

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° 51
Año XLII, N° 51
Diciembre 2021 - Noviembre 2022

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° 51

Año XLII, N° 51
Diciembre 2021 - Noviembre 2022

ANUARIO DE DERECHO

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Panamá

Año XLII, N° 51, diciembre 2021 - noviembre 2022

ISSN L - 2953-299X

Centro de Investigación Jurídica (CIJ)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá

Mgtr. Arellys Eliana Ureña Castillo, Directora de la Revista Anuario de Derecho

Consejo Editorial:

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

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

Dr. Jorge Giannareas, miembro del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

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 Gómez del Castillo, 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)

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: 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

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

Dr. Hernando J. Franco Muñoz
Decano

Mgtr. Francisco F. Flores Villa
Vicedecano

Lic. Judith Loré
Secretaría Administrativa

Mgtr. Arellys Eliana 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
Mgtr. Camilo Rodríguez
Mgtr. Belquis C. Sáez N.
Mgtr. Wilfredo Gómez

Asistentes de Investigación

Rodrigo De La Cruz
Maybelline González
Dylan A. Hernández A.
Clarisse Stella Jované A.
Eyda Jazmín Saavedra H.

Hemeroteca
Lic. Marcial Guerrero

Secretaria
Mirna E. Arcia

CONTENIDO

PALABRAS DE LA EDITORA ARELYS E. UREÑA C.

I. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES	11-15
II. DOCTRINA	
A. DERECHO CIVIL	
<i>Nuevo aporte al Derecho de daños. --- Julio Lombardo.</i>	16-30
<i>El Daño como elemento de la Responsabilidad Civil y el Principio de Congruencia ---- David Zamora S.</i>	31-47
<i>Particularidad del Caso Fortuito y la Fuerza Mayor en el Código Civil Panameño -- - Lidia Karina Mercado.</i>	48-67
B. DERECHO DE FAMILIA	
<i>Antecedentes de la relación parental en el Derecho panameño. --- Belquis C. Sáez Nieto.</i>	68-79
C. DERECHO PENAL	
<i>Algunas consideraciones sobre la aplicación de la Ley Penal. --- Virginia Arango Durling.</i>	80-93
<i>Apropiación Indebida. Un abuso de Confianza. --- Campo Elías Muñoz.</i>	94-107
D. DERECHO PROCESAL PENAL	
<i>A diez años del Sistema Penal Acusatorio en Veraguas --- Luis Gabriel Peñalba R.</i>	108-118
<i>La Fase de Juicio Oral en el Sistema Penal Acusatorio Panameño ---- César Román Tello Solano -----</i>	119-129
E. DERECHO INTERNACIONAL	
<i>Panamá y la Guerra de Las Malvinas. --- Oscar Vargas Velarde.</i>	130-149

F. FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Origen Fáctico y Epistemológico de la Prueba en el Sistema Penal Acusatorio --- 150-161
Wilfredo Gómez

G. METODOLOGÍA Y CIENCIAS DEL DERECHO

La prospectiva: una herramienta para la creación de ordenamientos jurídicos. -
Vanessa M. Campos Alvarado. 162-173

Maltrato Animal. --- **Oziel De Gracia.** 174-186

Los aportes de Clara González al Desarrollo del Derecho en Panamá. --- **Anayansi Turner.** 187-195

III. LEGISLACIÓN

Compilación de leyes aprobadas por la Asamblea Nacional de Panamá durante el año 2021. . 196-208

IV. JURISPRUDENCIA

Discapacidad laboral. --- *Acción contenciosa administrativa de Plena Jurisdicción* 209-216
 ---. **Eyda Jazmín Saavedra Herrera.**

V. RECENSIONES

Dr. Rigoberto González Montenegro --- *La mutación constitucional; Su problemática.* ---. **Rodrigo De La Cruz.** 217

Dr. Oscar Vargas Velarde. --- *El despido del trabajador y la carga de la prueba* --- 218
Maybelline González

Mgtr. Jorge Armando Chang Villareal: --- *Las fases e instituciones de garantías en el Sistema Penal Acusatorio* ---. --- **Dylan Hernández.** 219

VI. ARTÍCULOS INTERNACIONALES INVITADOS

Figuras Públicas y Redes Sociales. --- **Rubén E. Rodríguez Samudio.** 220-227

Fe de Erratas.

Repercussions of the pandemic caused by Sars-Cov-2 and its variants in legislation of mergers and acquisitions in the United Kingdom and Panama as well as the relevance of environmental, social and governance criteria in the corporate context of the new normality.

Repercusiones de la Pandemia causada por Sars-Cov-2 y sus variantes en la Legislación de Fusiones y Adquisiciones en Reino Unido y Panamá, así como la relevancia de los criterios ambientales, sociales y de Gobernanza en el contexto corporativo de la nueva normalidad

228-264

--- Juan Armengol

VII. CRITERIOS DE PUBLICACIÓN

Palabras por la Directora del Consejo Editorial
Arelys Eliana Ureña Castillo / <https://orcid.org/0000-0002-0104-6006>

La Revista Anuario de Derecho, es una publicación, es de emisión anual, por el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá. Es un espacio de convergencia de posturas jurídico científicas, que aspira a la integración de los conocimientos tanto jurídicos, como de otros saberes, y lograr la difusión de perspectivas científicamente planteadas sobre problemas y soluciones en el ámbito del derecho nacional, así como también en ámbito internacional dentro del contexto del actual mundo globalizado.

La información es un ente dinámico que se transmite de forma inmediata, y el Derecho como objeto de estudio, y fuente inagotable de información, no escapa a este dinamismo, razón por la que es de imperio continuar de forma permanente la generación de conocimiento jurídico que de manera ineludible llegará a ser un insumo intrínsecamente valioso para mejorar a las sociedades humanas del mundo.

Este número de la Revista Anuario de Derecho, es la publicación No.51, y cuenta con trece artículos científicos producto del riguroso trabajo de sus autores dados a la labor de la investigación científica del derecho, en los que se desarrollan temáticas diversas, todas con importantes aportes.

Entre los significativos aportes que se pueden apreciar en esta obra, se podrán encontrar temas diversos que incidirán en la conciencia jurídica del lector para estimular la búsqueda de más conocimiento, como es la contribución en materia de metodología y ciencias del derecho, una interesante propuesta en cuanto a la prospectiva como herramienta para la creación de ordenamientos jurídicos, lo que constituye un punto de partida fundamental para entrar en lo que muchos autores han denominado en esta segunda década del siglo XIX como el surgimiento del Derecho 2.0. En otra línea de investigación de igual trascendencia encontramos aportes relativos al derecho de daños, siendo este de necesario abordaje ante el pulimiento de la identificación del daño como elemento de la responsabilidad civil y el principio de congruencia; así en la misma línea, aportando un significativo hallazgo se hace un importante aporte en cuanto a la particularidad de caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil Panameño.

Otro tema abordado que no pierde vigencia, y que no debe ser descuidado por tratarse de la base de la construcción de sociedades emocionalmente sanas versa sobre la relación parental en el derecho panameño.

Los autores sensibilizados con las fortalezas y debilidades del sistema penal imperante han cubierto importantes consideraciones sobre la aplicación de la ley penal, tipos penales específicos como la apropiación indebida y el abuso de confianza. Continuando con temas relevantes e íntimamente relacionados en cuanto a la definición de los conceptos esenciales del proceso penal se hace un abordaje sobre la fase del juicio oral en Sistema Penal Acusatorio Panameño, y también un análisis desde la filosofía del derecho al exponer el origen fáctico y epistemológico de la prueba en el sistema penal acusatorio, y el recorrido que durante los últimos diez años ha tenido el Sistema Penal Acusatorio en la provincia de Veraguas.

En materia de derecho internacional el lector se podrá nutrir con la exposición de una relación de hechos y lugares no contemplada a primer pensamiento que tuvo sus repercusiones tanto jurídicas, como histórico geográficas refiriéndonos a Panamá y la Guerra de las Malvinas, y como punto de cierre de lujo los aportes de Clara González al desarrollo del Derecho en Panamá, aportes estos sin los cuales los procesos de inclusión y distribución de derechos en equidad dentro de la sociedad panameña, habrían sido mucho más lentos de alcanzar, y como aporte internacional desde Hokkaido, Japón el tema Figuras Públicas y Redes Sociales. Por último se publica una Fe de Errata del artículo que aportara en Anuario de Derecho No.50 el autor Juan Armengol, con su versión en inglés.

Este Anuario de Derecho No. 51 cuenta también con una compilación de leyes aprobadas en el año 2021, aportes de jurisprudencia sobre acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, con tres recensiones que entregan valiosos comentarios al desarrollo de las obras de otros autores ajenos a esta revista.

El Anuario de Derecho No. 51 se convierte en un aporte de temas tan diversos como innovadores, cumpliendo con el compromiso de abrir espacios para la ciencia y el pensamiento jurídico, y facilitar acceso al conocimiento multidisciplinar e integrador, continuando con la misión de engrandecer el enriquecimiento del acervo jurídico y estar a la vanguardia de las propuestas del derecho del siglo XIX.

Mgtr. Arelys E. Ureña Castillo
Directora de la Revista Anuario de Derecho

**I. DATOS BIOGRÁFICOS
DE LOS AUTORES**

Virginia Arango Durling<https://orcid.org/0000-0003-2947-0252>

Nació en la ciudad de Panamá. Licenciada en Derecho, Universidad de Panamá, 1980. Doctora en Derecho, *Apto Cum Laude*, Especialización en Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, España, 1989. Experiencia en investigación y autora de numerosas publicaciones, entre ellas, más de cincuenta obras en materia de Derecho Penal y Derechos Humanos, e investigaciones publicadas en revistas nacionales y extranjeras, y otros en medios de comunicación social. De las publicaciones se puede mencionar Derecho Penal (Parte General), Introducción a los Derechos Humanos, Manual de Derechos Humanos, Las consecuencias jurídicas del delito, el Iter Criminis, entre otros. Ha ocupado el cargo de *Investigadora* en el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1983-1993), Decana Encargada, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (1997) Universidad de Panamá. Profesora de Derechos Humanos, Universidad de Panamá, y ULACIT. Actualmente es Catedrática de Derecho Penal y ocupa el cargo de Directora del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad de Panamá. Miembro de la Academia Panameña de Derecho y Directora de la Revista virtual Boletín de Ciencias Penales, y de la página w.w.w.penjuranamá, que contiene un aula virtual y material didáctico y bibliográfico en Derecho Penal y Derechos Humanos. Correo electrónico: varangodurling@gmail.com

Juan Armengol<https://orcid.org/0000-0002-4684-5581>

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 <https://orcid.org/0000-0003-4903-7501>

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, egresada de la Universidad de Panamá, Postgrado en Docencia superior de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Panamá, Postgrado en Gerencia Estratégica y de Investigación Social de la Universidad Especializada de las Américas (UDELAS), Especialista en Investigación Social Postgrado obtenido en el Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá, Maestranda en Ciencias Sociales con énfasis en Teorías y Métodos de Investigación del Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá, Diplomada en Métodos alternos de Resolución de Conflictos, Derecho Ambiental, Gobernanza y participación Ciudadana, Investigación en el Nivel Superior todos por la Universidad de Panamá. Directora del Boletín de Informaciones jurídicas del Centro de Investigación Jurídica a Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, coordinación de la Revista Estudiantil Nuevo Pensamiento Jurídico del Centro de Investigación Jurídica. Correo electrónico: vanecampsalva10@gmail.com

Oziel De Gracia<https://orcid.org/0000-0001-8474-2607>

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

Wilfredo A. Gómez M. <https://orcid.org/0000-0003-4525-7718>

Lic. en Relaciones Internacionales, por la Universidad de Panamá. Lic. en Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá. Magister en “El Nuevo Sistema Penal Acusatorio” por la ISAE UNIVERSIDAD. Especialista en Docencia Superior por la Universidad de Panamá. Postgrado en Asuntos Internacionales por la Academia Diplomática, Madrid, España. Postgrado en Altos Estudios Internacionales por la Sociedad de Altos Estudios Internacionales, Madrid, España. Profesor especial, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Investigador Jurídico, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Experiencia docente por más de 20 años: Universidad de Panamá. Universidad, Ciencias y Tecnología (ULACIT). Universidad Interamericana (UIP). Universidad del Istmo. Universidad de las Américas (UDELA). Universidad Politécnica Internacional

Julio Lombardo <https://orcid.org/0000-0002-2509-5443>

Miembro del Capítulo de Honor Sigma Lambda al que pertenece hasta la fecha y desde su egreso de la Universidad de Panamá como Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México como Maestro y Doctor en Derecho. Ex Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Panamá en dos periodos consecutivos. Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Catedrático de tiempo completo en la Licenciatura y en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Panamá. Coordinador del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Panamá, en dos períodos, y expositor sobre temas de Derecho Civil en diversos eventos y autor de diversos artículos científicos de Derecho Civil, de las Lecciones de Derecho Civil. Contratos y de la obra: Metodología del Derecho. **Correo electrónico:** jlc0680@outlook.com

Lidia Karina Mercado <https://orcid.org/0000-0002-5919-8651>

Abogada en ejercicio. Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Panamá dictando las asignaturas Derecho Civil I (derecho de personas) y Derecho Civil III (contratos civiles). Especialista en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca, título obtenido con Mención de Honor. Líneas de investigación: Responsabilidad civil (Derecho de daños), Derecho civil comparado, contratos civiles y régimen de la Propiedad Intelectual (P.I.) frente a las nuevas tecnologías. Secretaria general de la Asociación de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado de Panamá (ADIPCOP). Correo electrónico: lkmercadob@gmail.com

Campo Elías Muñoz A. <https://orcid.org/0000-0003-2979-5153>

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. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2011 XX Curso de Postgrado en Derecho con especialidad en Derecho Penal. Universidad de Salamanca España Curso de 60 horas, 2007. Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Del 25 de septiembre al 6 de octubre de 2017. Profesor Asistente de Derecho Penal, Universidad de Panamá, desde 2012-2018. Profesor de Derecho Penal, desde 2018. Correo electrónico: campoema@gmail.com

Luis Gabriel Peñalba R. <https://orcid.org/0000-0002-5659-5619>

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

Rubén Enrique Rodríguez Samudio <https://orcid.org/0000-0001-5824-4620>

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: <https://orcid.org/0000-0002-5191-3227>

Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Ex directora del Centro de Investigación Jurídica. Corresponsal en Panamá de la Editorial Reus. Doctoranda en Derecho con especialización en Derecho Civil. 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. Correo electrónico: magistrabelquis@gmail.com

César R. Tello Solano <https://orcid.org/0000-0002-5685-8853>

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Asistente Legal por concurso en el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, años 1987-1988, Notario Público del Circuito de Herrera (1990-1994), Personero Municipal, Asistente de Fiscal y Fiscal de Circuito. Actualmente Fiscal de Circuito de la Sección de Delitos Contra la Seguridad Colectiva en la Fiscalía Regional de Panamá Oeste. Docente en diversas universidades. Postgrado en Derecho Penal y Procesal Penal, Escuela Nacional del Ministerio Público de República Dominicana, Mediación, Derecho del Trabajo, Docencia Superior, Diplomado Centroamericano Sobre Reforma Procesal Penal, por la Universidad de San Carlos de Guatemala, Universidad de Costa Rica, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2016. Autor de la obra “Manual de Litigación Oral en el Sistema Penal Acusatorio Panameño, desde audiencias previas hasta el juicio oral (2017), reeditada en agosto de 2020 por Editorial Mizrachy & Pujol y Métodos Alternos a la Solución del Conflicto en el Sistema Penal Acusatorio Panameño (2021), Capacitador de Aba Roli sobre temas de reforma procesal penal. Expositor en foros nacionales e internacionales Correo electrónico: ctello27864@gmail.com

Anayansi Elena Turner Yau <https://orcid.org/0000-0003-4780-8253>

Estudios universitarios: Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, 1976-1983. Doctorado en Derecho con especialización en Derecho Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983-1986. Especialista en Docencia Superior, Universidad de Panamá, 2004-2005. Maestría en Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo, Universidad Internacional de Andalucía, 2005-2008. **Experiencia laboral.** Investigadora del Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), México, D. F. (1984-1986). Abogada Litigante (1987-2022). Docente Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 1987-2022, categoría titular de la Cátedra de Derecho del Trabajo, tiempo completo. Docente Universidad Latina (2015-2016), asignaturas: Derecho del Trabajo, Derecho Administrativo, Derechos Humanos, en la Facultad de

Derecho y Ciencias Políticas. Docente Universidad Americana (2015-2016), asignaturas: Derecho del Trabajo, Derecho Financiero, Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Derecho de Familia. Directora de la Escuela de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (1997-2000). Vicedecana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá (2000-2003). Coordinadora de la Cátedra UNESCO Cultura de Paz del Consejo de Rectores de Panamá (1996-2001). Consultora en Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano de Costa Rica, para la realización de las investigaciones: *La Cara de la Violencia Urbana en América Central-Panamá* (2005) y *Medios de Comunicación Social y Violencia* (2007, junto con Ernesto Mc Nally). Directora del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá (2011). Defensora de los Derechos de los Universitarios, Universidad de Panamá (2012-2013 y 2015-2017). Correo electrónico: anayansiturner@gmail.com

Oscar Vargas Velarde <https://orcid.org/0000-0002-5423-465X>

Abogado y docente, es profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, en donde también fue investigador jurídico en el Centro de Investigación Jurídica por más de treinta años. Fue director general de Política Exterior en dos oportunidades, secretario general, consultor del Ministro y viceministro a. i., en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Se desempeñó de embajador extraordinario y plenipotenciario en la República de Colombia y embajador en misión especial en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos. Además, se desempeñó como integrante del equipo de trabajo de la República de Panamá en las negociaciones del Grupo de Contadora para la búsqueda de la paz en Centroamérica. Correo electrónico: oscar_vargasvelarde@hotmail.com

David E. Zamora Smith <https://orcid.org/0000-0002-8781-1222>

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

Nuevo aporte al Derecho de daños

Julio Lombardo

Universidad de Panamá,

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

País: Panamá

jlc0680@outlook.com

ORCID 0000-0002-2509-5443

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito destacar la naturaleza y trascendencia del daño a la persona; determinar la autonomía y relevancia de éste.

Palabras clave: Daño moral, daño a la persona, reparación del daño.

ABSTRACT

The purpose of this work is to highlight the nature and significance of the damage to the person; determine its autonomy and relevance.

Keywords: moral damage, personal injury, restitution of damage.

I. Ideas previas

Uno de los presupuestos de la responsabilidad civil es el daño, elemento que en el léxico común se vincula con menoscabo, pérdida, detrimento, molestia, deterioro, perjuicio que afecta a una persona.

Y en materia jurídica lo que se ha destacado en un inicio es el daño material dentro de los conceptos de **daño emergente**, es decir, pérdida sufrida en el sentido de disminución pecuniaria que vulnera el acervo económico del individuo, por ejemplo los daños materiales ocasionados por un accidente; y de **lucro cesante**, es decir, la ganancia dejada de percibir a causa de determinado hecho dañoso (v. tales conceptos en el artículo **991** del Código Civil panameño).

Mas, con posterioridad, se ha captado el concepto de **daño moral** identificado con el dolor, el sufrimiento, la molestia, experimentados, también, por una persona como consecuencia de determinadas circunstancias que le hayan sobrevenido (v. el artículo **1644a** del Código Civil panameño).

Así, las proyecciones del daño abarcan no solo su faceta material, sino la moral que son aspectos de los bienes que constituyen el acopio personal. Mas, ello no resulta contrario a

la idea de que el daño es la lesión a un interés, una facultad de actuar en relación con bienes jurídicos, con objetos de satisfacción.¹

Y si el patrimonio en una de sus partes es comprendido como el conjunto de bienes materiales avaluables en dinero², en cierta forma, se entendería que hay un conjunto de bienes no patrimoniales o extrapatrimoniales o inmateriales.

Facilitándose, la distinción de **daño material** o económico, como el que afecta a bienes contenidos en el patrimonio y, por ello, **daño patrimonial**, y de **daño moral** como el que afecta bienes no materiales, y por ello, daño no patrimonial o extra patrimonial (lo que no excluye las molestias o menoscabos que repercuten sobre diversos tipos de bienes).³

Ahora bien, a tales clases de daño se han referido la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera desde hace cierto tiempo.

Como constancia de ello vale que sean destacados diversos fallos de los tribunales de nuestro país que establecen, con claridad, tal distinción.

Así, en sentencia del 22 de abril de 1937 se indica que el **propietario de una casa es responsable del daño causado por su ruina total o parcial** (v. R.J. No 24, p.471, en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de Manuel Herrera Lara, tomo 5, p. 48). Fallo en el que resalta la existencia de un bien avaluable monetariamente, contenido en un patrimonio (según la acepción tradicional de éste)⁴, por ello, bien patrimonial, así como el nexo con un daño que resulta, según la clasificación antes planteada, daño patrimonial, al afectar un bien contenido en el respectivo patrimonio.

En fallo del Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial en cuanto a la colisión de automóviles se hace referencia al monto de los daños causados, es decir que se alude, sin duda, a bienes materiales, por ende, susceptibles de valuación pecuniaria que son objeto de daños, por consiguiente, **patrimoniales**, ya que son infligidos a bienes de contenido económico, susceptibles de ser valuados en dinero (v. Registro Judicial No 1 de enero de 1941, p.56, citado en **Jurisprudencia Civil** recopilada por la Sección de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, p.159).

En sentencia de 19 de mayo de 1967, por otra parte, es hecha la referencia a la condena al “pago de perjuicios materiales” al dueño del auto; lo que supone que un bien material, avaluable en dinero y correspondiente al respectivo patrimonio, por ende, patrimonial, sufrió daños patrimoniales (v. el repertorio jurídico No 5, mayo, 1967, pp. 95 a 122, en 20 años de jurisprudencia... de Dulio Arroyo, p.232).

¹ Cfr. ZANNONI Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993, pp.24 y 25.

² Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. **Tratado práctico de Derecho Civil francés**, Tomo 3º, Cultural, S.A., Habana, Cuba, 1946, p.23.

³ Cfr. ZANNONI, Ob.cit, pp. 26 y 27.

⁴ Cfr. PLANIOL... Idem.

Y en lo relativo a las estimaciones en torno de una clase de daño reconocida, obviamente, al calor de toda la corriente científica de humanización del Derecho, como es el **daño moral**, incluido dentro de la categoría de daño no patrimonial o extrapatrimonial, causado, según ha sido puesto de relieve, por lesión a bienes no apreciables en dinero, pero que forman parte de facetas de inestimable relevancia para el ser humano, como la salud, el afecto, la apariencia física, la estabilidad emocional y otras de similar naturaleza, vale la alusión al “señalamiento doctrinal” (contenido en el Registro Judicial No. 94 de 1918, p.93, en la **Jurisprudencia de la Suprema Corte...** de Manuel Herrera Lara, tomo 1, p.21) en cuanto determina que la legislación vigente hasta el 30 de septiembre de 1917 y otra posterior no autorizan “el cómputo del daño moral en la estimación de perjuicios”

Había, pues, en tales tiempos, una tendencia a no reconocer el **daño moral** como elemento configurativo de la responsabilidad civil.

No obstante, la evolución histórica y los apremios humanos que impusieron el enfoque del Derecho no como un medio de simple control y sanción sino como una vía de naturaleza reparadora, para la compensación de lesiones y agravios, ha conllevado, el reconocimiento de esa especie de perjuicio que trasciende el ámbito del denominado “patrimonio pecuniario”⁵ en que quedan las categorías simples del menoscabo o la pérdida material, concretadas en cuanto a la incidencia en bienes materiales, de modo común, como **daño emergente** y **lucro cesante**.

Por ello, aunque Herrera Lara, en su valiosa colección de jurisprudencia, advierte que la legislación de su época no admite el derecho de reclamar indemnización por daño moral, y adiciona el criterio de que eso obedece a que los legisladores consideran inestimable en dinero el daño de tal naturaleza, que “pueda causar una acción o una omisión negligente”, señalando, además, que los perjuicios contemplados en el Código Civil, en vigor, “son estrictamente materiales, es decir, los que se refieren al menoscabo de la hacienda, al detrimento de los intereses pecuniarios” (v. Registro Judicial No 134 de 1922, p.1325, en la **Jurisprudencia de la Suprema Corte** de Herrera Lara, Tomo 1º, p.112); ya en jurisprudencia posterior se reconoce el daño moral como elemento indemnizable y en una resolución se considera que para la valoración del mismo “debe tomarse en cuenta otras circunstancias como las personales que inciden en el afectado. (v. sentencia de 19 de mayo de 1967 contenida en el Repertorio Jurídico No. 5 de mayo de 1967 citado por ARROYO, en **20 años de jurisprudencia...** p.232).

Ya se reconoce, pues, en fallos posteriores, el daño moral como una especie que no tiene que ver, directamente, con el menoscabo de la hacienda o de los intereses pecuniarios, mas, sí con afectaciones no estimables en dinero, y, sin embargo, compensables

⁵ Cfr. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Ernesto. **El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad**. Editorial José M. Cajica, S.A., Puebla, Puebla, México, 1971, pp.35 y 36.

económicamente, con la consideración de factores inherentes a la persona, dado el **principio de reparación integral**.⁶

Y en sentencia de 27 de julio de 1982, estimándose una evaluación de daño moral, se afirma, en cuanto a éste, de manera vigorosamente ilustrativa, que “no es posible fijarle precio al dolor humano” (V. el Registro Judicial de julio de 1982, pp.66 y ss, citado por ARROYO en **5 años de jurisprudencia**... p.98).

Mas, a la luz de una sentencia del 26 de enero de 1998, la Sala Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia logra un pronunciamiento amplio y esclarecedor en lo relativo al daño moral conectándolo con el denominado “daño a la persona”, cuando aclara que la violación de los derechos de la personalidad (que son derechos **humanos fundamentales**), como los inherentes al honor, la reputación, la intimidad, la vida y otros, conlleva consecuencias perjudiciales “en el ámbito moral del afectado”. O sea que el fallo alude a efectos en facetas esenciales de la condición, de la dignidad humana.⁷

Lo que resulta significativo, ya que la aludida sentencia, prácticamente, identifica el daño moral, que algunos definen como **el que encarna el dolor, el sufrimiento físico o anímico**, con el daño a la persona referido a infracciones de derechos personalísimos, de derechos de la personalidad; contraponiéndose, en tal sentido, dos elementos, los reflejos de dolores o aflicciones y las disminuciones o injerencias indebidas que ocurren en el ámbito de **la dignidad humana**.⁸

Y ello no carece de relevancia, ya que ambas expresiones, la del llamado “perjuicio de afección”, y la de las afrentas a la condición, a la dignidad humana, que resumen lesiones a los derechos de la personalidad, son consideradas por otros sectores de la doctrina, dimensiones distintas del **daño moral** o especie y subespecie correlacionadas.

Diferencias o subsunciones que, para los fines de cuanto ha sido y será planteado, conducen a las necesidades de más amplios esclarecimientos que sienten las bases para una normativa exenta de ambigüedades o equívocos que llevan a decisiones erróneas o violatorias de principios de reparación integral y equitativa de los daños.

Es, por ello, que en cuanto al tema principal de esta exposición cual es la trascendencia de **aclarar la autonomía o dependencia del daño a la persona**, son necesarios ciertos señalamientos conceptuales y terminológicos.

II. Facetas conceptuales y terminológicas sobre el daño a la persona

⁶ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. **De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización**. Tomo 2°. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, pp.169 y ss.

⁷ Cfr. SALAS, Eligio. “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre daño moral”. Revista Lex, Panamá, Panamá, 2001, p.117 y ss.

⁸ Cfr. DE TRAZEGNIES, Fernando. **La responsabilidad extracontractual**. Tomo 2°. Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, 2000, pp. 72 y ss.

Es atribuida la autoría y precisión de los argumentos que han cristalizado en el concepto de **daño a la persona** al jurista peruano Carlos Fernández Sessarego,⁹ y es guiada la atención a una normativa específica que lo establece, al reciente Código Civil peruano, que en su artículo 1985 expresa claramente “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo... el daño a la persona y el daño moral”...

Y en anotación referente al artículo 1984 de dicha excerta que versa sobre daño moral, es incluida la consideración en el sentido que éste “es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona” y por ello debe ser considerado como un daño que afecta al ámbito sentimental del sujeto y constituye una modalidad síquica del genérico daño a la persona.

Pero, a pesar de tal comentario, el daño a la persona es definido como la variante del daño moral resultante de que sea lesionado algún derecho personalísimo o derecho de la personalidad¹⁰.

Mas, dada tal definición se imponen aclaraciones.

En primer lugar si algunas tendencias doctrinales ven en el daño moral el resultado de **un ataque a la esfera sicosomática del sujeto**, el que conceptúa el daño a la persona como un resultado consistente en disminución o injerencia indebida en el área de la dignidad o condición humana no puede considerar ese daño a la persona una especie del daño moral, ya que lo medular de ambas categorías es referido a naturalezas diferentes y no dependientes en uno u otro sentido del nexo existente entre ellas.

O sea que la dignidad humana, como bien valioso, constituye una estructura que refleja la totalidad del sujeto que exige el trato de ser humano, el que no permanece como cosa, ni sobrevive como especie viviente, sino que aspira al perfeccionamiento y reconocimiento de sus afines y del núcleo social, con base en valores que, en función multiplicativa, reconduzcan a un nivel de vida en el que la justicia sea, la regla y no la excepción; y esa estructura ocupa un lugar, por su sentido ético, distinto al de la ausencia de dolores o sufrimientos.

Diferencia que ocupa irrefutable sitio ante cualquier clasificación.

Aparte de que todo criterio sobre la autonomía del daño a la persona debe remitir al principio de reconocimiento integral de los daños sufridos.¹¹

Ahora bien, dada la diferencia entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales y entre daños morales y materiales, en torno de lo cual hay abundante doctrina¹², conviene consideraciones.

Ante todo, los nexos por los que se explican tales distinciones y clasificaciones pueden encontrarse con la estimación de definiciones como las de **derecho de la personalidad** o **derecho personalísimo** considerados como elementos que están fuera del patrimonio pero de ser lesionados, la reparación de los correspondientes daños puede concretarse en una suma de dinero, en una prestación avaluable económicamente. Lo que, en todo caso, explica que la asociación del bien y el derecho

⁹ Cfr. Ibidem, pp.72 y 73.

¹⁰ Cfr. Ibidem, pp.73 y 74.

¹¹ Cfr. TAMAYO JARAMILLO... Ob.cit., pp.169 y ss.

¹² Cfr. VALENCIAZEA...Ob.cit, p.376.

extrapatrimonial dañado y lesionado, respectivamente, lleve a calificar al correspondiente daño como daño extrapatrimonial; y al perjuicio causado a bienes y derechos susceptibles de avalúo económico como daño patrimonial.¹³

Mas, en cuanto a la distinción que opone al daño material, el moral, procederá la consideración del artículo 1644a del Código Civil panameño, para el que daño moral es “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, entre otros aspectos de carácter síquico o somático o sociológico, que obviamente no es posible calificarla, en forma absoluta, como de tipo material; y en tal supuesto, no hay referencia al patrimonio.

Y en ese sentido, es daño material el causado a bienes materiales y moral aquel de que son objeto elementos relativos a la persona, sicosomáticos o sociológicos.

No obstante, si se toma en cuenta el significado común y el jurídico del término “moral” surgen distintas cuestiones con respecto a que sea atinada o no la expresión “daño moral”.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, por ejemplo, la palabra “moral” hace referencia a las acciones o caracteres de las personas desde el punto de vista de la bondad o malicia; o “a lo que no pertenece al campo de los sentidos por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia”; o “a lo que concierne al fuero interno o “al respeto humano”; o al estado de ánimo individual o colectivo”.

Conforme al Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, “moral” es lo espiritual, abstracto; o lo referente a la percepción por el entendimiento o por la conciencia; o lo relativo al fuero interno y a impulsos sociales, opuesto a lo jurídico.

De suerte que tales acepciones remiten a la esfera de lo perceptible por el entendimiento o la conciencia, es decir, a cosas inmateriales, mas, también a lo que no está sometido al control del Derecho. Y procedentes del léxico jurídico, esos significados, por una parte proyectan, de forma un tanto limitada, el sentido de las afectaciones sufridas por la persona en un espacio, predominantemente, inmaterial de su existencia. Aparte de que el mismo diccionario jurídico alude a la moral como al conjunto de normas de comportamiento necesarias para la convivencia.

Es por ello que no luce adecuada la terminología que distingue el “daño moral”; y, dadas las limitaciones antes descritas, parece más aplicable la clasificación de daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, que además resulta más consistente.

Es más acorde a la realidad esa última contraposición, por el factor evaluación económica, mas, para captar la esencia del daño moral y, más, específicamente, la del daño a la persona que suele identificarse con la violación de los derechos humanos llamados **derechos de la personalidad**, conviene la presencia de una imagen histórica de la evolución de las formas de reparar o compensar los daños; en circunstancias en que se advierte el matiz punitivo de la reparación de los daños extrapatrimoniales en la antigüedad.¹⁴, ante el resarcitorio, que acusa la reparación de los mismos en los tiempos actuales, y que ha llevado a que se subraye el dilema conllevado por la tendencia a

¹³ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad por daños. El daño moral.** Tomo 4º. EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1986, pp.72 y ss.

¹⁴ Cfr. DE TRAZEGNIES, Ob.cit. pp.60 a 62.

compensar con dinero daños inestimables en dinero, pero de efectos mitigables en forma pecuniaria. Y es que se justifica con cierta facilidad que un menoscabo o pérdida material y susceptible de estimación pecuniaria sea compensado económicamente, que afectaciones síquicas, por ejemplo y, con frecuencia asociadas al honor y a la dignidad, sean compensadas en forma monetaria. A más de que se sostiene que la ruptura del dilema con “dativas en especie” ante la deshonra o violación de derechos esenciales puede conllevar especulaciones contrarias a la moral.

Mas, lo importante es que el daño a la persona es objeto del estudio que busca orientación para determinar si es un perjuicio de por si o una simple especie del denominado daño moral, estudio que se refleja en los comentarios anteriores.

III. Los derechos de la personalidad y el daño a la persona

En cuanto a la interesante materia de la universalidad de los principios generales del derecho y de los derechos humanos, que son sus fundamentos, eminentes pensadores, GARCÍA MÁYNEZ y FERRAJOLI, manifiestan criterios diferentes, al respecto.¹⁵

De acuerdo con FERRAJOLI lo que hace universal una situación o un status jurídico es “su inmediata disposición a favor de clases indeterminadas de sujetos por parte de normas generales”.¹⁶

En ese sentido el criterio es la disposición de la respectiva situación a favor de una clase indeterminada de sujetos. Siempre que se den tales requisitos existirán “derechos fundamentales”, y su estructura será innegable.

Y en torno de esos derechos, la condición planteada por FERRAJOLI no abarca solo la clase de las personas como seres humanos (caso de los derechos de la personalidad), sino también otras clases derivadas, lo que permite el reconocimiento de derechos humanos principales correspondientes a aquélla y derechos humanos derivados establecidos según las necesidades esenciales propias de los miembros de cada clase.¹⁷

Es esta condición, que facilita el reconocimiento de diversos tipos de derechos de la personalidad e impone su protección jurídica, la que, asimismo, refleja y conlleva la naturaleza de la dignidad humana, una naturaleza inherente a todos los seres humanos y, por ende, de alcance universal; pero, además, vinculada con principios fundamentales aplicables a escala universal como son: **neminem laedere y suum cuique tribuere**, que recaen sobre todos los sistemas jurídicos, siendo facetas del valor justicia.

Y es por ello que dentro de la tendencia irrefutable a la humanización del Derecho han surgido preceptos tutelares de gran trascendencia como el que contiene el nuevo Código Civil argentino; el cual en su artículo 51, establece que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (lo que constituye la pauta definitoria genérica del derecho humano de la personalidad).

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 2009, p.155; y GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1980, P.320

¹⁶ Cfr. FERRAJOLI. *Idem*.

¹⁷ Cfr. FERRAJOLI. *Idem*.

Son útiles, por ende, estas reflexiones que conducen a los vínculos innegables entre derechos humanos y justicia; entre derechos humanos y dignidad humana; y que reflejan una perspectiva universal; ya que son propicias para la presentación, a guisa de ejemplos, de casos judiciales y preceptos de nuestro sistema jurídico y de otros, en que tales lazos aparecen con el vigor de realidades.

Así, como ya se ha advertido, en sentencia del 26 de enero de 1998, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mencionaba una tendencia a ver en el daño moral el resultado de la violación de uno o varios derechos inherentes a la personalidad, como los relativos al “honor, la reputación, la fama, el decoro, la dignidad, la vida, la intimidad”¹⁸; o sea que aquí es presentado el daño a la persona como el propio daño moral; lo que es atribuido a aquél queda como la misma representación del daño moral conforme a tal aseveración contenida en dicho fallo.

Situación que no coincide con quienes estiman que la lesión de esos derechos personalísimos implica el daño propiamente dicho,¹⁹ (ya que se alude al daño como resultado de la lesión de derechos personalísimos), y que la categoría **daño moral**, comprende tan solo el dolor o la aflicción experimentados por lesiones sufridas,²⁰ así como lo señalado en el sentido de que viene a ser trastocado el orden de principios, cuando la simple lesión de un derecho es admitida como daño²¹ afectándose la estructura principal que contiene los elementos del daño.

El artículo 1738 del nuevo código civil argentino, por su parte, determina, con respecto a la indemnización del daño, que ella comprende “las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal”...

Entonces caben distinciones: quienes ven el “daño moral” como un factor independiente y distinto a cualquier otro de naturaleza extrapatrimonial incluyendo el resultante de lesiones a derechos de la personalidad, e incluso quienes destacan la importancia de este último **al punto de concebirlo** como el mismo daño moral.

IV. Autonomía del daño a la persona con respecto al patrimonial

Ya ha sido planteado el nexo entre patrimonio como haz susceptible de evaluación pecuniaria, conforme a opinión predominante, y bienes patrimoniales como cosas con la característica común de su materialidad y de ser susceptibles de tal medida; y, por otra parte, el lazo entre esos bienes y el daño que los afecta. Así el daño patrimonial viene a ser el que afecta a esos bienes materiales cuya estructura facilita el avalúo pecuniario, económico, material y, por extensión, patrimonial.

En la medida que una cosa material, corporal puede ser, sin dificultad, avaluable en dinero, siendo patrimonial, cuando es parte de un patrimonio, que resulta elemento relevante en vista de que los daños son inferidos a una persona (con un patrimonio) o a la cosa de una persona.

¹⁸ Cfr. SALAS. Cit, p.117

¹⁹ Cfr. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. **Tendencias tendenciosas. Dos ensayos sobre responsabilidad civil.** Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2020, pp.58 a 63.

²⁰ Cfr. MANTILLA ESPINOSA. Ibidem, pp. 38 a 40

²¹ Cfr. Ibidem, pp.49, 60, 66.

Más, la pregunta reside en qué relación existe entre el daño patrimonial, como se ha definido, y el daño a la persona, ya sea que éste aparezca como una especie del daño moral, o como el daño moral propiamente dicho como parece indicarlo el fallo de 26 de enero de 1998, visto en forma aislada.

Sabido es, sin embargo, que el artículo 1644a, de reciente adición al Código Civil panameño vigente, define este daño como la afectación que una persona sufre en su sique, en su alma que contiene sentimientos, emociones, creencias; o en la consideración que los demás tengan de ella; lo que hace referencia a la reputación, a la fama, por ejemplo.

Mientras que el novísimo Código Civil argentino, en referencia a la pauta genérica orientadora sobre los derechos de la personalidad expresa en el artículo 51 que: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Y el artículo 52 de la misma excerta dispone que: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos”. Pero, asimismo, **el artículo 1738** de este moderno Código, refiriéndose a la indemnización, dice que ésta “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud sicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”

Como puede advertirse, en el artículo **1644a**, de nuestro Código Civil, y más específicamente, en la definición de daño moral no solo es incluido el llamado “perjuicio de afectación” que algunos identifican como afectación sicosomática²², sino las lesiones a la condición, a la dignidad, a la integridad humana a que aluden los **artículos 51 y 52** del Código Civil argentino en lo relativo a “derechos personalísimos” o **de la personalidad** y a actos personalísimos, y el mismo artículo **1738** de ese compendio, vinculado éste con la función indemnizatoria.

Así que el Código Civil panameño, contentivo de la opción que distingue el daño material del moral si son considerados los párrafos 1° y 2° del referido artículo 1644^a, parece incluir las consecuencias de la lesión de **derechos de la personalidad**, los cuales tienen por objeto la protección de la dignidad cuando menciona afectaciones como las del honor, reputación y creencias que no son sino facetas comprendidas como contenidos de derechos de la personalidad dirigidos a la **tutela de la dignidad personal** a que se refiere, como pauta genérica, el artículo 51 del Código Civil argentino.

O sea que nuestro Código Civil aunque no contiene la norma genérica incluyente de la protección de la dignidad personal, contiene elementos relacionados con ella, destacando contenidos de **derechos de la personalidad** como son los dirigidos a proteger el honor y la expresión del pensamiento aludida en la sustentación de creencias, por ejemplo.

Y, con ello cabe que sea considerado como contenido o subespecie del daño moral descrito en nuestro Código, el **daño a la persona** mencionado en el fallo de 26 de enero de 1998 del máximo tribunal panameño; aunque pueda advertirse, tal cual ya se hizo, cierta tendencia de considerar al daño a la persona como el daño moral propiamente dicho.

Ahora bien, hay que considerar a las **condiciones** de dependencia o autonomía del daño a la persona, sea que se observe en éste una clase de daño moral o una especie con autonomía propia

²² Cfr. TAMAYO JARAMILLO. Ob.cit.p.139

referida a lesiones a la dignidad ante las cuales se erigen los derechos de la personalidad (v. el artículo 51 del Código Civil argentino vigente).

Y con un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia de 19 de mayo de 1967 citado por ARROYO en “20 años... p.232) aparece la tendencia al señalamiento de vínculos de dependencia del daño moral con respecto al patrimonial (y en ello, podría encajar el daño a la persona que supone lesión de bien extrapatrimonial como es la dignidad tutelada con derechos de la personalidad), ya que se condenó al pago por daños materiales y morales estableciéndose que se estimó que la indemnización de éstos no debía pasar “de la mitad del valor de los daños materiales; en circunstancias que esta clase de estimación subordinante la encuentra el autor Jorge MOSSET ITURRASPE, basada en la inclinación “a descreer del daño moral, de su realidad y demostración” ... Y continúa indicando el autor “en la medida en que los daños materiales no existan los morales serán solo producto del capricho o la imaginación”²³ explicando MOSSET que puede haber daño moral con consecuencias patrimoniales, (por ejemplo, cuando la alteración del estado de ánimo afecte la capacidad laboral), o daño moral sin consecuencias patrimoniales al que denomina daño moral puro.²⁴

Lo que sin duda, puede aplicarse al daño a la persona concebido con características propias o como especie de un supuesto daño extrapatrimonial “de afección”.

Ello, no obstante, lo que importa considerar sobre el daño a la persona, dado el principio de reparación integral de los daños, así como ejemplos legislativos (vg. el artículo 1985 del Código Civil peruano contiene el daño a la persona como especie autónoma), es el aporte de instrumentos para la indemnización de éste, basados en los principios de seguridad y equidad. Seguridad en cuanto certidumbre que merecen las partes y toda persona en cuanto a la aplicación de las normas y equidad en cuanto a que la reparación de tal daño no se preste ni para especulaciones abusivas, ni para decisiones que contradigan la esencia extrapatrimonial del mismo, o consoliden el antiguo carácter punitivo de la indemnización; cuando no existen razones ni pautas que tachen la legitimidad de reparaciones pecuniarias.

V. Características del daño a la persona

El artículo 1644a de nuestro Código Civil, alusivo al daño moral, no solo contempla su definición sino que señala algunas de sus características; por ejemplo, su carácter **personalísimo** que se concreta en el límite en cuanto a que la acción para reparar el mismo “no es trasmisible a terceros por acto entre vivos” y “solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida”. Y esto es extensivo al daño a la persona, daño que ella sufre en bienes derivados del bien principal: la dignidad; así como en el daño moral común o **perjuicio moral subjetivo**, la víctima es afectada en un bien extrapatrimonial que es su estado de ánimo²⁵. Cuando los bienes extrapatrimoniales afectados en ambos supuestos son inherentes exclusivamente a la persona, las afectaciones de estados de ánimo no son comunes sino personalísimos.

