y el documento de oferta deben indicar qué condiciones y, en el caso de un anuncio de oferta en firme, las condiciones previas no están sujetas a la Regla 13.5 (a).

(d) El anuncio de oferta en firme y el documento de oferta deben indicar que cualquier condición o, en el caso de un anuncio de oferta en firme, la condición previa sujeta a la Regla 13.5.a) podrá ser renunciada por el oferente.⁵

B. Jurisprudencia sobre cambio adverso material (MAC) relacionados con la situación financiera

Sirva como ejemplo el caso [2013] EWHC 1039 (Comm), presentado en El Tribunal Superior de Justicia División de la Sala de la Reina Tribunal Comercial. Tribunales de Justicia Strand, Londres, WC2A 2LL⁶. La disputa se origina entre Grupo Hotelero Urvasco S.A. ("GHU"), empresa española dedicada a la industria hotelera, y Carey Value Added, S.L. ("Carey"), cuyas inversiones están centralizadas en la industria hotelera. Es importante señalar que Carey tuvo reconvencción y presentó una denuncia contra Grupo Urvasco S.A. ("GU") como garante. GHU era el prestatario y Carey el prestamista. GU fue el garante. El proyecto era para el desarrollo de un hotel y apartamentos en el antiguo edificio Marconi, que se encuentra en la esquina de Aldwych y Strand en el centro de Londres.

La disputa entre GHU y Carey surgió porque la materialización del proyecto de hotel y apartamentos se llevó a cabo a nombre de Urvasco Ltd, filial inglesa de GHU y cuya posición en el proyecto era la de desarrollador. En 2007, GHU enfrentó dificultades para aumentar la financiación bancaria. Se firmaron varios acuerdos entre GHU y Carey, y en caso de que estos acuerdos siguieran su curso, Carey adquiriría la

⁵ El Panel de Adquisiciones del Reino Unido, "El Código de la Ciudad sobre Adquisiciones y Fusiones" Regla 13.5. (INVOCACIÓN DE CONDICIONES Y CONDICIONES PREVIAS). <<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=7Nov2019>>

⁶ EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA TRIBUNAL COMERCIAL DE LA DIVISIÓN DE BANCO DE LA REINA. Tribunales Reales de Justicia Strand, Londres, WC2A 2LL. (2013, abril). Decisiones del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Tribunal de Comercio) ([2013] EWHC 1039 (Comm)). Decisiones del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Tribunal Comercial). <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2013/1039.html>

propiedad bajo un Acuerdo de Compra de Acciones sujeto a un arrendamiento posterior a GHU con una opción de recompra siete años después. GHU reclamó daños por £ 71.38M ya que, argumentó, que, si no se hubiera detenido la financiación del contrato de préstamo, el proyecto de hotel y vivienda se habría materializado de acuerdo con lo acordado. Sin embargo, Carey respondió que no incumplió porque no tenía la obligación de seguir prestando dinero. GHU no cumplió con las condiciones del contrato de préstamo y Carey reclamó a GHU la suma de 55,4 millones de euros a pagar por adelantado en función del acuerdo de préstamo con GU que está en garantía.

Sin lugar a duda, dados los montos monetarios y la complejidad de este caso, El Tribunal Superior de Justicia División de la Sala de la Reina Tribunal Comercial, tuvo la complicada tarea de administrar justicia una vez analizadas todas las pruebas. Además, Carey no pudo evidenciar un cambio adverso material derivado de la situación financiera de GHU. Sin embargo, Carey logró demostrar que se había producido un cambio adverso material en la situación financiera de GU, el garante. Sin embargo, GU no presentó dicha reclamación en virtud de la condición financiera en la fecha en que GHU se retiró. En consecuencia, El Tribunal Superior de Justicia División de la Sala de la Reina Tribunal Comercial, dictaminó que no se había producido ningún cambio material adverso, pero Carey pudo dilucidar que se había producido un evento separado de incumplimiento.

La sentencia en este caso aclara que se puede argumentar un cambio adverso material en función de la situación financiera de una empresa. La columna vertebral del elemento probatorio para demostrar esta condición se basa en la situación financiera de la empresa específicamente en el período relevante para el caso. Sin embargo, en esta ocasión fue posible extender el plazo. De esta manera, de ser apropiado, se podrían incluir otras pruebas para ayudar a fortalecer la posición de la parte que pretende probar el cambio material adverso. Es importante señalar que la posición del tribunal se basó claramente en el hecho de que el cambio adverso no puede ocurrir temporalmente. El autor de este artículo cree que esto sienta un precedente para los casos que surgen ahora, durante la pandemia.

II. Legislación sobre fusiones y adquisiciones (M&A) resultantes de la pandemia causada por SARS-COV-2 y sus variantes

Reino Unido

La Ley de Empresas de 2002 se actualizó mediante la Orden 2020⁷ con la inclusión de la Sección adicional 58, Artículo 2. La sección adicional estipula las consideraciones de interés público ("capacidad para combatir y mitigar los efectos de las emergencias de salud pública"). Además, el Secretario de Estado tiene el derecho de emitir un "Aviso de Intervención de Interés Público" ("PIIN") en estos casos la Autoridad de

⁷ Parlamento del Reino Unido. (2020, 23 de junio). La Ley de Empresas de 2002 (Especificación de la consideración adicional del artículo 58) Orden de 2020 y entrará en vigor el día siguiente al día en que se presente ante el Parlamento. Legislación Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/627/contents/made>

Competencia y Mercados ("CMA") tiene instrucciones para iniciar el proceso de una investigación sobre una situación de fusión relevante. A su vez, esto transfiere el control de la revisión de la fusión al Secretario de Estado, quien luego tiene la autoridad para bloquear la situación de fusión relevante y / o imponer compromisos y soluciones.

La Orden de 2020 de la Ley de Empresas de 2002 (Participación de la oferta) (Enmienda)⁸ enmienda la sección 23A. De la Ley de Empresas de 2002, incluyendo sectores relevantes adicionales y limitando el ámbito de acción. Los tres sectores agregados son inteligencia artificial, tecnología de autenticación criptográfica y materiales avanzados. Es fundamental resaltar que esta enmienda contempla el desarrollo, suministro e investigación de los bienes que se encuentran dentro de los epígrafes delimitados. Por otro lado, en el caso de materiales avanzados, también incluye tener propiedad intelectual y suministrar o compartir conocimientos sobre cualquier material que se utilice en el proceso de producción o fabricación de materiales avanzados.

El autor de este trabajo sostiene que estas enmiendas evidencian las acciones de un gobierno que adapta rápidamente su legislación siguiendo los requerimientos de los tiempos, con claridad en la visión de futuro, velando siempre por la protección de la salud y seguridad del país, como así como de cada uno de sus ciudadanos.

Panamá

A. La aplicación del caso fortuito y fuerza mayor como instrumentos legales para atender el COVID-19 y sus variantes en procesos de fusiones y adquisiciones (M&A)

Lamentablemente, Panamá no ha actualizado la legislación sobre fusiones y adquisiciones antes o durante la pandemia, y las corporaciones que iniciaron el proceso de fusión o adquisición antes de la pandemia se encuentran en una situación precaria debido a la falta de legislación que ayude a aclarar posibles controversias.

Si la empresa interesada no desea continuar con la fusión o adquisición debido a que la empresa objetivo se ha visto afectada negativamente por la pandemia, es posible que se enfrenten a graves dificultades legales, ya que no existe una legislación que atienda los problemas derivados de la pandemia. Desde que comenzó la pandemia, el gobierno panameño a veces ha cerrado sectores enteros de la economía y en ocasiones ha impuesto restricciones a sectores enteros de la economía. Obviamente, los cierres y las restricciones han

⁸ Parlamento del Reino Unido. (2020, 23 de junio). Ley de empresas de 2002 (Cuota de Suministro) (Enmienda) Orden de 2020. Legislation.Gov.Uk.
<https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348208795/article/2>

hecho que sea increíblemente difícil, si no imposible, generar ventas. La situación financiera de muchas empresas objetivo se ha visto comprometida, devaluando las empresas y poniendo en riesgo la fusión o adquisición. Uno de los pocos mecanismos legales actuales a los que podría recurrir la empresa interesada para apelar la terminación de la fusión o adquisición en Panamá es el caso fortuito. El caso fortuito se define en el Código Civil de Panamá, artículo 34-D (Modificado por el artículo 1 de la Ley 7 de 27 de enero de 1961⁹, publicada en la Gaceta Oficial 14.318 del 27 de enero de 1961) como:

"Es un caso fortuito, el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole".

Como se estipula claramente en el Código Civil, un caso fortuito debe ser un evento natural imprevisto. El incidente que ocurrió en Wuhan, Provincia de Hubei, el supuesto epicentro del SARS-CoV-2, fue imprevisto.

Teniendo esto en cuenta, veamos ahora el problema desde la perspectiva de la empresa objetivo, inmersa en el proceso de fusión o adquisición hoy, durante la pandemia. Un escenario común es que las restricciones sanitarias impuestas por el gobierno de Panamá para contener el SARS-CoV-2 han comprometido las operaciones y el bienestar financiero de la empresa objetivo. Como tal, la empresa interesada puede querer rescindir o al menos renegociar la fusión o adquisición. Sin embargo, existe un mecanismo de defensa legal que la empresa objetivo podría citar. El artículo 34-D también aborda la fuerza mayor. Estipula:

"Fuerza mayor es la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos".

El autor de este artículo sostiene que las restricciones sanitarias del gobierno son actos de autoridad imposibles de resistir. Está claro que la fuerza mayor puede aplicarse como un argumento legal válido a favor de la empresa objetivo si la empresa interesada desea retirarse del acuerdo de fusión o adquisición. Sin embargo, así como los tribunales ingleses pueden ser difíciles de convencer, la fuerza mayor citada en un tribunal panameño puede no ser la fórmula mágica, por así decirlo, que evitará el retiro de la empresa interesada.

⁹ Ley 7 de 27 de enero de 1961. POR LA CUAL SE SUBROGAN DISPOSICIONES DEL PRIMER LIBRO DEL CÓDIGO CIVIL. (1961, enero). República de Panamá, Asamblea Nacional.
<https://panama.justia.com/federales/leyes/7-de-1961-jan-27-1961/gdoc/>

Este es un tema que genera opiniones jurídicas contradictorias, y es de esperar que en los próximos años haya un número abundante de decisiones judiciales que sin duda serán objeto de estudio.

El Código Civil ofrece a la empresa objetivo la oportunidad de citar caso de fuerza mayor, lo que justifica las pérdidas económicas y, a su vez, tratar de disuadir a la empresa interesada de retirarse del trato. Sin embargo, el Código Civil también ofrece a la empresa interesada la oportunidad de citar caso fortuito y por lo tanto retirarse del proceso de fusión o adquisición. Existe un dilema legal, cuya solución no es nada fácil si no se actualiza la legislación.

Para superar tal ambigüedad en la legislación panameña, el autor del artículo aboga por el reconocimiento del principio de cambio adverso material y a su vez la adopción de cláusulas MAC como protección legal para la empresa interesada.

En consecuencia, el autor de este documento también cree que, si se redacta una nueva legislación sobre fusiones y adquisiciones, se debe exigir evidencia suficiente para respaldar las condiciones del cambio adverso material.

III. La relevancia de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en el contexto corporativo de la nueva realidad.

Reino Unido

A. Legislación ESG

Actualmente, la legislación que regula el tema de los criterios ESG en el contexto comercial no está unificada en un solo cuerpo legal. Para aclarar, es importante comenzar con el Código de Gobierno Corporativo del Reino Unido 2018 (UKCGC)¹⁰, que contiene los estándares de gobierno corporativo para el éxito sostenible a largo plazo, donde se promueve esencialmente la integridad y la transparencia en la esfera comercial. Tiene 18 principios de buen gobierno y 41 provisiones. Incluye factores como Board Leadership and Company Purpose, Division of Responsibilities, Composición, Sucesión y Evaluación, Auditoría, Riesgo y Control Interno, y Remuneración¹¹.