²³ Cfr. MOSSET ITURRASPE. Ob.cit., pp.71 y ss.

²⁴ Cfr. Ibidem, p.81.

²⁵ Cfr. TAMAYO JARAMILLO. Ob.cit., p.125

De allí la intrasmisibilidad de las respectivas acciones dentro de los sentidos y límites de la norma mencionada.

Ahora bien, la inherencia al sujeto, del daño moral subjetivo y del propio daño a la persona, en un caso se materializa en la imposibilidad de compartir el sufrimiento, tal afectación es personalísima; y en el otro, se concreta en la realidad de que la lesión a la dignidad es, también, personalísima.

Otro de los caracteres atribuibles al daño moral, como a su afín el daño a la persona es su juridicidad.

Es admitido el criterio en el sentido que la expresión “daño moral” es impropia, si se tiene en cuenta que tal clase de perjuicio no afecta la moral de una persona ni infringe pautas morales, pues ello implicaría, en todo caso, su ubicación al margen del Derecho, y su incidencia no en bienes jurídicos sino morales.²⁶

Debe tratarse de bienes tutelados por el Derecho, como la **dignidad** es tutelada por el artículo 52 del nuevo Código Civil argentino, del que, en concordancia con el 51, se desprende que los derechos de la personalidad se contemplan para que concurren a dicha tutela.

Así, la alteración anímica que pueda producir al individuo el incumplimiento de un deber moral en su sique, mientras no haya un hecho u omisión de tercero que ocasione la misma y exija reparación, no produce de por sí el reflejo del Derecho, que no opera para solucionar asuntos de conciencia, sino para regular los nexos intersubjetivos.²⁷

Y de tal suerte resalta esa juridicidad del daño a la persona, específicamente, cuando el artículo 1644 del Código Civil panameño establece: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, (apreciándose claramente el vínculo interpersonal); y el propio artículo 1644a, que en su texto comprende supuestos de daño a la persona dice que “Cuando un hecho u omisión ilícitos producen un daño moral el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo... de lo que se infiere, asimismo el elemento juridicidad del daño.

Y todo ello conlleva el margen de apreciación del juzgador para el reconocimiento del daño a la persona y otros daños extrapatrimoniales.

Mas, por otra parte, resulta exigible un requisito de **relevancia**, dentro del contexto jurídico, del daño extrapatrimonial, incluyéndose el que recae en la persona en cierta forma; es decir, que no toda contrariedad de la vida cotidiana puede ser digna de atención jurídica y de consideración jurisdiccional, ya que, por una parte es estimada como condición para que el daño sea reparado, que afecte un interés tutelable²⁸ y, además, admitiéndose la vinculación de todo daño moral con los derechos de la personalidad, no luce razonable, ante la jerarquía de tales facultades tutelares de la dignidad humana, que tengan acogida por los juzgadores

²⁶ Cfr. MOSSET ITURRASPE. Ob.cit., pp.25, 26 y 27

²⁷ Cfr. Ibidem, pp.25 y 55.

²⁸ Cfr. ZANNONI. Ob.cit., pp. 24 y 25

simples accidentes de la vida cotidiana, como decepciones o insatisfacciones, producto de nexos intersubjetivos.²⁹

En ese sentido, es atendible lo expresado por DIEZ-PICAZO y GULLÓN refiriéndose a la Ley española dirigida a la protección del honor, la intimidad e imagen: “La estimación del daño moral es discrecional del juzgador. Sin embargo, para los ataques al honor, intimidad e imagen, la precitada Ley de 1982 señala este criterio: La gravedad de la lesión”... Y añaden los autores que “Tal criterio debe ser tenido en cuenta, en lo posible, en las lesiones a otros bienes y derechos de la persona”.³⁰

O sea que desde un punto de vista amplio, es factible señalar que el daño moral y, por ende, aquel de que es objeto la persona, tiene entre sus caracteres **la gravedad**, la que impone a la apreciación del juez, un alto grado de prudencia, para distinguir lo trivial de lo serio, lo jurídicamente inaceptable como daño reconocible y resarcible por su irrelevancia, y lo jurídicamente admisible como daño que debe resarcirse.

En todo caso, tendrá el juzgador la oportunidad de ahondar en la relevancia jurídica de estos daños extrapatrimoniales y, como ese asunto impone uso de la experiencia y de información adecuada se convierte en tarea indispensable y no carente de trascendencia.

Sobre lo anterior cabe la consideración del enfoque planteado por ZANNONI al desarrollar el tema de los intereses legítimos que, lesionados en cuanto se causa perjuicio a un bien jurídico situado dentro del ámbito del ejercicio de derechos y la detentación de situaciones inherentes al damnificado, convergen a configurar, concretamente el daño. Por ejemplo, el derecho de propiedad o la posesión, derecho y situación que, en la terminología de este autor constituyen intereses legítimos (derecho subjetivo y situación, respectivamente) que al ser objeto de lesión en cuanto se menoscaba, según tal criterio, su efectividad, contienen el sustento del daño a los bienes objeto de satisfacción y de la pretensión indemnizatoria; lo que significa que, sin la existencia, de por medio, de un “interés legítimo” (vgr. derecho subjetivo) o de un “interés simple” no censurado por el Derecho y de razonable tutela conducente a reconducirlo a una protección resarcitoria,³¹ razonabilidad discernible por el juzgador y, en el mejor de los casos bajo pautas legales, lo que permanece como intrascendente no tendría, sobre todo en la materia del **daño a la persona**, la característica de **gravedad** que justifica el trámite de resarcimiento.

VI. Facetas probatorias, de control y cuantificativas sobre el daño a la persona

²⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Volumen 2º., Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1984, pp.623 y 624

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p.624

³¹ Cfr. ZANNONI. *Ob.cit.*, pp.21 a 23.

Caben también, sobre el vital tópico del daño a la persona, ciertos señalamientos informativos, aunque breves, relevantes, en la medida que se relacionan con la materialización de soluciones establecidas con miras a la compensación necesaria ante tal perjuicio.³²

En torno de la prueba del daño a la persona, aun cuando existen serias críticas relativas a que se dé por acreditado éste al acreditar la lesión del respectivo derecho personalísimo³³, el propio régimen probatorio nuestro consagra las presunciones que, aportando sustento procesal necesario, y partiendo del indicio grave de la violación de un derecho de la personalidad, directamente vinculado con la esencia de la dignidad humana, conducen a acreditar el surgimiento del daño, la realidad de que existe. De suerte que el recurso a tales fórmulas cognitivas se opone a cualquier consideración en el sentido de que la decisión indemnizatoria carezca de fundamento probatorio.

En cuanto a las facetas de control y cuantificativas relacionadas con el carácter de la sanción y la determinación de dicha especie de daño moral, conviene señalar que el artículo 1644a, introducido al Código Civil panameño, contempla la variante reparadora de esa sanción, según la que la medida de control es dirigida más que a una respuesta vindicativa al autor del daño, a una medida de compensación concedida a la víctima de éste que, por consagrarla la Ley, no es razonable considerarla como una indebida mitigación del dolor, cuando la indemnización se contempla en dinero, sino como una prestación dictada por los criterios equitativos yacientes en la sociedad, en los cuales se inspira el legislador; y señalar, asimismo, que esa norma no solo consagra la reparación que trata de reponer las cosas a su estado original, ya que prevé, principalmente, el resarcimiento pecuniario, fijado prudencialmente por el juzgador considerando elementos subjetivos y objetivos preestablecidos en la Ley. Y en cuanto a la admisión de la prudencia y el sentido de equidad del juez, ello no se opone al texto de la norma citada, que, por sus parámetros, evita un libre arbitrio opuesto a la justicia y la seguridad que deben regir lo relativo a la cuantía de la indemnización.

Ahora bien, de toda la temática estimada en el presente trabajo sobresale, como señalan distinguidos autores, que lo importante es la voluntad, así como el principio de reparar todos los tipos de **daño moral o a la persona**, de modo equitativo y sin dobles indemnizaciones.³⁴

VII. Palabras finales

1) El nexo entre daño extrapatrimonial y daño a la persona, puede ser planteado al definir aquél como el dolor o el sufrimiento de una persona por la lesión corporal o síquica que la afecta; y éste como el sentimiento y el estado de disminución ante sí y ante los demás, que afecta a alguien, cuando le lesionan un derecho de la personalidad.

2) Esta clase especial de daño debe ser grave, una simple molestia no asume tal condición, de suerte que solo la lesión a un interés legítimo, que agravie la dignidad humana conlleva tal característica.

³² Cfr. MOSSET ITURRASPE. Ob.cit., pp.175 a 21 0; TAMAYO JARAMILLO.Ob.cit., pp.286 y ss., y SALAS.cit., pp.117 y ss.

³³ Cfr. MANTILLA ESPINOSA. Ob.cit., p.49.

³⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO...Ob.cit.,p.624

3) En la materia relativa al daño a la persona resalta como condición, que la importancia la tienen la voluntad y el principio de reparar todos los casos de ese daño, de modo equitativo y sin que se incurra en dobles indemnizaciones.

VIII. Bibliografía citada y consultada

1° Libros y artículos de revista:

- 1) DE TRAZEGNIES, Fernando. **La responsabilidad extracontractual**. Tomo 2°. Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.
- 2) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Volumen 2°. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1984.
- 3) FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 2009.
- 4) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía del Derecho**. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1980.
- 5) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad**. Editorial José M. Cajica, S.A., Puebla, Puebla, México, 1971.
- 6) MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. **Tendencias tendenciosas. Dos ensayos sobre responsabilidad civil**. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2020.
- 7) MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad por daños. El Daño moral**. Tomo 4°. EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- 8) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. **Tratado práctico de Derecho Civil francés**. Tomo 3°, Cultural, S.A., Habana, Cuba, 1946.
- 9) SALAS, Eligio. “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre daño moral”. Revista Lex. Panamá, Panamá, Marzo, 2001.
- 10) TAMAYO JARAMILLO, Javier. **De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización**. Tomo 2°, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- 11) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, ÁLVARO. **Derecho Civil. Tomo 1°, Parte General y Personas**, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.
- 12) ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.

2°. Diccionarios:

- 1) Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. Vigésima tercera edición. Madrid, España, 2014.

2) Bibliográfica Omeba. **Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas**. Tomo 1º, Buenos Aires, Argentina, 1968.

3) Bibliográfica Omeba. **Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas**. Tomo 2º, Buenos Aires, Argentina, 1968.

3º Repertorios de decisiones judiciales:

1) ARROYO, Dulio. **Veinte años de jurisprudencia de la sala primera (de lo civil) de la Corte Suprema de justicia de Panamá.:** 1961-1980. S.P.I. Panamá, 1982.

2) ARROYO, Dulio. **Cinco años de jurisprudencia de las salas primera (de lo civil) y tercera (de lo contencioso-administrativo) de la Corte Suprema de justicia de Panamá: 1981, 1985,** Panamá, 1988.

3) HERRERA, Manuel. **Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia de Panamá**. Tomo 1º. 1917 – 1920. Editora Anamex, S.A., México, D.F., s/f.

4) HERRERA, Manuel. **Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia de Panamá**. Tomo 5º. 1935 – 1936 – 1937. Editora Anamex, S.A., México, D.F., s/f.

5) Universidad de Panamá. **Centro de investigación jurídica. Jurisprudencia Civil**. Panamá, Panamá, 1968.

4º. Códigos:

1) **Código Civil de la República de Panamá**. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, Panamá, 2021.

2) **Código Judicial de la República de Panamá**. Editorial Portobelo, Panamá, Panamá, 2021.

3) **Código Civil y Comercial de la nación**. Ediciones SAIJ, Buenos Aires, Argentina, 2020.

4) **Código Civil peruano**. Gaceta Jurídica, S.A., Lima, Perú, 2015.

***El Daño como elemento de la Responsabilidad
Civil y el Principio de Congruencia***

David E. Zamora Smith
Universidad de Buenos Aires
País: Argentina
david_z_s@hotmail.com
ORCID 0000-0002-8781-1222

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Resumen

La responsabilidad civil es consecuencia de la existencia del daño y esta abarca una serie de ideas dirigidas a las afectaciones percibidas por la víctima. Para situarnos ante un daño resarcible, la doctrina ha desarrollado sus requisitos y lo ha clasificado en dos grandes categorías (material y moral) con la finalidad de facilitar su estudio como concepto singular y unitario: *daño*.

No se puede obviar que las modernas corrientes de la responsabilidad civil, tienen un enfoque basado en la reparación integral. Para ello el juzgador debe reconocer la mayor cantidad de daños probados en juicio, con base en el principio procesal de congruencia y el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), para que el resarcimiento sea lo más completo y perfecto posible. De esta manera, sin obviar lo pedido y probado en juicio, se afina la justicia en el derecho de daños.

Palabras claves

Daño, indemnización, juez, pérdida de chance, principio de congruencia, reparación integral, responsabilidad civil.

Abstract

Civil liability is a consequence of the existence of the damage and this covers a series of ideas aimed at the effects perceived by the victim. To situate ourselves before compensable damage, the doctrine has developed its requirements and has classified it into two broad branches (material and moral) in order to facilitate its study as a singular and unitary concept: damage.

It cannot be ignored that the modern currents of civil liability have an approach based on comprehensive reparation. For this, the judge must recognize the greatest amount of damages proven in court, based on the procedural principle of consistency and the iura novit curia (the judge knows the law), so that the compensation is as complete and perfect as possible. In this way, without ignoring what was requested and proven in court, justice improves in tort law.

Keywords

Damage, compensation, judge, loss of chance, principle of consistency, comprehensive repairs.

Sumario: 1. El daño como elemento de la responsabilidad civil. 2. Nociones del daño. 2.1. Elementos del daño resarcible. 2.2. Clasificación del daño. 3. Entre lo material y moral del daño. 4. La reparación integral y sus límites con el daño resarcible. 5. La correspondencia del daño con la decisión. 5.1 El principio de congruencia y el principio *iura novit curia*. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. El daño como elemento de la responsabilidad civil

Para Bustamante Alsina la función resarcitoria de la responsabilidad civil surge como consecuencia de la existencia del daño.³⁵ Así también, Vázquez Ferreyra comenta que el popular adagio: “*no hay responsabilidad sin culpa*” ha sido reemplazado por: “*no hay responsabilidad sin daño*”³⁶.

En igual sentido Henao considera que “[e]l daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”³⁷.

Son varios los autores que coinciden con esta afirmación y reconocen que, de todos los elementos de la responsabilidad civil (hecho ilícito, daño, nexo de causalidad, factores de atribución), el daño resulta ser el de mayor relevancia³⁸.

A nuestro entender, los autores pretenden demostrar que la finalidad de la responsabilidad civil no incide en un simple reproche, en la demostración de un culpable o de

³⁵ **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**, *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 158. En igual sentido señala Tinti: “*de circunscribirnos más al ámbito de la responsabilidad civil deberíamos incorporar la existencia de un daño*” para cuestionar sobre su función resarcitoria, en **MOISSET DE ESPANÉS, Luis** y **MÁRQUEZ [et al.]**, *Reparación de daños y responsabilidad civil 3*, 1ª ed., Ediciones Víctor P. Zavalía, S.A., Buenos Aires, 2011, pág. 8.

³⁶ Vázquez Ferreyra en **PICASSO, Sebastián** y **SÁENZ, Luis R.J.**, *Tratado de Derecho de Daños*, 1ª ed., v.1, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 401.

³⁷ **HENAO, Juan Carlos**, *El daño-Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá-Colombia, 2007, pág. 37.

³⁸ Bustamante Alsina, Zannoni, Tinti, Moisset, Mazeaud-Tunc, Orgaz, Ubiría, Mosset Iturraspe, Henao y Prévôt-Chaia.

un responsable (*strict liability tort*), ni mucho menos en la imputación misma, sino en la reparación y/o resarcimiento del daño ilícito causado a otro. Es por ello que resulta frecuente encontrar esta materia con la nomenclatura: “*Derecho de Daños*” o “*Responsabilidad por Daños*”³⁹.

2. Nociones del daño

El daño es el efecto negativo sobre un derecho subjetivo o un bien jurídico protegido, efecto del hecho ilícito. Así también se comprende como la infracción al principio de Ulpiano de “*no dañar a otro*” (*Alterum non laedere*), que no solamente debe ser encasillado en el campo de la responsabilidad extracontractual, ya que, por tratarse de un principio general, reguló toda la convivencia en la sociedad romana.

El daño puede considerarse desde una perspectiva jurídica como todo detrimento, menoscabo o pérdida, patrimonial o no patrimonial, que puede comprender intereses, gastos y perjuicios⁴⁰. “[El] [d]año es todo menoscabo, detrimento, aminoración o nocimiento de un derecho, bien o interés jurídicamente reconocido a un particular, que sea causado antijurídicamente o actuado de manera ilegítima”⁴¹.

Algunos postulados de la doctrina adhieren al concepto del daño la afectación de una situación o estado favorable que mantenía la víctima, generando amplitud al deber resarcitorio: “[el] daño no significa más que nocimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”⁴²; “reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de cosas existente (*sic*)”⁴³.

También comprende “*la lesión de un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico*” que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva -como señala el Artículo 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación-⁴⁴. Conviene entonces hacer una breve mención de los elementos citados en el precepto legal.

³⁹ En reflexiones de Ubiría: “¿Es lo mismo “*Responsabilidad civil*” que “*derecho de daños*”?”, en una primera respuesta diremos que sí, pero en todo caso este último representa a la disciplina en su actual estado evolutivo. [...] es claro que la expresión de “*derecho de daños*” resulta más precisa y consistente pues revela positivamente su contenido real y tiene la virtud de reflejar con elocuencia toda la evolución operada”, en **UBIRÍA, Fernando Alfredo**, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pág. 16.

⁴⁰ Para Diez Picazo la dificultad de ofrecer un concepto jurídico del daño, y satisfacer su concepto, radica en que el mismo debe situarse en un ámbito genérico que pueda dar respuesta a una serie de problemas, es decir que debe centrarse en la destrucción o en el menoscabo ocurrido en intereses patrimoniales e intereses extrapatrimoniales, *cfr.* **DIEZ PICAZO, Luis**, *Derecho de Daños*, primera edición, Civitatis Ediciones, España: 1999, pág. 307.

⁴¹ López Marcelo citado en **GONZALÉZ FREIRE Juan Francisco**, *La Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la nación*, 2ª ed., Editorial Albremática, Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2018, pág. 143.

⁴² **DE CUPIS, Adriano**, *El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil*, segunda edición. Bosch Editor, Barcelona, 1975, pág. 85.

⁴³ **HENAO, Juan Carlos**, *Ob. cit.*, pág. 84.

⁴⁴ Definiciones similares: “*el daño puede producirse no sólo respecto de bienes privativos de una persona, es decir, de un interés propio y personal suyo (trátase de un “interés legítimo” o de un interés simple), sino también respecto de intereses que un grupo de personas o una colectividad comparten, o sea, de los cuales coparticipen*”,

En primer lugar tenemos al “*interés*”, un elemento abstracto e inmaterial que no se limita a la conexión entre la persona y el bien, sino que puede incluir derechos subjetivos, una situación favorable o el sentido espiritual que se considera injustamente afectado.

Y es que el término “*interés*” no solamente contempla el valor de lo dañado, sino la productividad, la vinculación, el disfrute y la satisfacción de las necesidades afectadas con el daño. De este modo, el interés debe demostrar estar vinculado a un sujeto o un conjunto de sujetos, quienes gozaban o pudieron gozar legítimamente de él⁴⁵.

Este interés -no contrario al ordenamiento jurídico- amplía la noción del daño, ratificando la disponibilidad del derecho en admitir distintos rubros resarcibles no reducidos a categorías o tipologías específicas, implementándose así, implícitamente, el concepto de reparación integral.

También debemos resaltar que la dinámica del daño en la responsabilidad civil consiste en resarcir todos los efectos nocivos. Para ello resulta oportuno mencionar la distinción teórica entre el “*daño*” y el “*perjuicio*”, es decir, con las consecuencias negativas que se desprenden del daño, distinción que busca ampliar aún más el radio de indemnidad de la víctima -aunque sean pocos los autores que se dedican a realizar esta distinción y prefieren emplear los términos con exacta sinonimia-⁴⁶.

2.1. Elementos del daño resarcible

Entre los elementos mayormente aceptados por la doctrina, para que un daño sea considerado resarcible citamos los siguientes: antijuricidad, certeza, subsistencia, reclamación por quien lo sufre y que se lesione un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Cuando nos referimos a un daño **antijurídico**, estamos haciendo referencia a que el receptor del daño no está obligado a soportarlo. No obstante, existen excepciones como el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio de un legítimo derecho, el cumplimiento de un deber legal -y para algunos hasta el consentimiento informado y la asunción del riesgo, etc.-, donde el daño que se soporta no resulta ser del todo injusto, puesto que existe una causa que permite que el daño tenga que ser soportado por la víctima, precisamente por carecer de antijuricidad.

El daño no puede suponer un resultado hipotético o eventual ya que debe existir **certidumbre en su existencia y su efectividad**. Al respecto es preciso señalar que,

en ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 1.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 50.

⁴⁶ . Para otra parte de la doctrina bajo el mismo concepto, pero quizás con cierta tecnicidad, prefieren distinguirlos como el “*daño evento*” (la afectación al interés jurídico tutelado) y el “*daño consecuencia*” (los efectos negativos del daño ocasionado). “[L]a diferencia que existe entre el *daño ‘evento’* y el *daño jurídico*, pues el primero se configura como las lesiones graves sufridas por la víctima en su integridad física, mientras que el perjuicio jurídico está dado por las distintas consecuencias (patrimoniales y extra-patrimoniales) que se vieron afectadas por la producción del hecho ilícito”, en GONZALÉZ FREIRE, Juan Francisco, *La Responsabilidad civil en el Código de Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., Editorial Albremática, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pág. 145.

indistintamente si el daño sea actual o futuro, o si bien la cuantía del daño no pueda ser fijada con facilidad, el daño no deja de ser cierto. Y es que la precisión de la existencia del daño nada tiene que ver con la inmediatez de su efecto, sino con la suficiente certeza de que el mismo se llevó o llevará cabo en los intereses de la víctima, según el normal devenir de los hechos⁴⁷. Dicho de otro modo, que el daño sea objetivamente real.

El daño debe ser **subsistente** al momento de su reclamación, es decir, que no haya sido reparado, y en todo caso, si fue reparado por la víctima no subsiste el daño en *natura*, sino el equivalente monetario de la reparación que debe cubrir el agente. Igualmente, en caso que sea reparado con anterioridad por un tercero, por ejemplo, una aseguradora, lo que existe es una subrogación en el derecho de la víctima y no una falta de subsistencia.

Seguidamente, quien pretenda **reclamar el daño debe ser la persona que lo ha sufrido**, pero también se admite la cesión de derechos, o bien, el caso de las aseguradoras o de un tercero que, por su intervención objetiva en la reparación del daño, exige la reparación del mismo. Se trata entonces de una cuestión de legitimación que se adentra a analizar al sujeto, por lo que el daño puede recaer en un interés directo, indirecto⁴⁸, individual o colectivo.

Por último, el daño debe dirigirse a **la lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo**. El daño no puede amparar supuestos ilícitos o ilegítimos, pretendiendo por medio de su invocación el enriquecimiento ilícito. Ejemplo de ello sería que la víctima reclame la reparación de cosas o intereses ilícitos o ilegítimos: proveniente del contrabando, del narcotráfico, de cosas robadas, el pago de intereses a agiotistas, etc.

2.2. Clasificación del daño

Sin adentrarnos a detalles, el daño es único, pero el mismo es clasificado por la doctrina para facilitar la reclamación de la víctima, facilitar la labor del juez al momento de reconocer y cuantificar el daño. En este apartado mencionaremos las clasificaciones más recurrentes de la doctrina.

De acuerdo al factor temporal de la ocurrencia del daño al momento de la sentencia, podemos estar ante un daño actual o un daño futuro. Según su repercusión en el patrimonio puede ser un daño patrimonial o daño extrapatrimonial. En relación a la persona que sufre el detrimento, se habla de daño propio (en una persona determinada) o daño común (que cualquiera ha sufrido).

⁴⁷ **ORGAZ, Alfredo**, *El daño resarcible (Actos Ilícitos)*, 3ª edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 25.

⁴⁸ Al referirnos al daño directo o indirecto, nos dirigimos, en el primer supuesto, a la víctima que percibe el daño, y en el segundo supuesto, al familiar del fallecido, los padres del menor, los familiares del incapaz, el curador o el tutor, etc.; personas que sufren de igual manera el daño, aunque en forma de rebote, que en ningún momento están reclamando intereses de terceros.

En cuanto a la ejecución del contrato, con el denominado daño moratorio se reclama por el cumplimiento tardío, mientras que con el daño compensatorio se reclama como causa la no ejecución del contrato.

Viendo las consecuencias y conexiones con el curso normal de los hechos el daño puede ser inmediato, mediato y remoto. Conforme al daño que puede o no ser previsto, encontramos al daño previsible o al daño imprevisible.

Con respecto al interés del daño (en los contratos), podemos hacer referencia al daño al interés positivo como aquellos beneficios con los que contaría el acreedor en el caso que el deudor hubiese cumplido con su obligación, y el daño al interés negativo, que comprende lo que ha sufrido la víctima porque la obligación no se cumplió⁴⁹.

3. Entre lo material y moral del daño

Para Ríos López⁵⁰ el daño material es aquel que menoscaba la dimensión material interna como externa del ser humano, que incluye el daño contra el patrimonio (como el físico, la apariencia, la naturaleza o el medio ambiente) y que posteriormente genera la necesidad de restablecer materialmente al ser humano hasta donde sea posible. Por su parte, Samuel⁵¹ señala que el daño moral es un daño cuya complejidad tiene sus bases en los distintos factores que contribuyen al desequilibrio existencial, por lo que es zozobra, angustia, sufrimiento, y toda gama de experiencias negativas que experimentan las víctimas del daño.

Zannoni y Zavala de González, se refieren al daño material como lo que la persona “tiene” y al daño moral como lo que la persona “es”⁵², argumentando que existe una denominación más equivalente con los términos daño “patrimonial” y daño “no patrimonial”. Respecto a esto, Ríos López afirma que “En atención a la naturaleza del ente afectado por un daño, podemos distinguir con nitidez entre el daño material y el inmaterial. En cambio, conforme a las consecuencias del daño, ellas pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales”⁵³; quizás por ello Weingarten se refiere a “daños económicos” y “daños extraeconómicos”⁵⁴.

Retomando lo “material” y “moral”, Orgaz considera que los valores económicos que constituyen el patrimonio no solamente están representados por las cosas u objetos materiales con valor pecuniario, dado que también se pueden incluir bienes personales como la capacidad o aptitud de trabajo o de negocios (abstractos), fuentes de beneficios económicos, entre otros:

⁴⁹ VENEZAS, Patricia Pilar, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, Bogotá – Porto Alegre, 2018, págs. 72.

⁵⁰ RIOS LOPEZ, Carlos Alberto, *Sistema de la responsabilidad*, 1 ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 156.

⁵¹ SAMUEL, Osvaldo M., *El daño moral en el Código Civil y Comercial*, 1 ed., Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 3.

⁵² ZANNONI, Eduardo, *Ob. cit.*, pág. 47.

⁵³ RIOS LOPEZ, Carlos Alberto, *Ob. cit.*, pág. 155.

⁵⁴ WEINGARTEN, Celia, *Manual de Derecho de Daños*, 3ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017, págs. 108 a 112.

la clientela y el negocio⁵⁵ como daños materiales. Al mismo tiempo opina que la lesión a un derecho patrimonial puede ocasionar un daño moral que afecte a la persona por no tener el goce y el disfrute de sus derechos patrimoniales o el valor sentimental y especial que tiene un objeto, por lo que también debería accederse a una distinción de estos daños a partir de los derechos que son vulnerados⁵⁶ y no al objeto mismo.

Autores como Suárez prefieren resolver la cuestión afirmando que las consecuencias que no sean patrimoniales, simplemente entrarán en la categoría de no patrimoniales, para que no queden rubros pendientes por indemnizar⁵⁷.

Para algunos la solución para distinguir lo material de lo moral aparece cuando se pretende calcular la indemnización del daño, ya que, cuando no se reporte disminución en el patrimonio, y se involucra mayormente la discrecionalidad del juez, el daño debería considerarse como moral. Pero la cuestión no resulta ser tan obvia. La mujer que sufre un daño deformante en su rostro no solamente atraviesa un daño “moral” por su afeamiento. En caso que sea una actriz, una presentadora de programa de televisión, una modelo, una recepcionista, etc., no existe duda que se disminuyen sus ingresos económicos y existe un daño cuyas consecuencias son “*patrimoniales y a su vez extrapatrimoniales*”.

Por otra parte, existen daños cuya entidad material o moral puede variar según sea la consecuencia de cada caso (daño estético, daño por la pérdida de chance, daño al proyecto de vida) los cuales no suponen un tercer género, sino una dependencia de estas dos categorías. De todos modos, la doctrina ha optado por realizar una subdivisión de acuerdo a la naturaleza material o moral del daño, situando -mayormente- al lucro cesante, al daño emergente y a la pérdida de chances, como daño material; y, al daño en la salud psicofísica, al daño a la vida de relación, al daño estético y al daño espiritual como daños morales.

4. La reparación integral

La moderna doctrina de daños hace mucho hincapié en el principio de la reparación integral⁵⁸, pero como es de suponer, este principio supone el “*deber ser*” de la responsabilidad

⁵⁵ Cfr. ORGAZ, Alfredo, *Ob. cit.*, pág. 20. En ese mismo sentido señala Zannoni que “[E]s incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien, u objeto de satisfacción, que ha sufrido menoscabo. En otras palabras, no es verdad que el daño es patrimonial porque el bien dañado es un objeto de satisfacción patrimonial (cosas, derechos susceptibles de valor económico) y que el daño es moral cuando el bien u objeto de satisfacción afectado es extrapatrimonial (la vida, la integridad corporal, el honor, la intimidad)”, en ZANNONI, Eduardo, *Ob. cit.*, pág. 52.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 21.

⁵⁷ Cfr. SUÁREZ, Carina Vanesa, *Responsabilidad civil y cuantificación de daños*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial García Alonso, 2019, pág. 21.

⁵⁸ El uso de los términos reparación plena y reparación integral cada vez más cobran mayor sinonimia: “Por último, cabe preguntarse si los conceptos “reparación integral” y “reparación plena” son idénticos y si tienen el mismo significado. Desde una aproximación no jurídica, podríamos responder afirmativamente, puesto que, según el Diccionario de la lengua española, el adjetivo integral es lo “que comprende todos los elementos o aspectos de algo”, y pleno es “completo, lleno”. No obstante, estimamos que desde lo jurídico se puede indicar que no puede pretenderse en nuestro sistema la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido [...], por lo tanto, el término reparación plena resulta más adecuado al principio de realidad”, en KRIEGER, Walter F. y JALIL, Julián E., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, 1ª ed., Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, pág. 33.

civil, persiguiendo un resarcimiento en que la víctima alcance el estado anterior al acaecimiento del daño⁵⁹.

Tenemos entonces que, para que una verdadera reparación integral sea aplicada, el juez -quien conoce el derecho-, debe reconocer la mayor cantidad de daños probados en juicio aplicando el principio procesal de congruencia. Y es que el resarcimiento debe ser lo más completo y perfecto posible. Así, el proceso de reconocimiento de las afectaciones en la víctima que aplica el juez, emplea una correcta correspondencia entre el efectivo daño sufrido y el resarcimiento.

Es por ello que para aplicar la reparación integral, el juez verificará la certeza del daño -de conformidad con lo pedido y probado- accediendo a su reconocimiento por medio de la comprobación de su nexo causal con el hecho ilícito.

5. La correspondencia del daño con la decisión

Autores como González Freire afirman que las modernas definiciones del daño atienden a una *“unidad conceptual del daño resarcible”*⁶⁰. Esto quiere decir que la importancia del daño es su plena reparación, ya sea en *natura*, con dinero, en especie o recomposición, en atención a sus consecuencias o repercusiones nocivas y no de manera exclusiva al bien jurídico tutelado o al interés vinculado a su preservación.

Dicho de otro modo, el daño resarcible debe ser analizado a partir de lo que provoca, fenómeno que ocasiona que sea desarrollado en distintos rubros. Para lograr esto, cada vez más se observa una serie de cambios destinados a la proactividad del juez en rechazar la tesis alemana del *“todo o nada”* en lo que a daños se refiere.

Y es que el derecho debe ofrecer una oportunidad a la víctima para que obtenga lo justo con respecto al daño sufrido y probado, a tal magnitud que haga las veces de un talión económico (para aquellos casos en los que no pueda responderse en *natura*)⁶¹. Para ello, *“el derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del bien común debe luchar por la solución justa, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo”*⁶².

Sucede que en el reconocimiento del daño debe existir una correspondencia con el interés legítimo afectado del ofendido, demostrando la situación fáctica correspondiente. De esta manera, el pronunciamiento del juez no estaría realizando una extensión del

⁵⁹ Debemos ser críticos cuando manifestamos que existen límites que no permiten que la reparación del daño sea realmente integral, o bien, que pretenda colocar en estado indemne a la víctima. Ejemplos de ello es la idea que tienen los letrados de demandar al Estado por sumas excesivas, sumas difíciles de cubrir. También los topes que reconocen las aseguradoras como indemnización de la vida misma, noción que es aplicada por el Convenio sobre la Aviación Civil Internacional de 1944 (Convenio de Chicago), o la muerte de un familiar que jamás podrá alcanzar esa reparación integral por inmensurable. Otro ejemplo muy habitual sería alcanzar la realización de este concepto en la indemnización del daño moral.

⁶⁰ GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, *La Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., Editorial Albremática, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pág. 112.

⁶¹ Jansen, Nils en GONZÁLEZ FREIRE, *Ob. cit.*, pág. 143.

⁶² Mosset Iturraspe en GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa, *Ob. cit.*, pág. 27.

resarcimiento, sino persiguiendo las consecuencias en cabeza de quien merece indemnizarlas. Huelga decir que, para ello, el letrado merece de cierta técnica centrando su petición en el “daño” y a su vez en la “reparación plena”, manifestando las circunstancias que apunten a la recuperación de la situación anterior del damnificado.

5.1. El principio de congruencia y el principio *iura novit curia*

Para el procesalista panameño Jorge Fábrega “*El principio de congruencia exige que el juzgador se pronuncie sobre todo lo que se pide y solo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las pretensiones sometidas a su examen, y sólo sobre ellas*”⁶³.

Esto quiere decir que no podría condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda. Esto es así porque el principio de congruencia no es operativo en sentido adverso, pues solamente se dirige a los problemas litigiosos sometidos al juzgador, sin involucrar una función colateral.

Este principio de congruencia se limita al juez “*a favor de las partes*” y no “*contra terceros*”⁶⁴. Limita los poderes de decisión del juzgador, quien, al tiempo de dictar sentencia, no podrá exceder ni cualitativa ni cuantitativamente el objeto de la pretensión⁶⁵ para que el juzgador no concluya en una decisión salomónica. En otras palabras, la decisión del juzgador deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda.

A lo largo de este trabajo nos hemos enfocado en tres premisas: el daño es singular y unitario, el daño no responde a un sistema taxativo de rubros para proceder con su reparación - como si ocurre en el derecho penal para proceder con el reconocimiento de delitos (tipicidad)- y la responsabilidad civil persigue la reparación integral.

Ocurre que, en el transcurso de la argumentación y la actividad probatoria del demandante, se confunde la percepción del daño reclamado con las situaciones de hecho fáctico, lo que inclina al juzgador a afinar y corregir su reclamo (semánticamente) al rubro específico. Esto se debe a que el daño no se reduce a palabras sino a pruebas de su existencia.

Recordemos que en el derecho dispositivo los hechos deben ser acreditados por quien los alega (salvo aquellos casos notorios, las presunciones de derecho, cuando se aplique las pruebas dinámicas, etc.). En ello, y hasta entonces, no existe falta de correspondencia entre la demanda presentada y la sentencia que se emite si se sustenta en lo probado y si el pronunciamiento judicial radica en una de las soluciones jurídicamente posibles.

Se trata entonces de la correspondencia entre la petición del demandante y el fallo apoyado en lo racional, sin variar el objeto del proceso e interpretando la petición ubicándola en el derecho aplicable⁶⁶.

⁶³ FÁBREGA PONCE, Jorge, *Estudios Procesales*, Editora Jurídica Panameña, 1989, págs. 142.

⁶⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el Nuevo Código*, Tomo II, arts. 1724 a 1740, 1ª ed. Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, págs. 145.

⁶⁵ SUÁREZ, Carina Vanesa, *Ob. cit.*, pág. 190.

⁶⁶ RIOS LOPEZ, Carlos Alberto, *Ob. cit.*, pág. 223.

Para ilustrar, en materia de daños, Asúa González nos remite a la sentencia de 10 de octubre de 1998, en el que se reconoce abiertamente la pérdida de chance en materia médica por la magistratura de España, sin que en la pretensión se hiciese mención de este rubro con sustento en la siguiente premisa: “*la privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable y su toma en consideración no es incongruente con el objeto de la litis*”⁶⁷.

Al respecto Asúa considera que, en el caso del reconocimiento de un rubro del daño no traído a colación (expresamente en la pretensión), no se vulnera el principio procesal de congruencia en el caso que existan evidencias del nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, los niveles de certeza, la carga probatoria y los criterios de imputación del daño a una conducta⁶⁸, dado al principio *iura novit curia* que consiste en el popular adagio: “*el juez conoce el derecho*”⁶⁹.

Y es que la simple petición de indemnización de daños y perjuicios, adicional al caudal probatorio que evidencia el daño sufrido y el nexo causal en el contexto de los hechos esgrimidos por el petente, permiten deducir la presencia del daño, permitiendo al juez reconocerlo basándose en una solución que contempla el derecho.

En estos casos el juez opera por medio del principio *iura novit curia* que le permite escoger el derecho que considera adecuado al caso y aplicarlo al margen de las normas que hayan propuesto las partes. Dicho en otras palabras, el juez está vinculado por los hechos expuestos, no así por el derecho invocado para brindar una solución efectiva y justa⁷⁰, solución esta que expresamente contempla el derecho positivo de nuestro medio: “*Cualquier error o defecto en la identificación, denominación o calificación de la acción, excepción, pretensión, incidente, o recurso, o del acto, de la relación o del negocio de que se trate, no es óbice para que el Juez acceda a lo pedido, de acuerdo con los hechos invocados y la prueba practicada, si la intención de la parte es clara*”⁷¹.

⁶⁷ ASÚA GONZALEZ, Clara I., *Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, primera edición, Editorial Arazandi, S.A., Navarra-España, 2008, pág. 82.

⁶⁸ ASÚA GONZALEZ, Clara I., *Ob. cit.*, 2008, pág. 74.

⁶⁹ “*Si bien la pérdida de chance - del francés: ocasión o posibilidad - como tal, no se encuentra estrictamente solicitada en autos, es la idea que cabe aplicar al caso. Ello, ante la facultad para la aplicación de las normas que le es otorgada al sentenciante por aplicación del principio "iura novit curia". En ese orden de ideas, la amplitud de poderes de los magistrados, permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada, con base en los hechos expuestos como litigiosos; y con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones*”, Sentencia de 11 de marzo de 2016, D114727, González, Analía Vanesa y otros c/ Medicus S.A. de Asistencia, Médica y Científica y otros/ Daños y Perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D. (Argentina), Brilla de Serrat, Barbei, Álvarez. En otro caso, “*Ahora bien, aun cuando no se haya acreditado la merma económica que exige el lucro cesante, la incapacidad originada en el evento dañoso le impide desarrollarse de manera plena, aun cuando no se haya visto afectado su desempeño laboral, pudiendo perder – así- la posibilidad de obtener ganancias en el futuro, por lo que tales privaciones deben resarcirse bajo el rubro pérdida de chance; solución que -como vimos ut supra- no compromete el principio de congruencia (conf. TSJ, Sala CyC Sent. N° 54/01, 108/04, 68/08, 46/16, entre muchos otros). [...] Si bien es cierto que la pérdida de chance fue postulada recién al momento de alegar sobre el mérito de la prueba, el brocardo iura novit curia permite –como vimos recalificar en ese sentido la postulación originaria, de modo que no existe infracción al principio de congruencia*”, Sentencia Número: 430 Córdoba, 16/10/2018. Y Vistos Los autos caratulados: “K., S. K. c/B., R. E. y Otro- Ordinario” (Expte. N°5812792).

⁷⁰ RIOS LOPEZ, Carlos Alberto, *Ob. cit.*, pág. 222.

⁷¹ Artículo 476 del Código Judicial de la República de Panamá.

Supongamos entonces que el juez concluye que su reflexión lo dirige a la certeza del daño en la pérdida de chance, que al mismo tiempo este daño no excede la cuantía solicitada, pero que simplemente no coincide con el rubro citado (ej.: lucro cesante o daño a la vida) ¿Incorre el juzgador en una falta de congruencia si reconoce la chance frustrada?

Un ejemplo jurisprudencial de ello se evidencia en el Consejo de Estado de Colombia, mediante la Resolución de 30 de agosto de 2017, caso Dolly Ballén contra Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional – Dirección de Sanidad), cuando se consideró que:

“Dado que el perjuicio autónomo que acá se indemniza no tuvo como génesis la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, el monto a indemnizar no será propiamente el que corresponda a dicho fallecimiento, sino al de la pérdida de oportunidad de la otra gemela de salir con vida y al de sus familiares de verla nacer y crecer en el seno de su hogar. No obstante que, según el principio de congruencia, el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente a las pretensiones de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado.

[...] en el presente caso una interpretación integral de la demanda y de las demás actuaciones surtidas a lo largo del proceso permiten señalar que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, sino que se extendió a establecer las falencias y omisiones del personal médico que estuvo a cargo de su embarazo, las cuales tuvieron como resultado la referida pérdida de oportunidad”.

Con ello no queremos instar a los demandantes a solicitar simplemente “daños y perjuicios” y que el juez se encargue de asignar el rubro a resarcir. Lo que se pretende con esta investigación es apuntar hacia la facultad del juzgador de aplicar su conocimiento técnico a la solución de la controversia con imparcialidad⁷².

Sería algo parecido al principio aplicado por el juez para distinguir los contratos no por su nomenclatura, sino por su contenido. Es decir, que el juzgador aborda el daño de acuerdo a su contenido, más que por su denominación: “La naturaleza de un daño no se determina por el concepto jurídico que haya usado el actor o el demandado para definirlo, tampoco por el

⁷² “Condenar a resarcir la pérdida de chance cuando no fue solicitada por el actor no vulnera el principio de congruencia. Ello, toda vez que nada obsta a que los magistrados, en ejercicio de su facultad de decir el derecho -que incluye la de calificar debidamente las pretensiones que las partes hayan denominado de manera errónea- puedan ordenar resarcir la pérdida de una chance cuando se encuentre acreditada y en el caso, el actor afirmó la existencia de responsabilidad de los demandados, refiriéndose específicamente al incumplimiento de la obligación de información que pesaba sobre ellos, y solicitó que se le indemnice el perjuicio derivado de su actuación en los hechos que dieron origen a las lesiones que padece.” Sentencia de 25 de septiembre de 2012, A593116, Antúnez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otros/ Daños y Perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, Picasso, Molteni, Li Rosi.

utilizado por la resolución que ha sido impugnada, sino por los hechos mismos probados y por las características del perjuicio, independientemente de toda calificación”⁷³.

Así, el sentenciador en vez de negar la indemnización por su ausencia conceptual, puede redireccionarlo con sustentos acopiados en el proceso. Pero en caso que se abstenga de ello, a nuestro criterio, se estaría alterando el principio de la reparación integral y, por ende, la esencia de la responsabilidad civil.

Esto quiere decir que el juez puede rescatar algún provecho, expectativa o probabilidad cierta que la víctima pudo alcanzar, siempre y cuando se comprueba que el hecho ilícito del agente es el detonante de ese daño. Dicho de otra forma, en caso que se omita la actividad probatoria por parte del interesado, no habría cabida a reconocer el daño por carecer de fundamento que lleve a afirmar su existencia. Veamos un ejemplo en la jurisprudencia:

“[Pese a que el Tribunal [...] consideró que el INPEC era responsable de la pérdida de la oportunidad [...] de vivir [...], lo cierto es que no es viable acceder a una reparación de tal orden, pues i) dicha petición no fue objeto de las pretensiones de la demanda y ii) en todo caso, aunque lo hubiera sido, se evidencia que no existe prueba respecto de la existencia de expectativa legítima que diera lugar a una indemnización [...] ante la ausencia de uno de los elementos del daño antijurídico, como lo es la certeza del mismo, no hay lugar a conceder una indemnización a sus familiares por una eventual pérdida de oportunidad”⁷⁴ [El subrayado es nuestro].

En ese mismo orden de ideas, Picasso y Sáenz, refiriéndose a un caso de la Corte de Casación gala, en el que se consideró que si el reclamante solicita en su reclamo el valor vida (consecuencia derivada de la muerte de la víctima), sin acreditar la relación causal con ese resultado y la culpa del demandado, no podían asignar la pérdida de chance de sobrevivida porque ello viola el principio de congruencia.

Los autores *in comento* aclaran su postura y consideran que no se vulnera el principio de congruencia si se reconoce “*fehacientemente*” que existió el daño en la pérdida de chance en vez de valor vida o lucro cesante⁷⁵: “[...] cuando los actores reclaman la reparación de un lucro cesante -cuya diferencia con la pérdida de chance pasa muchas veces por una cuestión de grados de certeza-, nada obsta a que los magistrados, en ejercicio de su facultad de decidir el derecho -lo que incluye calificar debidamente las pretensiones que las partes hayan

⁷³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el Nuevo Código*, Tomo II, arts. 1741 a 1759. 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba 2018, pág. 295.

⁷⁴ Sentencia de 16 de diciembre de 2020, Augusto César Mantilla Rodríguez y otros, en contra del Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C (Colombia), NR: 2182189 68001-23-31-000-2002-00141-01,56186, Ponente: Nicolás Yepes Corrales.

⁷⁵ PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. J., *Tratado de Derecho de Daños*, 1ª ed., v. 1, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 496.

denominado erróneamente de otro modo-, puedan ordenar resarcir la pérdida de chance, cuando ella se encuentra acreditada”⁷⁶.

Reiteramos, con la admisibilidad de esta postura se tendría por obsoleta y extremista la fórmula del: *“todo o nada” (all-or-nothing-approach)*, para que un daño sea considerado como resarcible⁷⁷.

Por ejemplo, cuando los familiares del paciente, víctima de un trágico accidente de tránsito, reclaman daños equivalentes a la vida por negligencia en la atención médica -por tardía-, pero el juez reconoce pérdida de oportunidad de supervivencia argumentando que el nexo causal entre el hecho ilícito (accidente de tránsito) y el daño (pérdida de la vida) no incumbe exclusivamente al galeno, atina en su decisión porque las posibilidades de sobrevivir del paciente ya venían mermadas como consecuencia de la colisión automovilística.

A nuestro parecer, el imparcial aplica el derecho correcto, puesto que su función es precisamente decidir la *“litis”* por medio del derecho: no exonera al galeno, pero tampoco le asigna la totalidad del daño reclamado, sino a cubrir lo justo, una chance frustrada. Similar opinión se recoge en Sentencia No. 816 de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 18 de Julio de 2012 cuando cita lo siguiente:

“Es irrelevante, agrega, a los efectos de la causa de pedir y la congruencia, [...] que la calificación jurídica de daño como pérdida de chance no hubiera sido objeto de debate, pues, por una parte, las circunstancias fácticas que soportan (la causa de pedir) constan en los hechos de la demanda; por otra, la pretensión genérica de daños y perjuicios cubre todo posible daño indemnizable, incluida la pérdida de chance. Las partes ofrecen el hecho; el juez da el derecho”.

Con este estudio se pretende evidenciar que el objeto de la responsabilidad civil, desde un plano axiológico, recae en la reparación y la estabilización del ser humano, tanto en sentido patrimonial como espiritual. Por tanto, el reconocimiento del daño debe ser cónsono con la reparación integral para no generar un empobrecimiento sin causa a la víctima.

Como conclusión podemos señalar que, de acuerdo a los registros jurisprudenciales citados en el texto, como a pie de página, existe suficiente evidencia de la tendencia a una mayor proactividad de los jueces al momento de reconocer el daño resarcible, incluyendo rubros del daño no expresamente solicitados -pero si probados- en juicio; un avance del derecho en el que se aplica equidad al caso concreto.

6. Conclusiones

⁷⁶ PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. J., *Ob. cit.*, págs. 496 y 497.

⁷⁷ PRÉVÔT, Juan Manuel y CHAIA, Rubén Alberto. *Ob. cit.*, pág. 133. Los autores siguen resaltando a pie de página que *“Un fenómeno similar se aprecia en el campo procesal a la hora de tenerse por acreditado o no los hechos que dan motivo a la pretensión, prevaleciendo así la exclusión de la certeza absoluta como criterio valorativo del juzgador en el ‘accertamento giudiziale del fatto’”.*

1. La función de la responsabilidad civil es la reparación integral del daño sufrido por la víctima. Es por ello que cada vez resulta más frecuente encontrar esta materia con la nomenclatura: “*Derecho de Daños*” o “*Responsabilidad por Daños*”.
2. El daño no mantiene un concepto único, en ello, la incorporación del término “*interés*”, como parte de su concepto, lo convierte en un elemento más abarcador que no se limita a una conexión entre la persona y el bien; incluye los derechos subjetivos, situaciones favorables, o bien, el sentido espiritual injustamente afectado, así como todo aquello que no sea contrario al ordenamiento jurídico.
3. Entre los elementos del daño mayormente reconocidos por la doctrina están: que sea un daño antijurídico, cierto, subsistente, propio del reclamante y la lesión debe consistir en un derecho subjetivo o interés legítimo.
4. El daño es único y singular, pero para facilitar su estudio, la reclamación de las partes, la reflexión del juez y su cuantía se suele clasificar en diversos rubros. Al mismo tiempo el daño se divide en dos grandes géneros, material y moral, es decir en lo que “*tiene*” el sujeto y lo que “*es*” el sujeto, respectivamente.
5. La aplicación de la reparación integral resulta ser una herramienta para que el juez reconozca todos los daños que han sido comprobados en juicio, sin importar si el rubro haya sido mencionado por el accionante.
6. El principio de congruencia exige que el juzgador se pronuncie sobre lo que se pide y que no exceda ni cualitativa ni cuantitativamente el objeto de la pretensión. No obstante, este es un principio que se aplica de manera racional y no absoluta. Cuando lo que se pide es solicitado de forma ambigua no quiere decir que la fórmula sea excluyente, porque lo que se pide en síntesis es la reparación de los daños cuya existencia deberá ser probada.
7. Para abordar el tópico del principio de congruencia, resulta preciso reconocer que el daño es un concepto unitario, que la responsabilidad civil persigue la reparación integral y que la descripción del daño no responde a un sistema taxativo o de tipicidad.
8. El principio *iura novit curia* presume que el juez conoce el derecho y lo aplica al caso concreto, al margen de las normas que hayan propuesto las partes. De esta forma aplica el justo derecho. Con el reconocimiento de rubros probados, pero no correctamente invocados, se percibe un avance en la aplicación de justicia. Caso el contrario, incurre en falta si se abstiene de reconocer los daños cuya intención ha sido demostrada por el peticionario.

7. Bibliografía

ASÚA GONZALEZ, Clara I., *Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, primera edición, Editorial Arazandi, S.A., Navarra, 2008, págs. 235.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**, *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 737.
- DE CUPIS, Adriano**, *El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil*, segunda edición. Bosch Editor, Barcelona, 1975, págs. 852.
- DIEZ PICAZO, Luis**. *Derecho de Daños*, primera edición, Civitatis Ediciones, España, 1999, págs. 367.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**, *Precisiones Preliminares sobre el Daño a la persona*, Themis 38, págs. 177 a 209.
- FÁBREGA PONCE, Jorge**, *Estudios Procesales*, Editora Jurídica Panameña, 1989, págs. 251.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa**, *Riesgo de desarrollo en el derecho de daños*, 1ed., ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, págs. 199.
- GHERSI, Carlos Alberto**, *Teoría General de la Reparación de daños*, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1997, págs. 485.
- GONZALÉZ FREIRE, Juan Francisco**, *La Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., Editorial Albremática, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, págs. 688.
- HENAO, Juan Carlos**, *El daño – Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, segunda impresión, Bogotá-Colombia, 2007, págs. 346.
- Indemnización de perjuicios promovido por Dolly Ballén Agregó y Otros contra Nación - Ministerio de Defensa. Policía Nacional (Dirección de Sanidad) Sentencia 43646 de 30 de agosto de 2017, Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A. Colombia.
- KRIEGER, Walter F. y JALIL, Julián E.**, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, 1ª ed., Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, págs. 576.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MÁRQUEZ, José Fernando [et al.]**, *Reparación de daños y civil 2*, 1ª ed., Víctor P. Zavalía, S.A., Buenos Aires, 2009, págs. 369.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MÁRQUEZ, José Fernando [et al.]**, *Reparación de daños y civil 3*, 1ª ed., Víctor P. Zavalía, S.A., Buenos Aires, 2011, págs. 468.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge**, *Responsabilidad civil/9*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1992, págs. 619.
- NISNEVICH, Alejandro**. *La pérdida de chance y su cuantificación económica en el Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Tribunales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, págs. 313.

ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible (Actos Ilícitos)*, 3ª edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, págs. 245.

PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. J., *Tratado de Derecho de Daños*, 1ª ed., v.1, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 592.

PILAR VENEGAS, Patricia, *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial*, ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Astrea, 2018, págs. 215.

PRÉVÔT, Juan Manuel y CHAIA, Rubén Alberto, *Pérdida de chance de curación*, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007, pág. 294.

Resolución No. 000263 de 26 de agosto de 2013, bajo la ponencia de Patricia Molina Escobar en el proceso Ordinario por Sucesión de Alicia Ara y A. Rodríguez contra Asociación Misionera Catequesis Luz de Cristo de Costa Rica, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

RIOS LOPEZ, Carlos Alberto, *Sistema de la responsabilidad*, 1 ed. Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 520.

SAMUEL, Osvaldo M., *El daño moral en el Código Civil y Comercial*, 1 ed., Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 216.

Sentencia de 11 de marzo de 2016, D114727, González, Analía Vanesa y otros c/ Medicus S.A. de Asistencia, Médica y Científica y otros/ Daños y Perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D. (Argentina), Brilla de Serrat, Barbei, Álvarez.

Sentencia de 16 de diciembre de 2020, Augusto César Mantilla Rodríguez y otros, en contra del Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C (Colombia), NR: 2182189 68001-23-31-000-2002-00141-01,56186, Ponente: Nicolás Yepes Corrales.

Sentencia de 25 de septiembre de 2012, A593116, Antúnez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otros/ Daños y Perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, Picasso, Molteni, Li Rosi (Argentina).

Sentencia No. 816 de Sala 1ª de la Corte Suprema de Justicia, de 18 de Julio de 2012, Proceso Ordinario: partes reservadas y cuantías reservadas en la transcripción. Ponente: Anabelle León Feoli. Costa Rica.

Sentencia Número: 430 Córdoba, 16/10/2018. Y Vistos Los autos caratulados: “K., S. K. c/ B., R. E. y Otro- Ordinario” (Expte. N°5812792).

SUÁREZ, Carina Vanesa, *Responsabilidad civil y cuantificación de daños*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial García Alonso, 2019, págs. 216.

Tribunal Superior de Corrientes, Secretaria Jurisdiccional No. 2, Superior Tribunal de Justicia Corrientes, Dra. Marisa Esther Spagnolo, IXP. 34941/14. 23 de abril de 2021.

UBIRÍA, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, págs. 624.

VENEGAS, Patricia Pilar, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, Bogotá – Porto Alegre, 2018, págs. 213.

WEINGARTEN, Celia, *Manual de Derecho de Daños*, 3ª edición, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, págs. 544.

ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 491.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el Nuevo Código*, Tomo II, arts. 1724 a 1740, 1ª ed. Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, págs. 458.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el Nuevo Código*, Tomo III, arts. 1741 a 1759. 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba 2018, pág. 490.

Particularidad del Caso Fortuito y la Fuerza Mayor en el Código Civil Panameño

Lidia Karina Mercado
Universidad de Salamanca
País: España
lkmercadob@gmail.com
ORCID 0000-0002-5919-8651

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Resumen

El tema que nos convoca en esta comunicación es el examen de la *imposibilidad de cumplimiento* sin que medie culpa y por razón de *caso fortuito* o de *fuerza mayor*. El Derecho es una ciencia que regula las circunstancias que impactan jurídicamente al hombre en su diario vivir y en este sentido, las demandas de responsabilidad civil se sustentarán con hechos que se engarzan en concordancia con una hipótesis planteada por el acreedor. En esa misma dirección, al deudor también se le concede la oportunidad de *invocar* excepciones como el caso fortuito o la fuerza mayor frente una situación *externa a su poder de acción*. La imposibilidad de cumplir ya sea por razones de un hecho natural o de un acto de autoridad deben ser analizadas.

Palabras claves

Caso fortuito, Fuerza mayor, Teoría de la imprevisión, Excepción de imposibilidad en el cumplimiento, Deudor, Código Civil Panameño.

Abstract

This article make an examination of the legal notion *impossibility of performance of the contract*. A figure that is usually used by the debtor when there is no fault and due to a *fortuitous event* or *force majeure*. The law is a science that regulates the facts that impact the lives of people in their legal relationships, in this sense, civil liability claims are supported by facts that are linked in accordance with a hypothesis indicated by the creditor; Thus, in this same direction, the debtor is also given the opportunity to invoke a fortuitous event or force majeure in a situation that is beyond his power of action. The impossibility of performance either for reasons of a natural fact (act of God) or an act of authority must be analyzed.

Key words

Fortuitous event, cas fortuit, Force majeure, Theory of "Frustration", Excuses for Non-Performance obligations, Impossibility of Performance as a Defence, debtor, Panamanian Civil Code.

I. GENERALIDADES

El caso fortuito y la fuerza mayor son nociones pertenecientes al «**derecho de obligaciones**» y su **finalidad práctica** consiste en erigir *causales de exoneración* de responsabilidad civil contractual con base en una **imposibilidad** sobrevenida de la ejecución.

No obstante, la imposibilidad por caso fortuito o por fuerza mayor, también puede resultar útil como causal de exoneración cuando es una responsabilidad extracontractual lo que se reclama.

Ciñéndonos al derecho positivo panameño, existe una diferencia conceptual entre el *caso fortuito* y la *fuerza mayor* como *rasgo caracterizador* del Código Civil patrio, que desde el punto de vista de la **redacción del artículo 34-D**, utiliza como *criterio de distinción* del lenguaje normativo, el «origen o naturaleza» de un hecho o suceso para determinar si la circunstancia invocada por un deudor (como excepción) cuando no puede tener lugar la ejecución debe calificarse como caso fortuito o como *force majeure*.

En otras palabras, el Código Civil de la República de Panamá, promulgado en 1916 y el cual entró a regir el 1 de octubre de 1917, parte de la «**conectividad**» – del hecho con el **significado legal** que proyecta el **artículo 34-D** y a partir de ahí, distingue ambas figuras.

Ahora bien, hoy no se discute en el *derecho civil contemporáneo* la diferencia entre las nociones caso fortuito y fuerza mayor, porque a menudo en los países de Derecho Continental codificado *approche* francés de estas expresiones que se utilizan como sinónimos o equivalentes mediante la idea de que, en todo caso, siempre generaran el **mismo efecto jurídico**: la *liberación* del deudor frente al acreedor.

Para H. De Page “todas estas discusiones de distinción no parecen ser [...] de uso práctico. Solo la verdadera noción de una causa extraña tiene prioridad aquí. Lo medular señala el autor– es el costo de la prueba para el deudor, que deberá acreditar una imposibilidad absoluta de cumplimiento frente a la imposibilidad relativa” para quedar realmente exonerado. (Véase H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3 éd., Bruxelles, Editorial Bruylant, 1964, p. 595, N° 598 y p. 599, N° 600).

Sin embargo, esta idea de “similitud” y por ende, del escaso intereses de la doctrina por considerarlo una distinción puramente semántica **no se adapta** a la particularidad de la legislación **civil** panameña, observando, por ejemplo, que la jurisprudencia de la Sala **civil** de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado en torno a la **calificación** de la circunstancia sobrevenida que se invoque.

A guisa de ejemplo, en *Marcelino Abadía Díaz – vs – Sentencia N° 19 de 30 de mayo de 2006 dictada por el Juzgado Primero de Circuito Civil del Segundo Circuito Judicial de Panamá*, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, *apreciando* la invocación de la noción *fuerza mayor* por la demandante, hizo énfasis en la diferenciación

entre el caso fortuito y la fuerza mayor que establece el artículo 34- D del Código Civil panameño. La resolución judicial dice:

“La Sala considera **necesario traer a colación** la definición que, sobre caso fortuito y fuerza mayor, establece el Código Civil; la norma reza así: "**Artículo 34-D**. Es *fuerza mayor* 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 apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes.

Es *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."

La excerta transcrita revela que la fuerza mayor **aducida por el actor**, se produce por actos humanos que no se pueden resistir o evitar, mientras que el caso fortuito es el producido por actos de la naturaleza imprevisibles, que equivaldría a la circunstancia por él aducida y no la fuerza mayor que plantea.

De lo expuesto, se deduce que el apoderado legal del recurrente confunde ambas figuras, error que *per se* descalifica la causal que pretende sustentar.

Incluso, en caso de que el actor no se hubiera equivocado al tipificar la circunstancia en que se perdieron o se destruyeron los documentos a que alude para establecer la causal, tampoco los hubiera podido presentar para sustentar la causal de revisión del caso, ya que los mismos no existen". (el subrayado es nuestro).

Sentencia de 7 de febrero de 2007, Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Recurso de revisión primera instancia, Magistrado Ponente: osé A. Troyano, Expediente 292-06).

La explicación que precede de esta jurisprudencia citada, no deja de lado que debemos reconocer, además, que, en la mayoría de los **códigos** civiles **modernos**, no se debate la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor reflejando dos máximas en latín que son las siguientes:

- (i) En primer lugar, desde el punto de vista hermenéutico el axioma *In claris non fit interpretatio* que significa “cuando el texto de la ley es claro e inequívoco, no ha lugar a interpretación alguna, sino a la pura y simple aplicación del precepto en su literal dicción”.

- (ii) Pero sobre todo, suele aplicarse, la frase en latín *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* cuyo significado es: donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

Sin embargo, la **Ley** panameña sí distingue.

En este sentido, el Código Civil Panameño se aleja del modelo tradicional o clásico basado en la concepción francesa sobre este tema. Ciertamente, el **Código Civil francés** base de la **modernidad** del Derecho común, cuya doctrina y legislación de la Francia Napoleónica post revolucionaria «reinventó» el Derecho Civil, su universalidad dejó de lado debates que los códigos civiles posteriores a la influencia francesa tampoco decidieron reglamentar, pero nótese como el **artículo 34-D** retiene la calificación de las figuras.

Respecto al párrafo segundo del artículo 34-D el *caso fortuito* se define en los siguientes términos:

“[...] es *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”.

El sentido que presenta este texto del Código Civil Panameño, se inspira directamente en las **fuentes romanas** según las cuales, la expresión técnica *caso fortuito* proviene del latín *fortuitus* que significa por “casualidad” o por “azar” refiriéndose a un obstáculo o impedimento que ni la persona más diligente o hábil hubiera podido prever y evitar.

También ha tenido interés en esta figura, el *common law*, sistema jurídico en el cual, al caso fortuito se le denomina “*act of God*” precisamente por tratarse de hechos sobrevenidos e incontrolables que «escapan de la intervención humana» y que producen imposibilidad material o física en la ejecución de la obligación.

Por su parte, continuando con un examen del Código Civil panameño, el párrafo primero del artículo 34-D que regula la figura *fuerza mayor* (más comúnmente conocida como *force majeure* en francés) genera un efecto directo de imposibilidad de cumplir una obligación, **pero** basado en un **acto de imperio**.

Es decir, la *voluntad* del deudor de buena fe de querer cumplir la obligación se enfrenta ahora con el obstáculo de **obedecer** o **acatar** un «acto de autoridad» que no puede eludir.

En el Derecho Civil francés, a la fuerza mayor se le denominado “*Le fait du prince*” (los actos el príncipe) para significar que estamos frente a un acto de la administración que debe ser acatado por los ciudadanos o súbditos. Sobre el particular, **Jean-Pierre Scarano** en su *Dictionnaire de droit des obligations* dice que «el *fait du prince*» es una decisión arbitraria, pero en todo caso de una autoridad de poderes públicos. Genera *force majeure* pues no permitiendo al deudor cumplir su obligación, lo exonera de responsabilidad. Este es particularmente el supuesto de una expropiación, o durante una requisición o incluso cuando un municipio deniega la autorización para utilizar un espacio publicitario. El acto del príncipe debe revertir las características de fuerza mayor (*vis major*) y que son la irresistibilidad, imprevisibilidad,

exterioridad, explica el autor bajo el enfoque francés. (SCARANO, Jean-Pierre, *dictionnaire de droit des obligations*, Editorial Ellipses, 2004, p. 119 y 124).

Lo dicho hasta aquí, desde la práctica, descansa en que la fuerza mayor es un *acto de la administración* que debe ser respetado. En este sentido, enfocando la cuestión en la legislación civil de Panamá, el párrafo primero del artículo 34-D del Código Civil define la *fuerza mayor* así:

“Es fuerza mayor 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 apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes”.

Debemos remarcar que, en el Derecho civil panameño, la operatividad de la figura fuerza mayor **está implícita** debido a que, como vemos, **tiene su fuente en la Ley** escrita.

Lo mismo sucede con el caso fortuito.

Particularmente, en torno a la fuerza mayor significa, que no es necesario que en un contrato se estipule expresamente una cláusula de fuerza mayor. La invocación de fuerza mayor no puede ser rechazada o desconocida (si procede) por el acreedor quien debe soportar la **regulación** expresa que hace el legislador panameño en el artículo 34-D del Código Civil.

Sin embargo, un panorama distinto se observa en Derecho Comparado, por ejemplo, bien advierte Augusto García Sanjur, que a pesar de que “jurisdicciones como Inglaterra y Estados Unidos sí reconocen la fuerza mayor, generalmente utilizada por la parte afectada para protegerse a sí misma, en tales ordenamientos jurídicos no se reconoce tal figura si las partes no establecen una cláusula de *force majeure* en el contrato.” (Véase García Sanjur, A. 2021, p. 637 y 640).

Lo señalado por este autor panameño, tiene trascendencia práctica y por esta razón a continuación nosotros realizaremos algunas precisiones.

Mientras que en los países de tradición romano- germánica o de Derecho Continental, la cuestión de la fuerza mayor se inserta dentro la “*Théorie de l'imprévision*” doctrina que conecta también el estudio de otras figuras complejas como la *excesiva onerosidad sobrevenida* (véase Mercado Lidia. “La excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos de tracto sucesivo en el Código Civil Panameño”, Revista Ratio Legis, N° 3 enero - Junio 2022, pp. 119-136), también conecta con temas como la cláusula *res sibus stantibus* y el caso fortuito, **en cambio**, en Inglaterra y Estados Unidos, la fuerza mayor funciona mediante un enfoque más restrictivo e independiente.

En Inglaterra y Estados Unidos se habla, por un lado, de “*Doctrine of Frustration*” y, por otro lado, de “*Force Majeure*” dos instituciones que en su aplicación son mucho más limitadas.

Particularmente, la teoría *Doctrine of Frustration* mantiene la idea de **imposibilidad** en el cumplimiento bajo una inspiración romanista según la cual no se exige una cláusula en el

contrato para lograr en favor del deudor que se resuelva el contrato en el momento de un “hecho frustrante”. Bajo esta doctrina las partes contratantes quedan exoneradas de las obligaciones que nacen del contrato.

Esta cuestión, ha sido objeto de análisis en un meticuloso estudio de Derecho comparado, por el autor **Jacques Bell** a partir del señalamiento de las **condiciones** que en el *common law*, se exigen para hablar de “*frustration*” y que se insertan en la idea de imposibilidad.

La doctrina del *frustration* es un remedio en casos de “*cambios de circunstancias*” pero que generen siempre imposibilidad de cumplir. El derecho inglés, por ejemplo, señala que una parte del contrato es liberada de su obligación si el “evento” que lo frustra se produce inesperadamente, por causas ajenas a las partes y porque hace imposible la ejecución de las obligaciones.

De manera tal, que podemos no confundir aquí *frustration* con *excesiva onerosidad sobrevinida* (*hardship* en el *common law*) porque no se trata aquí, de un desbalance económico producido por el evento imprevisible, sino, de cualquier tipo de **imposibilidad** que se contempla bajo la noción “*frustration*” y que son las siguientes según apunta **Jacques Bell**:

En primer lugar, la (i) *imposibilidad jurídica*, que refiere a que la obligación deviene **ilegal** en razón del cambio en las circunstancias. Bajo este criterio, el orden público prohíbe a ambas partes permanecer en sus obligaciones. Si la duración de la prohibición legal es incierta, entonces las partes sólo quedarán liberadas de sus obligaciones si una persona razonablemente puede considerar que el *objeto* principal del contrato se ha vuelto imposible. La ejecución de la obligación en la *Doctrine of Frustration* del contrato sólo puede considerarse imposible si la ilegalidad se refiere al objeto principal del contrato, no, si sigue siendo posible cumplir otras obligaciones esenciales. (ii) la *imposibilidad física* por parte, consiste en que si la totalidad o una parte esencial del objeto, o si una condición exigida para la ejecución del contrato ha sido anulada no se puede exigir el cumplimiento. Lo mismo ocurre cuando el objeto, aunque no destruido, se ha convertido de un contexto comercial en un producto totalmente diferente a lo previsto por las partes (v. gr. los dátiles que eran aptos y *destinados* al consumo humano hoy solo son buenos para los animales) y la (iii) la *imposibilidad práctica* en la *Doctrine of Frustration*, consiste en que, en algunos casos, aunque la ejecución de la obligación que nace del contrato sigue siendo posible, las circunstancias han cambiado *tanto* que la ejecución se ha convertido, en su conjunto, en un asunto comercialmente diferente del que estaba previsto por las partes anteriormente en virtud del contrato. El carácter estricto de este criterio tiende a evitar aquellos casos que no lo adecuan como mecanismo de lucha contra la inflación, por ejemplo. (Véase BELL, Jacques. *Rapport anglais*, en AA. *VV Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaise*, Editorial Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J), 1987, p. 244 y 245).

En cambio, respecto a la noción *Force Majeure* en las jurisdicciones como Inglaterra y Estados Unidos, si depende para su aplicación de que las partes lo hayan incluido en una *cláusula de fuerza mayor*, razón por la que, si no existe tal cláusula, no hay lugar para que el deudor interponga esta excepción.

Los abogados ingleses y norteamericanos al asesorar a sus clientes procuran la introducción de una cláusula de *force majeure* y, sobre todo, su vigilan su correcta redacción porque la figura: en primer lugar, (i) no está implícita en la ley y, en segundo lugar, porque (ii) tampoco se concibe como una doctrina sino más bien como construcción del comercio internacional que solamente funcionará si el contrato lo prevé taxativamente.

En cuyo caso, señala Dietrich Maskow, si la cláusula existe en el contrato significa que no se puede reclamar el cumplimiento, incluidas las demandas por supuestos daños y perjuicios (véase Maskow, D. 1992, p. 665).

Así, advirtiendo las **particularidades** del tema que nos ocupa, bajo el enfoque del *common law*: la *fuerza mayor* y el *frustration* no son lo mismo.

Nótese que la *fuerza mayor* opera como causa de exoneración para del deudor, que *debe estipularse* en una **cláusula del contrato** y que en todo caso, se interpreta restrictivamente y no se aplica esta figura a los eventos de *frustration* porque esta última expresión, es un método de la **Ley** para permitir que las partes sean liberadas de sus obligaciones.

El *frustration* se refiere a casos que en sí mismos son eventos que impiden la ejecución del contrato en cuyo caso de habla de *Impossibility Of The Performance* que ocurre después de celebrar un contrato y el cumplimiento de una de las partes se hace imposible. Algunos ejemplos de *frustration* son: la muerte o incapacidad jurídica (sobrevvenida e inesperada) de uno de los contratantes que “frustra” la ejecución de la obligación, la destrucción del objeto del contrato cuando sea una cosa específica que no se pueda reemplazar por una de la misma especie o calidad, por temas de salud pública, por reformas a la Ley. En definitiva, la *Doctrine of Frustration* se aplica siempre que la ley reconoce que una obligación contractual se ha vuelto imposible de cumplir porque las circunstancias en las que se requiere el cumplimiento la convertirían en una cosa *radicalmente* o *severamente* diferente de la asumida por el contrato. En estos casos, el juez interpreta las cláusulas del contrato, pero en conjunto, en base a las reglas de hermenéutica contractual analizando las pruebas y los fundamentos que invoque el deudor y parte el juez, de una cláusula de *force majeure* que sería una alternativa distinta para el deudor porque opera en virtud de una cláusula previamente pactada.

Volviendo a la legislación civil panameña, el tema de la exoneración de la responsabilidad civil contractual frente a la idea de imprevisibilidad e imposibilidad part de la Ley, razón por la que también se toma como punto de partida, el **artículo 990** del Código Civil panameño que establece:

“fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, **nadie responderá de aquellos sucesos que no hubiesen podido preverse**, o que, previstos, fueran inevitables”. (Código Civil, edición actualizada 2022, Editorial Mizrachi & Pujol, p. 111)

Ciertamente en este precepto, el legislador civil panameño se refiere a una circunstancia «posterior» al momento de contraer la obligación.

En esa línea de “imprevisión” a pesar de la denotación que hizo el legislador panameño al introducir las nociones *caso fortuito* y *fuerza mayor* en el **artículo 34-D** del Código Civil, mediante Ley N° 7 de 27 de enero de 1961 publicada en Gaceta Oficial número 14,318 de 27 de enero de 1961 (véase **Rodríguez-Arias Bustamante, Lino**. 1965, p. 221), un gran número de autores clásicos e incluso autores modernos principalmente en la **doctrina civilista francesa**, critican tal distinción.

Así, **Jaques Dupichot**, expresa que la verdadera **concentración del análisis** práctico sobre la “liberación” del deudor respecto a una obligación, debe recaer en dos componentes de similitud que tienen el caso fortuito y la fuerza mayor y que son: (i) la imprevisibilidad y la (ii) la irresistibilidad del hecho o circunstancia (véase Dupichot, J. *Le Droit des obligations*, 1993, p. 67).

En esta misma línea, **Philippe Le Tourneau**, hace énfasis en que tales figuras producen la misma consecuencia, debe tratarse de la ocurrencia de un hecho *posterior* a la celebración del contrato y que realmente impida el cumplimiento. (Véase P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, edición 2018/2019, Dalloz, n° 1802).

Esto último señalado por P. Le Tourneau, nos refiere a la denominada clasificación de la noción “imposibilidad material o física” en sistema del *civil law*.

Síguese, ahora la necesidad de explicar que existen **dos tipos** de imposibilidad material o física en el derecho de obligaciones y en el derecho de contratos:

En derecho de las obligaciones y de los contratos, en primer lugar, existe la imposibilidad inicial (o *ab initio*) también conocida como imposibilidad originaria del **objeto** de la obligación contractual, una cuestión que también ha llegado hasta nuestros días en varios artículos del **Código Civil Panameño**, por ejemplo, en el artículo **1123** el Código Civil preceptúa que:

“**no podrán** ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”.

Esta disposición opera a propósito del objeto de la obligación como *elemento esencial* (de todo) contrato, pero también este tipo de imposibilidad inicial (o *ab initio*), nos conduciría a una lectura del **artículo 1001** del **Código Civil** que establece:

“las **condiciones imposibles**, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta”.

Respecto a las condiciones imposibles de las que trata el **art. 1001 del CC panameño**, rescatamos las señalizaciones de Friedrich Karl von **Savigny** al explicar que:

“las condiciones imposibles no son condiciones verdaderas, porque en ellas falta uno de los elementos esenciales de la condición que es la *incertidumbre* del resultado.

Para apreciar la influencia, que esta forma mal empleada ejerce sobre las manifestaciones de voluntad, es preciso tener en cuenta los casos y las circunstancias en que se presenten. Desde luego dichas condiciones pueden ser, evidentemente, lo mismo positivas que negativas tanto física como jurídicamente. *El resultado es absolutamente el mismo*, se tienen como si no hubiesen sido impuestas.

Por ejemplo, físicamente necesarias sería: “si el sol sale el día de mi muerte” o “si Ticio no sube a la luna” y jurídicamente sería: “si en general, Ticio tiene capacidad de derecho” lo que, a decir verdad, para los romanos significa “si Ticio es un hombre libre” hecho que podría ser dudoso o “si Ticio mi único heredero no reclama después de mi muerte la sumas que le debo”. (Véase Savigny, F. K. v. *Sistema de derecho romano actual*, Editorial Comares, 2005, p. 421 – 423.

Por consiguiente, tanto el **artículo 1123** que regula el *objeto imposible de la obligación*, así como, el **artículo 1001** del Código Civil panameño, que regula lo concerniente a *las condiciones imposibles*, reafirman la vigencia en el derecho civil panameño del adagio latino *impossibilium nulla obligatio* que significa: la obligación imposible es nula.

En segundo lugar, existe la denominada imposibilidad material o física sobrevenida o “**liberatoria**” figura esta, que sí guarda relación con la presente comunicación en torno a la operatividad de la imposibilidad por caso fortuito o por fuerza mayor y que, por lo tanto, debe ser definida en este punto.

La imposibilidad material o física *sobrevenida* consiste en un suceso, circunstancia o hecho - *ulterior* a la celebración del contrato, pero que, además, debe reunir siempre **tres condiciones** para su invocación por el deudor: (i) externalidad, (ii) imprevisibilidad e (iii) imposibilidad. Explicamos esta **trilogía elemental** a continuación.

En primer lugar, la connotación de “**externalidad**” del hecho o circunstancia consiste en que dicho suceso imposibilita el cumplimiento de la obligación, porque está *fuera del control* del individuo.

En segundo lugar, la “**imprevisibilidad**” una característica por la cual, a pesar de las diferencias semánticas en el **artículo 34- D** del Código Civil panameño, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor se alinean con la *théorie de l'imprévision* en el sentido de que implicarán siempre un suceso *insospechado* y, por lo tanto, totalmente *inesperado* para el deudor.

En tercer lugar, la “imposibilidad en la ejecución”, es decir, la imposibilidad de satisfacer el *interés primario del acreedor* que consiste en el cumplimiento.

Hechas las consideraciones generales que preceden, es momento de remarcar o recapitular que en la dinámica de las obligaciones el tema de “la **imposibilidad**” en la ejecución contempla **dos** bloques o modelos: (i) como vimos anteriormente, apreciamos en el sistema del *common law* la teoría denominada “*frustration*” y, por otro lado, (ii) para los países de tradición romano- germánica y que siguen el sistema francés se habla de la *théorie de l'imprévision* con sus matizaciones o adaptaciones según cada ordenamiento jurídico.

En ambos modelos, la noción “caso fortuito o *act of God*” ha sido asimilada con la noción fuerza mayor, precisamente porque tales figuras al reunir las tres condiciones señaladas *ut supra* (externalidad, imprevisibilidad e imposibilidad) se utilizan indistintamente.

Observamos que, en el **Código Civil de Francia de 1804**, el **artículo 1218** (introducido tras su última reforma a través de la Ordenanza n° 2016-131 de 10 de febrero de 2016) **descarta** la noción caso fortuito y **opta**, en su terminología jurídica por la noción *force majeure* en el marco de la *théorie de l'imprévision* y en concreto, en torno a la noción de “imposibilidad”. (Véase Rémy Cabrillac, *La codificación del derecho civil francés*, Editorial Olejnik, 2017, p. 55).

Nótese que el **artículo 1218** del Code Civil francés dice lo siguiente:

“Hay fuerza mayor en materia contractual cuando un hecho ajeno a la voluntad del deudor, que razonablemente no podía preverse en el momento de la celebración del contrato y cuyos efectos no pueden evitarse con las medidas adecuadas, **impide** el cumplimiento de su obligación por parte del deudor.

Si el impedimento es temporal, se suspende el cumplimiento de la obligación a menos que la demora resultante justifique la resolución del contrato. Si el impedimento es definitivo, el contrato queda automáticamente rescindido y las partes quedan liberadas de sus obligaciones en las condiciones previstas en los artículos 1351 y 1351-1”. (El subrayado es nuestro).

(Vid. *Code Civil*, Annoté - édition limitée, publicada por Editorial Dalloz, 2022, p. 1544).

Esta inspiración normativa, la siguen otros códigos civiles, por ejemplo, el **Código Civil del Estado de la Luisiana de 1825**, que consideramos medular aquí, por ser el **primer Código Civil** promulgado **en el continente americano** y que además sigue fielmente a la doctrina francesa y, por lo tanto, al Código Civil francés de 1804.

En dicho código se utiliza la expresión “evento fortuito” o en inglés *fortuitous event* y con ello, integra tanto un evento de *origen natural* (caso fortuito - *act of God*) como un *evento de origen humano* (fuerza mayor) que no podría haberse previsto razonablemente por el deudor y que está fuera del control de las personas involucradas como partes del contrato.

Sobre la noción *fortuitous event* utilizada por el **Código Civil del Estado de la Louisiana de 1825**, el profesor Alain A. Levasseur, también apunta a la clásica doctrina francesa diciendo que “los escritores doctrinales podrían discutir y estar en desacuerdo sobre el significado auténtico que debe darse a cada expresión, pero no resulta productivo involucrarse en estos *debates arcanos*” comentario del jurista a propósito de la legislación de Louisiana, que es uno de los cincuenta estados que, junto con Washington D. C., forman los EE.UU y que sin embargo, sigue el sistema romano-germánico y derecho francés. (véase Levasseur, Alain, *Obligations in general – Louisiana*, Editorial Lexis Nexis, 2008, p. 138).

Por lo tanto, la aplicabilidad por el deudor de la noción *fortuitous event* para exonerarse de una obligación contractual se aprecia en el Código de la Louisiana de 1825, desde dos artículos en concreto. Por un lado, el artículo 1873 que regula la imposibilidad **total** en la ejecución de la obligación contractual (*absolute impossibility to perform*) y, por otro lado, el artículo 1877 que regula la imposibilidad **parcial** (*partial impossibility*) de la prestación.

Así en la traducción literal del artículo 1873 del Código Civil del Estado de la Louisiana dice:

“El obligado no responde cuando el incumplimiento es causado por evento fortuito. El deudor no es responsable de su incumplimiento cuando se debe a un evento fortuito que imposibilita el cumplimiento. Sin embargo, un deudor es responsable de su incumplimiento cuando ha asumido el riesgo de tal evento fortuito.

El deudor es responsable también cuando el evento fortuito se produjo después de haber sido puesto en mora.

El deudor es igualmente responsable cuando el evento fortuito que motivó su incumplimiento ha sido precedido por su culpa, sin la cual no se habría producido el incumplimiento”.

(Véase Louisiana Civil Code - The Louisiana Legislature, **section 2. impossibility of performance** disponible en: <https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=109116>

Respecto al artículo 1877 del Código Civil del Estado de la Louisiana, señala que:

“[...] Cuando el evento fortuito haya hecho imposible *en parte* el cumplimiento de una de las partes, el tribunal podrá reducir proporcionalmente la contraprestación de la otra parte o, según las circunstancias, declarar disuelto el contrato”. (Obtenido de Louisiana Civil Code - disponible en: <https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=109120>

Ahora bien, no solo el Código Civil de Louisiana de 1825, sino también la jurisprudencia o el denominado *Case Law* de dicho Estado, evita cualquier distinción entre las tres expresiones: (i) *fortuitous event*, (ii) caso fortuito y (iii) fuerza mayor.

Por ejemplo, obsérvese el clásico fallo **Armand L. Dejean vs. Louisiana Western Railroad Company - Sentencia de 29 de octubre de 1928** proferida por la Corte Suprema.

El supuesto fáctico se resume así: el demandante envió una cantidad de algodón mediante un *contrato de transporte* celebrado con la empresa Louisiana Western R.C. y alegó que hubo negligencia grave de la empresa demandada. La parte acusada señala que un incendio quemó el algodón y que este acontecimiento, tuvo su origen en la *desmotadora* (una máquina que separa rápida y fácilmente las fibras de algodón).

Dicho algodón, alegó la demandada no se incendió por su culpa o negligencia, sino con un fósforo o alguna pequeña pieza de acero u otro metal de la maquina desmotadora cuando se hizo la labor de tundido o desmotó el algodón, lo que provocó que se desarrollara una chispa que se sofocó *cuando se empacó* el algodón que luego se transportó. Las pacas de algodón fueron colocadas en el transporte de esta manera y el demandado argumenta que no fue responsable al ser este un “un hecho accidental y totalmente incontrolable” para esta fuera de su alcance como transportista.

En dicho fallo, la Corte Suprema del Estado de Louisiana en primer lugar, aclaró que este supuesto fáctico no sería un caso *ex contractu* (pues no se demanda la ejecución de una obligación que nace del contrato de transporte de mercancías), sino que su naturaleza es *ex delicto* (responsabilidad extracontractual) porque la reparación económica por la pérdida del algodón que ha sufrido el demandante es lo que se exige por una supuesta negligencia y culpa del demandado consistente en “la pérdida de los envíos destruidos por el fuego”.

No obstante, la Corte dijo que la excepción presentada por la empresa transportista al invocar “*accidental and uncontrollable events*” (eventos accidentales e incontrolables) se utilizan en la proyección del Código Civil en Louisiana:

“como equivalentes de “caso fortuito” y “fuerza mayor” siguiendo el Código Civil francés. El “cas fortuit” o el “fortuitous event” se definen como “lo que sucede por una causa a la que no podemos resistir” [...] De igual forma “el término ‘*vis major*’ (fuerza superior) se usa en el derecho civil, de la misma manera, que las palabras ‘*act of God*’ en el *common law*, y también lo es el término ‘*casus fortuitus*’. Por ‘*act of God*’ se entiende un accidente o una pérdida inevitable”. (Véase Caso *Dejean v. Louisiana Western R. Co*, Supreme Court of Louisiana, 19 de octubre de 1928).

La Corte señaló que el incendio que provocó la pérdida del algodón en este caso no fue ocasionado por caso fortuito, ni por fuerza irresistible, sino que la empresa demandada (transportista) era responsable, aunque haya ejercido de su parte la *debida diligencia* al inspeccionar el paquete cuando lo recibió, pero al precintarlo o asegurar y fortificar las pacas no corrobora la técnica o manejo del embalaje de la mercancía que recibió. Razón por la que, no queda “liberado” o “exonerado” del pago de la indemnización.

Así también, en nuestro estudio de **Derecho comparado** sobre las nociones caso fortuito y fuerza mayor en contraste con la legislación civil panameña, uno de los códigos civiles más importantes a considerar es el BGB o **Código Civil Alemán** que entró en vigor el 1 de enero de 1900. En el **Derecho civil alemán**, la cuestión del caso fortuito y la fuerza mayor como *causales de exoneración* de responsabilidad contractual, **esta absorbida por la noción**

“**imposibilidad**” de la prestación debida que se asimila con la noción “no exigibilidad” del derecho personal o de crédito.

Para el civilista alemán Justus H. Hedemann, el concepto de imposibilidad en Alemania, puede ser aún más detenidamente analizado porque existen **varios tipos** de imposibilidad que contempla la doctrina civil como lo son:

“(i) *imposibilidad jurídica*, por ejemplo, ante una prohibición de exportar o importar, (ii) *imposibilidad económica* que opera cuando al deudor no se le puede exigir un sacrificio demasiado elevado que ocasione su exterminio económico o ponerle al borde de la ruina, de donde resulta una necesidad económica y jurídica denegar la protección del derecho de contratos que pretende cargar sobre la otra parte perjuicios de la anormalidad económica. En este caso, hay una similitud con la figura “resolución por alteración de las circunstancias” que produce la desaparición de la base económica del negocio activando “**cláusula rebus sic stantibus**” pues también aquí se tiene en cuenta la “inexigibilidad”. (iii) *La imposibilidad subjetiva* respecto de la cual, el B.G.B se refiere al “no poder ejecutar la prestación” pero solamente desde un personal y subjetivo de cada deudor, es decir, en cada caso concreto, también se observa, (iv) *la imposibilidad originaria*, así como la (v) *la imposibilidad subsiguiente*, (vi) *la imposibilidad parcial* y (vii) *la imposibilidad total*”. (Véase Hedemann, J. W. *derecho de obligaciones*, Ediciones Olejnik, 2019, p. 127- 129).