¹⁰ Consejo de Información Financiera. (Julio de 2018). EL CÓDIGO DE GOBIERNO CORPORATIVO DEL REINO UNIDO. <https://www.Frc.Org.Uk/>. <https://www.frc.org.uk/directors/corporate-governance-and-stewardship/uk-corporate-governance-code>

¹¹ Ídem.

El autor de este artículo afirma que el espíritu del UKCGC, además de prácticas saludables de gobierno corporativo, se enfoca en las relaciones positivas entre accionistas y participantes, lo que ejemplifica la excelencia y crea una cultura corporativa que produce sinergias positivas con las estrategias de las corporaciones para crear valor a largo plazo. En consecuencia, en este código se promueve la diversidad, la sucesión y la adecuada retribución. En definitiva, se puede decir que el UKCGC representa una fuente de inspiración legal para otras jurisdicciones como Panamá que, luego de adecuar los parámetros establecidos en este código a la realidad jurídica local e implementar lo consagrado en virtud de prácticas corporativas de excelencia, gozaría de un mayor volumen de inversión extranjera.

Por otro lado, en la Ley de Sociedades de 2006, sección 172¹² estipula lo siguiente:

“Deber de promover el éxito de la empresa

(1) El director de una empresa debe actuar de la manera que considere, de buena fe, que tendría más probabilidades de promover el éxito de la empresa en beneficio de sus miembros en su conjunto, y al hacerlo, tener en cuenta (entre otros asuntos) a—

- (a) las probables consecuencias de cualquier decisión a largo plazo,*
- (b) los intereses de los empleados de la empresa,*
- (c) la necesidad de fomentar las relaciones comerciales de la empresa con proveedores, clientes y otros,*
- (d) el impacto de las operaciones de la empresa en la comunidad y el medio ambiente,*
- (e) la conveniencia que la empresa mantenga una reputación de altos estándares de conducta empresarial, y*
- (f) la necesidad de actuar con equidad entre los miembros de la empresa”.*

El autor de este trabajo cree que este extracto legal se enmarca en el concepto ESG ya que el legislador inglés supo demostrar cómo debe comportarse el director de una empresa, siendo consciente que sus acciones deben ser de buena fe y ser vistas desde una perspectiva de a largo plazo. La toma de decisiones debe trascender el enfoque tradicional de maximización de utilidades y control de costes. Vemos que el espectro referente a la toma de decisiones de los directores es bastante amplio y cubre situaciones que van desde los intereses de los empleados de la empresa hasta el impacto que las operaciones de la empresa tienen en la comunidad y el medio ambiente.

La Ley de Cambio Climático de 2008¹³ establece que es deber del Secretario de Estado reducir los siguientes gases de efecto invernadero: dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonos, perfluorocarbonos y hexafluoruro de azufre. Se debe alcanzar una reducción del 80% en los niveles a partir de 1990 para 2050. De manera similar, es relevante resaltar que en 2019, a través de la Ley de Cambio

¹² Parlamento del Reino Unido. (2021, 20 de septiembre). Ley de Sociedades de 2006. Sección 172. Legislación. Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/172>

¹³ Parlamento del Reino Unido. (2008, 26 de noviembre). Ley de Cambio Climático de 2008. Legislación. Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/en/ukpga/2008/27/contents>

Climático de 2008 (Enmienda de la Meta de 2050) Orden 2019, No 1056, el Reino Unido se convirtió en la primera gran economía del mundo en aprobar una ley para detener el calentamiento global para 2050. El ambicioso objetivo es llevar las emisiones de gases de efecto invernadero del Reino Unido a cero- neto para el 2050¹⁴.

El autor de este artículo cree que lo que se indica en esta sección muestra la voluntad del gobierno del Reino Unido, de tener una legislación que cubra el tema de los criterios ESG en el contexto empresarial. Si bien actualmente la legislación no está unificada en un solo cuerpo legal (hecho que seguramente se corregirá en los próximos años), las empresas tienen en la actualidad una hoja de ruta clara sobre cuál debe ser el desarrollo de su actividad comercial en materia de ESG en la era de la nueva normalidad causada por el SARS-CoV-2 y sus variaciones.

Panamá

Panamá no cuenta actualmente con una legislación que unifique los temas de los criterios ESG en un contexto comercial. Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que existe una legislación que regula puntos específicos de los criterios ESG.

El Acuerdo No. 12-2003 de 11 de noviembre de 2003¹⁵ establece las guías y principios de buen gobierno corporativo de las sociedades registradas en la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia del Mercado de Valores. A través de esta norma, las sociedades registradas logran equilibrio, transparencia y representación de todos los grupos de accionistas en el poder directivo, control y gestión de las sociedades, divulgación de información y asignación de responsabilidades claras bajo el principio de autonomía que la ley otorga a las sociedades con el objetivo de lograr eficiencia y responsabilidad. De igual forma, este marco legal exige sistemas de control interno que permitan la ejecución de medidas de desempeño de las políticas y objetivos comerciales, un sistema de contabilidad y la presentación de informes gestionados de manera confiable¹⁶.

Vemos a través de estas líneas previamente expresadas que existen regulaciones para orientar a las personas jurídicas registradas en la Superintendencia de Valores de la República de Panamá a adoptar prácticas

¹⁴ Parlamento del Reino Unido. (2019, 27 de junio). Ley de Cambio Climático de 2008 (Enmienda de la Meta 2050) Orden 2019. Legislación. Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/9780111187654/note>

¹⁵ República de Panamá, Superintendencia del Mercado de Valores. (2003, 11 de noviembre). Acuerdo No. 12-2003 de 11 de noviembre de 2003. Superintendencia del Mercado de Valores. <https://supervalores.gob.pa/download/acuerdo-12-2003/#:~:text=Por%20el%20cual%20se%20recomiendan,se%20modifican%20los%20Acuerdos%20No.>

¹⁶ Ídem.

saludables de gobierno corporativo, lo que asegura a los inversionistas que la empresa se conduce de manera transparente.

ACUERDO No. 005,2011 (de 20 de septiembre de 2011) de la Superintendencia de Bancos¹⁷ actualiza las disposiciones sobre gobierno corporativo en función de bancos oficiales, bancos de licencia general y bancos de licencia internacional. Esta norma legal estipula los requisitos mínimos de gobierno corporativo que deben cumplir los bancos; por ejemplo, documentos que establezcan valores corporativos, objetivos estratégicos, códigos de conducta, asignación clara de responsabilidades y autoridades para la toma de decisiones, controles adecuados del sistema que incluyan funciones de gestión de riesgos independientes de las líneas de negocio, entre otros controles y contrapesos¹⁸.

De la misma manera, la Superintendencia de Bancos de la República de Panamá estipula disposiciones que definen un camino claro para los bancos en materia de transparencia y materialización de sus actividades diarias basadas en sistemas de valor y control, garantizando así un comportamiento ético dentro de sus operaciones.

La Ley 41 de 1 de julio de 1998 corresponde a las reformas aprobadas por la Ley 18 de 2003, Ley 44 de 2006, Ley 65 de 2010 y Ley 8 de 2015¹⁹. La Ley 41 de 1 de julio de 1998 con sus reformas, establece los principios y normas básicas para la protección, conservación y recuperación del medio ambiente, promoviendo el uso sostenible de los recursos naturales²⁰.

El autor de este artículo sostiene que es hora de que Panamá asuma una posición de liderazgo y actualice la Ley No. 32 de 26 de febrero de 1927²¹ (que se refiere a las Sociedades Anónimas), incorporando en este marco regulatorio reformas profundas con base en los criterios ESG. Aspectos de la legislación de Reino Unido se han analizado y se ha concluido que las acciones tomadas por esta hermana nación soberana pueden ser emuladas, proporcionando normas legales claras que regulen los criterios ESG en función del desempeño de las sociedades. Las reformas deben basarse en función de las tendencias corporativas

¹⁷ República de Panamá, Superintendencia de Bancos. (2011, 20 de septiembre). ACUERDO No. 005-2011 (de 20 de septiembre de 2011) de la Superintendencia de Bancos. Superintendencia de Bancos de Panamá. https://www.superbancos.gob.pa/superbancos/documentos/leyes_y_regulaciones/acuerdos/2011/Acuerdo_5-2011.pdf

¹⁸ Ídem.

¹⁹ República de Panamá, Asamblea Nacional de Panamá. (2016, 4 de octubre). Ley 41 de 1 de julio de 1998, que corresponde a las reformas aprobadas por Ley 18 de 2003, Ley 44 de 2006, Ley 65 de 2010 y Ley 8 de 2015. Gaceta Oficial Digital. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28131_A/GacetaNo_28131a_20161004.pdf

²⁰ Ídem.

²¹ República de Panamá, Asamblea Nacional de Panamá. (1927, 26 de febrero). Ley Núm. 32 de 26 de febrero de 1927. Sobre Sociedades Anónimas. Organización de Estados Americanos https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pan_ley32.pdf

globales, que serán analizadas en la siguiente sección de este documento, y la nueva normalidad causada por el SARS-CoV-2 y sus variaciones. El país que adapte de manera integral y rápida los criterios ESG a su legislación tendrá mayores posibilidades de atraer inversión extranjera, especialmente en estos tiempos económicos complejos.

B. Debida diligencia ambiental, social y de gobernanza (ESG) sobre fusiones y adquisiciones en la era de la nueva realidad

El autor de este artículo considera que la debida diligencia de los procesos de fusiones y adquisiciones en la era de la nueva normalidad estará enfocada al nivel de cumplimiento de los criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza (ESG) y al análisis adecuado de los riesgos asociados a estos temas. Uno de los elementos a analizar dentro del riesgo ESG, que probablemente tendrá un papel protagonista tanto a corto como a largo plazo, es el nivel de impacto en el cambio climático que genera la empresa objetivo del proceso de fusión o adquisición. Un hecho que ayuda a aclarar dudas sobre este tema y traza un camino claro de cómo se perfila el futuro, es que los inversores institucionales (es decir, 3.826 signatarios con unos 121,3 trillones de dólares en activos bajo gestión en el 2021)²² forman parte de la iniciativa de los inversores en colaboración con la Iniciativa Financiera del UNEP y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, denominado: Los Principios para la inversión responsable²³. Es fundamental señalar que esta iniciativa establece principios de inversión que ofrecen acciones concretas basadas en criterios ESG en las inversiones que se realizan en el día a día. Así, los conceptos cotidianos de valoración de los criterios ESG en las empresas objetivo de un proceso de fusión o adquisición serán un área de vital importancia a ser analizada por la parte interesada en el proceso. En el podcast de la Universidad de Oxford, Escuela de Negocios Saïd, Cómo los Mercados de Capitales pueden llevar la Sostenibilidad al Siguinte Nivel, Richard Barker, profesor de contabilidad, expresa lo siguiente:

"La primera es que los estados financieros son históricos. Los inversionistas están preocupados por el futuro; están preocupados por los flujos de efectivo futuros. La contabilidad registra lo que ha sucedido en el pasado y cuáles son los derechos y obligaciones actuales de la entidad informante, por lo que si se toma algo como el cambio climático, donde sabemos que habrá una transición global dramática a neto cero para 2050 por delante de nosotros, y uno que aún no ha sucedido, por lo que sabemos que habrá una discontinuidad significativa. Por lo tanto, no es sorprendente que los inversores estén pidiendo cada vez más información más sostenible, no solo sobre el clima, sino que abarque todo el camino a la inclusión social y la razón

²² Principios de inversión responsable. (2020). Crecimiento del PRI 2006-2021. <https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>

²³ ¿Cuáles son los principios de inversión responsable? (2006). PRI. Principios de inversión responsable. <https://www.unpri.org/pri/what-are-the-principles-for-responsible-investment>

por la que piden esta información de sostenibilidad es porque los datos de sostenibilidad son relevantes para comprender la viabilidad de los modelos de negocio, la empresa La licencia para operar y, por lo tanto, la capacidad corporativa para crear valor empresarial²⁴”.