Es evidente, que, en el Derecho Civil Alemán, las expresiones *caso fortuito* y *fuerza mayor* no están reconocidas expresamente. En todo caso, se suele hacer uso de la sección § 651j del BGB que otorga a las partes un derecho especial de rescisión del contrato en casos de fuerza mayor, por ejemplo, en los contratos de viaje.

De igual forma, se observa la cuestión de la imprevisión en ciertas circunstancias que se adapten al §313 del BGB que regula la figura “perturbación de la base comercial del contrato” o cuando se trate de sucesos que se adapten al §314 BGB que regula “terminación de obligaciones continuas por una buena causa” sin observar un período de preaviso. Sin embargo, ni la sección §313 BGB y tampoco la sección § 314 BGB, brindan al deudor perjudicado automáticamente la opción de ajustar el contrato ni le brindan automáticamente, el derecho de rescisión.

Para verificar si un deudor, puede invocar caso fortuito como la noción relacionada a las leyes de la naturaleza o la fuerza mayor relativa a un acto de autoridad, bajo un examen del Derecho Civil Alemán, este debe estar regulado en el contrato. En cuyo caso, sino está regulado en el contrato se hacen de aplicación las secciones §313 y §314 del BGB con las puntualizaciones señaladas.

De ahí que, en materia de incumplimiento contractual, sea la noción “imposibilidad” visualizada desde dos componentes: el cumplimiento sobrevenido y sin culpa del deudor que sea después de la celebración del contrato. Es pues, la excepción imposibilidad la que preferentemente se utiliza con el objetivo de liberar al sujeto pasivo de la relación contractual.

Por último, seleccionamos también la Ley Federal de 30 de marzo de 1911 porque complementa el **Código Civil Suizo** (Libro Cinco: Ley de Obligaciones) que en el artículo 103 regula la responsabilidad por *caso fortuito* a decir este precepto:

- “1. El deudor moroso debe una indemnización por retraso en el cumplimiento e incluso responde por caso fortuito.
2. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que estuvo en mora sin culpa de su parte o que el *caso fortuito* habría afectado a la cosa debida, en perjuicio del acreedor, aunque la prestación se hubiera producido en tiempo”. (Véase Code des obligations, Confédération suisse, publicado por la Chancellerie fédérale, edición 2022, p. 220).

Del precepto citado del Código Civil Suizo de las obligaciones, se infiere que en el Derecho Civil Suizo no existe, una definición expresa, es decir, una definición legal de "fuerza mayor" o de "caso fortuito" que pueda utilizar un deudor para negarse a cumplir su obligación. En todo caso, la cuestión viene por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y una cláusula que se inserte en el contrato y que, en todo caso, generalmente se basa en la noción "fuerza mayor" que abarcaría todo evento extraordinario e imprevisible desechando comúnmente la noción caso fortuito. En otros casos, la alternativa en supuestos donde el deudor no invoca "imposibilidad" sino que hiciera sacrificios excesivos para satisfacer el derecho personal o de crédito; haría uso de una cláusula *rebus sic stantibus*, para solicitarle al juez la adaptación del contrato por un cambio en las circunstancias.

II. DEL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR EN CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En los supuestos de "responsabilidad extracontractual" la aplicación del *caso fortuito* y la *fuerza mayor* en el Derecho Civil Panameño y siguiendo la definición que hace **la Ley** en el artículo 34-D del CC se analiza desde el «**origen del daño**», en cuyo caso se persigue que el sujeto quede liberado del pago de una indemnización.

En este último supuesto, es preciso mencionar que la función del *caso fortuito* y la *fuerza mayor* será producir un **rompimiento en el nexo de causalidad**, remarcando que esencialmente son tres los requisitos necesarios para que una persona pueda invocar responsabilidad por daños en la órbita extracontractual: (i) en primer lugar, debe indicar el hecho ocurrido, (ii) probar el daño y en tercer lugar (iii) probar el nexo causalidad entre el hecho y el daño.

En esta línea, en los casos donde no exista una relación contractual entre las partes, el caso fortuito y la fuerza mayor constituirán causales de exoneración útiles para determinar si existe o no una *colaboración* del demandado en el daño en el sentido de haber interferido como "agente dañoso" mediante una acción u omisión culposa o negligente y además, para que los tribunales determinen la *distribución de riesgos* en el supuesto fáctico, pues tal como lo indica Jansen C. "una tarea importante de la ley es formular reglas para especificar en qué casos se debe indemnizar un daño, ya que la libertad de acción de una persona no es ilimitada" (Jansen, C. 2016, pp. 233–247).

En esa misma línea, señala Messina de Estrella Gutiérrez, que “la relación de causalidad (como elemento de la responsabilidad extracontractual) tiene una doble función: relaciona el daño atribuyéndolo a un actuar humano para determinar *la autoría* y, en segundo lugar, determina las *consecuencias* del perjuicio. El nexo de causalidad indica entonces, por un lado, “quien” es el responsable del daño y por otro, “en qué medida” o “hasta donde” debe resarcir. (Messina de Estrella Gutiérrez, 1990, p. 70).

III. JURISPRUDENCIA PANAMEÑA SOBRE LA CUESTIÓN

Un fallo **útil** sobre la operatividad del **artículo 34-D** del Código Civil panameño es el siguiente, que comentamos a continuación a propósito de la noción *caso fortuito*:

— Caso **Xenia Marisol Troestch Aguilar vs. Dirección y Administración de Empresas S. A. y Cervecería Barú Panamá, Sentencia de 7 de febrero de 2012**, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Resumiendo, el supuesto fáctico,

En diciembre de 2004, durante las festividades de la Comunidad de Aserrió del Corregimiento de Gariché, Distrito de Bugaba, Provincia de Chiriquí, la señora Xenia Marisol Troestch Aguilar, fue lesionada al desprenderse unas hojas de zinc de las toldas que se instalaron con motivo de dichas festividades. Las toldas del evento fueron patrocinadas por la empresa Dirección y Administración de Empresas S. A. y se trataba de seis módulos, una tolda 14 x 14, un kiosco doble con tolda y cuatro neveras eléctricas.

Con motivo del levantamiento del toldo, la señora Troestch demanda a dicha empresa por indemnización de “daño material” y daño moral”. En cuanto al daño material, lo invocó por tener una señal permanente y visible a simple vista en su rostro que le generó una afectación económica al tener que acudir a consultas médicas de por vida y por haber tenido que someterse a intervenciones quirúrgicas para intentar reducir la cicatriz desde el punto de vista estético, la lesión.

Sumando a los gastos en medicamentos depresivos.

En cuanto al daño moral, la demandante alegó una afectación en su autoestima, razón por la que también exigía el pago de una indemnización en este sentido.

La demandada principal, es la sociedad Dirección y Administración de Empresas S. A. quien invocó la excepción “**caso fortuito**” de acuerdo a la **definición legal** del artículo **34- D** del Código Civil Panameño, en razón de vientos huracanados que ocasionaron el levantamiento del toldo. Sin embargo, el tribunal de primera instancia o tribunal A-quo no confirió valor probatorio a esta eximente de responsabilidad civil al señalar que:

“dicho hecho imprevisible debió acreditarse a través de **pruebas científicas idóneas**, como es el caso de registros meteorológicos oficiales, y no por medio de apreciaciones subjetivas”.

Ciertamente, la sentencia de primera instancia derriba o echa por tierra la operatividad del caso fortuito, aun así, la parte demandante decide apelar al no estar conforme con la suma conferida en concepto de indemnización de daños y perjuicios, solicitando un incremento. La empresa demandada presentó oposición al recurso de apelación y se mantuvo persistente en señalar que el origen del “daño” se debió a un caso fortuito al decir: “que a pesar de que el fenómeno de carácter natural que originó que se desprendiera las cubiertas de las toldas, se debió a los vientos fuertes que iniciaron repentinamente y que no son propios de la estación, ni del área, (lo que se confirmó incluso por medio de los testimonios que fueron presentados por la misma parte demandante, quien los desecha ahora como prueba para demostrar que el fenómeno atmosférico fue lo que originó principalmente el accidente), a pesar que no se cuenta con el equipo necesario para establecer dicho fenómeno, lo cierto es que no puede dejarse de lado los testimonios de las personas que viven en el área y pudieron percibir los vientos fuertes que azotaron dicho lugar, lo que comprueba la manera repentina e inesperada en que se presentaron, constituyendo un típico caso fortuito, de conformidad con lo que establece el artículo 34- D del Código Civil”. Asimismo, acotó la empresa demandada “que la imprevisibilidad es uno de los elementos que identifica el caso fortuito, por lo que, en ese sentido, la sociedad demandada (Dirección y Administración de Empresas S.A) que fue la encargada de suministrar el toldo que fue producto de la voladura del techo, no pudo predecir un fenómeno natural en la forma en que se presentó, de acuerdo a lo indicado por los testigos que viven en el lugar”.

No obstante, ante la falta de la “prueba” científica idónea, finalmente en casación la Sala Primera de lo Civil dijo:

“Establecido el grado de afectación que a raíz del accidente acaecido el 7 de diciembre ha dejado grandes secuelas a la señora Xenia Marisol Troestch Aguilar, y en virtud de la potestad que la ley le otorga al juzgador para fijar la indemnización del daño moral tomando en cuenta para ello "el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso", esta Corporación de Justicia, fija como monto de indemnización por el daño moral de la demandante en la suma de B/.30,000.00.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la Resolución de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial, y como Tribunal de Instancia, MODIFICA la Sentencia No.12 de 16 de febrero de 2009 dictada por el Juzgado Octavo de Circuito de Chiriquí, Ramo Civil, en el sentido que se CONDENA a las sociedades CERVECERÍAS BARÚ-PANAMÁ S.A., inscrita en el Ficha 178994, Rollo 19642, imagen 97, de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro Público; y DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS S.A., inscrita en el Tomo 444, Folio 474, Asiento 103818, actualizada en la Ficha 5113, Rollo 207, Imagen 57, de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro, a PAGAR la suma de CIENTO VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS BALBOAS CON 00/100

(B/.128,600.00) en conceptos de daños y perjuicios ocasionados a la señora XENIA MARISOL TROESTCH AGUILAR”. (Véase Sentencia de 07 de febrero de 2012, Corte Suprema de Justicia, Panamá, Sala: Primera de lo Civil, Ponente: Harley J. Mitchell D., Casación Expediente: 393-09).

Otro fallo de la Corte Suprema de Justicia donde se examina el **artículo 34-D** del Código Civil panameño, ahora, a propósito de la noción fuerza mayor es el siguiente:

— Caso *Harry Delano León Fong, vs- Sentencia No. 33, dictada por el Juzgado Duodécimo de Circuito, civil, del Primer Circuito Judicial de Panamá el 13 de diciembre de 2005.*

En este fallo, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de la República de Panamá cita como ejemplo una resolución judicial de 1997 tomándola como ejemplo de la **interpretación lógica semántica** del **artículo 34-d** del Código Civil panameño.

Entiéndase por *interpretación lógica semántica*, la interpretación, que se efectúa de manera **literal** a la redacción de la norma jurídica. Para Cárdenas J. “este criterio vela por la *transparencia* lingüístico-argumentativa de la ley. Tiene como objeto determinar si el significado del lenguaje y de los argumentos que conforman la ley puede ser comprendido por las partes que intervienen en el proceso y por la comunidad jurídico política con la misma transparencia y claridad”. (véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, 2016, Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM).

La sentencia dice así:

“Como ya fue expuesto líneas arriba, no puede valorarse el actuar del Tribunal Superior como un acto de fuerza mayor. El **artículo 34-d** del Código Civil, define la fuerza mayor de la siguiente manera:

"Es fuerza mayor 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...". En fallo de 8 de julio de 1998, en un recurso de revisión interpuesto por Florencio Antonio Vásquez Martínez contra la Sentencia 25, dictada por el Juzgado Séptimo del Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá el 21 de abril de 1997, en el proceso ordinario contra Hugo Andrés Henríquez Velásquez, **la Sala explicó el alcance de esta definición.**

"En realidad, la Sala no percibe, ya que el recurrente no ha demostrado, cuáles son los hechos que según él constituyen actos de fuerza mayor que no le permitieron aportar al proceso civil los documentos que consideraba decisivos antes de pronunciarse la sentencia, ya que los actos o hechos a que él se refiere, lejos de consistir en hechos irresistibles provenientes de **actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, son actos que forman parte de la ritualidad del proceso** y que el funcionario o la autoridad accede a ellos a petición de la parte que lo solicita, como lo es el recurso de apelación

interpuesto, repetimos, por el propio recurrente, contra la resolución que lo afectaba, dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito el día 11 de diciembre de 1995.

Es más, por vía de interpretación lógica del artículo 34-d del Código Civil, la Sala tiene que concluir y dejar sentado el principio inequívoco que de quien alega causa de fuerza mayor, debe estar completamente ajeno a los hechos o actos que dice la configuran, lo que a todas luces no ocurrió en el caso bajo examen."

Conforme a esta interpretación, la **declaratoria de extemporaneidad del escrito donde anunciaba pruebas, que considera la solicitante como la fuerza mayor que le impidió** aportar como pruebas en segunda instancia los documentos antes mencionados, **no califica como un acto irresistible de autoridad ejercido por funcionario público.** Por el contrario, obedece a la solicitud de la parte que hoy clama la revisión.

Además, el demandante también tenía en su poder los documentos, pues según el hecho quinto del recurso, luego de emitida la sentencia, encontró certificaciones del Registro Vehicular donde consta que era acreedor hipotecario y una copia original del contrato de cesión de crédito; sin aclarar las circunstancias de tiempo y lugar de su recuperación. Por tanto, **el demandante no estuvo ajeno a los motivos que le impidieron aportar los documentos durante el proceso.** Contrario a lo alegado en el presente recurso que fue la interpretación del Tribunal Superior de los artículos 1137 y 1273 del Código Judicial lo que se configuró en un acto de autoridad irresistible. Respecto a la interpretación de estas normas que ha sido el argumento invocado por la solicitante como causa de la negativa a su recurso de apelación y, como consecuencia, a las pruebas que aspiraba a presentar en segunda instancia, tanto la Sala como el Pleno de la Corte han explicado ya cuál es el sentido de ambas disposiciones".

(...)

Luego de este análisis, **la Sala debe concluir forzosamente** que no se han configurado los presupuestos que darían lugar a la admisión del recurso y posterior revisión de la sentencia, **puesto que la causal invocada para tal pretensión es el numeral 2 del artículo 1204 del Código Judicial y el artículo 34d del Código Civil** define la fuerza mayor como: "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 apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes."

Como se ha podido advertir en este caso, la imposibilidad de presentar las pruebas que justificaban la participación de Harry Delano León Fong en el proceso **no se debió a fuerza mayor.** No fueron actos de autoridad arbitrarios del Tribunal Superior, los que impidieron la aportación de dichos

documentos, considerados como imprescindibles para la modificación de la sentencia, lo cual sería la causal que haría viable su recurso”. (Véase Sentencia de 30 de Junio de 2009, Corte Suprema de Justicia, Panamá, Sala Primera de lo Civil, Ponente Alberto Cigarruista Cortez, Expediente: 174-07).

De los hechos descritos en estas dos sentencias seleccionadas, se desprende la aplicación de los **principios generales en materia de prueba** que se convertirán en una cuestión capital para materializar el efecto liberatorio.

IV. CONCLUSION

La inteligencia de nuestro codificador civil ha sido sabia en distinguir los elementos fácticos que distinguen el caso fortuito de la fuerza mayor y aspecto que ha sido confirmado por nuestra jurisprudencia nacional. Así mismo, se observa que la dificultad, desde la práctica, es la *prueba* como aspecto en el que deberá ser minucioso el deudor para lograr fundamentar su excepción. Así diversas hipótesis pueden presentarse, por ejemplo, pensemos en la invocación de imposibilidad por *caso fortuito* por la prueba de un maremoto en el puerto de Valparaíso, Chile que va ser un certificado por la oficina de oceanografía chilena, es decir, un informe *oficial* aportado en una causa judicial.

También pensamos en otra hipótesis práctica, como el caso de un viaje al mediterráneo de un naviero norteamericano que vende veintidós pasajes para un crucero que incluye entre los pasajeros a personas de nacionalidad panameña. En la hipótesis de la excepción de *fuerza mayor*, la línea naviera garantiza el viaje, pero el mismo no se produce, pues al llegar a la ciudad de Piraeus en Grecia, hay una restricción en contra solo de los viajeros panameños. Si bien es cierto, se trataría de un *acto restrictivo aduanero de imperio*, contra los viajeros panameños a los cuales les habían garantizado el recorrido turístico, lo cierto es que dos entidades profesionales entran en juego en una hipótesis como esta.

Dichos viajeros demandan en la hipótesis esbozada por incumplimiento contractual pues mediaba una obligación de resultado de la travesía que fue objetada por una *autoridad portuaria* en contra de los nacionales panameños, pero no en contra del resto de los viajeros. Tanto la agencia de viajes, como la línea naviera americana eran garantes del desplazamiento y al llegar sobreviene inesperadamente la interrupción y frustración de recorrer las islas griegas desencadenando tanto en Panamá como en EE.UU una acción de clases.

Lo visible es la oportunidad de invocar fuerza mayor frente a las demandas. Otra hipótesis sería que, la resolución del viaje organizado a las islas griegas se hubiera suspendido por un tifón o huracán que impidiera todo zarpe. La primera hipótesis es un acto de autoridad que no libera totalmente al naviero ni a la agencia que asumía dicho *riesgo* por el periodo del Covid-19 de verificar a la documentación a sus pasajeros o advertirles de los requerimientos, el segundo caso, es absolutorio que corresponde al caso fortuito de la naturaleza en donde no media *culpa profesional alguna* y deviene en causa liberatoria plena si se prueba correctamente.

En todo caso, las nociones caso fortuito y fuerza mayor no pueden apreciarse de manera lineal y deben contrastarse como hemos visto, según cada ordenamiento jurídico y según cada caso concreto. Lo medular siempre será la prueba que constituye en gran medida el *quid* del asunto para atravesar el umbral beneficioso de la exoneración total o parcial en las figuras analizadas.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina

- CABRILLAC, Rémy. *La codificación del derecho civil francés*, Editorial Olejnik, 2017.
- BELL, Jacques. Rapport anglais, en AA.VV *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaise*, Editorial Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J).
- DUPICHOT, Jacques. *Le Droit des obligations*, Éditeur PUF, 1993.
- GARCÍA SANJUR, Augusto. “UNIDROIT Principles and the COVID-19 Economy”, *Uniform Law Review*, Volume 26, Issue 4, December 2021.
- HEDEMANN, J. W. *derecho de obligaciones*, Ediciones Olejnik, 2019.
- LEVASSEUR, Alain. *Obligations in general – Louisiana*, Editorial Lexis Nexis, 2008.
- MERCADO, Lidia. "La excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos de tracto sucesivo en el Código Civil Panameño", *Revista Ratio Legis del Tribunal Electoral*, N° 3, enero - junio 2022.
- PLANIOL Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado de Derecho civil francés*, tomo X, 1945.
- SCARANO, Jean-Pierre, *dictionnaire de droit des obligations*, Editorial Ellipses, 2004.

B. JURISPRUDENCIA CITADA

- *Armand L. Dejean vs. Louisiana Western Railroad Company* - Sentencia de 29 de octubre de 1928, Corte Suprema de Justicia de Louisiana.
- Sentencia de 7 de febrero de 2007, Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Recurso de revisión primera instancia, Magistrado Ponente: José A. Troyano, Expediente 292-06.
- Sentencia de 07 de febrero de 2012, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Primera de lo Civil, Ponente Harley J. Mitchell D., Casación Expediente: 393-09.
- Sentencia de 30 de junio de 2009, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Primera de lo Civil, Ponente Alberto Cigarruista Cortez, Expediente: 174-07.

Antecedentes de la relación parental en el Derecho panameño.

Belquis Cecilia Sáez Nieto

Universidad de Panamá,

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Panamá

magistrabelquis@gmail.com

ORCID 0000-0002-5191-3227

Recepción: 12 de enero de 2021

Aceptación: 30 de enero de 2021

Resumen.

El concepto de patria potestad, relación parental, responsabilidad parental o deber- función ha sido una noción que ha evolucionado desde diversas perspectivas. Y sigue evolucionando hoy día. En Panamá, el cambio, la variación o transformación real y efectiva inicia con la constitución de 1941, porque se da la eliminación de la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos y se permite igualmente la libre investigación de la paternidad. En la exposición de motivos del Código Civil Panameño hay una marcada influencia, con respecto a este tema, del derecho romano, pero con una combinación de la orientación del Código Civil Francés de 1804, que permitía excepcionalmente algunos derechos a la madre. La redacción original del concepto patria potestad se refiere al que el padre y en su defecto la madre adquiere todos los derechos con respecto al ejercicio de la patria potestad o relación parental.

Palabras claves

Patria potestad, relación parental, responsabilidad parental

Summary

The concept of parental authority, parental relationship, parental responsibility or duty-function has been a notion that has evolved from various perspectives. And it continues to evolve today. In Panama, the real and effective change, variation or transformation begins with the 1941 constitution, because the classification of legitimate and illegitimate children is eliminated and the free investigation of paternity is also allowed. In the explanatory statement of the Panamanian Civil Code there is a marked influence, with respect to this subject, of Roman law, but with a combination of the orientation of the French Civil Code of 1804, which exceptionally allowed some rights to the mother. The original wording of the concept of parental authority refers to the fact that the father and in the absence of it, the mother acquires all the rights with respect to the exercise of parental authority or parental relationship.

Keywords

Parental authority, parental relationship, parental responsibility

Introducción.

Nos planteamos en esta investigación ver los orígenes del concepto patria potestad⁷⁸ en el derecho panameño. Encontrando dos aspectos fundamentales; la transformación de este concepto inicia en la constitución de 1941, en donde nacen las bases del derecho familiar. Antes de 1941, existe una marcada influencia del derecho romano según la exposición de motivos del código civil patrio con algunos vestigios del Código Civil Francés. Esta dicotomía influenció la patria potestad desde inicios de la República hasta 1941. Ya en el año 1990, con la aprobación de algunos convenios internacionales hay otro paso importante en la evolución del concepto y se aprueba el Código de familia, mediante la ley 3 de 1994.

El derecho comparado en los últimos años ha avanzado con el principio de autonomía progresiva de los niños y niñas. Pero a nivel constitucional evidentemente Panamá tiene todavía vigente la constitución de 1972 y requerimos cambios profundos desde el enfoque constitucional.

En esta oportunidad hemos analizado dos orientaciones importantes en este tema que es la influencia del derecho romano y la vertiente del Código Civil Francés.

El pensamiento o la doctrina científico jurídico ha planteado la necesidad de estudiar el contenido de la patria potestad, tomando como base que es un conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos, tanto en el ámbito personal como patrimonial, y en realidad ha tenido muy pocos cambios o variaciones. Los cambios están fundamentados históricamente básicamente en la titularidad de la función tuitiva tomando como base la familia generada por el vínculo matrimonial. Pero sabemos que en los últimos años también ha evolucionado el concepto familia y en virtud de ello se requiere cambios importantes, en cuanto al contenido y naturaleza jurídica de esta institución.

Para lograr los objetivos revisaremos los antecedentes del concepto patria potestad en el derecho panameño, tomando como base las principales reformas y sobre todo los hechos que condujeron a cambios sustanciales en esta institución. Esto nos dará una idea central de la evolución de esta figura y como se llegó al principio de que ambos ejercen derechos, pero también obligaciones. Y también nos dará una idea de los cambios que se deben realizar.

1. Antecedentes

⁷⁸ Etimológicamente, la palabra “potestad” proviene del latín “potestas”, que significa dominio, poder, jurisdicción que se tiene sobre algo. Actualmente, la esencia de este instituto no es el poder sobre los hijos sino una relación horizontal.

Los antecedentes de la patria potestad están marcados por el desarrollo de la sociedad. La mujer era importante en el núcleo familiar, pues era la encargada de todas las tareas del hogar. Pero una vez excluida la mujer de la vida social, política, económica y espiritual, el poder del varón fue regulado en Roma, mediante el ejercicio de la patria potestad, a quien reconocía como jefe del grupo familiar, con carácter absoluto y unitario, con un poder que recaía igual sobre personas y cosas; de allí que el vocablo *paterfamilias* entraña un título que designa una condición jurídica que le otorgaba una investidura de autoridad del grupo familiar de manera vitalicia; ya no que se extinguía con la mayoría de edad de los descendientes naturales o adoptivos, de cualquier grado en la línea masculina.” (MAGALLON, M. 2005, pág. 12).

En realidad, la figura del *paterfamilias* es de la propia esencia del derecho romano, era considerada el paladium de la romanidad según explican algunos autores. Ahora, la evolución de la familia ha tenido que reconocer el importante papel que juega la mujer en la sociedad de hoy. Y, por tanto, los Códigos Civiles y de Familia han tenido que convenir en que la patria potestad corresponde al padre y a la madre. “El Código de Napoleón utiliza la rúbrica *De la puissancepaternelle* (Del poder del padre) para regular los derechos y deberes entre padres e hijos. Se evita el término patria potestad expresamente.

La expresión *puissance paternelle* es, sin embargo, utilizada solamente en la rúbrica, pues en todo el Título IX del Libro I (artículos 371 a 387 del *Code Civil*) se habla más bien de *autoritépaternelle* (autoridad parental). Sus atributos son el derecho de guarda o vigilancia del hijo, el derecho de corrección y el usufructo legal. La *puissance paternelle* era conferida por el Código de Napoleón también a la madre (artículos 371, 372 y 384), salvo que mientras subsistía el matrimonio era ejercida exclusivamente por el padre” (RODRIGUEZ, 16). De manera que a pesar de que se reconoció el derecho de la madre sobre sus hijos, era considerado solo excepcionalmente. – Pero es claro entonces que el Código Civil Francés reconoció derechos a la madre en el ejercicio de la patria potestad, aunque sea excepcionalmente.

Evidentemente tenemos dos corrientes legales fuertes el derecho romano con el poder omnímodo del padre y el derecho civil francés que si bien reglamenta la autoridad parental a favor del padre, esporádicamente se la reconoció a la madre bajo ciertas reglas.⁷⁹

⁷⁹ . El Derecho que regía en Chile antes de la codificación estaba inspirado en la patria potestad romana de la época justiniana. Hacia 1855, las reglas romanas habían sufrido numerosas medidas de moderación por efecto de los fueros municipales en España. Pero en América éstos parecen no haber tenido mayor influencia. Por otra parte, Bello no sigue el modelo del Código Civil francés de 1804 en esta materia, con lo que resulta que la legislación chilena es única y original en su tratamiento de los derechos y deberes que emanan de la filiación. Este tratamiento podría obedecer a la sistemática de alguno de los códigos modernos incluidos en la obra de Anthoine de Saint-Joseph, a la influencia del Proyecto de García Goyena, o bien, a las doctrinas francesas de la patria potestad en sentido estricto y en sentido lato. Ver María Sara Rodríguez Pinto en Una relectura de la patria

La pregunta que nos surge en este momento es cuál de las dos orientaciones legales siguió el Código Civil Panameño. Si vemos la exposición de motivos del Código Civil Panameño, observamos que la autoridad parental fue determinante en el derecho sucesorio panameño. Es tanto así, que la libertad de testar fue acogida precisamente en virtud del principio de ejercicio de la patria potestad, Y dice la exposición de motivos del Código Civil “nadie mejor que al padre puede arregar la división de bienes entre sus hijos” (Porrás, 1916).

Dice la exposición de motivos igualmente que admite el Código la investigación de la paternidad cuando exista escrito del padre en que expresamente reconozca ser suyo el hijo y también en los casos de haberse cometido delito de violación, estupro o raptó. Pero estas acciones solo podrán ejercerse en vida de los presuntos padres, salvo casos taxativos establecidos por la ley de protección de menores y personas que ignoren la existencia del documento de reconocimiento hecho a su favor y no hallado sino después de muerto el padre. Los reconocimientos hechos en estos casos quedan sujetos a ser impugnados por aquellos a quienes perjudique” (Porrás, 1916). De manera que sigue manteniendo el poder del padre en el ejercicio de la relación parental. Sin embargo, el concepto original de patria potestad era que “el padre y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos no emancipados, y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto siempre”.

La patria potestad, tal como la concibe hoy el Derecho panameño, es distinta a la patria potestas romana, aunque conserva muchos vestigios de ella. Y eso lo vemos a lo largo de toda la exposición del Código Civil de 1916. Reconoce derechos a la madre solo vía excepcional. Entonces existe una combinación de ambas corrientes legales la del derecho romano y la del Código Civil Napoleónico.

Es evidente que las relaciones entre padres e hijos ha tenido profundas transformaciones a lo largo de la historia, pero la verdad hay que aceptar que el derecho supranacional ha jugado un papel importante en esa transformación histórica. Los convenios de derechos humanos, la convención sobre los derechos del niño, aprobada por Panamá en el año 1990, han sido ejes importantes en esos cambios de paradigmas en este sector doctrinal, legislativo y hasta jurisprudencial. Pero es importante también reconocer que en nuestro medio la aprobación del Código de Familia y consecuentemente la creación de tribunales especializados en familia y menores ayudó mucho al cambio de concepción. Aunque la preocupación fundamental en la ley 24 de 1951, era el interés del Estado en la guía y control de los menores de edad.

potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. En Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 55 - 84 ISSN 0717 - 2877

Es importante ahora señalar la evolución constitucional del concepto patria potestad o responsabilidad parental. La constitución de 1941⁸⁰, es la primera que se refiere a este concepto y dice el artículo 52.

La Ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes deberes y derechos de éstas, con sujeción a las siguientes reglas:

1.....

2.....

3. La patria potestad es un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con sus hijos. La Ley reglamentará y regulará su ejercicio sobre bases de interés social y en beneficio de los hijos;

Entendemos entonces que desde 1941, ambos padres tienen derechos y deberes con respecto a sus hijos. Y la legislación a partir de 1941, inicia cambios fundamentales y se elimina la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos. Fue un aporte importante en la concepción del ejercicio de la relación parental.

⁸⁰ Según el doctor Humberto Ricord en la constitución de 1941 se da la revisión de las teorías individualistas. La Constitución del año 41 refrena los vuelos idealistas del preámbulo de la carta anterior, aunque no prescinde de la concepción que le atribuye a esta clase de introito constitucional alguna eficacia. Elimina decididamente la clásica idea de soberanía nacional, desacreditada años atrás por la doctrina, y emplea con conexión técnica los términos "nación", "Estado", "gobierno", "poderes" y otros más usuales en ciencia política, de que se había servido el Constituyente de 1904 en forma impropia algunas veces. Y en este propósito de modernizar la Constitución, según los avances de aquella ciencia, la separación de los poderes públicos fue atemperada por una exigencia de cooperación armónica de los mismos en sus funciones.

Al lado de los derechos del individuo consagrados por la Constitución derogada, previa una mejor ordenación de los mismos, aparecieron, en el título III del nuevo estatuto, los mentados derechos y deberes sociales, para armonizar hasta donde fuera posible los intereses del individuo, como persona, con sus propios intereses, como miembro de una sociedad organizada políticamente. En efecto, la libertad de contratación es subordinada a las limitaciones legales por razones de orden social; se sienta el principio de que la propiedad privada tiene una función social, que cumplir; se autoriza al Poder Ejecutivo para expropiar u ocupar, en casos de emergencia que exijan medidas rápidas aun sin indemnización previa; se otorga a la ley la facultad de regular el deber del propietario de cultivar el suelo; se establecen las bases del derecho familiar, colocando a la familia bajo la salvaguarda del Estado, proclamando la igualdad de derechos para los cónyuges, reconociendo la igualdad de deberes de los padres para con la descendencia legítima y la natural, ordenando la expedición de leyes protectoras de la maternidad y de la infancia y del desarrollo moral, intelectual y físico de la niñez y de la juventud; se asignan al Estado las funciones de asistencia social y educación nacional y queda garantizado el derecho de huelga. (Ver. RICORD, Humberto. LAS CONSTITUCIONES PANAMEÑAS DEL SIGLO XX Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> pagina 329.)

Ya en la constitución de 1946⁸¹, aparece el concepto, más amplio y en el artículo 57 menciona derechos específicos como la obligación de alimentar, asistir e instruir a sus hijos. Veamos.

Artículo 57.-La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos y éstos a respetar y asistir a sus padres. La Ley regulará el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con el interés social y el beneficio de los hijos.

En la constitución de 1972, hay un capítulo dedicado a la familia⁸² y se refuerza el concepto de patria potestad.

ARTICULO 55.- La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos.

Los padres están obligados a alimentar, educar y proteger a sus hijos para que obtengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual, y éstos a respetarlos y asistirlos.

La ley regulará el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con el interés social y el beneficio de los hijos.

El concepto de relación parental de la constitución de 1972 es más amplio que las constituciones anteriores y realmente hasta este momento hemos trabajado con este concepto

⁸¹ Efectivamente, la mayor parte del articulado sigue muy de cerca los preceptos de la Constitución de 1941 y, en pequeña escala, los de la de 1904. También han ejercido influencia en él la carta cubana de 1940 (considerable influencia que suministra buen material para un estudio comparativo) y algún principio de la uruguaya. (Ver. LAS CONSTITUCIONES PANAMEÑAS DEL SIGLO XX Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> pagina 337.)

⁸² Para comprender adecuadamente por qué fue suspendida en 1968 y sustituida en 1972 la Constitución de 1946, es indispensable tomar en cuenta, aunque a grandes rasgos, las condiciones político-sociales de la República, a partir de los años 30 y 40. Precisamente, la carta de 1946 marcaba una especie de momento estelar de la vida panameña que se había forjado durante el primer tercio de este siglo. Aquí sólo podemos anotar los trazos generales de las líneas de evolución. El Estado y la sociedad liberales de 1903 a 1940 dieron origen a una clase hegemónica burguesa, con fuerte dependencia norteamericana, cuya expresión política vino a ser la denominada oligarquía panameña. Vinculada al ejercicio del poder como instrumento para incrementar sus riquezas, esa oligarquía llegó a un nivel peligroso de corrupción y fraccionamiento políticos, por lo que, ayuna de apoyo popular y electoral, hubo de apelar al fortalecimiento del Ejército Nacional, como sostén único de su control gubernativo (finales de la década de los 30). Paralelamente, se estaba dando un proceso de conformación de capas medias en la población urbana, como grupo dirigente del planteamiento y solución de las necesidades populares. Este proceso irrumpe, en la escena política, con la revolución de acción comunal (1931), que incorpora en los elencos gobernantes oligárquicos a elementos de capas medias de la ciudad y del campo. Este avance social de la clase media también se manifiesta dentro de la Policía Nacional, de los años 40, y con mayor evidencia en la Guardia Nacional de la década de los 50. (Ver. RICORD, Humberto. LAS CONSTITUCIONES PANAMEÑAS DEL SIGLO XX Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> .página 341)

constitucional. También es importante mencionar que este texto constitucional es el único hasta ahora que menciona la educación espiritual, tan importante en la formación moral de niños y niñas. Fíjese que todas las constituciones hablan de patria potestad no es hasta la ley 3 de 1994, cuando se viene a reconocer el término relación parental pero precedida del término patria potestad. La convención de los derechos del niño aprobada en Panamá mediante la ley 15 de 1990, se refiere a responsabilidad parental en los artículos 5 y 18⁸³.

2. Concepto. (Doctrina)

Las exigencias del derecho supranacional han obligado no solo a las transformaciones de los derechos de los niños sino también al cambio de la terminología. Primero la patria potestad que implica evidentemente un poder absoluto del padre hacia los hijos luego viene relación parental y finalmente responsabilidad parental. En verdad lo que encierra este derecho es una responsabilidad de los padres hacia los hijos. Es sumamente importante la adecuación terminológica de este término no solo porque muestra el avance de los estudios científicos en una disciplina determinada sino porque el lenguaje determina un volar extrínseco e intrínseco de los términos. “Y es que el análisis del lenguaje nos lleva a concebir la realidad de cierto modo. Detrás de las palabras hay realidades (Abelardo., 2013)” Y específicamente en lo que respecta al término patria potestad hay una evolución historia importante y fascinante. Es por esta razón que resulta valiosa utilizar la terminología adecuada.

La relación parental es el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos. “Es el vínculo jurídico más importante en las relaciones paternas filiales. El ejercicio de la patria potestad en forma plena comprende la guarda, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella” (CARRILLO PEREA; 1998.pág. 210.). Del mismo modo otros autores entienden que “es un deber-función de los padres para con sus hijos, tiene un contenido personal y patrimonial, y se atribuye a ambos padre y madre, o a uno u otro de los progenitores, por reglas legales o convencionales precisas, según sea su

⁸³ Artículo 5. Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Artículo 18. 1. Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

estado de vida” (Sara., Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos, 2010).

En los últimos años este derecho, se ha limitado en el sentido de que los hijos van adquiriendo cierta independencia que les obliga a tomar sus propias decisiones. “En el ámbito personal, la patria potestad se traduce fundamentalmente en el deber de los padres de velar por el cuidado personal de los hijos, de su crianza, educación y establecimiento. En el ámbito patrimonial, la patria potestad se traduce en el cuidado de los bienes de los hijos, y en el derecho de aprovecharse de los frutos de estos bienes, en los raros supuestos en que los haya. Así como los cónyuges aportan el fruto de su trabajo y los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas de familia, también los hijos contribuyen con los frutos de los suyos a solventar el mantenimiento de la familia” (Sara., 2010) Y a medida que la sociedad va avanzando seguramente se siguen incorporando principios y derechos que amplían el marco de las responsabilidades de padres y madres.

En este mismo orden de ideas, Según Cartiere, Ballonga y Gimeno (2008), cada uno de nosotros parece tener una forma de interaccionar y una predisposición para poder ejercer de padre o madre, siguiendo unos modelos o patrones que seguramente hemos vivido durante nuestra infancia y/o adolescencia. Sin embargo, estos patrones deben permitir a la familia ejercer unas funciones en relación con los hijos, que en términos generales y desde un punto de vista evolutivo-educativo se concretan (Sara., Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos, 2010). Concretamente Barudy, distingue entre dos formas de parentalidad: la parentalidad biológica, que tiene que ver con la procreación, y la parentalidad social, que tiene que ver con la existencia de capacidades para cuidar, proteger, educar y socializar a los hijos. La capacidad para ejercer este segundo tipo de parentalidad se adquiere principalmente en las familias de origen de los padres ya través de sus historias de relación, especialmente con sus propios padres, y es lo que llamamos competencias parentales (RODRIGUEZ, 16) En efecto, los padres ejercen una serie de derechos y deberes con respecto a sus hijos, pero en atención a su propia idiosincrasia y su forma de vida.

2. La ley (Concepto)

El artículo 316 del Código de Familia de Panamá vigente actualmente establece que: La patria potestad o relación parental es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a la persona y los bienes de los hijos o hijas, en cuanto sean menores de edad y no se hayan emancipado. En este mismo sentido la ley 15 de 1990, que aprueba la convención de los derechos del niño en nuestro país dicen su artículo 235, la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Fíjese que el concepto de la convención de

los derechos del niño es mucho más amplio e incluye los derechos de los niños a su vida prenatal.

En Panamá antes de la ley 3 de 1994, ya había cierta protección al nasciturus⁸⁴ aunque solo era jurisprudencialmente. Pero cuando se adopta la ley 15 de 1990, se positivizó la protección de la vida prenatal.

Es importante mencionar que la convención de los derechos del niño⁸⁵ aprobada en Panamá mediante la ley 15 de 1990, establece más detalladamente aspectos importantes del ejercicio de la patria potestad. Incluyendo la responsabilidad que los Estados tienen. (Libertad de expresión, libertad religiosa, reunión, etc.).

Igualmente, la convención de los derechos del niño establece en el artículo 18 establece el principio de que ambos padres tienen obligaciones en cuanto a la crianza y el desarrollo de sus hijos. Veamos.

Artículo 18 1. Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por

⁸⁴ La doctrina de la defensa del derecho a la vida del nasciturus no solo tiene fundamento legal y constitucional, sino internacional, mediante la ratificación de tratados de derechos humanos que, de conformidad con el artículo 93 constitucional, forman parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos establece, con la tradición jurídica latinoamericana, que, para los efectos de esa Convención, persona es “todo ser humano” (art.2). La Convención sigue los lineamientos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce que] todo ser humano tiene derecho a la vida” (art. 1°). Si el nasciturus es ser humano, también es jurídicamente persona y, por ende, titular del derecho a la vida, que tiene “a partir del momento de la concepción” (art. 4°, numeral 1°). En relación con la Convención Americana, algunos han afirmado que el uso de la expresión “en general” debe entenderse como el reconocimiento de que la protección del derecho a la vida desde la concepción admite excepciones.

⁸⁵ El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”. No solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización. Esta noción permite visualizar a dicha figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral. (Ver. Responsabilidad parental Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas FEDERICO P. NOTRICA1 y MARIANA I. RODRÍGUEZ ITURBURU. En infoju 2014.

la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Este artículo fue el que sirvió de base para desarrollar aspectos importantes o positivizar en el código de familia o ley 3 de 1994, el concepto de patria potestad y la responsabilidad de ambos padres en el ejercicio de la relación parental.

3. Jurisprudencia (Concepto)

Existen varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de la patria potestad y dice la Corte

El Pleno de esta Corporación estima que no se ha producido la violación del artículo 55 de la Constitución Nacional relativo a la Patria Potestad, por cuanto el artículo 330 supra citado no limita ni restringe la Patria Potestad o relación parental que han de ejercer los padres en relación con sus hijos o hijas. **La misma guarda relación con una serie de deberes y derechos, consistentes en velar por la vida y salud de sus hijos, tenerlos en su compañía, suplir sus necesidades afectivas, alimentarlos, educarlos, formarlos, corregirlos-razonable y moderadamente- y finalmente representarlos y administrar sus bienes.** Esta disposición debe aplicarse a la luz del artículo 331 de dicha Ley que establece que dichas restricciones pueden ser modificadas, una vez cambien las circunstancias que determinaron su pronunciamiento. No procede, pues, la violación alegada por el recurrente.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR EL LICENCIADO JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO EN REPRESENTACIÓN DE E Y EN CONTRA DE LOS ARTÍCULOS 59, 105, 328, 330 Y 807 DE LA LEY N° 3 DEL 17 DE MAYO DE 1994 (CÓDIGO DE LA FAMILIA). MAGISTRADO PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, VEINTINUEVE (29) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS (1996). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

La Corte Suprema de Justicia también ha realizado una serie de planteamientos con relación a esta responsabilidad de los padres y ha manifestado que; “a pesar de ser un derecho y un deber personalísimo de los padres para con los hijos y de éstos para con aquéllos, no es absoluto, pues se puede perder por resolución judicial que declare inhábil al padre para ejercerla” (ver sentencia de 17 de mayo de 1993). Igualmente se ha pronunciado en el sentido de la pobreza de los padres y el derecho al ejercicio de la patria potestad y dice la Corte “No podemos

castigar a los padres por el solo hecho de ser pobres o de carecer de las mejores condiciones económicas, ya que si así fuera el Estado tendrá que hacerse cargo de todos los niños de familias pobres de este país o arrancarlos del seno de sus padres biológicos para entregarlos a otros más pudientes y ello no es velar por el mejor interés del menor” (Ver sentencia de 7 de abril del año 2,000).

También es importante mencionar que la Corte Suprema de Justicia se ha referido al deber que tiene los padres con la educación de sus hijos y ha manifestado que Finalmente se estima que la situación planteada abarca el ejercicio de los deberes inherentes a la Relación Parental (Artículos 316 y 319 del Código de Familia), dentro de los cuales se encuentra el deber de educación de los padres para con sus hijos, ya no como una circunstancia a ponderar por el juez de familia para la fijación de la pensión alimenticia, sino como consecuencia directa del ejercicio de la patria potestad, de la obligación de educarlos, y este aspecto está íntimamente relacionado con el Proceso de Guarda y Crianza de un menor, por ello su ordenamiento sistemático en el Código de Familia dentro del Libro Primero, Título IV, que regula la Patria Potestad o Relación Parental. (Fs. 35-38) (Ver sentencia de 29 de octubre de 2007).