Lo anterior reafirma que el cambio climático es una preocupación genuina. El análisis de la empresa objetivo en un proceso de fusión o adquisición en el presente y el futuro trasciende el aspecto financiero y contable porque los inversionistas requieren información sobre sustentabilidad, inclusión social y su aplicación en función de la operación de la empresa objetivo para la toma de decisiones de inversión. No cabe duda de que la sostenibilidad será uno de los elementos críticos que contribuirá a la creación de valor para la empresa objetivo en el presente y futuro de las operaciones de fusiones y adquisiciones.

Por otro lado, también es interesante mencionar lo dicho en el podcast, Aumento Climático, de La Escuela de Negocios de Harvard, donde Robert Litterman, presidente del Comité de Riesgos de Kepos Capital y exjefe de riesgo de Goldman Sachs expresó lo siguiente refiriéndose al riesgo gestión:

“El propósito de la gestión de riesgos no es minimizar el riesgo, sino asegurarnos que nos pagan adecuadamente por asumir ese riesgo. Y ese es realmente el problema fundamental tanto en el caso del coronavirus como en el cambio climático. No estamos valorando el riesgo, está bien. Y si no se fija el precio del riesgo, se corre demasiado riesgo. Con respecto al riesgo climático, ¿qué significa para los inversionistas? No estamos poniendo precio al riesgo. De hecho, los incentivos a nivel mundial van fuertemente en la dirección equivocada. De hecho, estamos subvencionando la producción y el consumo de combustibles fósiles en todo el mundo.”²⁵

Si bien el punto principal del párrafo es la gestión del riesgo y la retribución económica proporcional en virtud de este, el párrafo constituye un hecho irrefutable de que el cambio climático ha pasado de ser una cuestión eminentemente científica y académica a un riesgo real que se tiene en cuenta hoy en día en el mundo corporativo.

Asimismo, Kevin Stiroh, vicepresidente ejecutivo del Banco de la Reserva Federal de Nueva York expresó lo siguiente en su podcast:

“En los últimos años, hemos visto un creciente enfoque de los bancos centrales en los riesgos financieros relacionados con el

²⁴ Barby, C (Anfitrión). (2020-presente) Liderazgo en tiempos extraordinarios, Cómo los mercados de capitales pueden llevar la sostenibilidad al siguiente nivel [Audio podcast]. Universidad de Oxford, Escuela de Negocios Saïd. <https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/how-capital-markets-can-take-sustainability-next-level>

²⁵ Toffel, M. (Anfitrión) (2020/7/7). Regulación Financiera y Gestión de Riesgos Climáticos. (No.4) [Episodio de podcast de audio]. En Aumento Climático. Iniciativa de entorno empresarial en La Escuela de Negocios de Harvard. <https://www.hbs.edu/environment/podcast/Pages/podcast-details.aspx?episode=15116819>

cambio climático. Dentro de la Reserva Federal, el gobernador Brainard ha detallado cómo el cambio climático impacta todos nuestros objetivos y responsabilidades claves, incluida la política monetaria, la estabilidad financiera, la supervisión y regulación, los asuntos del consumidor y el sistema de pagos²⁶.

En esta edición no solo se hace referencia al sector privado, sino que también refleja la importancia que le asigna el sector público o gubernamental al cambio climático y cómo este afecta los objetivos centrales del Banco de la Reserva Federal de Nueva York. En función de lo expresado en este apartado, vemos una posición unificada tanto del sector público como del privado de que el cambio climático es un problema que debemos enfrentar con urgencia.

El autor de este trabajo define la Debida Diligencia ESG para la Gestión de Riesgos en un proceso de fusión o adquisición como el nivel de riesgo que asume la empresa interesada en llevar a cabo el proceso de reestructuración corporativa ante posibles situaciones adversas que puedan surgir en virtud de cuestiones relacionadas con los criterios ESG de la empresa objetivo. Estos riesgos se extienden desde el inicio del proceso de reestructuración societaria hasta que finaliza la operación de fusión o adquisición entre las partes o empresas. Profundizando en la virtud de la diligencia debida ESG en un proceso de fusión o adquisición, para evaluar el riesgo con precisión, se debe considerar lo siguiente:

Ambiental: Algunos de los elementos que deben analizarse son: Uso de recursos naturales limitados para la producción; la eficiencia de las estrategias de uso de la energía; medición de la eficiencia basada en el uso de agua y tratamiento de aguas residuales, especialmente en lugares donde este recurso vital no es abundante; cuantificación del grado de contaminación causada en el aire, el agua y la tierra; gestión de residuos; evaluación de la eficiencia de la política de reciclaje; evaluación de la capacidad de adaptación a la nueva legislación sobre desempeño ambiental²⁷.

Social: A través de la debida diligencia de criterios sociales, se dimensiona la relación de la empresa objetivo con su entorno. En este sentido, los factores a analizar son los siguientes: la cadena de suministro y las condiciones de trabajo dentro de ella; evaluación del cumplimiento de los derechos humanos como la no utilización de trabajo infantil o prácticas relacionadas con la esclavitud moderna, medición del cumplimiento de los estándares de seguridad industrial de los trabajadores, y evaluación del impacto en las

²⁶ Ídem.

²⁷ ESG (Ambiental, Social y Gobernanza). (2021, 15 de marzo). Instituto de Finanzas Corporativas. <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/esg-environmental-social-governance/>

comunidades donde se desarrolla la actividad productiva; cuantificación del nivel de satisfacción del consumidor; evaluación de la seguridad de los productos manufacturados.²⁸

Gobernanza: A través de la debida diligencia de los criterios de gobernanza, se analiza cómo opera la empresa objetivo bajo el liderazgo de la junta directiva. Los factores evaluados son: medición de riesgos ESG en el proceso de gestión; diversidad demográfica de la junta directiva; evaluación de políticas anticorrupción y anti soborno; medición de la contribución política y los registros de cabildeo; evaluación de la política de diversidad en puestos directivos; cuantificación de políticas de protección de denunciantes basadas en acciones corporativas inapropiadas; evaluación del plan de sucesión o sucesión corporativa; cuantificación de la eficacia del plan de gestión de riesgos ESG; evaluación de la auditoría interna para evitar prácticas contables inapropiadas y nivel de cumplimiento de los parámetros contables aceptados por las jurisdicciones donde opera; evaluación del sistema de compensación empresarial.

Sin embargo, la debida diligencia ESG de las fusiones y adquisiciones en la nueva normalidad tiene un cierto grado de complejidad por la siguiente razón:

Escasez de legislación internacional que establezca los parámetros para medir e interpretar los criterios ESG tanto para el sector público como para el privado.

Para evaluar a los actores que actualmente participan en la medición de los criterios ESG, se otorgan puntuaciones de 0 (siendo el más severo) a 10. El puntaje mínimo para lograr en el índice de líderes ESG es 3. Los índices MSCI ESG Leaders son índices ponderados de capitalización de mercado ajustados por flotación libre diseñados para representar el desempeño de las empresas que tienen altas calificaciones de ESG en relación con su sector para garantizar la inclusión de los mejores- empresas de su clase desde una perspectiva ESG²⁹.

La Junta de Normas de Contabilidad de Sostenibilidad (SASB) proporciona estándares que permiten la divulgación de la información financiera relevante de las empresas a los inversores en el área de la sostenibilidad. Estos estándares se enfocan en la identificación de problemas basados en criterios ESG para el desempeño financiero de 77 industrias diferentes³⁰. La Junta de Estabilidad Financiera (FSB) creó el Grupo de Trabajo sobre Divulgaciones Financieras Relacionadas con el Clima (TCFD) con el fin de proporcionar divulgaciones de riesgos financieros relacionados con el clima para empresas, bancos e

²⁸ Ídem.

²⁹ Hayes, A. (2021, 11 de febrero). Calificaciones MSCI ESG. Investopedia. . <https://www.investopedia.com/msci-esg-ratings-5111990>

³⁰ Visión general de las normas. (2018). SASB. <https://www.sasb.org/standards/>

inversionistas al proporcionar información a las partes interesadas³¹. La Iniciativa Mundial de Presentación de Informes (GRI), a través de la Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad (GSSB), es responsable de estipular los estándares aceptados a nivel mundial para los informes de sostenibilidad³². El Foro Económico Mundial, el Consejo Empresarial Internacional (IBC) concibió las Métricas de Capitalismo de las Partes Interesadas con el propósito de que las empresas alineen sus informes generales sobre el desempeño con los indicadores ESG y realicen un seguimiento de sus contribuciones hacia los ODS de manera constante. Es esencial especificar que las métricas se basan en estándares existentes que tienen objetivos a corto plazo y cuyo propósito es acelerar la convergencia entre los principales emisores de estándares privados y proporcionar una mayor comparabilidad y consistencia en la forma en que se presentan los informes de divulgación sobre ESG³³.

El autor de este trabajo considera que no todas las empresas objetivo de un proceso de fusión o adquisición tienen la información organizada y disponible para que la empresa interesada pueda evaluar el nivel de cumplimiento de los criterios ESG. Cada día será más notoria la diferencia entre las empresas objetivo cuyo consejo de administración no hizo ningún esfuerzo por adaptar el funcionamiento del negocio para cumplir con los criterios ESG y las empresas objetivo cuyo consejo de administración invirtió el tiempo y los recursos para asegurar que el funcionamiento del negocio y que cada una de sus secciones o departamentos cumpla con los criterios ESG. En consecuencia, esta será la diferencia entre la creación de valor o no.

Y el cumplimiento, así como las buenas calificaciones ESG por parte de la empresa objetivo, harán que la empresa sea más atractiva para los posibles inversores y será uno de los elementos esenciales para la empresa interesada a la hora de decidir si procede o no con la fusión o adquisición.

Conclusión

El autor de este trabajo considera que Panamá debe modernizar el marco legal que actualmente regula este tipo de operación comercial ya que el SARS-CoV-2 y sus variaciones han evidenciado la necesidad de brindar mejores herramientas legales para reducir el riesgo de las partes involucradas en este tipo de situaciones de reestructuración corporativa. En particular, conviene abordar el artículo 34-D (Modificado por el artículo 1 de la Ley 7 de 27 de enero de 1961, publicada en Gaceta Oficial 14.318, de 27 de enero de

³¹ TCFD - GRUPO DE TRABAJO SOBRE DIVULGACIONES FINANCIERAS RELACIONADAS CON EL CLIMA. (2015) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente / Iniciativa Financiera. <https://www.unepfi.org/climate-change/tcfd/>

³² Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad. (2016). Iniciativa de informe global. <https://www.globalreporting.org/about-gri/governance/global-sustainability-standards-board/>

³³ Medición del capitalismo de las partes interesadas: Hacia Métricas Comunes e Informes Coherentes de Creación de Valor Sostenible. (2020, 22 de septiembre). Foro Económico Mundial. <https://www.weforum.org/reports/measuring-stakeholder-capitalism-towards-common-metrics-and-consistent-reporting-of-sustainable-value-creation>

1961), donde se exponen el caso fortuito y fuerza mayor. Esto es particularmente pertinente después de haber examinado las acciones del Reino Unido, con respecto a las actualizaciones realizadas a la Ley de Empresas de 2002 (Especificación de la consideración adicional de la Sección 58) Orden 2020; dichas actualizaciones reconocen las consideraciones de interés público. El autor de este artículo cree que Panamá es capaz de emular este tipo de acciones y hacer un esfuerzo conjunto entre el Ministro de Salud y el Ministro de Comercio e Industrias al concebir un marco regulatorio que evite la adquisición o fusión de empresas objetivo vulnerables dedicadas a suministrar a los hospitales públicos y privados los medicamentos y equipos médicos necesarios para combatir los efectos desastrosos de la crisis de salud pública provocada por el SARS-CoV-2 y sus variaciones.

Después de analizar la legislación del Reino Unido, Panamá y Los Principios para la Inversión Responsable, se puede concluir que los criterios ESG constituyen un cambio estructural en el paradigma de la sostenibilidad. A corto y largo plazo, las empresas objetivo, que gestionen mejor el riesgo de criterios ESG en función del desarrollo de su actividad empresarial diaria, serán más atractivas y ofrecerán un valor sustancial en un proceso de fusión y adquisición.

La información financiera de la empresa objetivo en un proceso de reestructuración corporativa ya sea de fusión o adquisición, sigue siendo de vital importancia para la toma de decisiones por parte de los inversionistas. Asimismo, un alto nivel de cumplimiento de los criterios ESG por parte de la empresa objetivo y el desarrollo de la debida diligencia ESG adecuada por parte de la empresa interesada serán los cimientos sobre los que la creación de valor en los procesos de fusión y adquisición del presente y del futuro se construirá.

Referencias

Taleb, N, N. (Anfitrión).Taleb, N, N. (Productor). (2008). Cisne Negro [Video podcast]. FORA.tv. <https://longnow.org/>

Schwartz, A. (2010) at 813 refiriendo a Fuld, J. 'Algunos Aspectos Prácticos de la Fusión' (1947) 60 Harvard Revisión de la ley 1092.

Cicarella, J. "Despertar de La Muerte: cómo el estándar MAC actual evita el propósito de la cláusula MAC" (2007) 57 (2) Case Western Reserve Law Review en 423–424. Ver también, Manns, J. y Anderson, R. IV, 'El Mito del Acuerdo de Fusión' (2013) 98 Cornell Revisión de Ley en 1143, 1153; Miller, R. 'La Economía del Riesgo de Acuerdos': Asignación de riesgo a través de cláusulas MAC en el acuerdo de combinación de negocios' (2009) 50 William and Mary Law Review 2007 en 2012.

Tufano, P (Anfitrión). (2020-presente) Liderazgo en tiempos extraordinarios / La remodelación del mercado de fusiones y adquisiciones. [Podcast de audio]. Universidad de Oxford, Escuela de Negocio Saïd. <https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/reshaping-mergers-and-acquisitions-market-0>

El Panel de Adquisiciones del Reino Unido, "El Código de la Ciudad sobre Adquisiciones y Fusiones" Regla 13.5. (INVOCACIÓN DE CONDICIONES Y CONDICIONES PREVIAS) <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=7Nov2019>

EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA TRIBUNAL COMERCIAL DE LA DIVISIÓN DE BANCO DE LA REINA. Tribunales Reales de Justicia Strand, Londres, WC2A 2LL. (2013, abril). Decisiones del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Tribunal de Comercio) ([2013] EWHC 1039 (Comm)). Decisiones del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (Tribunal Comercial). <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2013/1039.html>

Parlamento del Reino Unido. (2020, 23 de junio). La Ley de Empresas de 2002 (Especificación de la consideración adicional del artículo 58) Orden de 2020 y entrará en vigor el día siguiente al día en que se presente ante el Parlamento. Legislación Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/627/contents/made>

Parlamento del Reino Unido. (2020, 23 de junio). Ley de empresas de 2002 (Cuota de Suministro) (Enmienda) Orden de 2020. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348208795/article/2>

Ley 7 de 27 de enero de 1961. POR LA CUAL SE SUBROGAN DISPOSICIONES DEL PRIMER LIBRO DEL CÓDIGO CIVIL. (1961, Enero). República de Panamá, Asamblea Nacional. <https://panama.justia.com/federales/leyes/7-de-1961-jan-27-1961/gdoc/>

Consejo de Información Financiera. (Julio de 2018). EL CÓDIGO DE GOBIERNO CORPORATIVO DEL REINO UNIDO. <https://www.Frc.Org.Uk/>. <https://www.frc.org.uk/directors/corporate-governance-and-stewardship/uk-corporate-governance-code>

Parlamento del Reino Unido. (2021, 20 de septiembre). Ley de Sociedades de 2006. Sección 172. Legislación. Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/172>

Parlamento del Reino Unido. (2008, 26 de noviembre). Ley de Cambio Climático de 2008. Legislación. Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/en/ukpga/2008/27/contents>

Parlamento del Reino Unido. (2019, 27 de junio). Ley de Cambio Climático de 2008 (Enmienda de la Meta 2050) Orden 2019. Legislación. Gobierno del Reino Unido. <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/9780111187654/note>

República de Panamá, Superintendencia del Mercado de Valores. (2003, 11 de noviembre). Acuerdo No. 12-2003 de 11 de noviembre de 2003. Superintendencia del Mercado de Valores. <https://supervalores.gob.pa/download/acuerdo-122003/#:~:text=Por%20el%20cual%20se%20recomiendan,se%20modifican%20los%20Acuerdos%20No>

República de Panamá, Superintendencia de Bancos. (2011, 20 de septiembre). ACUERDO No. 005- 2011 (de 20 de septiembre de 2011) de la Superintendencia de Bancos. Superintendencia de Bancos De Panamá. https://www.superbancos.gob.pa/superbancos/documentos/leyes_y_regulaciones/acuerdos/2011/Acuerdo_5-2011.pdf

República de Panamá, Asamblea Nacional de Panamá. (2016, 4 de octubre). Ley 41 de 1 de julio de 1998, que corresponde a las reformas aprobadas por Ley 18 de 2003, Ley 44 de 2006, Ley 65 de 2010 y Ley 8 de 2015. Gaceta Oficial Digital. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28131_A/GacetaNo_28131a_20161004.pdf

República de Panamá, Asamblea Nacional de Panamá. (1927, 26 de febrero). Ley Núm. 32 de 26 de febrero de 1927. Sobre Sociedades Anónimas. Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pan_ley32.pdf

Principios de inversión responsable. (2020). Crecimiento del PRI 2006-2021. <https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>

¿Cuáles son los principios de inversión responsable? (2006). PRI. Principios de inversión responsable. <https://www.unpri.org/pri/what-are-the-principles-for-responsible-investment>

Barby, C (Anfitrión). (2020-presente) Liderazgo en tiempos extraordinarios, Cómo los mercados de capitales pueden llevar la sostenibilidad al siguiente nivel [Audio podcast]. Universidad de Oxford, Escuela de Negocios Saïd. <https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/how-capital-markets-can-take-sustainability-next-level>

Toffel, M. (Anfitrión) (2020/7/7). Regulación Financiera y Gestión de Riesgos Climáticos. (No.4) [Episodio de podcast de audio]. En Aumento de Climático. Iniciativa de entorno empresarial en La Escuela de Negocios de Harvard. <https://www.hbs.edu/environment/podcast/Pages/podcast-details.aspx?episode=15116819>

ESG (Ambiental, Social y Gobernanza). (2021, 15 de marzo). Instituto de Finanzas Corporativas. <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/esg-environmental-social-governance/>

Hayes, A. (2021, 11 de febrero). Calificaciones MSCI ESG. Investopedia. <https://www.investopedia.com/msci-esg-ratings-5111990>

Visión general de las normas. (2018). SASB. <https://www.sasb.org/standards/>

TCFD - GRUPO DE TRABAJO SOBRE DIVULGACIONES FINANCIERAS RELACIONADAS CON EL CLIMA. (2015) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente / Iniciativa Financiera. <https://www.unepfi.org/climate-change/tcfd/>

Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad. (2016). Iniciativa de informe global. <https://www.globalreporting.org/about-gri/governance/global-sustainability-standards-board/>

Medición del capitalismo de las partes interesadas: Hacia Métricas Comunes e Informes Coherentes de Creación de Valor Sostenible. (2020, 22 de septiembre). Foro Económico Mundial. <https://www.weforum.org/reports/measuring-stakeholder-capitalism-towards-common-metrics-and-consistent-reporting-of-sustainable-value-creation>

Las flexibilidades en el sistema de propiedad intelectual y el acceso a los Medicamentos en tiempos de COVID-19

José Guillermo Espinosa A.
Universidad de Niigata, Japón
jepinosalawyer@gmail.com

Recepción: 27 de julio de 2020

Aceptación: 10 de agosto de 2020

Resumen

La pandemia del COVID-19 ha propiciado una colaboración sin precedentes en materia de investigación y desarrollo de vacunas y tratamientos efectivos para combatir esta enfermedad. Lamentablemente, este nivel de cooperación no es la regla general cuando hablamos de la relación entre propiedad intelectual, salud pública y acceso a medicamentos. Este artículo repasa las herramientas jurídicas dentro del marco de los ADPIC con que cuentan los países miembros para acceder a los medicamentos necesarios para asegurar la salud de la población sin afectar los incentivos a la innovación.

Palabras clave:

ADPIC, derecho a la salud, flexibilidades, licencia no voluntaria, COVID-19

Abstract

The COVID-19 pandemic has fostered unprecedented collaboration in research and development of vaccines and effective treatments to combat this disease. Unfortunately, this level of cooperation is not the general rule when we talk about the relationship between intellectual property, public health, and access to medicines. This article reviews the legal tools within the TRIPS framework available to member countries to access the necessary medicines to ensure the health of the population without affecting incentives for innovation.

Keywords:

TRIPS, right to health, flexibilities, non-voluntary license, COVID-19

Contenido

Introducción. I. El derecho a la salud y los objetivos de desarrollo del milenio. II. El acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). III. Proteger la innovación Vs. garantizar el acceso: La Conferencia Ministerial de Doha. IV. Las flexibilidades aplicadas a la salud pública. V. Flexibilidades y los Tratados de Libre Comercio (TLC). VI. Las flexibilidades en el ordenamiento panameño. Conclusiones.

Introducción

La pandemia de COVID-19 ha demostrado que no somos invencibles y que no importa el estrato social ni la condición económica; todos somos vulnerables alguna enfermedad que ponga en peligro nuestra salud y nuestra estabilidad económica. Por otro lado, esta crisis ha propiciado una colaboración sin precedentes en materia de investigación y desarrollo para la búsqueda de tratamientos efectivos y posibles vacunas para combatir prevenir esta patología.¹ Un ejemplo de esta colaboración es el estudio SOLIDARIDAD auspiciado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 35 países (incluido Panamá).²

La respuesta de la comunidad científica ha sido admirable en cuanto a compartir datos y resultados preliminares rápidamente.³ Por otro lado, las revistas científicas han dado acceso abierto a todas las publicaciones relacionadas al tema.⁴ Irónicamente desde la ratificación del acuerdo de Marrakech que crea la Organización Mundial del Comercio ha existido la dicotomía entre un sistema de derechos de propiedad intelectual que garantiza las ganancias como incentivo a la innovación, pero muchas veces se olvida de los objetivos de salud pública que se buscan satisfacer por medio de ese esfuerzo científico-creativo.

Por esa razón se crea el sistema de flexibilidades como una gama de derechos, salvaguardias y opciones que los Miembros de la OMC pueden explotar en su aplicación del Acuerdo para la realización de sus políticas de salud pública. Esas medidas buscan reducir los precios y aumentar la asequibilidad de los medicamentos, sin afectar negativamente la innovación. Este artículo realiza un repaso sobre estas herramientas jurídicas en el marco del derecho internacional y el ordenamiento panameño. En primera instancia, revisamos el concepto de derecho a la salud en el marco transnacional y desde la perspectiva de los objetivos de desarrollo del milenio.

Seguidamente, nos adentramos en las generalidades del ADPIC, la declaración de Doha sobre salud pública y repasamos cada una de las flexibilidades en detalle. Luego, repasaremos esta figura en el marco de los Tratados de Libre Comercio (TLC) y revisamos el concepto desde el punto de vista del mercado de medicamentos y el derecho panameño. Finalmente, presentamos nuestras conclusiones sobre el tema.

¹ K. PEREHUDOFF; J. A. SELLIN, “COVID-19 Technology Access Pool (C-TAP): A Promising Human Rights Approach”, *Health and Human Rights Journal Website*.

² WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “Solidarity Clinical Trial for COVID-19 Treatments”, *WHO Official Website*; “Accelerating a Safe and Effective Covid-19 Vaccine”, *WHO Official Website*.

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “Covid-19 Technology Access Pool”, *WHO Official Website*.

⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “Global Research on Coronavirus Disease (covid-19)”, *WHO Official Website*.