4. El derecho comparado.

Una de las legislaciones más actualizadas es la Argentina. La aprobación del Código Civil y Comercial en este país fue en el año 2014. Y la terminología utilizada fue responsabilidad parental como una forma de dar mayor fuerza a los deberes de los padres con respecto a los hijos. Se sustituyeron igualmente algunos términos propios del ejercicio de la patria potestad. Mientras el Código de Familia de Panamá utiliza la denominación de reglamentación de visitas en el Código Civil Argentino se utiliza derecho deber de comunicación. En realidad, el lenguaje cumple una función importante dentro del ordenamiento jurídico. Tal vez la terminología derecho-deber ayude a comprender a padres y madres que ambos tienen derecho y deber de ejercer la relación parental. El artículo 638 del Código Civil Argentino define la responsabilidad parental como “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”

La evolución como manifestamos anteriormente ha estado marcada no por el contenido de la patria potestad. Más bien por la titularidad de los derechos y deberes que enmarca el concepto patria potestad. El concepto es importante porque determina en cierta medida la naturaleza jurídica de esta institución.” El tema de la naturaleza jurídica ya ha sido tratado por o autores argentinos previo a la sanción del C.C.C., entendiéndose que la misma podría ser: “un poder familiar”, “una función”, “un poder función”, “un derecho subjetivo”, “un derecho natural” (Ares Nogueira, 2018). De manera que los cambios en la legislación Argentina no solo han sido conceptuales, sino que focaliza la transformación de fondo que se ha sucedido en la vida y en la dinámica intrafamiliar, particularmente en la relación y vínculo entre padres e hijos,

como también en los fines y alcances de la institución en análisis a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos. (RODRIGUEZ F. P., 2014). Es así como pensamos que esta institución en años venideros tendrá cambios fundamentales sobre todo en el contenido y en la autonomía de los niños para tomar sus propias decisiones.

Referencias bibliográficas.

Abelardo., R. R. (2013). El Lenguaje y los conceptos del derecho. *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.*, 184.

Ares Nogueira, A. D.-V. (2018). De la patria potestad a la responsabilidad parental regulada en el Código Civil Argentino-. *Revista Jurídica electronica*, 4-10.

Porras, B. (1916). Exposición de Motivos. *Código Civil.*, 16.

RODRIGUEZ, S. M. (16). UNA RELECTURA DE LA PATRIA POTESTAD COMO FUNCIÓN TUTITIVA SOBRE LA PERSONA Y BIENES DE LOS HIJOS. *Revista Ius et Praxis.*, 55 - 84.

Sara., R. P. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Revista Ius et Praxis*, 3.

Sara., R. P. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y los bienes de los hijos. *Revista Ius et Praxis*, , 184.

*Algunas consideraciones
Sobre la aplicación de la Ley Penal.*

Virginia Arango Durling

Universidad de Panamá

Facultad De Derecho y Ciencias Políticas

Panamá

virginia.arango@up.ac.pa / varangodurling@gmail.com

ORCID 0000-0003-2947-0252

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Resumen

En el ámbito de la validez espacial y personal de la ley penal panameña se parte de principios generales que señalan que la ley penal panameña se aplica a todos los hechos que se cometen en nuestro territorio y a que todas las personas son iguales ante la Ley, sin embargo, una valoración a las normas vigentes, permite apreciar que existen limitaciones, de orden normativo internacional, mientras que, en cuanto a que ley penal en el tiempo, rige la irretroactividad penal, pero también tiene sus excepciones, en materia de ley favorable al reo.

Palabras Claves: ley penal, aplicación, territorialidad, ley vigente, igualdad.

Summary:

In the field of spatial and personal validity of Panamanian criminal law, it is based on general principles that indicate that Panamanian criminal law applies to all acts committed in our territory and that all people are equal before the Law, without However, an assessment of the current regulations allows us to appreciate that there are limitations, of an international normative order, while, in terms of criminal law in time, criminal non-retroactivity governs, but it also has its exceptions, in terms of law favorable to convict.

Keywords: criminal law, application, territoriality, current law, equality.

Sumario: 1. Introducción 2. Aplicación o validez de la ley penal en el tiempo. 3. Validez de aplicación de la ley penal en el espacio 4. La validez personal de la ley penal 5. Conclusiones 5. Bibliografía

1. Introducción

Al abordar el tema de la aplicación de la ley penal observaremos que hay que tomar varios aspectos como son lo relativo a la aplicación de la ley penal en el tiempo, en el espacio y en cuanto a las personas.

El tema es de suma importancia, porque estamos ante una problemática de determinar qué ley se va a aplicar la ley penal, ya sea por el momento en que el sujeto cometió el hecho

delictivo, o la del lugar donde lo cometió, o si por el contrario a esa persona se le puede aplicar la ley penal panameña.

En nuestra legislación penal el Título I, en tres capítulos diversos determina como se regula la aplicación de la ley penal en el tiempo, en el Espacio y en las Personas, materia que a continuación pasaremos a explicar.

2. Aplicación o validez de la ley penal en el tiempo.

2.1 Determinaciones previas

Toda ley tiene una vigencia en el tiempo, lo que implica que por regla general solo pueden aplicarse desde el momento en que entran a regir hasta que son derogadas.

Lo anterior, aplica para las leyes penales porque una vez que son promulgadas en gaceta oficial en nuestro país empiezan a regir hacia el futuro para todos los hechos que ocurran con posterioridad a su vigencia.

En consecuencia, las leyes penales tienen carácter irretroactivo, solo tienen efecto durante su vigencia, lo que permite dar seguridad jurídica al ciudadano, pues sabe que solo será responsable por los hechos ocurridos durante su vigencia, siguiendo el principio de legalidad.

Sin embargo, hay excepciones a esta regla general, de manera que la aplicación de las leyes penales puede aplicarse aun cuando las mismas hayan perdido su vigencia, como es el caso de la retroactividad de la ley penal favorable al reo, sin dejar de mencionar, la ultractividad de la ley penal.

2.2 El carácter irretroactivo de la ley penal.

El artículo 17 del Código Penal vigente dice lo siguiente:

“Los delitos son penados de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la acción u omisión, independientemente de cuándo se produzca el resultado. Queda a salvo el supuesto previsto en el artículo 14 de este Código. Cuando la ley se refiere al delito incluye la modalidad consumada como la tentativa”.

De la lectura a la norma citada se observa que la ley penal es irretroactiva es una norma que rige hacia el futuro desde su promulgación, sin embargo, consagra una excepción que es la retroactividad de ley más favorable.

La irretroactividad de las leyes penales y el principio de vigencia temporal, son elementos que deben estar en constante coordinación. En ambos casos la ley no puede regular ni aplicarse sino únicamente aquellos hechos cometidos bajo su período de vigencia temporal

(Tempus regit actum). Este principio se refiere a que está prohibido aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo establece que los efectos de una ley perjudicial, cesan cuando han terminado su imperio, sea porque en una sucesión de leyes se contempla la situación más afable o porque se deja de contemplar (Yunda López, 2018:1).

Según el artículo 14 del Código Penal, el legislador parte señalando que al momento de la comisión del delito se aplica la ley que estaba vigente, aunque también puede ocurrir que se planteen excepciones ya sea de retroactividad o de ultractividad.

Y lo anterior nos lleva a considerar que el tiempo de comisión del delito, es significativo, pues como indica el precepto citado la acción y el resultado que en ocasiones van relativamente unidos en el tiempo, puede suceder, que exista una separación temporal lo cual presentará dificultades, por lo que atinadamente la doctrina ha elaborado una serie de criterios al respecto (Morillas Cueva/ Ruiz Antón, 1992: 92) como las denominadas, teorías de la acción o de la actividad, la del resultado y la mixta.

En cuanto a la teoría de la acción se parte del criterio que el momento del hecho delictivo es aquel donde se realiza la acción u omisión que genera el delito, criterio que ha sido aceptado con carácter mayoritario por la doctrina, y a la cual se adhiere nuestra legislación penal.

La segunda teoría del resultado, concreta el momento del delito, cuando se produce el resultado. Así, por ejemplo, en la injuria se consuma con el conocimiento del contenido de la carta por el destinatario (Morillas Cueva/ Ruiz Antón, 1992:92, Villavicencio, 2006: 184-185).

Finalmente, tenemos la postura mixta, o ecléctica, también conocida como *unitaria*, parte del criterio que el momento se presenta ya sea cuando se realiza la acción o cuando se produce el resultado.

2.3 Irretroactividad y retroactividad de la ley penal

Como hemos enunciado las leyes penales tienen carácter irretroactivo, por lo que tanto en el plano legislativo como doctrinal, constituye una prohibición el imponer sanciones penales con fundamento en una ley penal que no estaba vigente al momento de la realización del hecho delictivo, siguiendo el principio de legalidad.

No obstante, lo anterior, reconoce la Constitución Nacional y el Código Penal del 2007, que las leyes penales tienen carácter *retroactivo*, por lo que la ley penal puede aplicarse a hechos ocurridos antes de su vigencia, siempre que sea una ley favorable al reo

De esta manera, el *principio de retroactividad* es una garantía constitucional contemplada en el Código Penal, que permite al juzgador imponer sanciones con fundamento en una ley penal que no estaba vigente al momento de su comisión.

El problema de la retroactividad ocurre cuando existe una ley previa que estaba vigente al momento de la comisión del delito, y con posterioridad se promulga una nueva ley que reemplaza a la anterior, siendo *esta más favorable o benigna para el delincuente*. En otras palabras, la retroactividad de la ley penal favorable es aquella que implica la desaparición de una infracción tipificada en la ley anterior o que conlleva una reducción de la sanción prevista en esa ley anterior (Lascuráin Sánchez, 2013:189).

Es “menester valorar ambos textos legales en su conjunto y decidir cual brinda resultados menos graves al sujeto, labor que debe efectuar el juzgador teniendo presente que no es posible mezclar preceptos de ambas leyes para resolver el caso en concreto. No en vano MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ (1980: 149) han señalado al respecto “que no será factible tomar algunos elementos de la primera y otros de la segunda amalgamándolos para formar una tercera combinación normativa. Una vez establecida cual es la ley más favorable al reo, deberá aplicarse en su totalidad.

Por otro lado, la determinación de la ley más favorable al reo es un asunto complejo, que necesariamente implica la confrontación de normas y que comprende a juicio de algunos autores (Quintero Olivares, 2011:137) lo siguiente:

- a) Porque el nuevo tipo penal no contempla el hecho anterior o lo contempla tratándolo con menos severidad,
- b) Porque se han suprimido circunstancias calificadoras que dieron en su día lugar a un tipo agravado,
- c) Porque se han suprimido circunstancias agravantes genéricas que en su día fueron apreciadas por el juzgador, o bien se ha reducido al alcance de la concurrencia de una circunstancia agravante
- d) Porque se ha reducido la pena imponible, aun siendo el mismo hecho típico, o se ha reducido otras consecuencias penales como las penas accesorias o medidas especiales.

La retroactividad de la ley penal más favorable al reo, por tanto, es una excepción que tiene un fundamento profundamente humano, que se adhiere por un elemental y sentido de justicia por aplicar la norma incriminadora precedente que no resulta demasiado severa o que por el contrario no tiene como delictuoso el hecho cometido (Reyes Echandía, 1996, p. 63).

Con ella, se logra la aplicación de leyes penales siguiendo criterios humanitarios, de ideal de justicia y de razonabilidad e inclusive de una exigencia del principio de proporcionalidad.

Con toda razón se afirma, que la “retroactividad de la ley penal favorable se fundamenta, realmente, en las ideas de justicia y de necesidad. El cambio de ley refleja por lo general un cambio valorativo. Lo que antes era valorado de una forma pasa a valorarse de una forma distinta con la nueva ley. Ante tal situación, lo correcto, en principio, es juzgar el hecho conforme a las normas y valores que están vigentes en el momento actual. Cuando la ley actual es más grave que la anterior, ello atenta, como se ha visto, contra principios especialmente importantes y valiosos relacionados con la seguridad jurídica, pero cuando la ley actual es más favorable no hay razón para no juzgar el hecho de acuerdo con esa ley actual. Lo contrario significaría dejar de tener en cuenta las razones que han motivado el cambio de valoración, juzgando y castigando al sujeto que actuó bajo la vigencia de la ley anterior conforme a unos parámetros que han dejado de considerarse apropiados. Ello, además, sin ninguna necesidad preventiva. Carecería de sentido, por ejemplo, sancionar a una persona por haber tenido relaciones homosexuales o por haber cometido adulterio una vez que tales conductas han dejado de ser reprochables penalmente; con independencia de que se hubieran llevado a cabo en un momento en el que eran constitutivas de delito. Carecería igualmente de sentido castigar con pena de muerte una vez que este castigo ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, con independencia de que alguien hubiera cometido en su momento un delito sancionado con esta clase de pena” (Lascurain Sánchez, 2019:124)

2.4 La ultractividad

Otro de los aspectos atinentes a la problemática de aplicación de la ley penal en el tiempo o del problema de validez temporal de la ley penal, es lo concerniente a la Ultractividad. Estamos ante un fenómeno relacionado con la retroactividad de la ley favorable al reo, en la *que resulta inaplicable la ley posterior al hecho punible, toda vez que es más gravosa que la ley que estaba vigente al momento de la comisión del delito.*

La ultractividad, de la ley penal, es una manifestación máxima del principio *tempus regit actum*, según el cual el hecho cometido se rige por la ley vigente al tiempo de su comisión (con la excepción de la retroactividad), partiendo del hecho que la nueva ley es más desfavorable que la vigente al tiempo de la comisión del delito, siendo imposible, aplicar retroactivamente una Ley que es más grave que la derogada, que continua vigente para los hechos ocurridos durante su vigencia temporal (Muñoz Pope, 2003: 203).

Consecuentemente, es obvio que la ley promulgada con posterioridad al hecho, ni disminuye ni reduce la sanción al hecho cometido, muy por el contrario, no resulta ser una “ley favorable al reo”, por lo que deba reconocerse que deba regirse por la ley vigente al tiempo de su comisión.

En tal sentido, al seguirse el principio de ultractividad de la ley penal, se aprecia claramente que se reconoce el principio de ley favorable al reo, es decir, se persigue aplicar una ley más benigna al imputad, y beneficiosa al mismo.

“En efecto, como se desprende de todo lo dicho hasta ahora, cuando aparece una ley nueva más severa que la antigua, los delitos cometidos durante la vigencia de esta última se enjuician por ella, a pesar de no estar ya en vigor por haber sido derogada y reemplazada por la nueva” (Orts Berenguer/González Cussac, 2004:43).

2.5 Otras consideraciones

Hay otros aspectos referentes a la validez temporal de la ley penal que conviene examinar en este momento: *las leyes intermedias, las leyes excepcionales y leyes temporales*, para efectos de determinar cuál es la ley aplicable desde la perspectiva de favorabilidad al sujeto que se le imputa el acto.

En efecto, la particularidad de las *leyes intermedias* es excepcional y esta se presenta cuando un caso cualquiera acontece bajo el imperio de una norma penal, luego surge a la vida jurídica otra ley más benigna, pero más tarde el legislador dicta otra norma con carácter más severo. La ley intermedia en este caso, que es más benigna es la que deberá aplicarse (Muñoz Pope, 2003::206)

En cuanto a las *leyes temporales y excepcionales*, las primeras son aquellas que tienen un plazo de vigencia y las segundas, son aquellas que se dictan en circunstancias especiales para enfrentar determinadas situaciones, por lo que son más enérgicas que la regulada en legislaciones ordinarias.

En ambos supuestos, estamos ante normas que sancionan gravemente tales hechos, por lo que deberá solucionarse a través del principio de retroactividad de ley más favorable, aunque no por ello pierda sentido y razón ambas leyes (Muñoz Pope, 2003: 206, Muñoz Rubio/Guerra de Villalaz ,1980:152).

3. Validez de aplicación de la ley penal en el espacio

3.1 Determinaciones previas

En el ámbito de la validez espacial abordaremos a continuación la regulación prevista en nuestra legislación, sin embargo, no estudiaremos otras materias como es el derecho de asilo y la extradición, que también se suelen vincular en este tema.

El principio de territorialidad rige en materia espacial de la ley penal según lo dispone el artículo 18 del Código Penal, de la siguiente manera:

“La ley penal se aplicará a los hechos punibles cometidos en el territorio nacional y demás lugares sujetos a la jurisdicción del Estado, salvo las excepciones establecidas en las convenciones internacionales vigentes en la República de Panamá.

Para los efectos de la ley penal, constituyen territorio de la República, el área continental e insular, el mar territorial, la plataforma continental, el subsuelo y el espacio aéreo que los cubre.

También lo constituyen las naves y aeronaves panameñas y todo aquello que, según las normas de Derecho Internacional, responda en ese concepto”.

Con el principio de territorialidad se indica que la ley penal panameña rige en todo el territorio nacional y demás lugares sujetos a su jurisdicción, aunque el mismo tiene excepciones, limitaciones y no es de aplicación absoluta.

En efecto, la propia norma establece una regla general, que tiene excepciones dado que el Estado Panameño tiene compromisos internacionales en virtud de convenios internacionales, por lo que está claro que hay restricciones, como sucede por ejemplo con la aplicación de la ley penal a los agentes y representantes diplomáticos.

El legislador panameño ha previsto un concepto de territorio desde el ámbito jurídico penal y no geográfico, aunque sobre ello valga mencionar que doctrinalmente no se considera un hecho acertado su inclusión en los textos legales, como así lo haya señalado MUÑOZ POPE (2003: 180), sin embargo, se ha complementado la norma con la llamada teoría del territorio flotante o principio del pabellón. En este último caso, las naves y aeronaves panameñas o de cualquiera que sea el lugar donde se encuentren forman parte del territorio nacional en sentido jurídico.

Por otro lado, el artículo 18 determina que, siguiendo el principio de territorialidad, rige el principio de lugar de comisión del delito, estableciendo la competencia de los tribunales panameños sobre los hechos que se cometan en nuestro país.

Lo anterior, sin embargo, plantea problemas a efectos de determinar la ley penal aplicable, y para ello se mencionan los *delitos a distancia*, en donde la acción y su resultado se producen en lugares distintos, por lo que, para resolver esas posibles lagunas, habrá de examinar las teorías de la acción, la teoría del resultado y la teoría de la ubicuidad (Muñoz Conde/García Aran, 2004:155).

En lo que respecta a nuestro país, el legislador ha optado por la teoría de la acción (Art. 17), pues manifiesta que” los delitos son penados de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la acción u omisión, independientemente de cuándo se produzca el resultado”, por lo que se descartan las otras teorías, inclusive la de la ubicuidad, que es la dominante en la doctrina, pues no favorece la impunidad, criterio que a su vez ha sido confirmado por GILL SUAZO (2012: 230).

En cuanto a la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio nacional, el Estado Panameño al igual que los demás países, extienden la aplicación de su

normativa a hechos que se hayan realizado en el exterior, fundamentado en tres principios: *Principio real o de defensa*, *Principio de personalidad* y *Principio universal*, los cuales a continuación examinaremos.

3.2 Principio real o de defensa

E 19 consagra el Principio real o de defensa de la siguiente manera:

“Es aplicable la ley penal panameña, aunque se haya cometido en el exterior, a los delitos contra la Humanidad, contra la Personalidad Jurídica del Estado, contra la Salud Pública, contra la Economía Nacional y contra la Administración Pública, así como a los delitos de desaparición forzada de personas, trata de personas y falsedad de documentos de crédito público panameño, de documentos, sellos y timbres oficiales de la moneda panameña, y demás monedas de curso legal en el país, siempre que, en este último caso, se hayan introducido o pretendido introducir al territorio nacional”.

Tomando en cuenta la norma citada, queda claro que este principio parte de que determinados bienes jurídicos requieren la protección del Estado, y por ende tales hechos deben ser castigados, aun cuando no se cometan en nuestro territorio nacional.

En consecuencia, se hace un listado de determinados hechos que pueden cometerse fuera del territorio nacional, en la cual, a diferencia de la legislación derogada, incluye ahora los Delitos contra la Humanidad, los delitos de desaparición forzada de personas y trata de personas, y se refiere a los Delitos contra la Economía, que para efectos legales técnicamente han desaparecido a partir del Código Penal del 2007, pues más bien se alude a “Delitos contra el orden Económico”.

En opinión de Gill SUAZO (2017:39), un cambio imperceptible se observa en cuanto a la falsedad de la moneda panameña y demás monedas de curso legal que hoy se condicionan a que se “haya introducido” o pretendido introducir al territorio nacional, alusión en cuanto a la introducción de la moneda que se distancia de este principio, pues entendemos que en este supuesto rige el principio de territorialidad de la ley penal panameña. Por ello, quizás con mejor técnica, el texto legal de 1982 decía “se comprueba” que se destinaban a ser introducidas al territorio panameño”

Como bien anota Muñoz Conde/ García Aran (1996: 158), que se trata de bienes jurídicos, que pueden reconducirse a la protección del Estado, en la que éste se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos fuera de sus fronteras, con independencia de la nacionalidad del autor, cuando lesionan intereses del propio Estado”.

3.3 Principio de personalidad o nacionalidad.

En el artículo 20 del Código Penal del 2007, se consagra el principio de personalidad o nacionalidad de la ley penal que dice así:

“También se aplicará la ley penal panameña a los delitos cometidos en el extranjero, cuando:

1. Produzcan o deban producir sus resultados en el territorio panameño,
2. Sean cometidos en perjuicio de un panameño, o sus derechos,
3. Sean cometidos por agentes diplomáticos, funcionarios o empleados panameños que no hubieran sido juzgados en el lugar de su comisión por razones de inmunidad diplomática.
4. Una autoridad nacional haya negado la extradición de un panameño o de un extranjero”.

Se trata en esta ocasión de un sujeto que comete el delito en el extranjero, es un nacional del Estado Panameño, por lo que independientemente de ello se hace extensiva la ley penal panameña, aunque deba quedar claro como haya señalado ACEVEDO (2010: 58), en la práctica es un principio limitado para nuestro Estado.

En lo que respecta al fundamento de este principio, “radica en la relación de fidelidad” que obliga tanto al Estado con sus ciudadanos como a éstos con su Estado. De esa reciprocidad se deduce la competencia estatal sobre sus ciudadanos, pero de forma recíproca se desprende asimismo la exigencia del principio de no entrega del nacional para ser juzgado en otro país, orientador de la extradición (Morillas Cueva/ Ruiz Antón, 1992: 101).

En este sentido, la ley nacional persigue al ciudadano independientemente del lugar donde haya cometido el delito, y es evidente que debe tratarse de hechos previstos en la legislación panameña, y que a su vez sean hechos punibles en el lugar de su comisión en el Estado extranjero.

La norma es muy parecida a la anterior, salvo la inclusión del numeral 4º, y sobre ello solo hay que recordar que la doctrina nacional (Muñoz Pope, 20034:181), ha indicado que el numeral segundo se ha concebido en una forma desmesurada.

En lo que respecta al numeral 1º, a nuestro modo de ver, más bien es una situación que atañe al principio real o de defensa, antes examinado.

Por último, GILL SUAZO (2017:43) atinadamente señala que se ha eliminado el castigo para los funcionarios públicos que cometen delito en el extranjero, hecho que estaba previsto en el Código Penal de 1982, que realmente a su juicio es un retroceso.

3.4. Principio de universalidad o de justicia universal

En el artículo 21 del Código Penal se establece el Principio de universalidad o de justicia universal que dice lo siguiente:

“Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del delito y de la nacionalidad del imputado, se aplicará la ley penal panameña a quienes cometan hechos punibles previstos en los tratados internacionales vigentes en la República de Panamá, siempre que estos le concedan competencia territorial”.

El texto de la norma vigente es muy similar al previsto en el Código Penal de 1982, que determina que el Estado Panameño puede aplicar la ley penal panameña a cualquier nacional, siguiendo el principio de justicia universal, atendiendo los intereses de la comunidad internacional, a efectos de evitar la impunidad.

No obstante, sobresale una diferencia ya que la norma derogada exigía que el imputado estuviere en nuestro país para ser juzgado, el precepto actual señala que sólo podrá aplicarse la ley penal panameña, “siempre que estos le concedan competencia territorial”.

Sobre este precepto ha indicado ACEVEDO (2010: 58) que es una “reiteración innecesaria porque el Estado Panameño ha aprobado convenciones internacionales, en las cuales se otorga competencia al Estado Panameño para juzgar tanto a panameños como a extranjeros que cometan algún delito fuera de nuestro territorio.

Lo importante de este principio, es que el sujeto que comete un hecho punible va a responder por el hecho cometido y no interesa ni el territorio ni la nacionalidad del mismo y que tienen que tratarse de hechos que previstos en tratados internacionales vigentes con la República de Panamá.

4. La validez personal de la ley penal

El principio de igualdad rige en las legislaciones penales, de manera que la ley penal panameña debe aplicarse a todas las personas sin distinción, aunque esta regla general según veremos el propio texto legal determina sus excepciones, ya sea de nivel interno o de derecho internacional.

En tal sentido, se establece en el artículo 22 lo siguiente:

“La ley penal panameña se aplicará sin distinción de personas con excepción de:

1. Los jefes de Estado extranjero
2. Los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de inmunidad, según las convenciones internacionales vigentes en la República de Panamá.
3. Los casos previstos en la Constitución Política y las leyes.

Las excepciones establecidas en este artículo no se aplicarán cuando se trate de delitos contemplados en el Título XI del Libro Segundo de este Código, y del delito de desaparición forzada de personas”.

Las excepciones que consagra el artículo 22 son relativas a la condición personal de la persona, por distintas razones, entre otras de inmunidad o de aquellos que establecen la Constitución Nacional y las leyes.

La primera y segunda excepción son de orden internacional, hay limitaciones al principio de igualdad, en otras palabras, existen privilegios acordados por el Derecho Internacional, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, y sobre relaciones consulares de 1963, que no son más que inmunidades jurisdiccionales, excepciones al principio de territorialidad, que son previstas con el fin de evitar que sobre determinadas personas o situaciones otro Estado asuma competencia, como lo haría de no existir ciertas calidades en éstas (Bazzani Montoya (2002: 147).

La tercera excepción, se refiere a los supuestos contemplados en la Constitución Nacional y en las leyes, y en cuanto a esto, valga señalar, que, desde la reforma constitucional de 2004, se eliminaron las inmunidades parlamentarias.

Por otro lado, en el artículo 23 se establecen las prerrogativas funcionales, (Art. 23) que dice lo siguiente:

“La comisión de un hecho punible por un servidor público que goce de prerrogativa funcional no impide que la autoridad competente, previo cumplimiento de las formalidades legales les aplique las sanciones previstas en la ley penal

Con las prerrogativas funcionales se permite un tratamiento diferenciado a ciertas personas por su cargo, y estas han sido cuestionadas por constituir a juicio de la doctrina una infracción del principio de igualdad ante la ley (Zugaldía Espinar, 2002: 346).

Por su parte, ACEVEDO (2008: 61), manifiesta que el artículo 23 es “una norma controversial, permite según su tenor literal someter al funcionario público que goce de prerrogativa funcional a ser procesado, no obstante, esto es una falacia legal, ya que mientras exista o prevalezca esa modalidad de inmunidad no se puede procesar a ninguna persona y mucho menos llevar un proceso penal hasta una sentencia de condena”.

Como se desprende de lo antes expuesto, las prerrogativas funcionales, no son más que fueros, constituyen una prerrogativa de carácter procesal destinada a un número determinado de funcionarios públicos cuyo fin es garantizar la imparcialidad, dado que el sujeto por razón de su cargo tiene el derecho a ser juzgado por una autoridad de mayor o igual jerarquía que ellos, en las que podemos mencionar, por ejemplo los diputados, los magistrados de la Corte, entre otros, pero en ningún momento supone o tiene como fundamento la impunidad (Gill Suazo, 2017:43).

5. Conclusiones

Del estudio del tema abordado determinamos que la aplicación de la ley penal es un tema complejo, pues si bien están previstas las disposiciones legales al respecto, hay situaciones en las cuales es necesario examinar los hechos de manera minuciosa a fin de proceder a la individualización judicial de manera correcta.

Queda claro que nuestro país puede aplicar la ley penal para cualquier hecho que se cometa en el territorio nacional, sin embargo, esta regla como hemos visto tiene sus excepciones, pero no por ello deja de tener relevancia este principio reconocido mundialmente, pues ciertamente es obvio, que hay limitaciones en las convenciones internacionales.

Sin embargo, no por ello el Estado Panameño no puede perseguir y castigar hechos delictivos que se ejecuten fuera de nuestro territorio, siguiendo los principios de personalidad, universalidad y real o de defensa, como así lo dispone el Código Penal vigente, de manera que se consagre la extraterritorialidad de la ley penal.

En el ámbito del principio de igualdad ante la Ley, también hay limitaciones pues el Estado Panameño no puede juzgar ni mucho menos condenar a determinadas personas de conformidad con la normativa internacional, como así sucede con los jefes de Estado de otros países o diplomáticos extranjeros.

Finalmente, nuestro país establece las prerrogativas funcionales que no son supuestos de impunidad, sino más bien situaciones en las que las personas por razón de su cargo deben ser juzgadas por autoridades distintas de las que se da de manera corriente.

BIBLIOGRAFIA

Acevedo, J.R (2008), Derecho Penal General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal, Panamá, Taller Senda...

Arango Durling, V. (2005) Virginia, Derecho Penal y Derechos Humanos, Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

-Derecho Penal (Parte General), Introducción y teoría jurídica del delito, (2017) Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

BAZZANI MONTOYA Y OTROS, CARDONA LLORENS/, GONZALEZ CUSSAC, J. L., y otros (2000), La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar), Valencia, Tirant lo Blanch.

GUERRA DE VILLALAZ/ A./ALLEN, G., Manual de Derecho Penal, Parte General (2009), Panamá, Editorial Chen.

JAKOBS, G., Derecho Penal, Parte General, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo (1995), Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.

GILL SUAZO, H., Derecho Penal (Parte General) (2012) San José, Ediciones Gráficas.
-Comentarios al Código Penal de 2007, (2017), San José.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (Coordinador), Introducción al Derecho Pena (2015), Madrid, Thomson Reuters.

-Manual de Introducción al Derecho Penal. Coordinador (2019), Madrid, BOE.MANUAL DE https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110

MORILLAS CUEVAS, L./ RUIZ ANTÓN, L. F. Manual de Derecho Penal, parte General (1992) Madrid, Editorial Revista de Derecho privado.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARAN, M. Derecho Penal. Parte General (2004), Barcelona, Tiran Lo Blanch.

MUÑOZ POPE, C.E., Introducción al Derecho Penal (2003), Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

MUÑOZ RUBIO, C. E./ GUERRA DE VILLALAZ, A., Derecho Penal Panameño (1980), Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

ORTS BERENGUER, E., GONZALEZ CUSSAC, J.L. Proyecto de Reforma y Modernización Normativa CAJ/FIU-USAID (2004) <https://caj.fiu.edu/espanol/proyectos/nicaragua/manual-de-derecho-penal-nicaragua.pdf>

POLAINO NAVARRETE, M., Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo II (2013), Madrid, Tecnos.

QUINTANAR DIEZ/ ORTIZ NAVARRO, Elementos de Derecho Penal. Parte General

(2014), Valencia, Tirant Lo Blanch.

QUINTERO OLIVARES, G. y Otros, Curso de Derecho Penal, Parte General (1996), Barcelona, Cedecs,

REYES ECHANDIA, A., Derecho Penal, Parte General (1996), Bogotá, Temis.

RIGHI Esteban/ FERNÁNDEZ, A., Derecho Penal, La ley. El delito. El proceso y la pena, (1996), Buenos Aires, Hammurabi.

ROMEO CASABONA/SOLA RECHE, Derecho Penal, Parte General. Introducción. Teoría del delito (2013), Granada, Comares.

YUNDA LOPEZ, M., Aplicación de la ley temporal, validez y eficacia en el tiempo (2018)

(<https://www.redalyc.org/journal/6002/600263743007/movil/>)

ZUGALDIA ESPINAR, J. M., Derecho Penal. Parte General (2002), Valencia, Tirant LoBlanch.

Apropiación Indevida. Un Abuso de Confianza.

Campo Elías Muñoz Arango

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

campo.munoz@up.ac.pa / campoema@gmail.com

ORCID 0000-0003-2979-5153

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Resumen

En la apropiación indebida hay una peculiaridad que el agente del delito abusa de la confianza depositada por el sujeto pasivo producto de una relación preexistente, en la que se aprovecha para quedarse con la cosa entregada al momento en que el sujeto pasivo le solicita su entrega, y que refleja un comportamiento doloso, un provecho económico personal o para un tercero, hecho que por sus elementos integradores difiere de otros delitos contra el patrimonio, como son el hurto, el robo y la estafa.

Palabras Claves

Confianza, aprovechamiento, delito, patrimonio económico, cosa.

Summary

In misappropriation there is a peculiarity that the agent of the crime abuses the trust deposited by the taxpayer as a result of a pre-existing relationship, in which he takes advantage of it to keep the thing delivered at the time the taxpayer requests its delivery, and that reflects malicious behavior, personal economic benefit or for a third party, a fact that, due to its integrative elements, differs from other crimes against property, such as theft, robbery and fraud.

Keywords:

Confidence, exploitation, crime, economic heritage, thing.

Sumario: 1. Introducción y bien jurídico protegido 2. 2. Análisis sobre el delito de Apropiación indebida. Tipo básico. 3. Cuestiones sobre otros tipos de apropiación indebida en la legislación penal. 4. Conclusiones 5. Bibliografía

1. Introducción y bien jurídico protegido

El delito de apropiación indebida constituye un hecho que se realiza con abuso de confianza, por cuanto el autor se encuentra con la posesión legítima de la cosa que le ha sido entregado por el dueño, pero posteriormente se queda con ella sin su consentimiento.

Así, por ejemplo, cuando damos una cosa a otra persona un objeto para que lo tenga, le prestamos un carro porque el suyo está dañado, y luego pasa un tiempo, y la persona se compromete a entregarlo después cuando se le solicite, pero llegado el momento no lo hace y se queda con éste.

El bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio económico, la propiedad de cosas muebles entregadas a sujetos en virtud de depósito, comodato, o de otra naturaleza, en la que el poseedor está en la obligación de restituir, entregar o devolver.

La doctrina sostiene que se justifica su sanción porque el agente se aprovecha del sujeto pasivo de la situación de buena fe creada por este último, mediante el fraude, con el fin de privarle del goce de la propiedad de una cosa (Conde Pumpido Ferreiro, 1977:36), y por ende lesionando su patrimonio (Serrano Gómez y otros, 2016: 300). Se hace necesario que el Estado proceda a amparar la propiedad del sujeto pasivo contra los abusos cometidos por el poseedor, por cualquier título que sea que quiera disponer de una cosa ajena “uti dominus” como si fuera dueño, y a la vez porque es necesario asegurar al derecho habiente la funcionalidad instrumental de la cosa: la utilidad para satisfacer sus propias necesidades” (Sainz Cantero, 1977:68)

En el Código Penal del 2007 la apropiación indebida se castiga en el artículo 227 que dice lo siguiente:

“Quien se apropie en provecho suyo o de un tercero de cosa mueble ajena o del producto de esta, si la cosa ha sido confiada o entregada por título no traslativo de dominio, será sancionado con pena de prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Si el valor de lo apropiado es de más de cien mil balboas (B/. 100.000) la pena será de cuatro a ocho años de prisión”.

Como se explica en” la apropiación ilícita, la capacidad de disposición del propietario resulta afectada por el abuso de confianza, siendo precisamente este hecho el que justifica la punibilidad del incumplimiento de la obligación de restituir; de no concurrir tal abuso, no habría apropiación ilícita” (Paredes Infazón, 2021).

En otras palabras, se afirma que la” apropiación indebida es el delito que protege la buena fe de quien deposita su confianza en otra persona para que administre o guarde sus bienes.”(Sierraalta Peraza, 2013).

Para terminar, MANJON-CABEZA OLMEDO (1988, p.30), nos dice que en la actualidad el delito de apropiación indebida tiene notoriedad en algunas situaciones, sobre todo cuando ha recaído sobre la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas.

2. Análisis sobre el delito de Apropiación indebida. Tipo básico.

2.1 Los sujetos del delito y el objeto material.

Sujeto activo, solo es la persona que se le hubiere confiado o entregado una cosa por cualquier título no traslativo de dominio, es decir, aquella que teniendo posesión de una cosa mueble ajena que la ha sido confiada o entregada por cualquier título no traslativo de dominio, es decir, no lo ha recibido en propiedad, teniendo obligación de devolverla se queda con ella (Queralt, p.398). Estamos en consecuencia ante un delito especial (Sainz Cantero, 1977:1129).

Son posibles autores de este delito (Sainz Cantero, 1977:1129), los mandatarios, depositarios, comodatarios, acarreadores, mandatarios infieles (albaceas, gerentes, administradores, etc.), pero se excluye al propietario de la cosa, ya que la esencia de la acción viene caracterizada por un disponer de la cosa como propia, por un apropiarse que en si hace imposible por falta de tipicidad la apropiación del propietario de esta.

Sujeto pasivo, es el titular del objeto material, es la persona física o jurídica, que entregó o confió la cosa al sujeto activo, que es aquel que tiene el derecho de propiedad de la cosa entregada en posesión al sujeto activo (Cairoli, 1995:375). Si lo entregó un mandatario debe restituirsele a este, si lo entregó el propietario a este (Sainz Cantero, p. 68), y puede haber multiplicidad de perjudicados (Sainz Cantero, 1977:1130), cuando la cosa sobre la que reposan varias titularidades jurídicas, copropietarios.

En materia jurisprudencial, se ha señalado que el titular del delito de apropiación indebida ofende un interés determinado y que el sujeto pasivo es el afectado por ese derecho a la restitución y al uso determinado de la cosa (STS, 1945)

El objeto material recae sobre una cosa mueble ajena, que se ha entregado o confiado a un tercero por depósito, comisión o administración el cual puede consistir en dinero, efectos, valores, pero no de cosas inmuebles. (Sainz Cantero, 1977:81, Muñoz Conde, 2004:381) Debe tener un valor objetivo, efectivo o potencial, valuable en dinero, el objeto material de este delito (Sainz Cantero, 1977:84), y, por otro lado, el elemento fundamental del objeto es así mismo el del ser ajeno.

El concepto “efectos”, ha de entenderse en un sentido amplio no exclusivamente mercantil o comercial (documento con efecto mercantil), sino también en su concepción de bienes muebles o enseres, dado que quedarían fuera una serie de cosas muebles que no podrían considerarse ni tales documentos ni mercancías, ni billetes, ni finiquitos (Zavala Barquerizo,1988:214).

Por otro lado, las cosas muebles entregadas o confiadas a un tercero se constituyen en virtud de un depósito (obligación de guardarla y restituirla), de una comisión (en virtud de un mandato, prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otro) o administración (gestión, gerencia, dirección, por cargo o por delegación)

2.2 La conducta típica

La acción consiste en *apropiarse de* una cosa mueble ajena que ha recibido voluntariamente el sujeto activo, el cual tiene la obligación de restituir tan pronto se lo exija el sujeto pasivo.

Por “apropiar” debe entenderse hacer propia de una cosa quien la incorpora a su dominio, privado como si fuera el dueño de ella, con la intención de no restituirla. De esta manera, el sujeto ejecuta actos de disposición o de uso determinado sobre un bien mueble, que ha recibido lícitamente por un título que no le da derecho a ello, incorporando a su patrimonio, el bien del sujeto pasivo (Bramont Arias, 1994:329)

En lo que respecta a las expresiones, “confiado”, debe entenderse que el sujeto activo se le ha encargado la función de vigilancia de una cosa, mientras que el termino, “entrega” se hace a título de mera tenencia, por lo que el agente queda en obligación de restituir o de cumplir la finalidad para la cual se le había entregado la cosa (Zavala Barquerizo, 1988:223)

En este sentido, el concepto de entrega se efectúa a título de tenencia y no traslativo de dominio, es decir, que el agente no tiene la intención de transferir el dominio o la propiedad de la cosa entregada, lo cual exige que la misma se haya efectuada mediante depósito, prenda, usufructo o arrendatario.

La doctrina hace referencia a las manifestaciones externas del delito de apropiación indebida, como son, por ejemplo, el que el poseedor, luego de solicitado la restitución de la cosa, se niegue a verificarlo, alegando para ello motivos racionales de retención o simplemente se niegue a la entrega de la cosa en un plazo (habrá solo responsabilidad civil), sin embargo, si la negativa es la de no restituirlo jamás, revelando así el ánimo de actuar como si fuera dueño, hay responsabilidad penal (Ferrer Sama, 1945:54)

Otra forma de manifestarse la apropiación indebida ha sido por la negativa de haber recibido una cosa por un título que obligaba a devolverla lo cual supone la apropiación de esta y quien así se manifieste pone de relieve el ánimo de quedarse con la cosa. (Ferrer Sama, 1945:57)

La apropiación puede llevarse a cabo por actos positivos o negativos. La negación de la entrega de la cosa exterioriza el ánimo de apropiarse de la cosa (Sainz Cantero, p.73), así vgr., cuando el depositario, administrador, etc. no devuelve la cosa objeto del contrato legado el vencimiento de la obligación y no se ha realizado la disposición como propia de la cosa, solo podremos llegar a través de la negativa a su restitución a la conclusión, siquiera por la vía de presunción, de que el sujeto se la ha apropiado. Con igual criterio, debe pensarse que la

negativa de devolución de la cosa sin motivo justificado pone de manifiesto, lo que prueba es el ánimo de disponer de la cosa como propia (Muñoz Conde, 2004:77)

En lo que respecta a los medios de comisión son variados y, puede ser cualquier medio idóneo, aunque de acuerdo con la doctrina pueden ser los siguientes: a) Consumir, cosas fungibles, vino, alimentos, etc., b) enajenar, venderlas, permutarlas, etc, c) distraerlas; Darles un uso distinto. Así hay distracción cuando habiendo recibido una cosa de su dueño y poseedor, hace de ella un uso diverso de aquel para el que le fue entregada. (Cuello Calón, p.961/ Zavala Baquerizo, 1988:187), o detenerlas, el sujeto mantiene en su poder la cosa entregada y no la devuelve.

La conducta en este delito exige que la entrega de la cosa haya sido por un título no traslativo de dominio, es decir que quedarían comprendidos dentro de este grupo: las cosas entregadas, en virtud de prenda, depósito, comodato, gestión de negocios, transporte, compraventa, sociedad, usufructo, mandato, etc.

2.3 Tipo subjetivo

Por otro lado, la conducta exige el *animus rem sibi habendi*, que consiste en la esencia de este delito, que falta la intención de devolver la cosa y quedarse con ella.

Es importante señalar que la conducta del autor si bien es legítima al principio, después se vuelve ilícita por la tenencia ilegítima de la cosa.

Se requiere el dolo en el sujeto activo de ahí que ha de conocer y querer la “*animus rem sibi habendi*” apropiación de un bien mueble ajeno, de ahí que si falte no existe el delito. (Ranieri, 1983: 158).

Con igual criterio indica Paredes Infanzon (20121) que el sujeto activo ha de conocer y querer la apropiación de un bien mueble ajeno. Además, se requiere del elemento subjetivo del tipo, el ánimo de apropiarse, *animus rem sibi habendi*, que comprende la intención de apoderarse del bien y la de obtener un beneficio o provecho que puede recaer sobre el sujeto activo o un tercero

Estamos ante un dolo directo, en la que el sujeto tiene el ánimo de apropiarse indebidamente de la cosa ajena mueble que se le ha confiado o entregado, y contiene un elemento subjetivo de disponer de la cosa con ánimo de lucro, es decir, obtener por si mismo un provecho.

El dolo es posterior a la entrega de la cosa, señalando algunos autores que se trata de un dolo subsiguiente, (Guerra de Villalaz, 2002: 100) y un dolo específico que persigue quedarse con la cosa.

2.4 Formas de aparición y consecuencias jurídicas.

La devolución de la cosa luego de haberse apropiado de ella no excluye el dolo, pero puede constituir un presupuesto subjetivo de impunidad por desistimiento voluntario de las formas imperfectas de ejecución o de la atenuación en los casos de arrepentimiento posterior a la consumación. (Muñoz Conde, 2004:382)

El error sobre la ajenidad de la cosa o sobre la obligación de entrega o devolución, son determinantes de la existencia de un error de tipo. Si este error es invencible determinara la exclusión del dolo y por tanto elimina la posible punición de la conducta, si es vencible, el hecho queda impune al no quedar posible la comisión culposa (Sainz Cantero, 1977:136)

El delito de apropiación indebida se sostiene que puede justificarse en base de la invocación del ejercicio del derecho de retención y el estado de liquidación de deuda o cuentas pendientes, aunque sobre esto debe indicarse que no toda liquidación necesariamente da lugar a justificación, sino solamente cuando dicha liquidación revele un estado de deudas recíprocas entre las partes, y la apropiación de las cosas sea por un importe inferior a la cuantía de la deuda (Muñoz Conde, 2004:383). Con igual criterio ha señalado SAINZ CANTERO (1977:146), que no se alcanza el carácter antijurídico de la conducta para el Derecho penal, pues si civilmente es lícita, no puede ser contraria ilícita para el Derecho penal.

Otra de las causas que eliminan la antijuricidad destacada por Sainz Cantero, (1977:151), ha sido el consentimiento, cuando el propietario lo haya dado de manera expresa, o presunta.

Por otro lado, puede constituir un error invencible de prohibición o eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho, cuando el sujeto cree erróneamente que estaba legitimado para realizar actos dispositivos o retener las cosas recibidas. (Muñoz Conde, 2004:383)

En efecto, cuando el autor cree haber actuado justificadamente, bien sea por un falso enjuiciamiento de los hechos o por una desacertada valoración jurídica, falta la conciencia de la antijuricidad, y cita para ello la retención de la cosa, en la creencia errónea del ejercicio de un derecho amparado por la ley, (Sainz Cantero, 1977:155), pero si por el contrario el error es vencible dará lugar a responsabilidad penal (Conde Pumpido Ferreiro, 1988:128)

La consumación se presenta en el momento de apropiarse siendo un delito instantáneo. No se requiere, en consecuencia, que se haya conseguido un provecho de parte del culpable o de otra persona, sino que es suficiente que haya comenzado a poseer “*utit dominus*” (Ranieri, 1975:158), opinión también compartida por otros (Maggiore, 1956:181), en cuanto a que hay una simultaneidad entre acción y resultado (Sainz Cantero, 1977:156, Calderón Choclan, 1999:825.)

En ese sentido, la consumación se presenta al producirse el acto positivo (conjunción, enajenación, distracción) pero también cuando la forma de ese “acto positivo” se manifiesta en la retención, (*animus rem sibi habiendi*) habrá que establecer el momento en que se cometió la

omisión dolosa, pues la no restitución simple y la no restitución a su debido tiempo, son exteriorizaciones de la apropiación, generalmente ya consumada (Bacigalupo, 1971:38- 39)

En cuanto a la tentativa es admisible teóricamente, aunque se discuta en la práctica (Bramont Arias, p.333; Cairoli, 1995:377). En efecto es inusual, aunque es posible la tentativa toda vez que la cosa se halla en posesión del culpable (Maggiore, 1956:181), aún más sostiene Muñoz Conde (2004: 427), que puede suceder que la apropiación de la cosa no llegue a producir alguno para el sujeto pasivo, el delito no se consuma y cabe la tentativa.

No obstante, otros se manifiestan en sentido negativo en cuanto a la posibilidad de fraccionar el “Iter criminis”, la acción, o se produce, y entonces queda consumada o no se produce (Sainz Cantero, 1977:163).

Autor es quien se apropia de la cosa que le ha sido confiada o entregada, es la persona que dispone de la cosa como propia, y es difícilmente imaginable el supuesto de la autoría mediata del intraneus (Sainz Cantero, 1977:1167)

Por otro lado, son factibles las diversas formas de participación criminal.

El autor es penado con la pena de prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

También deberá tomarse en consideración lo relativo a las disposiciones comunes que permiten aumentar o disminuir la pena, y finalmente, en la apropiación indebida puede darse la figura del delito continuado (Muñoz Conde, 2004:428) y puede concurrir con un delito de falsedad (Queralt, 1986: 405).

3. Cuestiones sobre otros tipos de apropiación indebida en la legislación penal.

3.1 Apropiación de cosas extraviadas ajenas y de los casos habidos por error o caso fortuito

El Código Penal de 1982 derogado ya contemplaba las apropiaciones irregulares, las referentes sobre “cosas extraviadas ajenas” y de cosa habida por error o caso fortuito, en el Art. 195 que a continuación dice:

“Será sancionado con prisión de 30 a 60 días-multa:

1. El que apropie de cosas extraviadas, ajenas, sin darle parte a la autoridad local o a su dueño, si supiere quien es, y
2. El que se apropie de cosas que pertenecen a otro y de los cuales ha entrado en posesión por error o por caso fortuito”.

El interés de la tutela penal es “garantizar la propiedad contra la actitud de quien, encontrándose la cosa que involuntariamente perdió el propietario, tienda apropiársela; o la exposición a que se halla en las entregas por error en la posesión adquirida por caso fortuito”. (Mendoza, 1975:372)

También se sostiene que la objetividad jurídica, es el derecho de propiedad mobiliaria que puede sentirse lesionado por quien entra en contacto con una cosa de la que su propietario perdió en forma involuntaria, la tenencia (Cairolí, 1995:382).

El sujeto activo es indiferente, es cualquiera que haya encontrado cosas extraviadas ajenas y se las haya apropiado, o las haya apropiado habido por error o caso fortuito.

Esto supone (Queralt, 1986:406) que el agente no ha puesto a disposición de la autoridad lo que ha hallado.

Sujeto pasivo, puede ser el propietario o dueño de la cosa extraviada, o el poseedor, y aquel propietario o poseedor de las cosas recibidas por error o por caso fortuito (Mendoza, 1975: 368).

La acción consiste en una hipótesis apropiarse de “cosas extraviadas ajenas” a través de cualquier medio de ejecución idóneo.

En otras palabras, el acto de hacerse dueño de la cosa después de haberla encontrado, dado que el simple hallazgo no constituye delito (Cairolí, 1995: 383)

El objeto material son las cosas muebles extraviadas ajenas, y los que han entrado en posesión por error o por caso fortuito.

En opinión de CALDERON/CHOCLAN (1999:827) se excluyen los bienes abandonados “res derelicta”, y las “res nullius” cosas que no tienen dueño.

En lo que respecta a las cosas recibidas por error, recae sobre bienes muebles, el más conocido de los supuestos es el “cobro de lo indebido”.

Lo característico del aspecto subjetivo en la primera hipótesis este delito es que el agente sepa que la cosa que se apropia, el propietario lo ha extraviado, bien porque ha presenciado la pérdida de la cosa o bien crea por la situación de la cosa (Soler, 1970:406)

En la segunda hipótesis, del numeral 2 del art. 195, la actuación del culpable presupone un apoderamiento por “error o por caso fortuito”, con conocimiento de la existencia del error, es decir, espontáneo, ya que, de haberlo provocado, será estafa. (Soler, 1970:409)

Estamos ante un delito doloso genérico, no siendo imprescindible que se concrete el provecho ilícito, ni que se produzca el perjuicio, pues este se consume con la apropiación. (Mendoza, 1975:373)

Se sostiene que el ejercicio de un derecho de retención puede justificar la acción del agente del delito (Queralt, 1996:406). En consecuencia, si el sujeto espera la autoridad y guarda el objeto, no comete el delito.

El momento consumativo coincide con la apropiación de la “cosa extraviada” no cuando este la encuentra, (Soler, 1970:409), ni mucho menos cuando se produce el perjuicio o se logra el provecho ilícito. (Mendoza, 1975:313)

De igual forma opina SERRANO GÓMEZ (2000:373) que la consumación del delito se produce en el momento que el sujeto decide incorporar la cosa mueble hallada en su patrimonio, y en el segundo caso cuando recibe la cosa recibida por error y niega haberla recibido y lo incorpora a su patrimonio.

La pena para ambas modalidades delictivas es de 30 a 60 días multa.

En lo que respecta al concurso de delitos, este puede concurrir con el delito de falsedades y daños (Queralt, 1996: 407).

3.2 Apropiación indebida y las cosas dadas en prenda

3.2.1|Introducción

La ley 21 de 29 de julio de 1991 (G.O. 21.843 de agosto de 1991) que adicionó el Código Penal de 1982, los artículos 195A, 195B, 195C, relacionados con la prenda y prenda agraria, y si bien recomendamos e que por razones de política criminal fueran excluidos de la represión penal, los mismos se mantuvieron hasta la entrada en vigencia de la nueva legislación penal.

Ahora bien, tomando en cuenta el interés que pueda tener para algunos estos delitos, vamos a continuación a referirnos brevemente a ellos, pues en su momento constituyeron innovaciones en la legislación panameña, aunque para ello deba indicarse que más bien parecían supuestos de defraudación (art. 195B) y se conocen como “Defraudaciones mercantiles” que recaen sobre prenda impropia (Zavala, 1988:91), y en la cual existe un interés del Estado, de proteger penalmente el patrimonio, con miras a que el acreedor prendario no tenga la posibilidad de recuperación del crédito.

3.2.2 Los Delitos en Particular

Las observaciones previstas sobre el tipo objetivo y subjetivo son de común aplicación al delito bajo examen, salvo las recomendaciones que a continuación señalaremos.

3.2.2.1 Abandono y descuido de prenda agraria

En el artículo 195-A se castiga el abandono y descuido de prenda agraria, de la siguiente manera:

“El deudor que abandone las cosas dadas en prenda agraria, o que descuide su conservación con daños al acreedor, salvo en

caso fortuito o de fuerza mayor, incurrirá en la pena de 6 meses a 2 años de prisión, según la importancia del daño, sin perjuicio de la responsabilidad civil que por tales actos le corresponda”.

El agente del delito es exclusivamente el deudor (persona natural o jurídica), que abandona o descuida las cosas dadas en prenda agraria, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

El deudor prendario debe ser propietario de la cosa que se pignora y estar en posesión de ella para que la garantía sea suficiente y surta todos los efectos legales (Zavala, 1988:98), mientras que el sujeto pasivo es el acreedor prendario quien sufre el daño patrimonial.

La acción esta descrita de manera alternativa, y puede consistir en “abandono” o descuidar la conservación económica de cosas dadas en prenda agraria efectuado de manera consciente y voluntaria y no por caso fortuito o fuerza mayor. Hay pues una obligación de cuidar la cosa los objetos empeñados debiendo responder por ellos en caso de deterioro. (Zavala, 1988:101)

En efecto el hecho exige el dolo de efectuar deliberadamente actos de abandono y de descuido de la cosa; incumpliendo con lo pactado.

El momento consumativo del delito se presenta cuando se “abandona las cosas dadas en prenda agraria” o cuando se descuida su conservación con daños al acreedor, siendo imprescindible que se dé el perjuicio o daño.

La tentativa es admisible, así como las formas de autoría y participación criminal.

Finalmente, la pena para este hecho es de 6 meses a 2 años de prisión.

3.2.2.2 Disposición sobre casos dados en prenda

El Art. 195-B como se desprende contiene dos modalidades de apropiación indebida que en general consisten en ejecutar el acreedor prendario actos sobre cosas dadas en prenda, (en seguridad de crédito), excediéndose o abusando del derecho otorgado en virtud de contrato prendario, que exige el compromiso de restituir la cosa extinguida la obligación.

El Art. 195-B como se desprende contiene dos modalidades de apropiación indebida que en general consiste en ejecutar el acreedor prendario actos sobre cosas dadas en prenda, (en seguridad de crédito), excediéndose o abusando del derecho otorgado en virtud de contrato prendario, que exige el compromiso de restituir la cosa extinguida la obligación.

El Art. 195-B dice lo siguiente:

“El deudor que disponga de las cosas dadas en prenda como si no estuvieran gravadas, o que constituya prenda sobre bienes ajenos, incurrirá en pena de prisión de 1 a 3 años”.

En este sentido, la acción realizada debe ser ejecutada por el acreedor prendario, que realiza actos de “disposición sobre la cosa dada en prenda”, entendiendo esto como “el darle un destino que en perjuicio del deudor le impida a éste recuperarla en el momento debido”. (Soler, 1970: 412)

La apropiación se manifiesta por disponer de la cosa en prenda al venderla, traspasarla, o permutarla, donarla, destruirla, ocultarla, o rehusando su entrega, y no está comprendido el uso de la cosa. (Soler, 1970:412)

Este delito recae sobre cosas muebles o inmuebles y lo característicos en el aspecto subjetivo es que el deudor lo realiza con conciencia y voluntad sabiendo el status de la “cosa mueble o inmueble”, que está gravada o que es ajena, elemento que es ocultado y desconocido por el adquirente o sujeto pasivo. (Febres Cordero, 1993: 557)

Ciertamente, se trata de actos realizados por el deudor prendario con indudable engaño al acreedor prendario, la cual merece una responsabilidad y reproche por su actuación inescrupulosa.

En opinión de ZAVALA (1988:103), se ha dejado al acreedor sin la seguridad de que se cumpla la obligación principal, mediante una maniobra inmoral y antijurídica y con toda razón, tal actitud merece una sanción penal cuya pena es de prisión de 1 a 3 años.

Para terminar, en caso de que los autores de los artículos 195-A y 195-B restituyan las cosas dadas en prenda e indemnicen monetariamente al acusador por el valor de estos, deberá tomarse en consideración el art. 1984 del Código Judicial, modificado por ley 3 de 22 de enero del 2000. (195-C)

4. Distinción de la apropiación indebida con otros Delitos contra el Patrimonio.

Si observamos los demás Delitos contra el Patrimonio Económico, el delito de apropiación indebida difiere, por ejemplo, de los delitos de robo, hurto, de estafa.

Además, de que jurisprudencialmente se ha señalado un elemento importante que es una relación preexistente entre las partes que genera la entrega de la cosa sin traspasar el dominio, y una acción dolosa subsiguiente que trastoca la posesión o tenencia de la cosa en actos de disposición (RJ.dic.1991:8)

En consecuencia, tenemos que en el hurto el sujeto se apodera de una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño, la toma como suya de manera inmediata. En la apropiación indebida, el dueño se la ha entregado se la ha prestado al sujeto activo, pero esta rehúsa devolverla cuando se le pide, ha habido consentimiento en la entrega de la cosa al autor, y en principio el autor ha consentido en devolverá a su dueño.

Por lo que respecta al delito de robo tampoco hay consentimiento, hay un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble al sujeto pasivo, pero se emplea la fuerza y la intimidación, situación última que no ocurre en la apropiación indebida.

Por último, en la estafa, se obtiene un provecho económico mediante engaño, elemento que no se configura en la apropiación indebida, en la cual el sujeto lo realiza voluntariamente.

5. Conclusiones

La apropiación indebida constituye un delito contra el Patrimonio Económico, con antecedentes legislativos previos, que a nuestro modo de ver es un hecho que no solo tiene afectaciones en el patrimonio del sujeto pasivo, sino también en el plano moral, pues el sujeto activo abusa de la confianza en la relación preexistente con el dueño de la cosa que se rehúsa a devolver cuando se le solicita.

En efecto, el sujeto abuso de la confianza depositada por el sujeto pasivo aprovechándose de ello para luego no devolver la cosa, en el caso de nuestro país un ejemplo de este modus operandi lo encontramos en la apropiación indebida, sin embargo, en otros países se castiga el delito de abuso de confianza.

Para que se integre la conducta del delito de apropiación indebida, se requiere de cuatro elementos: a) que el agente se apropie de una cosa, b) que la apropiación sea en beneficio propio o de un tercero, c) que se trate de una cosa ajena que se hubiese confiado o entregado por cualquier título; d) que cause un perjuicio, y, por último, e) que tenga la obligación de restituir la cosa entregada.

Por todo lo anterior, la actuación del sujeto es realizada con dolo pues el sujeto no entrega la cosa recibida (objeto material) cuando el sujeto pasivo le reclama la misma, y no es posible, un castigo a título de culpa.

Para termina, existen muchas diferencias con respecto a otros delitos contra el Patrimonio, lo cual vienen a darle una característica muy especial a la apropiación indebida, que a nuestro modo de ver recae en un derecho a recibir lo entregado en una relación de confianza al sujeto activo del delito, y el deber de este de entregarla cuando se le solicite.

6. Bibliografía

ACEVEDO, J. R. (2008), Derecho Penal, Parte General y Especial Panameño, Comentarios al Código Penal, Panamá, Taller Senda.

BACIGALUPO, E., Estafa de seguro, apropiación indebida (1971), Buenos Aires, Ediciones Pannedille.

BRAMONT-Arias Torres, L.A./ GARCIA CANTIZANO, M. del C., Manual de Derecho penal, Parte Especial (1997), Lima, Editorial San Marcos.

CAIROLI MARTINEZ, M., Curso de Derecho penal uruguayo, Parte Especial (1995), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

CALDERON, A./ CHOCLAN, J.A., Derecho Penal, Parte Especial (1999), Madrid, Bosch.

CONDE PUMPIDO-FERREIRA, C., Apropiaciones indebidas (1977), Valencia, Tirant lo Blanch.

DE LA MATA BARRANCO, N., Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación, (1994), Barcelona, P. P. U.

FERRER SAMA, A. El delito de apropiación indebida (1945), Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la universidad de Murcia, 1945.

MAGGIORE, G., Derecho Penal, Parte Especial (1956) Bogotá, Editorial Temis.

MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A., Nuevo enfoque de la apropiación indebida (1988), Madrid, Civitas.

MENDOZA TRONCONIS, J., Curso de Derecho Penal Venezolano (1975), Caracas, Empresa El Cojo.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal Parte Especial (1995), Valencia, Tirant lo Blanch.

PAREDES INFANZON, J. El delito de apropiación ilícita en el Código Penal peruano. A propósito de la Casación 301-2011 <https://lpderecho.pe/apropiacion-ilicita-codigo-penal-casacion-301-2011-lambayeque>

QUERALT. J. J., Derecho Penal Español. Parte Especial, Vol. I (1986), Barcelona, Librería Bosch.

SAINZ CANTERO, J., El delito de apropiación indebida (1977), Barcelona, Bosch, Casa Editorial.

SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal, Parte Especial (2000) Madrid, Dykinson.

SIERRAALTA PERAZA, Morris (2013) El abuso de confianza como delito: La apropiación indebida, <https://morrissierraalta.com/f/el-abuso-de-confianza-como-delito-la-apropiacion-indebida>.

SOLER, S., *Derecho Penal Argentino* (1970) Buenos Aires, Tea.

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ, *Jurisprudencia Penal* (1972), Panamá, Centro de Investigación Jurídica, Editorial Universitaria.

<https://lpderecho.pe/apropiacion-ilicita-codigo-penal-casacion-301-2011-lambayeque>

A diez años del Sistema Penal Acusatorio en Veraguas

Luis G. Peñalba R.

Universidad de Panamá

Centro Regional Universitario de Veraguas

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

País: Panamá

luchogp26@hotmail.com

ORCID - 0000-0002-5659-5619

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Resumen

Mediante la Ley 63 de 28 de agosto del 2008 inicia, en Panamá, el Sistema Penal Acusatorio. En la provincia de Veraguas, en el año 2011, se da la instauración de este nuevo Sistema, cuyo proceso ha sido un reto para todos aquellos que han formado parte de su evolución y en este proyecto investigativo se aportan datos de gran valor, como los beneficios, ventajas y, a la vez, las principales fallas que ha tenido durante estos 10 años. Por ello se plantea como objetivo de este artículo analizar cómo se da la transformación de un sistema arcaico a uno que vela más por los derechos de las personas involucradas en el proceso. El análisis de estos datos permite resaltar que, a pesar de las fallas presentadas, como el escaso presupuesto o la falta de personal capacitado, constituyen un gran avance para la justicia panameña.

Palabras claves: Sistema Penal Acusatorio, Veraguas, justicia, reto.

Abstract

Through Law 63 of August 28, 2008, the Accusatory Criminal System began in Panama, more specifically in 2011, in the province of Veraguas with the establishment of this new System, whose process has been a challenge for all those who have formed part of its evolution and in this research project they have provided data of great value such as the benefits, advantages during and at the same time the main failures that this system has had these 10 years, for this reason it is proposed that the objective of this article is to analyze how There is a transformation from an archaic system to one that cares more for the rights of the people involved in the process. The analysis of these data makes it possible to highlight that despite the flaws presented, such as the low budget or the lack of trained personnel, it constitutes a great advance for Panamanian justice.

Keywords: Accusatory Penal System, Veraguas, justice, challenge.

I. Del Sistema Inquisitivo al Sistema Penal Acusatorio

Las reformas a la Justicia Penal eran una necesidad, porque se buscaba mejorar los procedimientos aplicados en garantía de los derechos de los imputados y las víctimas, siendo así más confiable y en especial más rápido, ya que en el sistema inquisitivo la espera para una pena condenatoria podría demorar hasta 5 años. Es por ello que “La implementación del Sistema Penal Acusatorio en la República de Panamá, ha sido uno de los cambios más trascendentales que ha adoptado el país, el cual ha requerido de un esfuerzo importante con miras a mejorar nuestro sistema de justicia” (Vega, 2020).

En la República de Panamá rigió, hasta el año 2011, un proceso de investigación y enjuiciamiento de los negocios penales, en el cual el mismo se desarrollaba bajo el prisma de que el centro de estos actos de investigación y juzgamientos recaían en un solo ente, quien tenía las facultades legales para ejecutar tales actos; inclusive, el mismo ente jurisdiccional dictaba los famosos autos de mejor proveer (mejor condenar) que, por regla general, eran utilizados para esto último, so pre texto de que podía dirigir actos de investigación y al final utilizar estos elementos para dictar la sentencia.

Era evidente que un proceso de corte mixto inquisitivo en donde “la aplicación de la detención preventiva era facultad del fiscal y su revisión frente a un juez demoraba lo suficiente para darle a los fiscales tiempo de reunir los elementos para justificar estas medidas” (Planells, 2020), por decir lo menos, y con sus respectivas características que lo regulaban, representaba una total ausencia del respeto a los derechos y garantías fundamentales, en aspectos tales como: el inicio del proceso, la investigación o instrucción del sumario, el derecho a la defensa, la prueba, entre otros. “En el sistema antiguo, la víctima apenas participaba en el proceso, había poco debate en los tribunales y no existía un procedimiento estable para controlar el cumplimiento de las sentencias” (EFE, 2016).

Los derechos de la defensa eran omitidos al punto de que, cuando se iniciaba una investigación, el último en enterarse de que existía una causa en su contra era el investigado, violando así, de manera directa, el derecho a defensa oportuna. De igual manera, desde la instrucción del sumario se obtenían las respectivas pruebas, las cuales mantenían todo su valor probatorio de acuerdo con el principio de permanencia de la prueba, es decir: ya que, bajo el principio que regía la prueba en el sistema aquel, el Ministerio Fiscal obtenía, según ellos, la certeza de elaborar la vista fiscal y el convencimiento de que había mérito para ir a la audiencia preliminar o calificadora ante el juez de Circuito Ramo Penal. Allí se debatían sobre todas esas pruebas preconstituidas que nacieron en la formación del expediente cuando inició la causa.

El Ministerio Fiscal, bajo la égida del mandato constitucional, que le otorgaba la facultad de investigar y castigar el delito, lo hacían en evidente flagrancia a los derechos de los que participan en el proceso, tanto el victimario y qué decir de las víctimas, que no eran

tomadas en cuenta; es decir, que solo se le tomaba en cuenta cuando ponían la denuncia. Y después de allí, no tenían beligerancia en la causa, ya que el Ministerio Fiscal asumía su rol de inquisidor, hasta llevar la causa a un juicio y obtener una sentencia de índole condenatoria.

Por otro lado, en tanto, a aquellos derechos mencionados en líneas anteriores, sobre todo el derecho a su presunción de inocencia, que debía ser piedra angular dentro del referido proceso, no mantenía este valor, ya que en muchas ocasiones predominaba su inobservancia durante todo el desarrollo del proceso, desde la instrucción del sumario hasta que se dictara la sentencia y a contrario *sensu* operaba la presunción de culpabilidad.

Referente a este principio, ha dicho el doctor Miguel Ángel Aguilar López, en su obra: “Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio”:

“La presunción de inocencia es un derecho humano que constituye el supuesto eficaz para la solución de la problemática procesal penal con la que se enfrenta la mayoría de los países. Como institución jurídico-social, podemos ubicar su génesis en la internacionalización de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, bajo los efectos posteriores de la Segunda Guerra Mundial, que genera la necesidad de transformar el pensamiento jurídico de las personas, profesionistas y expertos, de la sociedad en general, en materia de derechos humanos y sus sistemas de protección” (2015, p. 69).

En definitiva, tal cual se había comentado, antes el investigador, este principio, como un reconocimiento a un derecho humano, no tenía aquella importancia que debió, muy por el contrario, era vulnerado con facilidad, por la misma naturaleza jurídica del sistema que se utilizaba para resolver las causas penales. Solo como un ejemplo de hasta dónde se vulneraba el precitado principio, en el sistema en comento, primaba la detención provisional como medida cautelar por excelencia, allá primero se detenía a la persona y luego se investigaba, situación esta que no opera en el nuevo sistema de enjuiciamiento de causas penales. En líneas posteriores de este escrito el investigador diseñará un cuadro comparativo y de reflexión de algunas instituciones jurídicas que marcan una clara distinción entre ambos procesos penales. (Cuadro N° 1)

1.1. Sistema Penal Acusatorio

Con las reformas penales que se vinieron dando en toda la América Latina, producto de una democratización de la justicia, tal cual lo señala Amos, en su artículo “Breves comentarios sobre la Reforma Judicial en América Latina”, cuando cita “El proceso de democratización en América Latina ha sido acompañado por importantes proyectos nacionales de reforma del sistema judicial, en particular del proceso penal (CAJ 1999; CAJ 2000, 117 y ss., 143 y ss.; Corporación Excelencia en la Justicia, 1999)”. (2008, p. 1).

De todo lo citado por el autor se infiere, además, que estos cambios que se dieron configuran un Estado que es realmente democrático, constitucional, convencional de derecho, en la medida en que las instituciones que administran justicia hagan estas transformaciones para que ella impere.

De igual manera, se puede decir que con el Código Procesal Penal, modelo para Iberoamérica, se inicia con esa transformación en la manera en que cada Estado que se precia de ser un Estado Democrático, lo utilizó para diseñar o, en el mejor de los escenarios, adecuar el suyo.

Es así que en esa evolución que ha tenido la justicia penal en Latinoamérica, Panamá no escapa y mediante la ley 63 de 28 de agosto del 2008, crea y adopta el nuevo Código de Procedimiento Penal y, con ello, la creación de nuevas figuras. Tal es el caso de los jueces de garantías, los magistrados del tribunal de apelaciones y anulaciones, el juez de cumplimiento, y ¿por qué no decirlo?, se da inicio a lo más importante con la implementación de este sistema, que es la debida observancia de los derechos fundamentales de los que forman parte del proceso penal.

Siguiendo este orden de ideas, se hace imperativo indicar que se dan serias transformaciones del sistema anterior que regía en toda la República de Panamá (mixto inquisitivo) que, aunque tenía ciertos vestigios de ser un proceso penal más justo y humano, carecía en la práctica de los elementos jurídicos para su total desarrollo y aplicación de estos elementos de justicia. Es por ello que con “la implementación del Sistema Penal Acusatorio nuestro país da un paso fundamental hacia la modernización del sistema de justicia y hacia la plena garantía de los derechos de todas las partes en el proceso penal” (Palacio, 2016).

Por lo tanto, el Sistema Penal Acusatorio es “un sistema adversarial, conforme al cual las partes se enfrentan en igualdad de oportunidades, ante un juez imparcial e independiente, que tomará una decisión de absolución o condena con base a las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral” (Jaén, 2011). Lo antes mencionado se logra por la reforma en la justicia penal que deroga el Sistema Inquisitivo e instaura un modelo Procesal Penal Acusatorio, con el cual se separan los roles que estaban concentrados en el juez inquisitorio.

A diferencia del sistema mixto inquisitivo, este es un proceso mucho más ágil, rápido y expedito, al punto en que uno de los pilares fundamentales para su puesta en práctica, era que venía a hacer la panacea de la mora judicial y así acabar, consecuentemente, con el hacinamiento carcelario; toda vez que muchos privados de libertad pasaban años en estos centros de privaciones de libertad sin una sentencia en firme que determinara el tiempo y las condiciones en que iban a cumplir sus condenas.

Se habla de que es un sistema más rápido y esto obedece a que el mismo camina sobre audiencias; es decir, prima la oralidad. Esto no quiere decir que sea totalmente oral; sino,

predominantemente oral, porque cabe la oportunidad para aclarar que aún se mantienen ciertos actos procesales bajo la escritura, como, por ejemplo: los memoriales que contienen los poderes, los escritos de las querellas, la solicitud de las audiencias, el cierre de la investigación, el escrito de acusación, el auto de apertura a juicio y, por supuesto, la sentencia.

Al ser un sistema que camina, por regla general, por audiencia, sin duda que permite que sea adversarial, controvertido y la mayor parte de las etapas procesales se desarrollen en el acto de audiencia; esto, evidentemente, lo hace mucho más rápido.

Por otro lado, la adopción, por parte de Panamá, de esta nueva forma de juzgar causales penales trajo consigo el compromiso de su aplicación e implementación. Es aquí en donde se inicia la dificultad, porque para que el sistema fuera funcional era necesario un presupuesto económico grande y el mismo no aparecía dentro del presupuesto de la nación; razón por la cual, aunque la ley era original del 2008, a la misma se la aplicó lo que se conoce en el mundo jurídico como la “*vacatio legis*”.

A consecuencia de lo anterior, se empieza a aplicar de manera escalonada, iniciando el 2 de septiembre del año 2011, en Veraguas y Coclé. Estas provincias conforman el segundo Distrito Judicial. “Posteriormente el 2 de septiembre de 2012, las provincias de Herrera y Los Santos. En el año 2015, este sistema se aplicó en las provincias de Chiriquí, Bocas del Toro y la Comarca Ngäbe Buglé” (Palacio, 2016). Actualmente es un sistema plenamente establecido que llegó para reformar el proceso penal y dar una solución más rápida, en donde todos tienen la misma oportunidad y derecho.

1.1.1. Beneficios del Sistema Penal Acusatorio

La justicia penal en Panamá es un tema complejo que se ha venido modificando en pro de los involucrados en el proceso, con el fin de brindar respuestas de una forma más precisa, e inmediata, que les proporcione a ambas partes el respeto a su integridad y derecho, por lo tanto, el autor Pinzón destaca que:

“El objetivo y finalidad del sistema acusatorio adversarial es solucionar el conflicto a través de los diversos métodos alternos que el mismo contempla o, con los mecanismos de aceleración del proceso, resolviendo las causas penales en un tiempo razonable, pretendiendo dar a los intervinientes un proceso penal que resguarde sus derechos y garantías contemplados en la Constitución Política, procurando la presencia de estos principios, reglas y garantías en cada escenario según corresponda, trabajando una cultura de rendición de cuentas, para así procurar calidad en el sistema de justicia” (2022).

Con base a ello, la instauración del Sistema Penal Acusatorio en la provincia de Veraguas se sustenta que en los principios procesales, entre ellos el de intermediación, las

pruebas son practicadas y producidas por las partes ante el juez en un juicio público y oral, que “permite transmitir directamente al juez la pretensión de cada una de las parte en audiencia” (Pinzón, 2022), es por ello que ha representado un sistema más rápido y oportuno que se enfoca en dar soluciones más pacíficas y sin conflictos. Se podría decir, entonces, que esto sería uno de los múltiples beneficios que trajo la implementación de esta forma de enjuiciar las causas penales en esta región del país.

Por otro lado, brindó la oportunidad de que la sociedad pudiese tener la posibilidad de tener acceso a observar cómo se desarrollaban las audiencias y, de esta manera, ejercer un control indirecto, ya que los juzgadores tendrían entonces la vigilancia y escrutinio de la sociedad, quienes iban a fiscalizar sus actuaciones.

1.1.2 Ventajas del Sistema Penal Acusatorio

En cuanto a las ventajas que se pudiesen mencionar con la implementación de este nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio en Veraguas, según los encuestados (fiscales, jueces, defensas públicas y privadas) es que quedó en total evidencia que es realmente ágil, mucho más rápido y, en consecuencia, mucho más económico en todo el sentido del término; en consecuencia, de lo anterior se podía mencionar que la mora judicial empezó a disminuir.

Aunado a lo anterior, producto de la manera en que se implementó este sistema en comentarios, según los mismos entrevistados, quienes tuvieron la responsabilidad de la implementación sobre sus hombros, indicaron que, como quiera que sea un sistema que se desarrolla en audiencias orales, esto permitía el que fuese más rápido y que al final, tanto la víctima como el victimario, tuvieran una justicia más rápida.

Lo que hace más rápido este sistema en comparación con el sistema anterior (mixto Inquisitivo): primero, que todo se realiza por medio de la oralidad, toman mayor preponderancia estos elementos, según ellos (encuestados), y con esto se permite que en un solo acto procesal se resolviera la causa. Tanto es así que en muchas causas el sentenciado saliera con su sentencia bajo su brazo en dicho acto procesal. Esto es así ya que se puede desarrollar lo que se conoce para este sistema como una “audiencia combo”.

Otro elemento que hace este sistema más ventajoso es la inserción del derecho privado al derecho público a través de los métodos alternos de resolución de conflictos. Estos últimos permiten que los conflictos se resuelvan de manera anticipada, pacífica y más ágil, dando así una mejor respuesta para los actores del sistema.

Al final, se puede concluir que, en verdad el sistema penal acusatorio implementado por la ley 63 del 28 de agosto de 2008, aceleró los procesos, disminuyó las moras judiciales en materia penal y, con ello, alivió, hasta cierto punto, el hacinamiento carcelario. Con todo esto,

este sistema da un verdadero sentido en la práctica a la frase “el respeto a los derechos humanos”.

1.1.2. Desventajas de la Implementación del Sistema Penal Acusatorio en Veraguas

Como es sabido, no todo es perfecto en la vida y lo mismo sucedió con la implementación de este sistema en esta provincia. Lo anterior se dice, porque producto de ser los pioneros, les tocó a los actores de este sistema iniciar y aprender, por ensayo y error, en algunas actuaciones hacerse por las prácticas en cada etapa del proceso.

Por otro lado, al iniciarse de esta manera, ha quedado demostrado que ha hecho mucha falta el personal adecuado para su total desarrollo, según aquellos (encuestados). Esto se traduce en que, si bien es cierto, este sistema procura agilizar los procesos; pero no es menos cierto que se hace necesario del recurso humano, para coadyuvar hacia la mayor efectividad del Sistema Penal Acusatorio.

II. Análisis y Discusión de los Resultados

El presente proyecto tiene un enfoque descriptivo, que se deriva de una entrevista aplicada a 20 participantes, los cuales comprenden: fiscales, jueces, defensa pública y privada, con gran cantidad de años de experiencia entre el Sistema Inquisitivo y el nuevo Sistema Penal Acusatorio, lo que constituye una muestra representativa para analizar la evolución de este sistema en la provincia de Veraguas.

2.1. Discusión de los Resultados

De acuerdo con los resultados obtenidos de la entrevista aplicada a los fiscales, jueces, defensa pública y privada, se avala que la importancia de la llegada de este sistema a la justicia panameña viene por la transformación de un sistema escrito y tardío a un sistema oral, con mayor rapidez, utilizando medios digitales en los actos de audiencia. En base a ello se puede destacar que aporta a un sistema mucho más eficiente, transparente, con una justicia en un tiempo razonable, en donde las causas se tramitan y resuelven más rápido. Un 80% de los encuestados destacan que una de las principales ventajas del sistema penal acusatorio en Veraguas es que se respetan los derechos de las partes involucradas, son escuchadas y se permite que se involucren en el proceso.

Con esta investigación, se hace constar, con un 80%, que uno de los principales retos de la instauración de este sistema en la provincia de Veraguas es que se trabaja con un bajo presupuesto y se ha tenido que ajustar. Aunado a esto, no se cuenta con la estructura física necesaria, destacan que para ser una institución con un gran valor dentro de la justicia penal solo cuenta con dos salas de audiencia para los jueces de garantía.

Con respecto a las fallas que se han ido presentando en el sistema en estos 10 años, los encuestados destacan que gran parte del personal no se encuentra debidamente preparado para agilizar el proceso, tanto en el Ministerio Público como en el Órgano Judicial. Indican que no se brindan las capacitaciones necesarias con respecto a temas para modernizar y agilizar el sistema. Todo esto genera que se programen audiencias en una sola sala, al igual que se asigne el mismo personal en distintas audiencias al mismo tiempo. En virtud de lo que señala un 70% de los encuestados, una de las principales medidas para mejorar el proceso es jueces mejores preparados y dispuestos a aplicar las reglas de derecho restrictivamente, apoyo por parte del Estado para mejorar las infraestructuras y capacitaciones al personal sobre los avances a nivel internacional.

Dentro del Sistema Penal Acusatorio en la provincia de Veraguas surgieron una serie de cambios que impactaron de manera positiva y que brindaron confianza y transparencia en los procesos e investigación penal. En base a ello y los datos obtenidos de los encuestados, a continuación, se destacan las principales diferencias que surgen a raíz de esta transformación: un 100% señala que se pasa de un proceso escrito, en donde se manipulaban expedientes muy voluminosos, a uno en oralidad; también se destaca que eran audiencias cerradas, ahora son audiencias públicas y abiertas, salvo excepciones. La prisión preventiva era la regla; ahora el juez de garantías decreta la legalidad o no de la prisión preventiva y existen los métodos alternos que ayudan a resolver los conflictos de una manera más pacífica.

En virtud de los datos obtenidos mediante el análisis de un sistema que llegó para modificar un proceso inquisitivo con pocas garantías para las partes involucradas, se hace constar que en estos 10 años en el que lleva funcionando el Sistema Penal Acusatorio en la provincia de Veraguas los resultados avalan que es un sistema mucho más eficiente, que aún presenta fallas en el cual se debe centrar el interés para su transformación a un sistema que genere confianza a la población.

Bibliografía

- Aguilar, M. (2015). *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio* (2da ed.). Anaya Editores. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37682.pdf>
- Ambos, K. (2008). *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Obtenido de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_16.pdf
- Asamblea Nacional. (28 de agosto de 2008). *Ley 63. Gaceta Oficial: 26114*. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_pan_ley63.pdf
- EFE. (02 de Septiembre de 2016). *Panamá termina de implantar un nuevo sistema procesal penal en todo el país*. Obtenido de Agencia EFE: <https://www.efe.com/efe/america/portada/panama-termina-de-implantar-un-nuevo-sistema-procesal-penal-en-todo-el-pais/20000064-3029921>

- González, R. (2018). *Desistimiento de la Pretensión Punitiva*. Obtenido de Código Procesal Penal - Comentado: <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-PROCESAL-PENAL-Comentado-COMPLETO-20-AGO-2018.pdf>
- Jaén, M. (2011). *Introducción al nuevo sistema penal acusatorio*. Obtenido de Órgano Judicial de Panamá: https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2011/01/introduccion-al-sistema-penal-acusatorio.pdf
- Palacio, K. (2 de septiembre de 2016). *Inicia Implementación del Sistema Penal Acusatorio en el Primer Distrito Judicial*. Obtenido de Ministerio de Gobierno: <https://www.mingob.gob.pa/inicia-implementacion-del-sistema-penal-acusatorio-en-el-primer-distrito-judicial/>
- Pérez, A. (02 de septiembre de 2016). Sistema Penal Acusatorio ofrece más garantías que el sistema inquisitivo. *Panamá América*. Obtenido de <https://www.panamaamerica.com.pa/nacion/sistema-penal-acusatorio-ofrece-mas-garantias-que-el-sistema-inquisitivo-1041046>
- Pinzón, D. (2022). *¿Qué es el sistema penal acusatorio?* Obtenido de Mc Donald & Asociados: <https://mcdonaldyassociados.com.pa/sistema-penal-acusatorio-panama/>
- Planells, A. (2020). <https://www.movinpanama.org/blog/justicia-y-seguridad#:~:text=Justicia%20y%20seguridad>. Obtenido de MOVIN. Movimiento Independiente: <https://www.movinpanama.org/blog/justicia-y-seguridad#:~:text=En%20el%20sistema%20inquisitivo%20mixto,elementos%20para%20justificar%20estas%20medidas>.
- Vega, F. (5 de Agosto de 2020). *Antecedentes del Sistema Penal Acusatorio de Panamá*. Obtenido de Story Maps: <https://storymaps.arcgis.com/stories/5ce812b549af418192c14ecd46de57>

Cuadro N°1. Del Sistema Inquisitivo al Sistema Penal Acusatorio.

Cuadro comparativo y de reflexión de algunas instituciones jurídicas que marcan una clara distinción entre ambos procesos penales.

Tema	Sistema Inquisitivo	Sistema Penal Acusatorio
Concentración de Funciones de Investigación y Juzgamiento.	Estaba en un solo ente, lo que a todas luces vulneraba el derecho	En este sistema sí existe una total independencia y separación, de

	del acusado de estar frente a un juez imparcial.	manera clara, de las funciones de investigar y de juzgar.
Características y Objeto de la Fase de Instrucción.	Era la esencia del proceso, la sentencia se fundamentaba en la prueba que se recogía con la instrucción del sumario.	Aquí, conocida como fase de investigación, que es la etapa preparatoria al juicio.
Principio de Permanencia de la Prueba.	Se basaba, sobre todo, en ese principio de manera que la misma podía producirse desde el inicio de la investigación, pero, lo delicado es que con esa misma prueba dictaban la sentencia.	La prueba nace en el juicio después que es sometida al interrogatorio y contra interrogatorio; es decir, que se haya sometido al contradictorio y a la inmediación por parte del tribunal de juicio.
Formas del Juicio.	Era predominante escritural, poca oralidad.	Es predominantemente oral empero, no totalmente oral, existen actuaciones que se dan mediante la escritura.
Principios.	En cuanto a los principios tales como publicidad, inmediación y contradicción, poco se desarrollaban; es decir, eran nulos.	En este sistema cobran mayor relevancia. Cabe aclarar que, aunque la imputación no es del todo controvertida las demás audiencias sí, al igual que desde la imputación; salvo excepciones, los otros principios sí se aplican.
Control Social.	Los medios de comunicación que, en muchas ocasiones, son los ojos y oídos de la sociedad, en este sistema tenían acceso restringido, por regla general.	En sentido contrario, aquí la audiencia se rige, por regla general, a través del principio de publicidad y, de hecho, las audiencias son públicas, es la regla general, la excepción es que no lo sean.
Cadena de Custodia.	No se aplica la cadena de custodia como el medio para proteger las pruebas, ya que opera el principio de permanencia de la prueba.	Es un instrumento idóneo y exigido como aquel mecanismo que salva guarda la identidad, mismidad de la prueba y, por supuesto, su autenticidad.
Valoración de la Prueba.	Operaba la prueba tazada o la prueba legal.	Mediante la sana crítica, la máxima de la experiencia y la lógica el tribunal valoraba la prueba, a través del principio de inmediación.
Principio de Oficiosidad.	Aquí, mediante el principio de legalidad, el funcionario tenía la obligación de investigar todos los delitos de acción pública que se conociera.	Como una excepción al principio de legalidad aparece el criterio de oportunidad, en el cual el funcionario puede prescindir de la investigación. Art 212.
Formas de Terminación Anticipada del Proceso.	Nunca terminaban los procesos de manera anticipada, los mismos eran prolongados.	Aparecen las formas alternas de resolución del conflicto, cuyo fin último es evitar que cualquier causa llegue a juicio.
Libertad.	La detención preventiva era la medida cautelar por excelencia.	Se salva guarda la libertad de tránsito del imputado, salvo excepciones.
Procedimientos de Solución de	No eran parte del sistema.	Se impele, se motiva a que se

Conflictos.		exploran los medios pacíficos de solución de la controversia.
Derecho de Defensa.	Tenía poca beligerancia, ya que esta solo iniciaba su actuación, por regla general, cuando se conformaba el sumario.	Es un derecho fundamental de todo procesado desde el primer acto de investigación y es beligerante.
Tratamiento de la Víctima.	No jugaba un papel importante, como tal, dentro de la causa.	Desarrolla un papel preponderante en el proceso, por lo menos para ciertas actuaciones; pero, lo que sí es cierto es que se le da el tratamiento mediante instituciones que le brinda una gran protección.
Presunción de Inocencia.	No operaba de pleno derecho; en ocasiones, primaba la presunción de culpabilidad, al punto que la carga de la prueba recae sobre el acusado.	Se reconoce de pleno derecho al punto que, la carga de la prueba la lleva en el ente acusador, quien tiene la obligación de resquebrajar este estado de inocencia en el juicio, sin lugar a ninguna duda.