I. El Derecho a la Salud y Los Objetivos de Desarrollo Del Milenio

a. En el Derecho Internacional Publico

El derecho a la salud y el derecho a disfrutar de los beneficios de los avances científicos se remontan a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵ y la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS).⁶ Estos derechos también están consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ y en otros tratados internacionales, declaraciones y leyes nacionales, que incluyen al menos 115 constituciones.⁸

b. Objetivos de desarrollo del milenio

Más recientemente, el objetivo # 3 de la Agenda de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Salud y Bienestar) (ODS # 3) hace un llamado a los estados para que alcancen una cobertura de salud universal que

⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948, p. Art. 25 (1), fecha de consulta 16 junio 2020, en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html> (Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.).

⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Constitución de la Organización Mundial De La Salud (OMS)*, 49, Organización Mundial De la Salud (OMS), Ginebra, Suiza, 2019, fecha de consulta 27 junio 2020, en https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf#page=1 (El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.).

⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)*, 1966, p. Art. 12, fecha de consulta 16 junio 2020, en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ICESCR.aspx> (1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.).

⁸ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PANAMÁ, *Constitución Política de la República De Panamá de 1972*, vol. 25,176, 2004, p. Art. 11, fecha de consulta 25 junio 2020, en https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf (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.); J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, 1 edition, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2012, fecha de consulta 25 junio 2020, (El Comentario General No. 14 del pacto prescribe los elementos esenciales inherentes al derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad). Y. WATANABE, “Right to Health in International Human Rights Law”, *Housei Riron*, vol. 3, 4, 2017.

incluya el acceso a vacunas y medicamentos efectivos, de calidad y asequibles para todos.⁹

El ODS # 3 propone un medio explícito de implementación para este objetivo de conformidad con la Declaración de Doha sobre el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y la Salud Pública, que afirma el derecho de los países en desarrollo a utilizar al máximo las disposiciones del ADPIC con respecto a las flexibilidades para proteger la salud pública y, en particular, proporcionar acceso a medicamentos para todos.¹⁰

El consenso político subraya la importancia de las flexibilidades de los ADPIC en la realización del derecho a los medicamentos, no solo como un imperativo de salud pública, sino también como un imperativo de los derechos humanos.¹¹

II. El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

a. Generalidades Del Acuerdo

La adopción de los ADPIC en 1994 marcó el comienzo de una era nueva respecto a las normas internacionales de propiedad intelectual y alteró radicalmente la protección internacional de patentes. Los ADPIC estandarizaron el nivel de protección internacional de patentes; imponiendo la duración mínima de las patentes en 20 años. Del mismo modo, los ADPIC no permiten que los gobiernos excluyan ciertas industrias de los derechos de propiedad intelectual, mientras que hasta ese momento era una práctica común que los países excluyeran a sectores enteros de la protección derivada de las patentes, en particular la producción de medicamentos. Por ejemplo, Japón no otorgó patentes de medicamentos hasta la década de 1970.¹²

⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, “ODS # 3: Salud y Bienestar”, *Plataforma De Consulta Sobre Los Objetivos De Desarrollo del Milenio*.

¹⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los ADPIC Y La Salud Pública*, 2001, fecha de consulta 15 abril 2020, en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm.

¹¹ E. URIAS, “Multinational Enterprises and Sustainable Development: The contribution of the Pharmaceutical Industry to the Health Status of the Developing World”, en *International Business and Management*, vol. 33, Emerald Publishing Limited, 2017, p. 41, fecha de consulta 25 junio 2020, (La OMS estima que el porcentaje de la población que carece de acceso adecuado a medicamentos esenciales es inferior al 1% en países de altos ingresos, 39% en países de bajos ingresos y 24% en países de ingresos medios. Casi el 80% del número total de personas en el mundo que carecen de medicamentos esenciales viven en países de bajos ingresos).

¹² R. FIANI, *TRIPS Flexibilities On Intellectual Property: A Tool To Improve Universal Access to Essential Medicines*, South American Institute of Government in Health (ISAGS - UNASUR), Rio De Janeiro, Brazil, 2016, p. 7, fecha de consulta 15 abril 2020, en [http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/7/bb\[645\]ling\[3\]anx\[2147\].pdf](http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/7/bb[645]ling[3]anx[2147].pdf); WIPO COMMITTEE ON DEVELOPMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY (CDIP); COMMITTEE ON DEVELOPMENT AND IP., *Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and their Legislative Implementation at the National and Regional Levels*, World Intellectual Property Organization (WIPO), Geneva, Switzerland, 2010, párr. 20, fecha de consulta 20 diciembre 2017, en http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=142068.

Los ADPIC también armonizaron el tratamiento de las patentes entre los países miembros de la OMC, prohibiendo la discriminación entre naciones y en relación con los ciudadanos extranjeros.¹³ Las excepciones permitidas son las previstas en el Convenio de París, el Convenio de Berna y el Convenio de Roma.¹⁴ Curiosamente, a pesar de asociar por primera vez el tratamiento de las cuestiones comerciales con la protección de la propiedad intelectual, los ADPIC no incorporaron el tratamiento diferencial para los países menos adelantados o en desarrollo entre sus principios básicos.¹⁵

En consecuencia, los ADPIC presentaron muy pocas diferencias entre las normas aplicables a los países en desarrollo en relación con las aplicables a los países desarrollados.

b. Flexibilidades: concepto y características

El término “flexibilidades” se ha convertido en una forma común de designar diversas doctrinas y mecanismos legales que ayudan a mitigar los efectos derivados de los derechos exclusivos conferidos por la propiedad intelectual.¹⁶ El alcance del término se define a través de los siguientes elementos:

- Da la idea de varias opciones de implementación;
- Requiere un proceso legislativo de implementación, lo que refleja que el primer paso para aprovechar una flexibilidad específica dada consiste en incorporarla a la legislación nacional;
- La razón de ser de las flexibilidades es adecuar el derecho internacional al interés doméstico;
- Las flexibilidades deben ser compatibles con las disposiciones generales y principios del tratado.

No hay una sección (capítulo) en los ADPIC que brinde un tratamiento diferencial para los países en desarrollo. Existían únicamente excepciones generales, que consisten en: períodos de transición; asistencia

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio (ADPIC)*, 1995, p. Art. 3 (1), fecha de consulta 25 junio 2020, en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm (Cada Miembro otorgará a los nacionales de otros Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual).

¹⁴ *Ibid.*, p. Art 3 (1).

¹⁵ R. FIANI, *TRIPS Flexibilities On Intellectual Property*, cit., p. 8; C. MICHALOPOULOS, *The Role of Special Differential Treatment for Developing Countries in GATT and the WTO*, World Bank (WB), Washington D.C., 2000, fecha de consulta 15 abril 2020, en <http://documents.worldbank.org/curated/en/908021468766770206/The-role-of-special-differential-treatment-for-developing-countries-in-GATT-and-the-World-Trade-Organization> (A pesar de que el trato diferenciado y más favorable a los países menos desarrollados fue un principio fundamental del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio [GATT], extendido por la OMC).

¹⁶ C. CORREA, “Multilateral Agreements and Policy Opportunities”, en *Intellectual Property Rights: Legal and Economic Challenges for Development*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2014 (Initiative for Policy Dialogue), p. 417, fecha de consulta 25 junio 2020,

técnica y financiera para facilitar la implementación del acuerdo; y transferencia de tecnología a los países en vías de desarrollo.¹⁷

III. Proteger la innovación Vs. garantizar el acceso: la Conferencia Ministerial de Doha

La dramática historia de la pandemia del SIDA / VIH a fines de los noventa demostró cómo la implementación de políticas referentes a la propiedad intelectual tiene consecuencias críticas para el acceso a medicamentos esenciales y ha contribuido al reconocimiento creciente de que políticas inadecuadas aplicadas a los países en desarrollo pueden socavar el acceso a la atención médica esencial, comprometiendo así el derecho fundamental a la salud, particularmente cuando los costos deben ser asumidos por los propios pacientes.¹⁸

La necesidad imperiosa de los países en desarrollo de garantizar la salud de su población estimuló la búsqueda de instrumentos cubiertos por el ADPIC, o lagunas y ambigüedades en sus cláusulas que les permitieran cumplir sus políticas de salud.

a. Declaración de Doha (2001)

Así las cosas, la conferencia ministerial de la OMC en 2001 adoptó la Declaración de Doha sobre los ADPIC y la salud pública, reconociendo la importancia de las licencias obligatorias para el acceso a los medicamentos.

Los ministros también reconocieron que el acuerdo sobre los ADPIC estableció obstáculos importantes para el uso efectivo de las licencias obligatorias para el suministro de medicamentos por parte de países sin capacidad de producción suficiente. Esto se debe a que el artículo 31(f) del Acuerdo sobre los ADPIC restringe las licencias obligatorias principalmente para el suministro del mercado interno.¹⁹ En otras palabras, la producción de medicamentos principalmente para la exportación utilizando una licencia obligatoria y cumplir con el Acuerdo sobre los ADPIC era muy difícil. Como resultado, los países que dependían de la importación para dar efecto a una licencia obligatoria estaban en desventaja en comparación con aquellos con capacidad de producción. La Declaración de Doha prometió en el párrafo 6 una solución

¹⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *ADPIC Versión 2017*, cit., p. Art. 65 par.2 y par. 4; Art. 66; Art. 67.

¹⁸ N. BOSCHIERO, "Intellectual Property Rights and Public Health: An Impediment to Access to Medicines and Health Technology Innovation?" *Stato, Chiese E Pluralismo Confessionale*, 22, 2017, p. 10.

¹⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *ADPIC Versión 2017*, cit., p. art. 31 (f).

expedita a este dilema.²⁰

b. El Sistema del Párrafo 6 (2003)

Dos años más tarde, la OMC adoptó la decisión del 30 de agosto de 2003, también conocida como el sistema del párrafo 6 y disponible para que la utilicen todos los miembros de la OMC. Creó una exención permanente al Artículo 31(f) que permite a los Miembros de la OMC emitir licencias obligatorias específicamente para la exportación para atender las necesidades notificadas por otros países bajo el sistema.²¹

Desde 2003, varios miembros de la OMC han implementado la exención en su propia legislación, sin embargo, es digno de mención que, si bien el sistema está abierto a todos los Miembros de la OMC, muchos países de altos ingresos, optaron por no utilizar el mecanismo como importador para su propio suministro de medicamentos.²² En 2003, esos países tal vez no podrían haber imaginado la alta crisis de precios de medicamentos que enfrentan hoy ni una pandemia de la magnitud de la que azota al mundo en 2020.²³

c. La enmienda al ADPIC (2005)

El 6 de diciembre de 2005, los Miembros de la OMC adoptaron un Protocolo que modifica el Acuerdo sobre los ADPIC para incluir formalmente el sistema del párrafo 6.²⁴ Es esta enmienda la que entró en vigor el 27 de enero de 2017.

IV. Las flexibilidades aplicadas a la salud pública

Al tomar en cuenta las excepciones generales y las adecuaciones surgidas de la Declaración de Doha, las flexibilidades aplicadas al acceso a medicamentos se dividen en dos grupos:

a. Flexibilidades que presuponen capacidad de fabricación local

²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Declaración De Doha 2001*, cit., párr. 6.

²¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Aplicación Del Párrafo 6 De La Declaración De Doha Relativa Al Acuerdo Sobre Los ADPIC Y La Salud Pública*, 2003, fecha de consulta 15 abril 2020, en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm.

²² E. 'T HOEN, "Access to Medicines Amendment of the WTO TRIPS Agreement. Hype or Hope?" *Medicines Law & Policy*.

²³ C. GARRISON, "Never Say Never – Why the High Income Countries That Opted-Out from the Art. 31bis WTO TRIPS System Must Urgently Reconsider Their Decision in the Face of the COVID-19 Pandemic", *Medicines Law & Policy*.

²⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC*, 2005, fecha de consulta 21 junio 2020, en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/amendment_s.htm.

i. Excepción para Examen Regulatorio (Excepción Bolar)

Ninguna innovación es un evento único y aislado en sí mismo, sino que se deriva de una base de conocimiento en la que descansa y al que contribuye, promoviendo así el desarrollo de otras innovaciones.²⁵ Por estas razones, el titular de una patente no puede, bajo ningún pretexto o de ninguna manera, impedir el avance de la base de conocimiento en la que establece su innovación, excepto dentro de los límites necesarios para proteger su derecho.²⁶

Estas excepciones son de interés directo para aquellos países en desarrollo con una industria farmacéutica con capacidad de fabricación para satisfacer sus necesidades de salud pública y desean obtener medicamentos más baratos cerca del vencimiento de las patentes. Estas excepciones implican permitir la importación (si es necesario) y la investigación de medicamentos patentados antes de la fecha de vencimiento de su patente.²⁷

Particularmente importante es la excepción conocida como la excepción Bolar. Esta excepción otorga a una empresa el derecho de desarrollar todos los procedimientos necesarios para solicitar la aprobación de las autoridades sanitarias para su versión de un medicamento patentado antes de que expire la patente, con la intención de ingresar al mercado luego de su terminación.²⁸

ii. Protección de datos de ensayos clínicos

La aprobación de medicamentos genéricos puede depender de datos de ensayos clínicos no divulgados. Por lo tanto, la protección de dichos datos puede imponer al productor del medicamento genérico la necesidad de invertir en datos ya existentes, lo que resulta en costos, retrasando el desarrollo del producto, incluso después de la expiración de la patente.²⁹

Los ensayos clínicos son el componente más costoso de investigación y desarrollo (I + D) en la industria farmacéutica, sin mencionar las preocupaciones de bioética con respecto a la repetición de ensayos con seres

²⁵ R. FIANI, *TRIPS Flexibilities on Intellectual Property*, cit., p. 22.

²⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *ADPIC Versión 2017*, cit., p. Art. 30.

²⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC); ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS); ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), *Promover El Acceso a Las Tecnologías Médicas Y La Innovación: Intersecciones Entre La Salud Pública, La Propiedad Intelectual Y El Comercio*, 1, Organización Mundial Del Comercio (OMC), Geneva, Switzerland, 2013, p. 199, fecha de consulta 25 junio 2020, .

²⁸ E. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "Patentes Farmacéuticas: Cláusula Bolar", 2017, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, p. 15, fecha de consulta 26 junio 2020, en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/135681/TG_RODR%CDGUEZGONZ%C1LEZEster_patentes.pdf;jsessionid=AB3ABAF1D463EFE09CBCAC4B276ACA77?sequence=1; *DRUG PRICE COMPETITION AND PATENT TERM RESTORATION ACT (HATCH-WAXMAN)*, vol. 21, 1984, fecha de consulta 26 junio 2020, en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1585.pdf>.

²⁹ R. FIANI, *TRIPS Flexibilities on Intellectual Property*, cit., p. 23.

humanos.³⁰

El artículo 39 destaca la protección contra la competencia desleal como base para la protección de datos, precisamente con el objetivo de fomentar la competencia. Esto no justificaría la duplicación de los costos de los ensayos clínicos, retrasando el desarrollo de productos genéricos más allá del vencimiento de la protección provista por la patente.³¹ El tema de la protección de los datos de ensayos clínicos ha resultado muy controvertido cuando se trata de desafíos legales. En este sentido, esta flexibilidad ha sido la más difícil de implementar para los países en desarrollo que presentan capacidad de fabricación nacional.³²

b. Flexibilidades que no presuponen capacidad de fabricación local

i. Periodos de transición

Los períodos de transición son el único tipo de flexibilidad establecido considerando las características específicas de los países en desarrollo y menos desarrollados. La justificación de los períodos de transición era la necesidad de tiempo para que los países adecuaran su legislación y prácticas de propiedad intelectual con el nuevo estándar (y más alto) establecido por los ADPIC.

La última extensión de esta flexibilidad fue adoptada por la OMC en 2015 y prolonga el periodo de transición hasta enero 2033 en el marco de los ODS.³³ El único país latinoamericano en esta clasificación es Haití.³⁴

ii. Licencias obligatorias

Una licencia obligatoria para un medicamento patentado consiste en un permiso otorgado por el gobierno de un país, de modo que el producto pueda ser fabricado por un tercero sin el permiso del titular de la patente.³⁵

El párrafo 5 de la Declaración de Doha presenta los temas centrales relacionados con la licencia obligatoria. Aquí es importante señalar que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC no deben interpretarse ni

³⁰ *Ibid.*

³¹ C. CORREA, "Multilateral Agreements and Policy Opportunities", cit., p. 428.

³² R. FIANI, *TRIPS Flexibilities on Intellectual Property*, cit., p. 23.

³³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), "Los Miembros De La OMC Acuerdan Prorrogar La Exención De Las Patentes De Medicamentos Respecto De Los Miembros Más Pobres", *OMC Official Website*.

³⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), "Países Menos Adelantados (PMA)", *OMC Official Website*.

³⁵ C. CORREA, *Guide for the Granting of Compulsory Licenses and Government Use of Pharmaceutical Patents*, South Centre Geneva, Geneva, Switzerland, 2020, p. 13, fecha de consulta 27 abril 2020, en <https://www.southcentre.int/research-paper-107-april-2020/>; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Declaración De Doha 2001*, cit., párr. 5(B).

aplicarse de manera que obstaculicen el acceso a las nuevas tecnologías, menos aún, como un derecho de monopolio absoluto sobre las innovaciones, sino como un instrumento para la promoción de las innovaciones y su difusión de una manera que favorezca el bien común.³⁶ Esta lectura contradice la posición asumida por el gobierno de los Estados Unidos que establece que las licencias obligatorias deben limitarse a enfermedades infecciosas como el VIH / SIDA, la tuberculosis y la malaria.³⁷

Los ADPIC establecen que los estados miembros, obviamente, incluidos los países en desarrollo, tienen derecho a otorgar licencias obligatorias cuando lo consideren necesario, siempre que cumplan las condiciones establecidas en los ADPIC para tales licencias. De hecho, las licencias obligatorias se han utilizado por todo tipo de razones, independientemente del hecho de que prevalecen ampliamente las enfermedades infecciosas.³⁸

La Declaración de Doha permitiría en principio otorgar una licencia obligatoria en el caso de que el medicamento no se produzca en el país.³⁹ Igualmente algunas de las condiciones para la emisión de licencias obligatorias pueden suspenderse durante la emergencia nacional, y los países son libres de determinar qué tipo de situación puede considerarse una emergencia nacional.⁴⁰

Dentro del contexto de las licencias obligatorias, también debemos tener en cuenta el ya mencionado, “sistema del párrafo 6” que aborda el tema de las licencias obligatorias para importar medicamentos por parte de países que no tienen capacidad de fabricación nacional.⁴¹

El sistema del párrafo 6 crea el concepto de "Estado miembro importador elegible", entendido como un país (con énfasis en los países menos desarrollados, pero admitiendo en principio a cualquier otro Miembro) que notificó adecuadamente y se compromete a no actuar como un importador de medicamentos. Este “Estado

³⁶ See C. CORREA, “Multilateral Agreements and Policy Opportunities”, cit., p. 418; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *ADPIC Versión 2017*, cit., p. Art. 7.

³⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y OTROS, *Promover El Acceso a Las Tecnologías Médicas Y La Innovación*, cit., p. 201.

³⁸ See SOUTH CENTRE, “Compulsory Licenses and Government Use of Patented Medicines: Precedents Relevant to Address COVID-19”, *South Centre Website*.

³⁹ R. FIANI, *TRIPS Flexibilities On Intellectual Property*, cit., p. 15; *REGULA DERECHOS Y OBLIGACIONES RELATIVAS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (BRASIL)*, 1996, p. 68, fecha de consulta 26 junio 2020, en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br003es.pdf> (§1º Proporcionan igualmente licencia obligatoria: I - la no explotación del objeto de la patente en territorio brasileño debido a la falta de fabricación o fabricación incompleta del producto, o incluso la falta de uso integral del proceso patentado, excepto en casos de inviabilidad económica, cuando la importación será admitida; o II – la comercialización no satisface las necesidades del mercado.).

⁴⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *ADPIC Versión 2017*, cit., p. 31(b); *Declaración De Doha 2001*, cit., p. 5(C).

⁴¹ R. FIANI, *TRIPS Flexibilities On Intellectual Property*, cit., p. 16 (La mayoría de los países en desarrollo, y países menos desarrollados no tienen productores locales con la capacidad de fabricación necesaria para suministrar medicamentos a su población); ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *ADPIC Versión 2017*, cit., p. 31(f).

miembro importador elegible” solo utilizara el sistema en caso de emergencia u otra situación extrema.⁴² En la práctica los requerimientos para el país exportador y el país importador son sumamente rigurosos lo que ha restado eficacia práctica al sistema.⁴³

iii. Importaciones paralelas

La posibilidad de ejercer importaciones paralelas como mecanismo de arbitraje es esencial para limitar la capacidad de las empresas que retienen patentes de medicamentos para ejercer su poder de mercado y obtener un precio de monopolio para su producto.⁴⁴

Los ADPIC establecen que excepto en casos de discriminación prohibida por el Artículo 3 (trato nacional) y el Artículo 4 (nación más favorecida), cada miembro es libre de usar importaciones paralelas para su política de salud de acuerdo con el principio legal en su legislación.⁴⁵

El agotamiento de los derechos determina dónde cesa el control sobre la circulación del producto por parte del propietario de la patente, una vez que se vende en el mercado. Este régimen de agotamiento de derechos adoptado por las leyes de un país puede ser internacional, regional o nacional. En los dos primeros casos, una vez que un producto patentado se ha vendido en cualquier parte del mundo o en algún estado miembro de un acuerdo regional los derechos del titular de la patente se consideran agotados y no pueden evitar las importaciones del producto a otros países donde se vende a un precio más alto.⁴⁶ Por otro lado, en el régimen de agotamiento nacional, los derechos del titular de la patente se agotan solo cuando el producto se vende en el país. En el último caso, el país no puede permitir la importación paralela y pierde esta importante herramienta para la política de salud pública.

V. Flexibilidades y los Tratados de Libre Comercio (TLC)

⁴² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Sistema Del Párrafo 6*, cit.; V. BRADFORD KERRY; K. LEE, “TRIPS, the Doha Declaration and Paragraph 6 Decision: What Are the Remaining Steps for Protecting Access to Medicines?” *Globalization and Health*, vol. 3, 2007.

⁴³ F. M. ABBOTT; R. V. VAN PUymbROECK, *Compulsory Licensing for Public Health - A Guide and Model Documents for Implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision*, The World Bank, Washington, D.C, 2005, fecha de consulta 16 junio 2020, en <http://documents.worldbank.org/curated/en/173701468337882214/Compulsory-licensing-for-public-health-a-guide-and-model-documents-for-implementation-of-the-Doha-Declaration-Paragraph-6-Decision>; M. RIMMER, “Race Against Time: The Export of Essential Medicines to Rwanda”, *Public Health Ethics*, vol. 1, 2, 2008, Oxford Academic.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *ADPIC Versión 2017*, cit., p. Art. 6; *Declaración De Doha 2001*, cit., p. 5(D).

⁴⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y OTROS, *Promover El Acceso a Las Tecnologías Médicas Y La Innovación*, cit., p. 201.

⁴⁶ R. FIANI, *TRIPS Flexibilities on Intellectual Property*, cit., p. 20.

Los acuerdos de libre comercio (TLC), en su mayoría contienen cláusulas que contradicen el reconocimiento de las flexibilidades en los ADPIC y enfatizados en la Declaración de Doha.⁴⁷

Estos problemas se agravan debido a la dinámica de negociación en torno a este tipo de acuerdos, donde se ofrece compensación a los países en desarrollo o menos desarrollados en beneficio de sus sectores agrícolas. Como estos países generalmente no tienen una industria farmacéutica local, o una subdesarrollada, no hay grupos de interés que tengan éxito en ofrecer resistencia a este tipo de intercambio, lo que resulta en precios más altos de medicamentos y dificultades para sus políticas de salud.⁴⁸

Los TLC aumentan la protección de patentes más allá de las disposiciones de los ADPIC por medio de mecanismos tales como: protección de patentes de segundo uso médico (no está incluida en los ADPIC, lo que permite que cada país defina lo que se considera una invención.); restricciones a los procedimientos para impugnar y revisar las patentes otorgadas; extensión de la validez de las patentes más allá del período de 20 años establecido como compensación por el retraso en la concesión de la patente o la autorización para vender el medicamento; mayor protección para los datos de ensayos clínicos; restricciones en los casos de licencias obligatorias e importaciones paralelas; y vinculación de la autorización de comercialización con la protección de patentes.