La Fase de Juicio Oral en el Sistema Penal Acusatorio Panameño

César Román Tello Solano

Ministerio Público Fiscal de Circuito

País: Panamá

cesa@procuraduria.gob.pa / ctello27864@gmail.com

ORCID 0000-0002-5685-8853

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN.

El juicio oral en palabras del profesor Alberto Binder constituye el centro del proceso penal. En él se vierte la filosofía y estrategia dibujada en la teoría del caso que comienza a hilvanarse desde el acto de imputación. A pesar que el diseño metodológico del sistema aspira a llevar el menor número de casos posibles a juicio, esto no desconoce la capital importancia que éste tiene como concreción y exposición del resultado de la imputación y acusación, como fases previas y preparatorias del juicio oral. Su carácter acusatorio y adversarial encuentra abrigo en el juicio oral, el cual tiene como soporte el principio de contradictorio, en los elementos que comporta en su dialéctica, alegato de apertura, interrogatorio directo, conainterrogatorio y alegato de cierre.

El juicio oral en términos prácticos viene a ser el resultado final del esfuerzo investigativo, con una alta dosis de conocimiento de los hechos jurídicamente relevantes, manejo en la exposición de la prueba y, técnicas y destrezas de litigación.

Palabras claves

Sistema penal acusatorio, adversarial, contradictorio, prueba de refutación, anticipo jurisdiccional de la prueba, revictimización, alegato de apertura, interrogatorio directo, conainterrogatorio, alegato de cierre.

SUMMARY

The oral trial in the words of Professor Alberto Binder constitutes the center of the criminal process. In it, the philosophy and strategy outlined in the theory of the case that begins to string together from the act of imputation is poured. Despite the fact that the methodological design of the system aspires to bring the fewest number of cases possible to trial, this does not ignore the paramount importance that it has as a specification and exposure of the result of the imputation and accusation, as previous and preparatory phases of the oral trial. Its accusatory and adversarial nature finds shelter in the oral trial, which is supported by the principle of adversary, in the elements that it involves in its dialectic, opening statement, direct questioning, cross-examination and closing statement. The oral trial in practical terms becomes the final result of the investigative effort, with a high dose of knowledge of the legally relevant facts, management in the presentation of the evidence and litigation techniques and skills.

Keywords

Accusatory, adversarial, contradictory criminal system, rebuttal evidence, jurisdictional advance of evidence, revictimization, opening argument, direct interrogation, cross-examination, closing argument.

1. Introducción.

El ejercicio de la acción y persecución penal en nuestro medio le ha sido delegada al Ministerio Público, particularmente a la Procuraduría General de la Nación. Desde este rol, el fiscal se constituye en director jurídico de la investigación, junto a sus brazos auxiliares y científicos, Policía Nacional, Instituto de Medicina Legal y Dirección de Investigación Judicial.

La activación de una causa en sede penal, puede darse de varias maneras: oficiosa, por denuncia o por querrela. Resulta importante este apartado porque al tenor del código procesal penal, algunos delitos tienen condiciones de procedibilidad para su inicio.

El proceso penal inicia formalmente con el acto de imputación, mediante el cual se obtiene la vinculación de una persona a los hechos jurídicamente relevantes, incluyendo la calificación jurídica y su participación criminal. Desde este momento el fiscal va construyendo la arquitectura del proceso dando forma a la teoría del caso con sus tres elementos: fáctico (hechos), jurídico (teoría jurídica) y probatorio (medios de prueba). La dinámica y actividad del fiscal en el curso de la fase de investigación, debe enriquecer estos elementos que lo llevarán ulteriormente al juicio de valor que corresponda, sin perder de vista que el sistema de corte adversarial está diseñado para que un ínfimo número de causas llegue al extremo del juicio oral. Sin embargo, toda la actividad que se despliega desde la indagación preliminar, transitado por la imputación y posterior acusación van direccionados lógicamente y metodológicamente hacia el juicio oral, en el cual se verterá la teoría del caso.

Visto de otra forma, la actividad procesal que se erige en el transcurso del proceso, viene a lograr su concreción en el juicio oral, desde donde convergen por un lado la presentación inicial, introducción de los medios de prueba ante el tribunal de juicio y alegato de cierre, todos combinados con argumentación jurídica y destrezas de litigación.

No perdamos de vista que los grandes retos del nuevo sistema de enjuiciamiento penal llevan insertos la adversariedad, que nos es otra cosa que el enfrentarse a un adversario, lo que a su vez viene a consolidar el principio del contradictorio, siendo el proceso, un proceso de partes enfrentadas ante un tercero imparcial que se presenta a la sala de audiencias sin conocimiento alguno de las pretensiones que han de serle postuladas en oralidad por los litigantes. Con esta información de calidad que se le provee al juez, éste toma una decisión, siempre tutelando las garantías y derechos fundamentales de los intervinientes.

Sobre la importancia del juicio oral, el profesor Alberto Binder ha realizado las siguientes consideraciones:

“En primer lugar, él constituye la atalaya desde la cual se construye y comprende todo el proceso penal. Esta idea de “centralidad del juicio” surge de su forma adversarial y pública, ligada directamente (como reflejo) de la estructura misma

del conflicto, que sirve de “guía” a toda la organización procesal. En segundo lugar, constituye la fuente de legitimidad principal de toda actividad judicial, inclusive de la figura del juez mismo”⁸⁶

2. Antecedentes del Juicio Oral.

Una vez agotado el término de investigación, este debe ser notificado a los intervinientes. A partir de este momento el fiscal se enfrenta a un vértice de dos caminos procesales. Uno lo conduce hacia el sobreseimiento y el otro al puerto de la acusación. Estas decisiones deben estar acompañadas de razonabilidad, proporcionalidad y sobre todo objetividad respecto a la robustez de los medios probatorios que son los que en un momento dado deben inclinar la balanza hacia uno o el otro camino.

Habiéndose decidido por el sendero de la acusación, se inicia el proceso preparatorio para el juicio oral, una vez decantados los métodos alternos o adecuados de solución del conflicto sin que las partes hayan manifestado interés por éstos, se expondrá en la audiencia de acusación, una suerte de pretensiones que giran en torno a alegaciones previas, nulidades, impedimentos y recusaciones. Constituye el momento para que el fiscal sustente su escrito de acusación y sean expuestos al adversario, la defensa, los medios de prueba que pretende presentar en el juicio oral. Este estadio procesal no es pacífico, ya que el oponente tratará de quitarle medios probatorios al fiscal y al querellante si los hubiere, como quien le quita armas a su oponente para debilitarlo y con ello debilitar también su teoría del caso. El fiscal hará lo propio con los medios probatorios que en su oportunidad exponga la defensa.

Una vez vencida esta etapa de decantación probatoria, los medios de prueba sobrevivientes serán los que en su momento serán develados y expuesto en el juicio oral al tribunal de juicio. Para ello se elabora una pieza conocida como auto de apertura, en la cual además de los medios probatorios, se establecerá la fecha y hora de realización de juicio oral.

3. El Juicio oral y la prueba

En fase de investigación, llámese esta preliminar o enfrentados a un proceso penal como tal, aquellos elementos que recauda el fiscal se llaman elementos de convicción, indicios o evidencias en el caso de elementos materiales. Estos a medida que la investigación va madurando, han de sufrir un proceso de metamorfosis para convertirse ulteriormente en medios de prueba. Esta eclosión o nacimiento como medio probatorio se da precisamente en el escenario del juicio oral. Es allí donde se expone y presenta el medio probatorio legalmente obtenido y que no ha sido tachado de ilegal, en condiciones de oralidad e intermediación del tribunal de juicio.

Empero lo anterior, existen situaciones en las que se hace necesario resguardar de alguna manera el medio probatorio antes del inicio del juicio oral. Estas constituyen excepciones

⁸⁶ Binder, Alberto. Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal. En [INECIP-Binder-Diez-tesis-sobre-la-Reforma.pdf](#), pag. 135

fundadas en presupuestos legales con finalidades puntualmente definidas. Esta figura jurídica se conoce como anticipo jurisdiccional de la prueba.

3.1.El Anticipo Jurisdiccional de la prueba. Sobre el anticipo jurisdiccional de la prueba se puede decir que constituye un adelanto del juicio oral, sin que este haya iniciado formalmente. La finalidad de esta institución jurídica cobra vigencia según el artículo 279 del cpp, en circunstancias en las que se trate de un acto considerado como definitivo o irreplicable, cuando converja un obstáculo difícil de superar siendo probable que no pueda recibirse durante el juicio, cuando el imputado esté prófugo y el tiempo pueda dificultar la conservación de la prueba y finalmente cuando la demora advierta el riesgo de pérdida del medio probatorio.

Su práctica implica evitar la revictimización y ponderar el interés superior del niño, sobre todo en grupo de personas vulnerables como niños y niñas, cuya comparecencia en juicio puede causar algún nivel de afectación psicológica, al ser sometidos a un escenario de juicio oral en el cual ha de enfrentar al supuesto agresor.

La jurisprudencia patria haciendo eco de la Opinión Técnica Consultiva N° 001/2014 de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe - UNODC ROPAN, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, a sostenido la importancia y naturaleza del anticipo jurisdiccional de la prueba en los siguientes términos:

“En la Opinión Técnica Consultiva N° 001/2014 de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe - UNODC ROPAN, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, dicho organismo recomendó lo siguiente:

El contenido del artículo 279 del Código Procesal Penal panameño debe ser leído a la luz de los artículos 3 (principio del interés superior del niño) y 12 (derecho del niño de ser escuchado) de la Convención sobre los Derechos del Niño. En cuanto al principio del interés superior del niño, es importante tener en cuenta que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas concluyó que este principio tiene una naturaleza triple de derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento. Cabría destacar que es con respecto del principio de naturaleza jurídica triple, reconocido como parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico panameño, como se debería interpretar la utilización del anticipo de prueba en los casos de niños víctimas y testigos del delito como un acto definitivo e irreproducible. Su característica irreproducible, sin embargo, no es originada de la posibilidad de la pérdida del elemento probatorio sino de las distintas normas del derecho internacional de los derechos humanos que instan a los Estados a que el derecho del niño de ser escuchado sea realizado de forma que no perjudique su condición psicológica.

En este sentido, se recomienda que las y los fiscales y funcionarios del Ministerio Público de la República de Panamá encargados del litigio de casos que involucren a niños como víctimas y/o testigos, agoten todos los recursos judiciales posibles con vistas a que se reconozca el derecho de un trato no revictimizante a los niños víctimas y testigos y se les conceda, como consecuencia, el derecho a la producción anticipada de la prueba, pudiendo incluso apelar una decisión judicial adversa”.

....

*De acuerdo con este organismo, la adopción del anticipo de prueba en los procesos en que se persiga un delito de agresión sexual cometido en contra de una persona menor de edad, encuentra plena justificación en la posibilidad que la víctima en condiciones de vulnerabilidad pueda iniciar lo antes posible programas o medidas que supongan su reintegración personal y psicológica a la sociedad, en virtud que todo proceso conlleva una dilación en ese sentido y trae como consecuencia que este pase a ocupar el centro en la vida del menor, lo que podría agravar su posible afectación, producto del maltrato institucional, por verse involucrado en un proceso, el cual, en la generalidad de los casos ocasiona tensión en quienes intervienen en él. Aunado a ello, se expone que la pendencia de un proceso puede suponer un riesgo para la seguridad de la víctima y la posible ineficacia de la pretensión punitiva, esto último en razón de que el menor pudiera no declarar llegada la fase de juicio oral o porque en virtud del tiempo transcurrido se olviden detalles que pudieran ser importantes para la decisión”.*⁸⁷

3.2. La prueba de refutación. Esta no tiene la finalidad de llevar información al tribunal, sino controvertir o desacreditar los medios probatorios aportados por el adversario. Con ella se ataca directamente lo que una prueba trata de acreditar, haciéndola poco creíble. Se trata de atacar la idoneidad probatoria del medio de prueba, quitándole su entidad y fuerza probatoria.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha tenido ocasión de conceptualizar la prueba de refutación, advirtiendo a diferencia de nuestra legislación, que su aplicación atañe a quien ejerce la acción penal y a la defensa, dejando de lado a la víctima, quien queda segregada de su aplicación. Veamos un extracto de este interesante fallo:

“Con todo, en el presente asunto, la Sala observa que las víctimas se hallan en una condición procesal diversa a aquella de los adversarios. Como se señaló en la sección anterior, la prueba de refutación se solicita y se practica en el juicio público y oral, audiencia fundamentalmente acusatoria, en la que, en consecuencia, los protagonistas directos e inmediatos son el acusador y el acusado, en equivalentes condiciones e igualdad de armas. De ahí que la posición de la víctima en este caso no sea en ningún sentido asimilable a aquella que representan las partes.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia de Apelación de Amparo de 9 de febrero de 2022. M.P. Otilda Valderrama. Expediente 119965-2021

...Lo anterior muestra que la prueba de refutación es un elemento a disposición de las partes, de carácter esencialmente estratégico. Esto, porque su fin no es demostrar cuestiones de hecho relativas a la responsabilidad del acusado, sino circunstancias que comprometen la credibilidad de otras pruebas practicadas en el juicio oral. Si bien, indirectamente, la prueba de refutación puede tener consecuencias en la convicción del juez acerca del tema principal de prueba, esa relación no es evidente e inmediata. El medio de refutación no es de suyo un elemento de persuasión sobre los hechos que convocan el juicio, sino una herramienta permitida entre las partes para controvertir el desempeño de las pruebas.

...

En suma, la prueba de refutación está comprendida dentro de las armas estratégicas de las que disponen las partes y, no obstante, las diferencias indicadas en las consideraciones de esta sentencia, es un medio para rebatir las evidencias adversas, como también lo son la impugnación de la credibilidad del testigo y el uso del contrainterrogatorio. Por lo tanto, es una herramienta propia del debate probatorio que se desarrolla en el juicio público y oral, cuyo uso solo puede recaer en el acusador y el acusado, como garantía del principio de igualdad de armas”⁸⁸.

4. **Rol de la víctima en el juicio oral.** Nuestra propuesta procesal penal ha ampliado el concepto de víctima que vemos retratado en el artículo 79 y le extiende una serie de derechos establecidos en el artículo 80. Ahora bien, para exigir la responsabilidad penal del imputado y con ello obtener la indemnización civil por los daños y perjuicio derivados del delito, ha de constituirse en querellante.

Si el delito es perseguible de oficio, el querellante puede convertirse en querellante coadyuvante, mientras que, al tratarse de un delito no perseguible de oficio, estaríamos hablando de querrela necesaria, caso de delitos de acción privada (art.114 cpp). Consolidando el principio de igualdad de armas, el querellante es sujeto procesal y de ello deriva su derecho a incorporar al debate los medios de prueba que conduzcan a demostrar la responsabilidad penal, así como la naturaleza y cuantía de los daños y perjuicio derivados del delito (art. 91 cpp).

5. **El Alegato de Apertura.**

Con el alegato de apertura se da inicio formal al juicio oral. Es la oportunidad precisa para exponerle al tribunal de juicio nuestra teoría del caso, que puede venir acompañada con un tema que pensemos guarde relación con el cuadro fáctico o los hechos jurídicamente relevantes que deben ser congruentes con aquellos expuestos en el acto de imputación. No es un ejercicio argumentativo, ya que recordemos que el tribunal de juicio llega totalmente en blanco a la sala de audiencias y nada sabe sobre los antecedentes de la causa.

⁸⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de inconstitucionalidad C-473/16 de 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Para Carla Pratt parafraseando a la doctrina, el alegato de apertura puede definirse así:

“El alegato de apertura, sería en dicho ejemplo, el corto de esa película que todos observamos cuando vamos al cine y estamos al cine y estamos en esa sala. Esos cortometrajes, tiene ciertos elementos en común, como, por ejemplo, son breves, claros, llaman la atención, pero, sobre todo, nos dan la parte más importante de la película, que nos permite entender de qué se trata ésta. Tomar dichos elementos para nuestro alegato de apertura, puede ser inmensamente generoso”⁸⁹

Veamos algunas de las características que reviste el alegato de apertura:

- 5.1. **Primer contacto con el tribunal de juicio.** Este primer contacto es sumamente importante, no solo para presentarnos al tribunal, sino para causar buena impresión y sobre todo demostrar la fortaleza de nuestra teoría del caso. Los seres humanos tenemos una construcción psicológica que nos lleva a recordar o enfatizar lo que escuchamos primero, lo cual puede ser motivado porque mantenemos mejor nivel de concentración y menos intensidad de la fatiga natural que se suma al pasar las horas o los días que pueda durar el juicio oral.
 - 5.2. **Libro en blanco.** El tribunal de juicio constituye un libro en blanco, en el cual iremos escribiendo a partir del alegato de apertura todas nuestras estrategias, fortalezas e igualmente las debilidades que este pueda tener.
 - 5.3. **Momento de ofrecer promesas.** Ciertamente estas promesas deben ser consistentes con nuestra teoría del caso. No se trata de hacer declaraciones utópicas y carentes de credibilidad. Deben ser hilvanadas de forma coherente, y debe sostenerse con los medios probatorios que le ofreceremos a renglón seguido al tribunal. Si no lo hacemos de esta manera, estas promesas serán simple retórica, a manera de un huevo vacío, que solo se compone del cascarón
 - 5.4. **Exposición breve y clara.** Generalmente el litigante dispone de poco tiempo para presentar su alegato de apertura. Deberá hacer gala de una buena capacidad de síntesis que le permita decir mucho hablando poco. Deberá exponer en debida forma los hechos jurídicamente relevantes, y como sus medios probatorios contribuyen a satisfacer cada uno de sus apartados, incluyendo la adecuación jurídica del elemento fáctico al elemento jurídico.
6. **El Interrogatorio Directo.** El interrogatorio directo permite que el tribunal de juicio conozca a nuestros testigos. El testigo debe humanizarse, es decir, ante el tribunal de juicio acreditarlo. No solo se trata de su nombre, sino resaltar actitudes que le den idoneidad y credibilidad ante el tribunal. Todas aquellas virtudes que lo adornen y que hagan pensar al tribunal que tiene en frente a una persona que va a decir la verdad de cuanto sabe y se le pregunte.

Una buena técnica de llevar el interrogatorio directo puede ser:

⁸⁹ Pratt, Carla. Litigación Oral. Centro de Estudio Carbonell, México, 2017, pag. 65

- 6.1. **Definir la información que nuestro testigo debe ofrecer.** La exposición de nuestro testigo debe tener límites. Estos límites deben ser fijados en base a la información de calidad que queremos le provea al tribunal de juicio. La permanencia u duración del interrogatorio debe depender de ello. Tenemos que ver al testigo como una fuente vital de información.
 - 6.2. **Cómo guiar a nuestro testigo.** Estando claros en cuál es la información que queremos le proporcione nuestro testigo al tribunal de juicio, debemos establecer una metodología que nos permita satisfacer este objetivo. Una buena técnica puede ser establecer una dinámica de puntos, es decir del punto uno al punto dos fijamos que debe aportar el testigo, y así sucesivamente del dos al tres, hasta que logramos que el testigo provea toda la información que nos interesa en apoyo a nuestra teoría del caso.
 - 6.3. **Diseño de preguntas abiertas.** Las preguntas abiertas dan lugar a que el testigo pueda estructurar su respuesta en una forma más cómoda. Para ello debe ubicarse en el contexto de los hechos y de aquello que conoce y la forma en que obtuvo contacto con éstos. Preguntas como el qué, quien, cuando, donde, son parte de esta metodología.
 - 6.4. **Debe conocerse la respuesta.** El dominio del caso y sus componentes, nos debe llevar a que una vez se formule una pregunta hemos de poder anticipar o conocer la respuesta del testigo.
7. **El Contrainterrogatorio.** El carácter adversarial de nuestro sistema pondera el principio del contradictorio. En ese sentido una vez surtido el interrogatorio directo, nace la oportunidad para que el adversario ensaye la posibilidad de contrainterrogar. En este ejercicio deben tomarse en cuenta algunas situaciones:
 - 7.1. **Necesidad de contrainterrogar.** La primera reflexión que debemos hacer una vez culmina el interrogatorio directo del testigo de nuestro oponente es establecer la necesidad de contrainterrogar. Para ello debemos tomar en cuenta y hacer una evaluación de los posibles daños que la información aportada por el testigo haya podido causarle a nuestra teoría del caso. En esa misma medida e intensidad debemos enfocar nuestra disposición a contrainterrogar. Si de este juicio de valor estimamos que tal daño no ha sido ocasionado, o que habiéndose ocasionado es ínfimo, entonces tal vez debemos tomar la decisión de no contrainterrogar.
 - 7.2. **Puntualizar contradicciones.** Buena parte de la inversión en el contrainterrogatorio trata de desvirtuar o desacreditar los dichos o información aportada por el testigo, para restarle credibilidad ante el tribunal de juicio. Todas aquellas situaciones en las que el testigo mostró inconsistencias o contradicciones deben explotarse.
 - 7.3. **No olvidar que la estrella es el testigo.** Es importante resaltar que siempre es el testigo el protagonista, no el litigante. Muchas veces se incurre en el error de querer ganar protagonismo ante el tribunal de juicio y esto trae consigo opacar o deslucir

la participación del testigo. Esta mala práctica puede desviar los objetivos del contrainterrogatorio.

7.4. Claridad en los objetivos. Debemos estar claros en nuestros objetivos, es decir, qué deseamos obtener con el contrainterrogatorio. De esta manera identificamos el puerto hacia donde queremos llegar y una vez lo logremos, debemos retirarnos y culminar. Para el litigante es importante establecer el límite hasta donde debemos llegar, o dicho de otra manera cuando debemos retirarnos. Un ejercicio abusivo del contrainterrogatorio sin un norte claro, puede hacernos naufragar y perder el terreno ganado en el contrainterrogatorio.

8. **El Alegato de cierre.** El alegato de cierre constituye la última oportunidad para dirigirse al tribunal de juicio, de allí su importancia argumentativa. Ya el tribunal ha escuchado el alegato de apertura en el cual se hacen promesas; promesas que en el alegato de cierre deben consolidarse y acreditarse. Cada uno de los medios probatorios que han desfilado y que el tribunal ha apreciado con inmediatez deben ser ponderados en el cierre. En su estructura debe tomarse en cuenta lo siguiente:

8.1. Conexión lógica con el alegato de apertura. Entre el alegato de apertura y el alegato de cierre debe haber una conexión lógica y metodológica. No pueden caminar divorciados el uno del otro. Se trata de aperturar poniendo en perspectiva lo que pretendemos acreditar en el curso del proceso en base a nuestra teoría del caso, lo que llega a su concreción con el alegato de cierre.

8.2. Debe poder sintetizar la sentencia. Dando por acreditada nuestra teoría del caso, bajo la fortaleza de nuestra teoría del caso, el alegato de cierre debe representar una síntesis de lo que contendrá la sentencia del tribunal, desde el recuento de los medios probatorios y el valor de cada uno de ellos en función de la acusación los hechos jurídicamente relevantes, la calificación jurídica y el grado de participación criminal.

8.3. Exponer las debilidades de la teoría del caso del adversario. Es el momento oportuno para, de cara al tribunal de juicio, exponer cada una de las debilidades, falencias o contradicciones evidenciadas en el curso del juicio, de la teoría del caso del adversario.

8.4. Análisis pormenorizado de nuestros medios probatorios. Cada uno de los medios de prueba deben ser mencionados con inclusión de lo que se logra acreditar con ellos

8.5. Debe terminar con una solicitud de culpabilidad o no culpabilidad. El cierre debe estar acompañado de una argumentación que termine con una solicitud de culpabilidad o no culpabilidad dependiendo del rol que le toque jugar a cada litigante. Obviamente esta declaración debe estar íntimamente conectada con el devenir del juicio y el impacto que ha podido causar en el tribunal de juicio.

9. Conclusiones

- 9.1. Toda actividad procesal que se edifica en el transcurso del proceso, se concreta en la realización del juicio oral, donde se encuentran de una parte la presentación inicial, introducción de los medios de prueba ante el tribunal de juicio y alegato de cierre, y por la otra todos se amalgaman con argumentación jurídica y destrezas de litigación.
- 9.2. Los retos del nuevo sistema de enjuiciamiento penal surgen a partir de la adversariedad, que nos es otra cosa que el enfrentarse a un adversario, lo que se traduce en aplicación y vigencia del principio del contradictorio.
- 9.3. El anticipo jurisdiccional de la prueba viene a ser, por excepción, un adelanto del juicio oral a pesar que éste aún no ha comenzado formalmente.
- 9.4. La prueba de refutación no tiene como objetivo llevar información al tribunal, sino por el contrario su finalidad es desacreditar los medios probatorios aportados por el adversario. Es un arma que levanta para atacar que la prueba del adversario trata de acreditar, haciéndola poco creíble.
- 9.5. El alegato de apertura, además de ser la primera oportunidad de dirigirnos al tribunal de juicio, debe contener promesas sustentadas en nuestra teoría del caso y sus elementos constitutivos.
- 9.6. El interrogatorio directo es el medio para proveer al tribunal de juicio de la información de calidad, con la cual vamos dando forma y consolidando nuestra teoría del caso
- 9.7. El contrainterrogatorio, una vez valorada su necesidad, debe contener objetivos claros que giran en torno a los posibles daños que el interrogatorio directo haya podido causar a nuestra teoría del caso.
- 9.8. El alegato de cierre debe representar un resumen de lo transcurrido en el juicio e igualmente servir de base a la sentencia que esperamos obtener por parte del tribunal de juicio

10. Bibliografía

Binder, Alberto. Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia penal. En [INECIP-Binder-Diez-tesis-sobre-la-Reforma.pdf](#).

Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia de Apelación de Amparo de 9 de febrero de 2022. M.P. Otilda Valderrama. Expediente 119965-2021.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de inconstitucionalidad C-473/16 de 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Pratt, Carla. Litigación Oral. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2017, 171 páginas.

PANAMÁ Y LA GUERRA DE LAS MALVINAS

Oscar Vargas Velarde

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

País: Panamá

oscar.vargas@up.ac.pa / oscar_vargasvelarde@hotmail.com

ORCID 0000-0002-5423-465x

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Resumen

Hace cuarenta años, la República Argentina recuperó las Islas Malvinas, las Georgias del Sur y las Sandwich, así como las áreas circundantes, en una acción legítima sobre el territorio insular y marítimo usurpado por el colonialismo inglés. Ante esta situación, el Gobierno panameño realizó una titánica labor en la ONU y en la OEA, en defensa de la causa argentina, que no es diferente a la que enarbó la República de Panamá en ese viacrucis por la erradicación del enclave colonial estadounidense, la entrega del Canal al soberano territorial y el desalo de las bases militares extranjeras del territorio nacional. En este ensayo se explican las diferentes acciones solidarias de nuestro país, en esos foros internacionales, con el propósito de hacer que prevaleciera la razón y el Derecho Internacional a favor de los pueblos que aún hoy día luchan por su descolonización.

Palabras Clave

Colonialismo- Malvinas-Argentina-Gran Bretaña-Panamá-Onu-Oea-Tiar

Abstract

Forty years ago, the Argentine Republic recovered the Malvinas, South Georgia and Sandwich Islands, as well as the surrounding areas, in a legitimate action on the insular and maritime territory usurped by English colonialism. Faced with this situation, the Panamanian government carried out a titanic job in the UN and in the OAS, in defense of the Argentine cause, which is not different from the one raised by the Republic of Panama in that viacrucis for the eradication of the US colonial enclave, the delivery of the Canal to the territorial sovereign and the removal of foreign military bases from the national territory. This essay explains the different solidarity actions of our country, in these international forums, with the purpose of making reason and International Law prevail in favor of the peoples who still fight for their decolonization today.

KEYWORDS

COLONIALISM-MALVINAS-ARGENTINA-GREAT BRITAIN-PANAMA-UN-OAS-TIAR

I. LA RECUPERACIÓN DE LAS MALVINAS

El mundo se sacudió por el enfrentamiento bélico entre Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, conocido como la Guerra de las Malvinas, conflicto militar de amplias repercusiones que tuvo lugar en el Atlántico Sur entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982.

Tropas argentinas desembarcaron el 2 de abril en Port Stanley, llamado por los argentinos Puerto Argentino, capital de las islas Malvinas, las Georgias del Sur y las Sandwich del Sur, derrotaron a la guarnición británica y recobraron el ejercicio de la soberanía en tales territorios usurpados por el colonialismo de la Rubia Albión desde 1833.

El Gobierno de la primera ministra Margaret Thatcher, tras reputar ese proceder como “invasión”, utilizó todo su poderío militar con una fuerza expedicionaria con veinticinco mil soldados para revertir la victoria argentina tras la cual fue la primera ocasión en ciento cuarenta y nueve años que, por poco más de tres meses, ondeó en esas tierras la bandera de la nación soberana. La colaboración de los Estados Unidos de América con los ingleses fue “valiosa” para contribuir al “triumfo” de la potencia colonial, por su apoyo, con el suministro de soporte satelital, armas de alto calibre e información de tecnología e inteligencia a Gran Bretaña. Otros países también le mostraron indisimulado respaldo como fueron los casos de Francia, Alemania, Italia, Canadá y Japón.

Esta guerra, de setenta y cuatro días, experimentó sangrientos combates navales, aéreos y terrestres, y produjo la muerte de seiscientos cuarenta y nueve argentinos, doscientos cincuenta y cinco británicos y tres habitantes de las islas.

El país sudamericano a través de su vida republicana no ha transigido en su política encaminada a resolver este diferendo, aún pendiente, para que esos territorios terrestres y marítimos retornen a su soberanía desde ese mismo año de 1833. Tras la Segunda Guerra Mundial y la constitución de la Organización de las Naciones Unidas, el reclamo argentino tomó renovado impulso, sobre todo después de la resolución 1514 (XV), adoptada el 1960 por la Asamblea General de esa organización mundial en torno a la “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”. En 1965, la Asamblea General de la ONU, por medio de la resolución 2065 (XX), reconoció que sobre esas islas existía una disputa en relación con la soberanía de esos territorios e hizo un llamado a las partes para resolver pacíficamente ese diferendo. Así, dijo textualmente “Que el caso de las Islas Malvinas es una de las formas de colonialismo al que debe ponerse fin”; “Que en este caso subyace una disputa de soberanía entre los gobiernos argentino y británico”, y “Que la forma de encontrarle una solución es a través de las negociaciones bilaterales entre ambos gobiernos”. Estas tratativas requieren tomar en consideración los principios y los propósitos de la Carta de la ONU y de la resolución 1514 (XV), así como los intereses de la población de las islas. La Asamblea General, en sus sesiones de 1973, expuso la necesidad de apurar las negociaciones que se encontraban en curso, y en virtud de la resolución 3160 (XXVIII), instó a las partes a proseguir estas negociaciones sin dilación. Sin embargo, Gran Bretaña no mostraba ningún interés serio al respecto y las tensiones tuvieron un escalamiento.

Se atribuye hoy la acción reivindicatoria de la Junta Militar, tercer gobierno castrense presidido el general Leopoldo Fortunato Galtieri, autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”, a la baja popularidad y a la severa crisis económica que cundía en Argentina. Sin juzgar las motivaciones de esa Junta Militar, secuencia del poder ilegítimo que gobernaba desde 1976 -cuya acción en las Malvinas propició a lo interno en Argentina, pese al represivo régimen, un respaldo ciudadano, pero a lo externo su repercusión fue negativa porque la operación se percibió como un mecanismo de cohesión nacional ante a los problemas políticos y económicos del régimen ahora bajo las riendas del general Fortunato Leopoldo Galtieri-, no hay lugar para poner en duda el derecho legítimo e histórico de ese hermano país a reivindicar las Malvinas y las demás islas del indebido

dominio inglés, así como Panamá tenía el derecho inmanente de reclamar el desmantelamiento del régimen colonial enclavado en la Zona del Canal por los anglosajones de la superpotencia localizada al norte del continente americano.



Islas Malvinas (Pauta-Goblabl WordPress.com).

Es más, aparte del preeminente asunto de la soberanía, estas islas tienen importantes recursos naturales y enorme relevancia geoestratégica. Al respecto, Claudio Alberio Briceño Monzón, en su tesis doctoral intitulada *La cuestión fronteriza en la conformación de la política internacional en Argentina y Venezuela: siglos XIX-XX*, expone con base en diversos estudios, tal punto así:

“Estas islas adquirieron gran importancia hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX cuando se produjo la gran carrera al Polo Sur y la explotación de la lana y el cobro del derecho de pesca, le dieron justificación económica y Puerto Stanley cobró valor político para justificar las pretensiones británicas sobre el territorio antártico. La apertura del Canal de Panamá y el desarrollo de la aviación le restaron posteriormente importancia a las islas Malvinas, que se convirtieron en un asentamiento de criadores de ovejas, con sus 1800 habitantes, mayoritariamente británicos.

El motivo de la usurpación británica de las islas del Atlántico Sur, no es la misma la de 1833, que había sido para certificar la operación de sus loberos y disponer de un asiento estratégico para la navegación de cabotaje. La razón de la importancia de las islas Malvinas-Georgias-Sandwich del Sur es muy diferente para los ingleses en 1982, en donde la circunstancia de amparar la posesión del archipiélago certificaba nuevas ambiciones. El hallazgo y existencia de significativos yacimientos de petróleo en el Atlántico sudoccidental sustentó contundentemente en la problemática coetánea. En 1975 se presentaron las primeras referencias de reconocimientos de los recursos marinos inmediatos a las Malvinas y se emprendió una misión científica con el objetivo de evaluar las condiciones de las islas y las perspectivas que podían ofrecer a Gran Bretaña. El informe de la Misión Shackleton, publicado en 1976, proporcionó relevante información sobre las riquezas petrolíferas que podrían cobijar las plataformas continentales adyacentes así como también la pesca, la riqueza de algas, moluscos y crustáceos, particularmente del Krill, cuya explotación comercial recién estaba en sus comienzos. El informe remata señalando que en vista que la riqueza no estaba en las islas, sino en el mar, la explotación y la explotación posterior de los

recursos establecía la controversia por las jurisdicciones marítimas; por lo tanto, resultaba indispensable para el desarrollo regional la cooperación con Argentina”. (Briceño Mozón, 2014).

II. EL ENFOQUE DEL GOBIERNO PANAMEÑO

El Gobierno panameño -posición que asumían otros países latinoamericanos- calificaba la realidad colonial en las Malvinas de “situación anacrónica que no tiene razón de persistir en el mundo contemporáneo”, por cuanto es lesiva a la integridad territorial y a la dignidad de los Estados”. Panamá que, con los Tratados Torrijos-Carter, había logrado que el 31 de diciembre de 1999 el Canal fuera entregado a los panameños, el desmantelamiento del enclave colonial y la salida de las tropas estadounidenses del territorio nacional, era un país solidario con la Argentina que reclamaba su legítima soberanía sobre el Archipiélago de las Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich de Sur y sus zonas adyacentes.

Por eso, en una reunión en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores -en la que estuvieron presentes el doctor Arístides Royo, presidente de la República, el doctor Jorge E. Illueca, ministro de Relaciones Exteriores y otros altos miembros del equipo gubernamental- con los jefes de misiones diplomáticas de América Latina acreditadas en Panamá, condenó la agresión de las fuerzas armadas británicas a los aeropuertos argentinos en las islas Malvinas, lo que constituía una seria escalada del conflicto del Atlántico Sur y de ello podrían resultar terribles ramificaciones para la paz y la seguridad internacionales, tanto en el nuestro continente como en el resto del mundo.

El propio presidente de la República hizo constar la justificable alarma por “el condenable ataque y hundimiento del crucero argentino ‘General Belgrano’ cometido (...) por la armada británica en el Atlántico Sur, dentro de la zona geográfica de seguridad definida en el Artículo 4.º del Tratado Interamericano del Tratado de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro de 1947 y fuera de la zona del radio de 200 millas náuticas alrededor de las Islas Malvinas, que corresponde a la zona de exclusión marítima fijada arbitrariamente por Inglaterra”. (Memoria, 1981).

El presidente censuraba de “acción dolorosa sin precedentes” la pérdida de más de seiscientas vidas argentinas, que constituía un duelo para Argentina y América Latina y merecía la condena y el repudio universal por su carácter de crimen de lesa humanidad.

El Gobierno Nacional pedía a los gobiernos latinoamericanos asumir las medidas cuyas condiciones le permitieran adoptar en vías de que cesaran las hostilidades de la armada británica contra los argentinos en el Atlántico Sur, en agravamiento del conflicto y con probabilidad de provocar una conflagración a nivel mundial.

Reputaba necesario intensificar las gestiones enfiladas a la solución pacífica del conflicto, resguardando los derechos de soberanía de la República Argentina con respecto a las islas Malvinas y los intereses de los pobladores de estas islas.

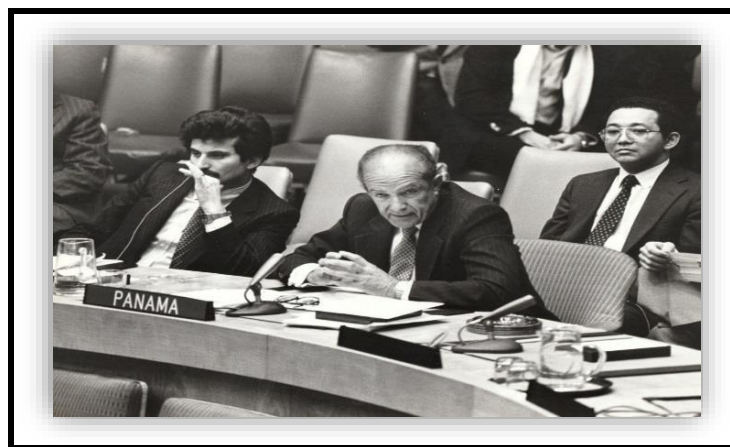
Abogaba por el levantamiento de las medidas coercitivas, políticas y económicas, impuestas por la Comunidad Económica Europea, los Estados Unidos de América y otros Estados contra el pueblo argentino, porque eran discordantes con el Derecho Internacional.

Promovía las consultas recíprocas inaplazables entre los gobiernos en las vías productivas para colaborar con Argentina, con la defensa común de los Estados de Latinoamérica con el restablecimiento de la paz y la seguridad continental.

Invitaba a los países latinoamericano, ante la inminente reunión del Consejo de Seguridad que se había convocado, a que por conducto de sus representantes en las Naciones Unidas consideraran participar activamente en sus debates “a fin de que América latina haga sentir el peso de su presencia política y moral en la Organización Mundial”. (Memoria, 1981).

III. LA DEFENSA DE PANAMÁ A FAVOR DE ARGENTINA EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU

El ministro Jorge E. Illueca, en defensa de la nación argentina, viajó a Nueva York para participar en las sesiones del Consejo de Seguridad, del cual Panamá formaba parte, a cuyo cargo están asegurar la paz y la seguridad internacionales, en problemática ocasión porque la entonces Comunidad Económica Europea, la Alianza del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), la Mancomunidad de Naciones o Commonwealth (por supuesto) y ciertos Estados miembros de la ONU y del propio Consejo brindaban pleno respaldo al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, con el subterfugio de la ilegalidad internacional de la acción de Buenos Aires, debido al “uso de la fuerza” o por complicidad con el colonialismo, “en empresa absurda, anacrónica y colonial”, “cuando el colonialismo ha sido proscrito por las Naciones Unidas”.



El ministro de Relaciones Exteriores, Jorge E. Illueca, hace uso de la palabra en las sesiones del Consejo de Seguridad de la ONU. A la izquierda del Dr. Illueca, al fondo, el embajador Leonardo Kam, representante adjunto de Panamá en las Naciones Unidas. (Colección del Dr. Enrique M. Illueca).

“Panamá -dijo el canciller Illueca- está en contra del uso de la fuerza como medio de solución, pero esa fuerza solamente es ilegítima, es ilícita, cuando se ejerce contra los derechos de los pueblos. Pero cuando un país en su propio territorio usa los símbolos de su soberanía para hacerlos efectivos o reales, no puede considerarse que allí ha habido un uso ilegítimo de sus recursos”. Esto es así porque “no puede un Estado invadir su propio suelo”.

En nombre de Panamá y de Latinoamérica, pidió que le otorgara un mandato al secretario general y este llevara adelante la decisión del Consejo de restablecer la paz y que solo podría ejercerse “cuando haya cesado el fuego y haya separación de fuerzas”, aun cuando eso no era posible en esos momentos por “la actitud intransigente del Reino Unido”. La “agresión británica contra el pueblo argentino”, es una “agresión contra América Latina”. El enorme peligro que entrañaba el conflicto le estaba haciendo un daño irreparable al sistema de las Naciones Unidas.

De modo inteligente, denunció en presencia de la embajadora Jeanne Kilpatrick, la política de la administración del presidente Ronald Reagan que, según fuentes originadas en Estados Unidos de América, había dispuesto armas, entre ellas, misiles (incluidos los tierra-aire) y equipo de radar para transferirlas a Gran Bretaña; varios aviones de reabastecimiento se habían asignado a este país; y también había incrementado su inteligencia para suministrarle información orientada a las armas vendidas a la Argentina y así los británicos estarían en capacidad de hacerles la guerra con ventaja. Es decir, los gringos estarían suministrando material de guerra, tecnologías, esquemas y asistencia técnica a la potencia colonial de las Malvinas. “Pienso realmente -decía el ministro Illueca- que esto es tan

grave en momentos que se está llevando una acción bélica de grandes proporciones sobre un esquema colonial, que perjudica enormemente los intereses de un país hermano de América Latina y que está lesionado de una manera profunda las relaciones en este hemisferio”.

El Gobierno de los Estados Unidos de América en los inicios de la guerra se había ofrecido a mediar en la crisis, cuya fórmula implicaba la presencia de tropas de estadounidenses en las islas Malvinas. Esta propuesta fue desechada por el Gobierno argentino, por boca del doctor Nicanor Costa Méndez, ministro de Relaciones Exteriores y Culto. Después fue puesta al descubierto la cara falaz de esa superpotencia, pues en realidad se puso al lado del Reino Unido y no de un país hermano del continente americano, como lo es Argentina; pues no solo prestó su respaldo al agresor colonial, incluyendo la información de sus satélites y sus observatorios instalados en tierras sureñas, sino que utilizó ilegítimamente su presencia en el Canal de Panamá en forma solidaria con su Madre Patria, en violación a lo pactado en los Tratados del Canal de Panamá de 1977, al permitirle el paso expedido de sus naves de guerra. No había lugar al menor titubeo: el presidente Reagan estaba en estrecha y franca *manguala* -como se dice en el coloquio colombiano- con la primera ministra Thatcher.

El canciller panameño en un momento de las sesiones se vio precisado a usar inflexiones de voz y locuciones duras porque el país colonial y los enemigos de las reivindicaciones argentinas habían convertido al Consejo de Seguridad en una especie de club social, en donde las sesiones parecían reuniones de viejas amistades y no de representantes de naciones que debían poner fin a cualquier enfrentamiento y derramamiento de sangre, y encaminarse a explorar las fórmulas para zanjar la querrela anticolonial. El ambiente en el Consejo era el de “un mar de rosas”, me comentó el doctor Illueca. Eso explica varias de sus expresiones en ese organismo, entre ellas, las alusivas al sistema glandular de la primera ministra británica, en este caso criticadas acre, acerba e hipócritamente (sus voceros se “rasgaban las vestiduras”) por medios de comunicación opositores en Panamá y aún en las filas de los cuarteles (tanto fue la batahola interna que a su regreso al país fue convocado a la Comandancia de la Guardia Nacional por el general Rubén Darío Paredes, su comodante en jefe, que estuvo acompañado de figuras civiles y militares, políticos y especialistas, en una especie de “juicio político”, en el cual como resultado hubo consenso alrededor de su postura en ese organismo), sin reparar en la gravedad de lo que estaba sucediendo en el Atlántico Sur que cobraba valiosas vidas de la juventud argentina. El ministro Illueca se caracterizó de tal modo en sus palabras en el Consejo que la reunión adquirió el tono formal y responsable que debía tener tan serio incidente internacional que permitía a un país soberano del Tercer Mundo ejercer sus atributos soberanos en una región que le pertenece por derecho propio, toda vez que “Las Islas Malvinas y sus dependencias, las Georgias del Sur y las Sandwich del Sur, son territorio argentino, tradicionalmente argentino, históricamente argentino”. En otras palabras, “fueron, son y seguirán siendo argentinas”.