VI. Las flexibilidades en el ordenamiento panameño

En términos generales, todos los países de la región centroamericana son importadores netos de productos farmacéuticos. Sobresalen los casos de El Salvador, Honduras y Nicaragua, donde las importaciones son aproximadamente 20 veces más que las exportaciones, lo que subraya el altísimo nivel de dependencia de la producción externa de medicamentos.⁴⁹

En el caso de Panamá, a diferencia del resto de la región, una lectura inicial de los números presenta al país como un exportador neto de medicamentos y retrata un sector farmacéutico muy grande respecto de su PIB. Esto se debe al hecho de que Panamá ha creado, basado en su especialización logística, una eficiente

⁴⁷ *Ibid.*, p. 24; Z. TORRES MÉNDEZ, “Experiencia de la República de Panamá en las Negociaciones de Propiedad Intelectual y su Impacto en el Área de Medicamentos”, 2013, Bogotá, Colombia, fecha de consulta 22 junio 2020, en <https://events.iadb.org/events/handler/geteventdocument.ashx?AF7CF784DCD0CBF43BE2C6862BF334401123A1BFA721E2C372874D2F620F04C4107A03999414F44922CC4C14BFF5B92422B5083A2F9CB7ADD90E6ACB74EB69BCFB6CCF5AFFB8B3F42>.

⁴⁸ R. FIANI, *TRIPS Flexibilities on Intellectual Property*, cit., p. 24.

⁴⁹ J. M. MARTÍNEZ PIVA; F. TRIPO, *Innovación Y Propiedad Intelectual: El Caso De Las Patentes Y El Acceso a Medicamentos*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), México D.F., México, 2019, p. 17, fecha de consulta 22 junio 2020, en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44744/1/S1900712_es.pdf.

exportación de servicios relacionados con los medicamentos.⁵⁰

Sin embargo, estos medicamentos son importados y reexportados al resto de la región (por ejemplo, vía zona libre de Colon), exportando el 80 % hacia Centroamérica y México. Es decir, el alto nivel de importaciones y exportaciones no es por su propio uso, sino para revenderlo a la región.⁵¹

Panamá es miembro de pleno derecho de la OMC desde el 6 de septiembre de 1997 y ratifica los protocolos de enmienda de los ADPIC el 24 de noviembre de 2011.⁵² Al ratificar esta enmienda se inicia un proceso de adecuación a la legislación interna de propiedad industrial y se incorporan a la legislación las licencias obligatorias y se establece la posibilidad de importaciones paralelas.⁵³

La concesión de una solicitud de licencia no voluntaria procede en los casos de:

- Conductas o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia por tribunal competente.
- Emergencia nacional, incluyendo salud pública y seguridad nacional. (uso público no comercial)
- Explotación de una patente posterior que no pudiera ser explotada sin infringir una patente anterior de acuerdo con una decisión de un tribunal competente luego de recibir la solicitud de un tercero.⁵⁴

El titular de un derecho de patente afectado por la decisión de los tribunales de otorgar una licencia involuntaria tendrá derecho a recurrir la validez legal de esta decisión frente a una instancia judicial superior sin embargo nada impedirá que la República de Panamá tome medidas para proteger la salud pública.⁵⁵

Igualmente contamos con otras flexibilidades y excepciones permitidas por el Acuerdo ADPIC tales como:

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ, *Acuerdo de Marrakech, Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio & el Protocolo de Adhesión de Panamá*, vol. 23340, 1997, fecha de consulta 22 junio 2020, en http://www.acodeco.gob.pa/acodeco/uploads/pdf/legislacion_normativas/ley23julio1997.07_21_2009_09_07_11_a.m...pdf; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), “Panamá - Información por Miembro”, *OMC Official Website*.

⁵³ ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ, *Reforma a Ley 35 de 1996 (Propiedad Industrial)*, vol. 27136, 2012, pp. 25 y 26, fecha de consulta 25 junio 2020, ; MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS (PANAMÁ), *Decreto Ejecutivo # 85 (Reglamento de La Ley 35 de 1996)*, vol. 28316, 2017, pp. 61 y siguientes, fecha de consulta 25 junio 2020, ; INTERNATIONAL BUSINESS PUBLICATIONS USA, *Panama Investment and Business Guide*, vol. 1, 6, International Business Publications, Inc., Washington, D.C, 2015, p. 119, fecha de consulta 19 junio 2020, en <https://www.amazon.com/Investment-Business-Strategic-Information-Library/dp/1433038927>.

⁵⁴ ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ, *Reforma a Ley 35 de 1996*, cit., vol. 27136, p. art. 25.

⁵⁵ *Ibid.* p. 25.

principio del agotamiento del derecho y la excepción bolar.⁵⁶ Además se incorporan la protección de datos y la vinculación de registro sanitario o autorización de comercialización a la patente mediante la notificación al titular del derecho de propiedad industrial.⁵⁷

En lo referente a las regulaciones relativas a medicamentos, el estado se compromete a la promoción de la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de los medicamentos para toda la población del país y reconoce la salud como un derecho humano fundamental.⁵⁸

Igualmente la legislación de salud reconoce la posibilidad de importaciones paralelas,⁵⁹ la protección de los datos de prueba⁶⁰ e importación sin registro sanitario en casos de emergencia nacional.⁶¹

A su vez el país ha adquirido compromisos en materia de propiedad intelectual dentro de los Tratados de Libre Comercio firmados con Estados Unidos, Canadá, Centroamérica, Chile, Taiwán, Cuba, La Unión Europea (EU-Centroamérica) y Perú entre otros.⁶²

En resumen, aunque nuestro ordenamiento reconoce las flexibilidades y excepciones estas no han sido utilizadas por las autoridades.

Conclusiones

Como hemos visto, las flexibilidades presentan una herramienta que tienen los países en desarrollo y menos desarrollados para asegurar la realización de sus políticas de salud pública y asegurar el derecho a la salud

⁵⁶ *Ibid.* p. art. 19.

⁵⁷ MINISTERIO DE SALUD (PANAMÁ), *Decreto Ejecutivo # 1389 (Reglamenta La Protección De Datos De Prueba y Otros No Divulgados Para Obtener El Registro Sanitarios y Dicta Medidas De Publicidad Y Transparencia)*, vol. 27114, 2012, fecha de consulta 25 junio 2020,

⁵⁸ ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ, *Política Nacional De Medicamentos En La Republica De Panamá*, vol. 28899-A, 2019, p. Art. 1-2, fecha de consulta 22 junio 2020, en https://espaciocivico.org/wp-content/uploads/2020/02/que_adopta_la_politica_nacional_de_medicamentos_en_la_republica_de_panama.pdf.

⁵⁹ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PANAMÁ, *Ley 1 de 2001 (Sobre Medicamentos & Otros Productos Para La Salud Humana)*, vol. 24218, 2001, fecha de consulta 15 abril 2020, en http://200.46.174.11/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2000/2001/2001_300_0145.pdf; MINISTERIO DE SALUD (PANAMÁ), *Decreto Ejecutivo # 95 (Reglamenta Ley 1 de 2001)*, vol. 28776-B, 2019, fecha de consulta 25 junio 2020,

⁶⁰ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PANAMÁ, *Ley 1 de 2001*, cit., vol. 24218.

⁶¹ *Ibid.*; MINISTERIO DE SALUD (PANAMÁ), *D.E. # 95 de 2019*, cit., vol. 28776-B.

⁶² INTERNATIONAL BUSINESS PUBLICATIONS USA, *Panama Business Guide*, cit., vol. 1, p. 119; Z. TORRES MÉNDEZ, “Panamá, Propiedad Intelectual y Medicamentos (Taller BID)”, cit.

de sus ciudadanos. Por otra parte, en los casi 25 años de vigencia del Acuerdo referente a los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) estos países han sorteado una gran cantidad de obstáculos para cumplir con las exigencias del tratado y sus obligaciones frente a su población. La declaración de Doha y su implementación representan un ejemplo de estas complicaciones. Si bien, esta declaración es realmente significativa, después de todo, da lugar a la primera enmienda a las normas de la OMC, en la práctica la situación no cambiada mucho.

En los 14 años que la exención ha estado vigente solo Ruanda la ha utilizado una vez para pedir un medicamento genérico para el VIH a un productor canadiense. Todo el procedimiento tomó 4 años y requirió una participación significativa de la sociedad civil para que esto ocurriera. Una excepción directa bajo el Artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC para suministrar medicamentos a un país que ha emitido una licencia obligatoria habría estado más cerca de la promesa de Doha de una solución expedita.

De igual manera, la falta de adecuación de las normas, falta de voluntad política de las autoridades nacionales y la proliferación de los tratados de libre comercio con normas que superan las exigencias del acuerdo ADPIC han contribuido a la poca efectividad de las flexibilidades.

La pandemia del COVID-19 representa un ensayo interesante de coordinación y colaboración global para propiciar un manejo eficaz y eficiente de los derechos de propiedad intelectual asociados a la salud.

Lo importante es unir esfuerzos y que se creen mecanismos viables y realmente efectivos y que las barreras creadas por la propiedad intelectual no sean un obstáculo para que los tratamientos y vacunas lleguen a la población que los necesita.

Bibliografía

ABBOTT, F. M.; VAN PUymbROECK, R. V., *Compulsory Licensing for Public Health - A Guide and Model Documents for Implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision*, The World Bank, Washington, D.C, 2005, p. 80, fecha de consulta 16 junio 2020, en <http://documents.worldbank.org/curated/en/173701468337882214/Compulsory-licensing-for-public-health-a-guide-and-model-documents-for-implementation-of-the-Doha-Declaration-Paragraph-6-Decision>.

ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948, fecha de consulta 16 junio 2020, en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>.

ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, “ODS # 3: Salud y Bienestar”, *Plataforma De Consulta Sobre Los Objetivos De Desarrollo del Milenio*, fecha de consulta 15 abril 2020, en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>.

ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), 1966, fecha de consulta 16 junio 2020, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PANAMÁ, Constitución Política de la República De Panamá de 1972, vol. 25,176, 2004, fecha de consulta 25 junio 2020, en https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PANAMÁ, Ley 1 de 2001 (Sobre Medicamentos & Otros Productos Para La Salud Humana), vol. 24218, 2001, fecha de consulta 15 abril 2020, en http://200.46.174.11/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2000/2001/2001_300_0145.pdf.

ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ, Acuerdo De Marrakech, Constitutivo De La Organización Mundial Del Comercio & El Protocolo De Adhesión De Panamá, vol. 23340, 1997, fecha de consulta 22 junio 2020, en http://www.acodeco.gob.pa/acodeco/uploads/pdf/legislacion_normativas/ley23julio1997.07_21_2009_09_07_11_a.m.Pdf.

ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ, Política Nacional De Medicamentos En La Republica De Panamá, vol. 28899-A, 2019, p. 14, fecha de consulta 22 junio 2020, en https://espaciocivico.org/wp-content/uploads/2020/02/que_adopta_la_politica_nacional_de_medicamentos_en_la_republica_de_panama.pdf.

ASAMBLEA NACIONAL DE PANAMÁ, Reforma a Ley 35 de 1996 (Propiedad Industrial), vol. 27136, 2012, fecha de consulta 25 junio 2020,

BOSCHIERO, N., “Intellectual Property Rights and Public Health: An Impediment to Access to Medicines and Health Technology Innovation?” *Stato, Chiese E Pluralismo Confessionale*, N° 22, 2017, p. 35.

BRADFORD KERRY, V.; LEE, K., “TRIPS, the Doha Declaration and Paragraph 6 Decision: What Are the Remaining Steps for Protecting Access to Medicines?” *Globalization and Health*, vol. 3, 2007, p. 3.

CORREA, C., *Guide for the Granting of Compulsory Licenses and Government Use of Pharmaceutical Patents*, South Centre Geneva, Geneva, Switzerland, 2020, fecha de consulta 27 abril 2020, en <https://www.southcentre.int/research-paper-107-april-2020/>.

CORREA, C., “Multilateral Agreements and Policy Opportunities”, en *Intellectual Property Rights: Legal and Economic Challenges for Development*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2014 (Initiative for Policy Dialogue), p. 417, fecha de consulta 25 junio 2020,
Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act (Hatch-Waxman), vol. 21, 1984, fecha de consulta 26 junio 2020, en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1585.pdf>.

FIANI, R., TRIPS Flexibilities on Intellectual Property: A Tool To Improve Universal Access to Essential Medicines, South American Institute of Government in Health (ISAGS - UNASUR), Rio De Janeiro, Brazil, 2016, fecha de consulta 15 abril 2020, en [http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/7/bb\[645\]ling\[3\]anx\[2147\].pdf](http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/7/bb[645]ling[3]anx[2147].pdf).

GARRISON, C., “Never Say Never – Why the High Income Countries That Opted-Out from the Art. 31bis WTO TRIPS System Must Urgently Reconsider Their Decision in the Face of the COVID-19 Pandemic”, Medicines Law & Policy, fecha de consulta 14 abril 2020, en <https://medicineslawandpolicy.org/2020/04/never-say-never-why-the-high-income-countries-that-opted-out-from-the-art-31bis-wto-trips-system-must-urgently-reconsider-their-decision-in-the-face-of-the-covid-19-pandemic/>.

HOEN, E. ’T, “Access to Medicines Amendment of the WTO TRIPS Agreement. Hype or Hope”, Medicines Law & Policy, fecha de consulta 16 junio 2020, en <https://medicineslawandpolicy.org/2017/04/access-to-medicines-amendment-of-the-wto-trips-agreement-hype-or-hope/>.

INTERNATIONAL BUSINESS PUBLICATIONS USA, Panama Investment and Business Guide, vol. 1, 6, International Business Publications, Inc., Washington, D.C., 2015, fecha de consulta 19 junio 2020, en <https://www.amazon.com/Investment-Business-Strategic-Information-Library/dp/1433038927>.

MARTÍNEZ PIVA, J. M.; TRIPO, F., Innovación Y Propiedad Intelectual: El Caso De Las Patentes Y El Acceso a Medicamentos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), México D.F., México, 2019, p. 86, fecha de consulta 22 junio 2020, en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44744/1/S1900712_es.pdf.

MICHALOPOULOS, C., The Role of Special Differential Treatment for Developing Countries in GATT and the WTO, World Bank (WB), Washington D.C., 2000, p. 206, fecha de consulta 15 abril 2020, en <http://documents.worldbank.org/curated/en/908021468766770206/The-role-of-special-differential-treatment-for-developing-countries-in-GATT-and-the-World-Trade-Organization>.

MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS (PANAMÁ), Decreto Ejecutivo # 85 (Reglamento de La Ley 35 de 1996, vol. 28316, 2017, p. 49, fecha de consulta 25 junio 2020,

MINISTERIO DE SALUD (PANAMÁ), Decreto Ejecutivo # 95 (Reglamenta Ley 1 de 2001), vol. 28776-B, 2019, fecha de consulta 25 junio 2020,

MINISTERIO DE SALUD (PANAMÁ), Decreto Ejecutivo # 1389 (Reglamenta La Protección De Datos De Prueba y Otros No Divulgados Para Obtener El Registro Sanitarios y Dicta Medidas De Publicidad Y Transparencia), vol. 27114, 2012, fecha de consulta 25 junio 2020,

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), Constitución de la Organización Mundial De La Salud (OMS), 49, Organización Mundial De la Salud (OMS), Ginebra, Suiza, 2019, fecha de consulta 27 junio 2020, en https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf#page=1.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), Aplicación Del Párrafo 6 De La Declaración De Doha Relativa Al Acuerdo Sobre Los ADPIC Y La Salud Pública, 2003, fecha de consulta 15 abril 2020, en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio (ADPIC), 1995, fecha de consulta 25 junio 2020, en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los ADPIC Y La Salud Pública, 2001, fecha de consulta 15 abril 2020, en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), Enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC, 2005, fecha de consulta 21 junio 2020, en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/amendment_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), “Los Miembros De La OMC Acuerdan Prorrogar La Exención De Las Patentes De Medicamentos Respecto De Los Miembros Más Pobres”, OMC Official Website, fecha de consulta 25 junio 2020, en https://www.wto.org/spanish/news_s/news15_s/trip_06nov15_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), “Países Menos Adelantados (PMA)”, OMC Official Website, fecha de consulta 25 junio 2020, en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org7_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), “Panamá - Información por Miembro”, OMC Official Website, fecha de consulta 25 junio 2020, en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/panama_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC); ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS); ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), Promover El Acceso a Las Tecnologías Médicas Y La Innovación: Intersecciones Entre La Salud Pública, La Propiedad Intelectual Y El Comercio, 1, Organización Mundial Del Comercio (OMC), Geneva, Switzerland, 2013, fecha de consulta 25 junio 2020,

PEREHUDOFF, K.; SELLIN, J. A., “COVID-19 Technology Access Pool (C-TAP): A Promising Human Rights Approach”, Health and Human Rights Journal Website, fecha de consulta 23 junio 2020, en <https://www.hhrjournal.org/2020/06/covid-19-technology-access-pool-c-tap-a-promising-human-rights-approach/>.

Regula Derechos y Obligaciones Relativas a la Propiedad Industrial (Brasil), 1996, p. 33, fecha de consulta 26 junio 2020, en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br003es.pdf>.

RIMMER, M., “Race Against Time: The Export of Essential Medicines to Rwanda”, Public Health Ethics, vol. 1, n.º 2, 2008, Oxford Academic, p. 89.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., “Patentes Farmacéuticas: Cláusula Bolar”, 2017, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, fecha de consulta 26 junio 2020, en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/135681/TG_RODR%CDGUEZGONZ%C1LEZEster_patentes.pdf;jsessionid=AB3ABAF1D463EFE09CBCAC4B276ACA77?sequence=1.

SOUTH CENTRE, “Compulsory Licenses and Government Use of Patented Medicines: Precedents Relevant to Address COVID-19”, South Centre Website, fecha de consulta 15 abril 2020, en <https://ipaccessmeds.southcentre.int/covid-19-pandemic/>.

TOBIN, J., *The Right to Health in International Law*, 1 edition, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2012, fecha de consulta 25 junio 2020,

TORRES MÉNDEZ, Z., “Experiencia De La República De Panamá En Las Negociaciones De Propiedad Intelectual Y Su Impacto En El Área De Medicamentos”, 2013, Bogotá, Colombia, fecha de consulta 22 junio 2020, en <https://events.iadb.org/events/handler/geteventdocument.ashx?AF7CF784DCD0CBF43BE2C6862BF334401123A1BFA721E2C372874D2F620F04C4107A03999414F44922CC4C14BFF5B92422B5083A2F9CB7ADD90E6ACB74EB69BCFB6CCF5AFFB8B3F42>.

URIAS, E., “Multinational Enterprises and Sustainable Development: The contribution of the Pharmaceutical Industry to the Health Status of the Developing World”, en *International Business and Management*, vol. 33, Emerald Publishing Limited, 2017, p. 41, fecha de consulta 25 junio 2020,

WATANABE, Y., “Right to Health in International Human Rights Law”, *Housei Riron*, vol. 3, N.º 4, 2017, p. 113.

WIPO COMMITTEE ON DEVELOPMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY (CDIP); COMMITTEE ON DEVELOPMENT AND IP., *Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and their Legislative Implementation at the National and Regional Levels*, World Intellectual Property Organization (WIPO), Geneva, Switzerland, 2010, fecha de consulta 20 diciembre 2017, en http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=142068.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “Accelerating a Safe and Effective Covid-19 Vaccine”, WHO Official Website, fecha de consulta 23 junio 2020, en <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/accelerating-a-safe-and-effective-covid-19-vaccine>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “Covid-19 Technology Access Pool”, WHO Official Website, fecha de consulta 23 junio 2020, en <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/covid-19-technology-access-pool>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “Global Research on Coronavirus Disease (covid-19)”, WHO Official Website, fecha de consulta 23 junio 2020, en <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “Solidarity Clinical Trial for COVID-19 Treatments”, WHO Official Website, fecha de consulta 15 abril 2020, en <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel->

coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-clinical-trial-for-covid-19-treatments.

VII. CRITERIOS DE PUBLICACIÓN

CRITERIOS DE PUBLICACIÓN

CRITERIOS DE PUBLICACIÓN DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA PARA EL ANUARIO DE DERECHO

Definición del Anuario

El *Anuario de Derecho* es la revista especializada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

Su objetivo es divulgar los avances y resultados de investigaciones originales e inéditas, así como documentos monográficos o de análisis o revisión; con contenido jurídico y político; realizados por autores panameños, preferentemente, y dirigido a profesionales del Derecho, científicos políticos y estudiantes de las carreras de Derecho y de Ciencias Políticas.

Consejo Editorial

La Revista contará con un Consejo Editorial que mantendrá y preservará la periodicidad de publicación de la revista (anual). Dicho Consejo se hará cargo de la selección de los artículos que se publicarán en la Revista, con base en el arbitraje de especialistas o expertos. La Revista también contará con evaluadores externos, quienes pasan a formar parte del sistema de arbitraje. Este grupo de los evaluadores externos está integrado por el 25% del total.

El resultado del proceso de arbitraje será comunicado por escrito al autor. En caso de considerar que el mismo no es favorable, el autor solicitará por escrito el recurso de reconsideración, con la debida argumentación.

Criterios para la Presentación de los Artículos

A continuación se especifican los criterios a los cuales deben acogerse los artículos que se publican en el *Anuario de Derecho*:

- Los artículos deben ser originales, con temas innovadores.
- El autor no debe presentar el artículo a otra revista o publicación.
- Enviar original (en archivo adjunto electrónico o impreso), acompañado de una copia en versión electrónica, en Word. El documento contará con un mínimo de 10 cuartillas, con 26 renglones cada una. Debe utilizarse letra Times New Román No. 12. Si el artículo cuenta con gráficas u otras ilustraciones, las mismas se ubican al final del artículo, indicándose con claridad en qué lugar del texto deben ser incluidas.
- El artículo incluirá: título del trabajo, nombre de (de los) autor (es), cargo que ocupa y dependencia donde labora.

- Cada artículo que se somete para su publicación tiene que acompañarse con un resumen en español, inglés u otro idioma de 150 palabras, aproximadamente. Además, la identificación de las palabras claves (descriptores) en español, inglés u otro idioma.
- La metodología debe ser consistente y su aplicación adecuada al tema que trata el artículo; la estructura del artículo debe contener los elementos básicos de un artículo de investigación o de una monografía.
- Las referencias bibliográficas deben ser actualizadas, suficientes y pertinentes al tema del artículo. Estas deben aparecer al final del artículo, conformando la bibliografía.
- La elaboración de las referencias bibliográficas responde a las normas internacionales para la descripción bibliográfica, destacándose los elementos esenciales: autor, título, edición (en caso de monografías), lugar de publicación, casa editora o editorial y fecha de publicación; en el caso de las publicaciones periódicas (revistas), el volumen/año y número del fascículo. La bibliografía debe ser actualizada, procurando abarcar textos de los últimos diez años.
- Debe emplearse el sistema de citas del Reglamento de Tesis de Grado de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrado de la Universidad de Panamá, donde se designa el apellido del autor seguido del año de la publicación, el cual deberá presentarse entre paréntesis [p. e. Valdivia (2010)].
- El autor o autores deberá proporcionar información relevante sobre su hoja de vida, al final de su colaboración, con indicación de su correo electrónico.