El embajador británico, Sir Anthony Parsons, calificó la alocución del ministro panameño de pirotecnia verbal con cometarios de mal gusto; el ministro Illueca le ripostó que los nombres de los quince miembros del Consejo en las actas de las sesiones aparecían anteceditos por el trato de “Señor”, con excepción del representante británico a quien se le trataba de “Sir”, lo que sí era de mal gusto. Debía decir “señor Anthony Parsons”, porque “Las Naciones Unidas no tiene establecido (...) ningún sistema monárquico ni de privilegios ni de títulos”.

El ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina y los representantes de Brasil, Bolivia y Perú, que no eran miembros del Consejo de Seguridad, lograron la autorización del presidente de este organismo para participar en el debate y defendieron los derechos de la República Argentina. En su calidad de miembro del Consejo, “Panamá asumió el rol de vocero de los países latinoamericanos en defensa de la soberanía e integridad argentina” (*Memoria*, 1982). Illueca, dice la revista colombiana *Semana*, fue “uno de los más fogosos oradores en la ONU contra el papel norteamericano ante el conflicto de Malvinas”.

En el Consejo de Seguridad se consideraron dos proyectos de resolución: el proyecto panameño y el proyecto británico. El canciller Illueca aportó el texto, que literalmente dice lo siguiente:

“El Consejo de Seguridad

Habiendo escuchado la queja del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con relación a medidas recientes adoptadas por la República Argentina en la región de las islas Malvinas

Habiendo tomado nota de la carta del representante de la República Argentina de fecha 1 de abril de 1982 (S/14.940),

Habiendo escuchado la declaración del ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, de que la situación planteada se deriva de la existencia de un problema colonial,

Considerando que la pretensión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de perpetuar su ocupación ilegal y dominio colonial de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur afecta la integridad territorial de la República Argentina y constituye una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales,

Recordando las Resoluciones 1.514 (XV), de 14 de diciembre de 1960; 2.065 (XX), de 16 de diciembre de 1965; 3.160 (XXVIII), de 14 de diciembre de 1973, y 31/49, de 17 de diciembre de 1976, de la Asamblea General de las Naciones Unidas,

Teniendo en cuenta los párrafos relativos a la cuestión de las islas Malvinas que contiene la Declaración Política aprobada por la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de los Países No Alineados celebrada en Lima del 25 al 30 de agosto de 1975; la declaración política adoptada por la V Conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados, celebrada en Colombo del 15 al 19 de agosto de 1976; la declaración política adoptada por la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de los Países No Alineados celebrada en Belgrado del 25 al 30 de julio de 1978; la declaración política adoptada por la Conferencia de jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados celebrada en La Habana del 3 al 9 de septiembre de 1979; y la declaración política adoptada por la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de los Países No Alineados celebrada en Nueva Delhi del 9 al 13 de febrero de 1981.

1. *Exhorta* con urgencia al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que ponga fin a su conducta hostil, se abstenga de toda amenaza o uso de la fuerza y colabore con la República Argentina en la descolonización de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur;
2. *Solicita* a ambos Gobiernos que lleven a cabo de inmediato negociaciones para poner término a la presente situación de tensión, respetando debidamente la soberanía argentina sobre dichos territorios y los intereses de sus habitantes”.

El proyecto británico fue defendido por Australia, Canadá y Nueva Zelanda, miembros de la *Commonwealth*. Su texto enuncia:

“El Consejo de Seguridad

Recordando la declaración formulada por el Presidente del Consejo de Seguridad en la sesión 2.345.a del Consejo de Seguridad celebrada el 1 de abril de 1982, en la que se instaba a los gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que se abstuvieran del uso o la amenaza de la fuerza en la región de las islas Falklands.

Profundamente preocupado por los informes acerca de una invasión por fuerzas armadas de la Argentina el 2 de abril de 1982,

Declarando que existe un quebrantamiento de la paz en la región de las islas Falklands,

1. *Exige* la cesación inmediata de las hostilidades;
2. *Exige* la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las islas Falklands;
3. *Exhorta* a los Gobiernos de la Argentina y el Reino Unido a que procuren una solución diplomática a sus diferencias y a que respeten plenamente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

No obstante todos sus empeños, en los cuales brilló más que nunca su asombrosa capacidad y su verbo parlamentario, el Consejo de Seguridad aprobó su resolución, con base en el proyecto presentado por el Reino Unido, con la cantidad de diez votos, incluyendo los de la Gran Bretaña, los Estados Unidos de América y Francia, miembros permanentes del organismo, en perjuicio de la reivindicación argentina. El colonialismo inglés, coludido con la Vieja Europa y el imperialismo estadounidense, avasallaba otra vez a los pueblos del Tercer Mundo. El Consejo de Seguridad adoptó el 3 de abril la Resolución 502 (1982), que *ad litteram* dice:

“El Consejo de Seguridad,

Recordando la declaración formulada por el Presidente del Consejo de Seguridad en la 2345a. sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 1ro. de abril de 1982 (S/14944), en la que se instaba a los gobiernos de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que se abstuvieran del uso de la amenaza de la fuerza en la región de las Islas Malvinas (Falkland Islands),

Profundamente preocupado por los informes acerca de una invasión por parte de las fuerzas armadas de la República Argentina el 2 de abril de 1982.

Declarando que existe un quebrantamiento de la paz en la región de las Islas Malvinas (Falkland Islands),

1. *Exige* la cesación inmediata de las hostilidades,
2. *Exige* la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las Islas Malvinas (Falkland Islands),
3. *Exhorta* a los Gobiernos de la República Argentina y el Reino Unido a que procuren hallar una solución diplomática a sus diferencias y a que respeten plenamente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

La representación de América Latina solo pudo lograr en ese foro que a las palabras inglesas *Falkland Islands*, se le agregara la locución española *Islas Malvinas*.

La votación exacta fue la siguiente: diez votos favorables: Francia, Guyana, Irlanda, Japón, Togo, Uganda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América y Zaire. Un voto en contra: Panamá. Cuatro abstenciones: República Popular China, Polonia, España y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Por supuesto, la República de Panamá -un país de escasa población y con su dignidad enhiesta, imbuida del ideal bolivariano y agradecida del respaldo irrestricto de los pueblos oprimidos en su lucha por el perfeccionamiento de su Independencia-, en representación de América Latina, uno de los dos países de esta región que formaban parte del organismo, por conducto de su ministro de Relaciones Exteriores profirió su digno y solitario voto por la causa de ese pueblo sudamericano valiente y heroico. Para el ministro Illueca, el país que estaba quebrantando la paz y la seguridad internacionales no era Argentina, sino la potencia colonial: el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El canciller istmeño había presentado su proyecto de resolución que exhortaba al Reino Unido a que concluyera su conducta hostil, se abstuviera de toda amenaza o del uso de la fuerza y colaborara con Argentina en la descolonización de esas islas. Así mismo, solicitaba a los dos gobiernos que llevaran a cabo de inmediato negociaciones para terminar la tensión existente, respetando la soberanía sobre esos territorios y los intereses de sus habitantes.

El 26 de mayo, el Consejo de Seguridad, preocupado por la escalada del conflicto, urgido por la cesación de las hostilidades y apremiado por el final del conflicto, esta vez aprobó por unanimidad la Resolución 505 (1982), que reconocía al secretario general el esfuerzo realizado en aras de lograr un acuerdo entre las partes y se cumpliera la Resolución 502 (1982) guiadas a restablecer la paz en la región. Pedía a dicho secretario general que emprendiera una misión renovada de buenos oficios. Exhortaba a las partes en conflicto para que ayudaran al secretario general en su enmarañada tarea de

extinguir las hostilidades en las islas Malvinas (*Falkland Islands*) y sus cercanías. Pedía, asimismo, al secretario general que entablara de inmediato los empalmes con las partes y negociar condiciones mutuamente aceptables para una cesación del fuego, incluida, de ser necesario, la adopción de disposiciones para el envío de observadores de las Naciones Unidas que vigilaran el cumplimiento de las condiciones de tal cesación. Por último, pedía al secretario general que presentara un informe provisional al Consejo de Seguridad, a la brevedad posible y en todo caso, no más de siete días después de la aprobación de esta resolución.

IV. LA VIGÉSIMA REUNIÓN DE CONSULTA DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES EN LA OEA

Así como el ministro Illueca se trasladó a Nueva York para actuar en las sesiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del mismo modo viajó a Washington para presidir la delegación panameña en las sesiones de la Vigésima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos, en concordancia con el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR)- pacto de defensa mutua regional con alcance sobre todo el continente americano hasta trescientas millas náuticas a partir de la costa-, sobre la cuestión de las Islas Malvinas, convocada por el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos y por petición de Argentina, de acuerdo con el artículo 6 de este Tratado, para considerar las medidas que se conviniera tomar para el mantenimiento de la paz y la seguridad del continente.

El 19 de abril de ese mismo año 1982, el Consejo Permanente de la OEA, después de escuchar al representante permanente de la República Argentina, que denunciaba el grave conflicto en el Atlántico Sur, que amenazaba la paz y la seguridad del continente americano y afectaba la soberanía y la integridad territorial de su país, y exponía las medidas que su Gobierno había adoptado en ejercicio del legítimo derecho de defensa, resolvió convocar para el 26 de ese mes al Órgano de Consulta, tal como estaba dispuesto en el TIAR, que deliberó por dos días y expidió su resolución sobre este conflicto.

En la 1.ª Sesión de la Comisión General, bajo la presidencia del ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, doctor Estanislao Valdés Otero, hicieron sus exposiciones los ministros de Relaciones Exteriores de Argentina, Panamá, Perú, Brasil, Honduras y Venezuela, y el secretario de Estado de los Estados Unidos de América. En la segunda, los ministros de Relaciones Exteriores de Trinidad y Tobago, Guatemala, Paraguay y Uruguay, y el secretario de Estado de Relaciones Exteriores de República Dominicana.

“La mayoría de estas intervenciones -reflejan los documentos oficiales- contuvieron, básicamente, expresiones de solidaridad con la República Argentina y de apoyo a su derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas, así como a la reafirmación de que debe recurrirse a medios pacíficos para la solución de las controversias”. No obstante, la crisis de las Malvinas dividía a los países hispanohablantes y anglófonos: “Las tesis, marcadamente favorables al Gobierno de Buenos Aires, encuentran un frente de oposición por parte de los pequeños Estados de la zona del Caribe de tradición y expresión anglófona. En el contexto de la OEA, el Gobierno de Estados Unidos mantiene una postura neutral, intentando que la futura resolución no incluya la palabra anticolonialismo”, destacaba el corresponsal en Washington del diario español *El País*. (Vilario, 1982).

El ministro Illueca, en su vasta exposición, pieza de historia y de Derecho Internacional Americano, se refirió a las características del peliagudo conflicto colonial que enfrentaba Argentina y trajo a colación, de una forma exhaustiva, el contenido de la resolución de la Novena Conferencia Internacional Americana, que tuvo lugar en 1948 en la ciudad de Bogotá, la cual es contundente: el proceso histórico de emancipación de América no concluiría mientras subsistiera en el continente pueblos y regiones sometidos a régimen colonial o territorios ocupados por países no americanos; criterio reiterativo en varios pronunciamientos de la Organización de Estados Americanos, amén de los dictámenes del Comité Jurídico Interamericano sobre los territorios ocupados por potencias extranjera y la presencia de naves de guerra extranjeras (de Gran Bretaña) en aguas adyacentes de Estados

americanos, que constituían amenazas a la paz y la seguridad del continente. “También, con erudición abordó las resoluciones de las Naciones Unidas sobre esa cuestión, que establecían “la doctrina anticolonialista de las Naciones Unidas” y el pronunciamiento del Comité de Coordinación de los No-Alineados en apoyo a la Argentina en su justo reclamo de soberanía sobre las Malvinas.

En la ruta de una acción conjunta de los países el continente, en la que los mecanismos interamericanos debían funcionar de conformidad con los intereses fundamentales de los Estados de la región, citó el clásico libro escrito por ex canciller colombiano Indalecio Liévano Aguirre, *Bolivarismo y monroísmo*, e hizo la distinción entre el *bolivarismo*, la doctrina del Congreso de Panamá, fruto del pensamiento del Libertador, la cual proclama que los países de “América Latina no son susceptibles de colonización, ni pasada ni presente ni futura” y el *monroísmo*, doctrina del presidente estadounidense James Monroe, quien propuso que “América no sería susceptible de colonizaciones futuras”, para mostrarse a favor del abrazo de la solidaridad latinoamericana, que tiene su linaje en el abrazo personal entre Simón Bolívar y José de San Martín en Guayaquil, durante la Guerra de la Independencia. Así, no tenía el mínimo valor ninguna conquista colonial, no solo del futuro, sino también del pretérito y del presente, como es la de las Malvinas. Ergo, si con el TIAR los Estados de la región establecieron una zona de seguridad- no una zona de seguridad contra los presuntos enemigos de los democracia o de tipo ideológico-, sino una zona de seguridad en su concepción integral para evitar las pretensiones coloniales, esta zona debía ser respetada y en este caso Londres la había pisoteado, en violación de la seguridad del continente; de ahí que debían ponerse en funcionamiento de los mecanismos previstos en este Tratado, “pero deben funcionar de acuerdo con los intereses fundamentales de los Estados de la región”.

Concluyó su intervención haciendo votos porque se obtuviera una solución pacífica y reiteró que esa solución solo era posible mediante el reconocimiento de la soberanía de Argentina sobre las islas Malvinas y sus dependencias.

Hubo en la mesa dos proyectos de resolución. Uno de la delegación de Brasil y del Perú, con el copatrocinio de las delegaciones de Costa Rica y Honduras; y otro de la delegación de Colombia. Para considerarlos, el presidente designó un grupo de trabajo integrado por las delegaciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, que presentó en la 3.^a Sesión de la Comisión su informe y su proyecto de resolución sobre la base del proyecto de las delegaciones de Brasil y Perú, un papel de trabajo de la delegación de Venezuela y las enmiendas propuestas por la delegación de Panamá, que recibió catorce votos a favor; ninguno en contra y cuatro abstenciones.

La Resolución I, que versaba sobre la “Grave situación planteada en el Atlántico Sur”, en sus consideraciones divisaba varios asuntos: al peligroso enfrentamiento entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Argentina, agravado en ese momento por los hechos ocurridos a partir de la presencia de la armada británica en el Atlántico Sur, “en la región a que hace referencia el artículo 4 del TIAR”, Tratado cuyo “fin primordial es el mantenimiento de la paz y la seguridad del continente”; al clima del Sistema Interamericano que mantiene “como principio invariable la preservación de la paz y el rechazo solidario de todos los Estados americanos a la intervención de fuerzas armadas extracontinentales o continentales contra cualquiera de las naciones del hemisferio”; a la urgencia de facilitar la solución del conflicto, que cesaran las hostilidades por cuanto alteraban la paz del continente y podían alcanzar imprevisibles proporciones; a los derechos de soberanía de Argentina sobre las Islas Malvinas, tal como exponen diferentes resoluciones de las entidades internacionales, entre tantas, la declaración del Comité Jurídico Interamericano, del 16 de enero de 1976, la cual dictaminó que “la República Argentina tiene inobjetable derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas”; y a los destacados esfuerzos de paz que se hacían con “la solidaridad latinoamericana”, la cual “contribuía a ese objetivo”.

Por estas razones, urgía al Gobierno británico al cese inmediato de las hostilidades, en la región de seguridad definida por el artículo 4 del TIAR y al Gobierno de Argentina que, asimismo, se abstuviera de cualquiera acción en agravamiento del conflicto. Además, instaba a los dos gobiernos al establecimiento de una tregua y así permitir la reanudación de las gestiones a la solución pacífica de tal

conflicto, teniendo en cuenta los derechos de soberanía de Argentina en las Malvinas y los intereses de los pobladores. Al mismo tiempo, expresaba la disposición del Órgano de Consulta de dar apoyo a los afanes regionales o mundiales para la solución justa y pacífica del problema; tomaba nota de las importantes gestiones realizadas por el secretario de Estado de los Estados Unidos de América y hacía votos para que contribuyeran a la solución pacífica del conflicto. Deploraba las medidas coercitivas de carácter económico de la Comunidad Económica Europea y de otros Estados que perjudicaban al pueblo argentino y los exhortaban a su levantamiento, pues constituían negativo e ilegal precedente que no estaba amparado por la Resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad de la ONU y era incompatible con las Cartas de la ONU y de la OEA, y el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT). Encargaba al presidente de la Vigésima Reunión de Consulta que transmitiera a los dos gobiernos las disposiciones adoptadas sobre el cese de las hostilidades y la tregua y le encomendaba comunicar esta resolución al presidente del Consejo de Seguridad a objeto de que este la hiciera del entendimiento de sus miembros. Mantenía abierta la Vigésima Reunión para vigilar el fiel cumplimiento de sus disposiciones. Finalmente, instaba a dicho presidente a la adopción medidas adicionales que se estimaran necesarias para restablecer y preservar la paz y resolver a través del diálogo el conflicto surgido.

La Vigésima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se reanudó el 27 de mayo, por solicitud del Gobierno de la República Argentina y en la 4.^a Sesión de la Comisión General se escucharon las exposiciones de los ministros de Argentina, Venezuela, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay, Bolivia y Guatemala, así como del secretario de Estado de los Estados Unidos, el viceministro del Exterior de Nicaragua y el delegado especial de Costa Rica. Se produjo asimismo la réplica del ministro argentino al secretario de Estado estadounidense: su Gobierno ratificaba la voluntad de emplear los medios a su alcance para definir la solución pacífica al conflicto.

El ministro venezolano propuso que la próxima Reunión de Consulta, si fuera necesaria, se celebrara en Panamá. El ministro Illueca contestó que su Gobierno se sentiría muy honrado de ser el anfitrión tal encuentro. A tal efecto se autorizó al presidente de la Reunión de Consulta para que, según las circunstancias, decidiera sobre el punto.

En el desarrollo de esta sesión se presentaron tres proyectos de resolución. El primero, por la delegación de Argentina; el segundo, por la delegación de Colombia y el tercero, por la delegación de Costa Rica. El presidente designó un grupo de trabajo para que considerara tres los proyectos, formados por las delegaciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

En la 5.^a Sesión se llevaron a cabo intervenciones de algunas delegaciones que, en su mayoría, llamaron a preservar y fortalecer los mecanismos del Sistema Interamericano para contribuir con el sostenimiento de la paz y la seguridad hemisférica, amén de sus demostraciones de solidaridad con la República Argentina por el ataque armado de Gran Bretaña.

En la 6.^a Sesión se debatió el proyecto de resolución del grupo de trabajo, preparado con base en el proyecto de Argentina, si bien algunos conceptos de los otros proyectos quedaron incorporados. Se aprobó por diecisiete votos favorables. No hubo votos en contra y se registraron cuatro abstenciones.

La Resolución II, relativa a la “Grave situación planteada en el Atlántico Sur”, en sus considerandos detallaba que, en virtud de la comunicación del Gobierno argentino al Órgano de Consulta de su total acatamiento a la resolución previa, las fuerzas británicas al proceder en consecuencia llevaron a cabo graves y reiterados ataques contra Argentina en la zona de las Malvinas, dentro de la región de seguridad definida por el artículo 4 del TIAR, de modo que el Reino Unido había desconocido el llamamiento que le formulaba la Vigésima Reunión de Consulta. Anotaba que el Gobierno de los Estados Unidos de América decidió aplicar a la República Argentina medidas coercitivas y “presta su apoyo, inclusive material, al Reino Unido, lo que contraviene el espíritu y la letra de la Resolución I”. Destacaba que, como culminación de los reiterados ataques de las fuerzas armadas británicas, estas lanzaron desde el 21 de mayo un ataque militar en gran escala a las tropas de

la República Argentina en la zona de las islas Malvinas en perjuicio de la paz y la seguridad americanas, a la par que deploraba la aplicación de medidas coercitivas político-económicas que no estaban fundadas en el Derecho Internacional, ejecutadas por la Comunidad Económica Europea -con la excepción de Italia e Irlanda- y de otros Estados Industrializados, que perjudicaban al pueblo argentino. Para culminar, invocaba los objetivos del TIAR: “asegurar la paz por todos los medios posibles, proveer ayuda recíproca efectiva para hacer frente a los ataques armados contra cualquier Estado americano y conjurar las amenazas de agresión contra cualquiera de ellos”.

Por lo tanto, condenaba en la forma más enérgica el injustificado y desproporcionado ataque armado consumado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y su decisión que afectaba la seguridad de todo el continente americano, de declarar arbitrariamente como zona de hostilidades una extensa área que llega hasta doce millas de las costas americana, con el agravante de que las negociaciones para la solución pacífica al conflicto no estaban agotadas; reiteraba su más firme requerimiento al Reino Unido: que cesara de inmediato las acciones en detrimento de la República Argentina y asimismo dispusiera sin demora el retiro de la totalidad de sus fuerzas armadas allí destacadas y el regreso de su flota de guerra a sus apostaderos habituales; deploraba que la intransigencia británica hubiere conducido a frustrar las negociaciones para una solución pacífica que llevaba a efecto el doctor Pérez de Cuéllar, secretario general de la ONU; afirmaba su convicción de la necesidad de tal solución pacífica y honorable del conflicto, bajo los auspicios de la ONU y a tal propósito reconocía los loables esfuerzos de su secretario general, al que debía prestársele todo el respaldo en la tarea encomendada por el Consejo de Seguridad; solicitaba a los Estado partes del TIAR el apoyo, incluso con la coordinación adecuada, a la República Argentina que cada cual juzgara apropiado, para asistirle ante la peligrosa situación y además pedía que se abstuvieran de cualquier acto que perjudicara ese propósito; ratificaba los principios constitucionales básicos relativos a la solución pacífica de las controversias derivados de la Carta de la OEA y del TIAR; renovaba la disponibilidad del órgano de Consulta para asistir a las partes en la solución del conflicto con su acción pacificadora y cooperar con la misión confiada al secretario general de la ONU, e instruía al presidente de esta Reunión de Consulta que se mantuviera en permanente contacto con este secretario general; y mantenía abierta la Vigésima Reunión con el objeto de cuidar el fiel cumplimiento de esta resolución y de adoptar, de ser necesarias, las medidas adicionales útiles para preservar la solidaridad y cooperación interamericanas.

Hay dos puntos de esta resolución que merecen una mención aparte porque siguen mostrando la faz de los países europeos y de los Estados Unidos de América que, en vez de intentar una solución pacífica, tomaron partido con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En el caso de la nación norteamericana, ese proceder significó allanamiento total al Tratado del Atlántico Norte, celebrado con los países de Europa Occidental y un claro mentís a los tratados celebrados con los pueblos americanos y a la solidaridad hemisférica, y un canto la fidelidad a sus peculiares intereses. Así, hubo olímpico desprecio no solo al punto seis de esta resolución que dice en su texto: “Instar a los miembros de la Comunidad Económica Europea, y a los otros Estados que las hayan tomado, el inmediato levantamiento de las medidas coercitivas de carácter económico y político dictada contra la República Argentina”; sino también al punto cinco que tajantemente instaba al Gobierno de los Estados Unidos de América a levantar de inmediato de “las medidas coercitivas aplicadas a la República Argentina” y se abstuviera “de prestar apoyo material al Reino Unido, en observancia al principio de solidaridad continental consagrada por el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca”. En verdad, no existe vocabulario más claro en este llamado de América Latina a los Estados Unidos de América.

También, la Comisión General de la OEA consideró el proyecto de declaración presentado por Bolivia y Ecuador, votado con el mismo cuadro de votos que la Resolución II, el cual denunciaba que el bloqueo de las costas de Argentina y la declaración de las llamadas “zonas de exclusión” por el Reino Unido constituían una limitación a la navegación en aguas del continente americano y su zona de seguridad, en virtud de lo dispuesto por el TIAR; de ahí entonces se solicitaba al Reino Unido que las revocara y cesara de inmediato las acciones para imponerlas. Asimismo, indicaba que las medidas coercitivas decretadas por algunos países contra la República Argentina constituían violación a los

principios del Derecho Internacional consagrados por la Carta de la ONU y de la OEA; exhortaba a esos países a que desistieran de su aplicación y pedía a las Repúblicas americanas, esencialmente a las integrantes del TIAR, “que brinden a la Argentina la asistencia que se halle a su alcance de ellas, para contrarrestar los efectos perjudiciales de esa ilegítima coerción”.

Pero, ¿dónde quedaba el clamor latinoamericano? ¿Dónde estaba la solidaridad continental? ¿Qué pasaba con la zona de exclusión? ¿Qué sucedía con la defensa colectiva ante un ataque armado hacia un miembro del TIAR? ¿Por qué Estados Unidos se puso al lado de Gran Bretaña? Todo pronosticaba que la Doctrina Monroe: “América para los americanos”, significaba en la práctica para la visión reaganiana (no era novedad, pues otros presidentes de la Unión también así lo han predicado) que el continente americano es coto de caza de los Estados Unidos de América (en parte de Gran Bretaña), y que en el fondo subyace la vieja ambición del sexto presidente de ese país, John Quincy Adams: “Es inevitable que el resto del continente será nuestro”. Y que el TIAR es un instrumento de la Guerra Fría y se pactó tan solo como mecanismo de contención a la Unión Soviética y al fantasma del comunismo internacional.

Todas las incidencias anotadas motivaron al entonces vicepresidente Illueca, el 5 de octubre, en el debate realizado en la Sesión Plenaria celebrada en el Trigésimo Séptimo Período de Sesiones de la Asamblea General de la ONU, advertir a los países del continente americano:

“La circunstancia de que el Tratado de Asistencia Recíproca, esto es, el Tratado de Río de Janeiro de 1947, resultó inoperante durante la crisis del Atlántico Sur, ha producido una natural inquietud en todos los sectores de la región latinoamericana sobre el futuro de la seguridad colectiva para los países del hemisferio. Ese es, sin duda, un tema que merece el más genuino interés de los países latinoamericanos y que debería ser objeto de consultas entre los mismos, a fin de definir, de una vez por todas, cuál será la suerte de ese acuerdo regional. Una consulta latinoamericana a este respecto precedería a una reunión hemisférica que, sin duda, no podría dejar de contemplar en su temario el status del Tratado de Río”.

El 20 de noviembre, durante la Asamblea General de la OEA, también el máximo organismo del mecanismo regional se pronunció sobre el tema de las Malvinas, mediante la Resolución 595 y lo volvió a hacer el año siguiente, en inflexiones semejantes a la Resolución 37/9, que expidió la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982.

Con sinceridad debe reconocerse: Latinoamérica -salvo excepciones como el Chile entonces subyugado por la feroz tiranía del dictador Augusto Pinochet- mostró su extraordinaria unidad y solidaridad con Argentina. Estados Unidos de América, inversamente, volcó su apoyo al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, pretextando sus obligaciones con la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). El Gobierno reaganiano en su afán de ayudar a la Madre Patria y al Gobierno de la socia Margaret Thatcher, desconoció la Doctrina Monroe, pregonada por esa nación en el siglo XIX y acreditó con desnuda claridad hasta donde llegaba el alcance del sistema de defensa interamericano, pues de nada valió esa Doctrina ni el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), suscrito en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947, que se presupone es uno de sus complementos, el cual en su artículo 3.1 dispone que en caso de “(...) un ataque armado por cualquier Estado contra un País Americano, será considerado como un ataque contra todos los Países Americanos, y en consecuencia, cada una de las Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”.

En la actualidad, países como México, Venezuela, Nicaragua, Bolivia y Ecuador se han retirado del TIAR; Cuba ya se había salido en la década del sesenta después de la declaración del entonces primer ministro Fidel Castro Ruz, del carácter socialista de la Revolución. El Gobierno uruguayo del presidente Tabaré Vázquez, del Frente Amplio, anunció su retiro en el mes de septiembre de 2019, después de la resolución adoptada que activa el TIAR contra dirigentes del Gobierno venezolano por presuntas acciones delictivas (Panamá y Trinidad y Tobago se abstuvieron) porque, al decir del canciller uruguayo, cuyo voto fue disidente, está abriendo el camino para una intervención

militar en Venezuela. No obstante, el nuevo presidente uruguayo, el conservador Luis Lacalle Pou, que asumió la Presidencia el 1.º de marzo de 2020, anunció la notificación a la OEA del desistimiento de separar a ese país de dicho pacto militar.

Como esas cosas curiosas, a principios de diciembre de ese mismo año 2019, el republicano Mauricio Claver-Carone, entonces director de Asuntos Hemisféricos del Consejo de Seguridad de la administración estadounidense de Donald Trump y enviado presidencial para la toma de posesión, evitó participar en el juramento del nuevo presidente de la Argentina, Alberto Fernández -vencedor en las elecciones con la combinación electoral denominada Frente de Todos, quien reafirma los “imprescriptibles derechos de soberanía” sobre las Malvinas, pues es “una tierra a la que nunca vamos a renunciar y siempre vamos a reconocer como propia”, y reclama la reanudación del “proceso negociador bilateral” con Gran Bretaña-, porque entre las delegaciones extranjera se hallaba Jorge Rodríguez, ministro de Información de Venezuela, en representación del presidente Nicolás Maduro y uno de los funcionarios sancionados por el Departamento del Tesoro norteamericano y el TIAR. “Sin duda -dice la información- es una ironía: en la Argentina, país al que USA negó el TIAR, un cubano-americano reclama la vigencia del TIAR. Impresentable”.

V. LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA CUESTIÓN DE LAS MALVINAS

El 14 de junio de 1982, el último día de la guerra de las Malvinas, durante el Segundo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Desarme, el presidente Royo aprovechó la oportunidad para expresar que “Los que acusan a Argentina de haber apelado al uso de la fuerza pretenden olvidar que se trató de una legítima acción descolonizadora, realizada mediante una ocupación incruenta. Rara vez los colonialistas han permitido que la independencia y la integridad nacionales de nuestro pueblo se conquisten por la vía pacífica. La arrogante demostración de capacidad para la violencia, cometido por Gran Bretaña con el apoyo de las potencias del Norte, pretende ser un escarmiento preventivo contra cualquier otro país que aspire a asumir sus legítimos derechos”.


Estados Unidos de América ha incumplido “los deberes de sus compromisos interamericanos”, consagrados en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) -prosiguió- y “ha decidido darle la espalda a la América Latina para mancomunarse con el Reino Unido y (...) gracias a su cuantioso apoyo bélico ha sido posible que Gran Bretaña lleve a cabo una expedición retardatoria y una guerra colonial contra Argentina a 8,000 millas de distancia de las Islas Británicas dirigidas a restaurar una situación colonial en territorio latinoamericano en contra de la Carta de las Naciones Unidas y de las múltiples resoluciones sobre la descolonización de esta Asamblea General”.

“Las acciones hostiles, agresivas y bélicas llevadas a cabo por Gran Bretaña en contra de la Argentina, -agregó- han causado indignación y resentimiento en todos los pueblos latinoamericanos a la vez que han profundizado la crisis institucional de las Naciones Unidas, traumatizando de manera irreparable el Sistema Interamericano y destruido el sistema de seguridad colectivo del TIAR”. (*Discurso*, 1982).

En el Trigésimo Séptimo Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ya concluidas las acciones militares entre el Reino Unido y Argentina, veinte países de América Latina presentaron un proyecto, aprobado como Resolución 37/9, del 4 de noviembre de 1982 por noventa votos (doce en contra y cincuenta y dos abstenciones), el cual tomó en cuenta el cese de hostilidades y la determinación de Argentina y Gran Bretaña de no reiniciarlas; y pidió a los dos países “reanudar las negociaciones para solucionar pacíficamente el asunto de soberanía, tomando en cuenta los intereses de los habitantes de estas islas”. Por último, pidió al secretario general de la entidad, el doctor Javier Pérez de Cuéllar, dada la falta de progreso en las gestiones, que emprendiera “misión renovada de buenos oficios para asistir a los dos países en el cumplimiento de las resoluciones expedidas” sobre esta cuestión.

Esta resolución contó con el apoyo de los Estados Unidos de América, resistencia de Londres y respuesta favorable en Buenos Aires. La primera ministra Thatcher, apodada la “La Dama de Hierro” - no solo por desmontar el Estado de Bienestar y su política de desmovilización de los sindicatos, sino por su afirmación de la herencia colonial del Imperio Británico- con reiterada obstinación se negaba a negociar el asunto de las Malvinas porque Gran Bretaña ejercía su soberanía sobre esos territorios. En paralelo, no cejaba en predicar su sorpresa y su decepción con el socio norteamericano. El Gobierno británico, en variados niveles, no disimulaba su disgusto con los Estados Unidos por haber votado a favor de esa resolución, que tachaba de inoportuna y desconsiderada con su país, potencia colonial. El embajador británico en el organismo mundial, fue más allá: dijo que ese voto estadounidense, sin duda, tendría el efecto de estimular a los argentinos para reanudar la presión en el tema de la soberanía en las Malvinas, en circunstancias en que estos se preparaban para otra incursión militar, dado el rearme del Gobierno dictatorial tras el alto al fuego entre ambos países. (Gustafson, 1988). En cambio, en Argentina la actitud fue positiva y unos meses más tarde, el Gobierno democrático del presidente Raúl Alfonsín (pues la Guerra de las Malvinas dio al traste con el Gobierno militar, que se vio constreñido a convocar elecciones), que empezó su mandato el 10 de diciembre de 1983, tuvo a bien fijar como principio de su política exterior la disposición de emprender negociaciones encaminadas a mejorar sus relaciones diplomáticas con Gran Bretaña y hallar una solución pacífica al conflicto de soberanía de las Malvinas, con el marco de referencia previsto en las resoluciones proferidas por la Asamblea General de la ONU.

En el Trigésimo Octavo Período de Sesiones de esta Organización, en su carácter de presidente de la Asamblea General, el doctor Illueca incluyó para los días 14 y 15 de noviembre el examen del tema 25, la “Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)”. El presidente Illueca quería que se le prestara “a este tema toda la atención que requiere a fin de concluirlo sin interrupción una vez reanudado el debate”. Estaba “consciente de que, en consonancia con los postulados de las Naciones Unidas, hay que buscar solución pacífica a la cuestión de la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas”.

<p>Naciones Unidas ASAMBLEA GENERAL <small>TRIGESIMO OCTAVO PERIODO DE SESIONES</small> Documentos Oficiales</p>				<p>59a. SESION PLENARIA <i>Miércoles 16 de noviembre de 1983,</i> <i>a las 15.30 horas</i> NUEVA YORK</p>	
<p><i>Presidente: Sr. Jorge E. ILLUECA</i> (Panamá).</p>		<p>que no se haya logrado hasta ahora una reanudación de las negociaciones, tal como se desprende del documento A/38/532.</p>			
<p>TEMA 25 DEL PROGRAMA</p>					
<p>Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland): informe del Secretario General (conclusión*)</p>		<p>5. En el trigésimo séptimo período de sesiones [84a. sesión], el Presidente boliviano expresó ante este mismo foro que es una causa del continente y de la comunidad internacional la reintegración de las Malvinas a la República Argentina. Me permito acotar que para lograr que esta disputa sea solucionada dentro de los principios de la Carta de las Naciones Unidas es imprescindible que las partes involucradas inicien negociaciones encaminadas a obtener una solución pacífica, para lo cual es importante</p>			
<p>1. Sra. CARRASCO MONJE (Bolivia): El pueblo y Gobierno bolivianos han mantenido su más leal apoyo a la causa argentina que proclama la reivindicación de su</p>					

Concluido el debate se aprobó, durante la 59.^a Sesión Plenaria la Resolución 38/12, del 16 de noviembre de 1983, respecto a este asunto, en la que se lamentó “la falta de progreso en el cumplimiento de la Resolución 37/9”, mas la Asamblea General, consciente de que el mantenimiento de situaciones coloniales con el ideal de paz universal de Naciones Unidas, tomado en cuenta la existencia de una cesación de hecho de las hostilidades en el Atlántico Sur y la voluntad manifiesta por las partes de no reanudarlas, y consciente del interés de la comunidad de naciones en que los gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte “reanudaran sus negociaciones

a fin de encontrar a la brevedad una solución pacífica y justa a la disputa de soberanía” en “la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)”, resolvió reiterar su petición a los dos gobiernos para que procedieran en tal orientación y pidió al secretario general del organismo que continuara su “misión renovada de buenos oficios” a fin de asistir a las partes en el cumplimiento de lo solicitado, adoptando con tal objetivo las medidas adecuadas.

Para el doctor Illueca, con respecto a la América Latina, “La cuestión de Las Malvinas y la crisis del Atlántico Sur, que causó un dramático desquiciamiento del sistema interamericano, exige una redefinición del concepto de seguridad. El nacionalismo latinoamericano, que más que una emoción colectiva es una toma de conciencia de los pueblos latinoamericanos, exige vigorosamente la erradicación del colonialismo en la América Latina en todos sus formas y manifestaciones, y sea que éste se manifieste en cualquiera de los espacios geográficos del continente latinoamericano, en el Caribe, Centro o Sur América o el Atlántico Sur. La cuestión colonial latinoamericana que tanto preocupó a Bolívar, sigue siendo tarea inaplazable del nacionalismo latinoamericano”.

“La semilla de la libertad, sembrada estoicamente por la juventud argentina en Las Malvinas, fecundará perennemente la dimensión territorial de nuestra América. Los héroes que sacrificaron sus vidas para purificar a la patria mancillada siguen viviendo, en nuestras mentes y en nuestros corazones como maestros inmortales de una nueva pedagogía liberadora. Sobre los valores cívicos cimentados con su sangre, dolor y lágrimas, debemos levantar los moldes que sustenten tanto la soberanía en el territorio argentino del Atlántico Sur como las líneas defensivas de nuestros pueblos, afirmadas sobre las raíces históricas de nuestras nacionalidades”.

VI. LA HIDALGUÍA DE LOS ARGENTINOS

“El Gobierno argentino en repetidas ocasiones hizo público su reconocimiento y agradecimiento al Gobierno y pueblo de Panamá, por el apoyo brindado a la causa argentina” (*Memoria*, 1982).

En 1983 el doctor Illueca fue honrado con merecido homenaje por un pueblo agradecido de un hispanoamericano que lo defendió en la agresión colonial sufrida y en donde le fue impuesto el Collar de la Orden del Libertador San Martín.

Aparte de que se le declaró huésped de honor y se le entregó la llave simbólica de la ciudad, una gran plaza se inauguró en Córdoba -en ceremonia a la que asistió y pronunció emotiva oración de gratitud- con el nombre de Panamá para perpetuar en la memoria nacional del país que, a través del hombre consecuente con sus principios, levantó la voz de Latinoamérica en el foro mundial en solidaridad con esa nación y su causa histórica.

En aquella tierra de héroes y mártires, el gobernador de la provincia, doctor Rubén J. Pellanda, “puso de manifiesto que el pueblo argentino dio sus hijos, sus artilleros, pilotos, marinos y hombres que fueron inmolados por el artero disparo del torpedo”. “Estos soldados (...) y el fervor de sus civiles amasaron con sangre y con esfuerzo, una vez más, la ofrenda que puso al pie de Latinoamérica como lo hizo en 1806 y 1817, para decir aquí estamos una vez más con nuestra sangre, la sangre argentina, para forjar la libertad de los oprimidos”. “La Argentina (...), nunca olvidará la actitud generosa, el ofrecimiento desinteresado y la palabra de defensa dicha en las grandes asambleas internacionales, donde Ud., señor fue adalid de la lucha por los derechos de nuestro país”.

A su turno, el vicepresidente panameño expresó:

“La emancipación americana (...), no terminará hasta que la bandera argentina flamee en las islas Malvinas. Inglaterra, con su prepotente agresión colonial, revivió las expediciones piráticas y filibusteras producidas en los siglos XVIII y XIX en el Río de la Plata y proyectadas a América y a

Panamá en especial. Y hoy en el siglo XX, esos mismos filibusteros creen que pueden reiterar esas intervenciones, que desde aquí lo afirmo, no ocurrirán más porque ni en Argentina ni en Panamá es aceptado el colonialismo”.

“Es necesario decirles a ‘Inglaterra, Estados Unidos y países de la comunidad europea que esa pausa de paz, sensatez y reflexión, no es una pausa abierta y sin límites, que sepan el primer mundo, el segundo mundo y el tercer mundo que si dentro de un plazo razonable la usurpación británica no tiene fin, los ejércitos latinoamericanos, los que formaron el glorioso Ejército de los Andes y el de Bolívar, tendrán que volver a organizarse para decirles: ¡si no se van los echamos!”.

“Asimismo, quiero participar (...) de las congojas por las pérdidas humanas y quiero hacer llegar este mensaje sagrado a las madres, hermanas, esposas e hijas argentinas de quienes ofrendaron sus vidas en esta lucha. A ellas les digo que perdieron sus hijos pero les nacieron multiplicados otros vástagos en toda Latinoamérica y expresarles también, que ellos no están muertos sino que son semillas enterradas para hacer florecer la libertad, la independencia y la dignidad de los pueblos argentinos”.

“Me siento conmovido –dijo el célebre visitante– por haber izado el pabellón nacional en Córdoba, nervio, corazón y cerebro de la República Argentina, madre y maestra de la Reforma Universitaria que encendió con su fervor innovador las nuevas generaciones del continente latinoamericano, imbuyéndolas de la lucha contra una educación retardataria y colonialista”.

“Creemos (...) que el valor esencial de la Reforma fue la proyección de las ideas de los próceres de América cuya única meta era lograr la integridad del continente americano, de ese ejemplo tomamos la vocación de servicio para con nuestros hermanos en la defensa de los derechos soberanos sobre el Mar Austral”.

Por último, el doctor Illueca “enfaticó el regocijo que significa para todo el pueblo, el hecho del llamado a elecciones, ya que hace al entendimiento nacional, en este país tan querido como es la Argentina”.

En Buenos Aires se le invitó -e hizo uso de la palabra- al Consejo Argentino de Relaciones Exteriores que estudia, entre otros aspectos en que esa nación tiene interés, el conflicto con Gran Bretaña por razón de las islas Malvinas, examina sus antecedentes y analiza sus derivaciones.

Cuando el doctor Illueca juró la Primera Magistratura de Panamá -ya estaba restablecida la democracia en Argentina, pues la pérdida de la guerra de las Malvinas condujo al fin de la dictadura y la convocatoria a elecciones generales- el presidente constitucional Raúl Alfonsín no dudó en hacerle llegar un mensaje con sus votos de éxito y ventura personal, y le formuló sus “mejores deseos de seguir trabajando juntos en pro de la unidad Latinoamérica”.

En la doble página central en el diario *La Estrella de Panamá*, del 10 de agosto de 1984, con la fotografía de los pilotos fallecidos en el conflicto de las Malvinas, al festejar el día de la Fuerza Aérea Argentina, el presidente Illueca escribió este mensaje:

“Quiero rendir mi emocionado homenaje a esos héroes que dieron sus vidas por la Patria en la heroica gesta de Malvinas, a los que lucharon en pos de un ideal que nadie podrá cambiar y que los panameños sentimos como propio: Las Islas Malvinas fueron, son y seguirán siendo argentinas”.

Al mes siguiente, el presidente Alfonsín vino en visita oficial de Panamá y en el propio Palacio de las Garzas agradeció en visita personal el presidente Illueca su valiente posición en defensa de las reivindicaciones históricas argentinas, que seguían en pie. Ninguna otra conducta podría esperarse del mandatario argentino quien, en su discurso de toma de posesión ante el Congreso de la Nación, aseguró que un objetivo central de su Gobierno consistía en la recuperación de tales islas y “la afirmación del derecho de la nación a su integridad territorial soberana incorporando los territorios insulares en manos británicas”.

El 26 de septiembre de ese año, por "invitación del Excelentísimo Señor Presidente de la República de Panamá, doctor Jorge E. Illueca, arribó a Panamá en visita oficial el Excelentísimo Señor Presidente de la República de Argentina, doctor Raúl Alfonsín, acompañado de una comitiva de alto nivel”. En la Declaración Conjunta, el “presidente Alfonsín expresó el agradecimiento de su país al Gobierno panameño y al doctor Jorge E. Illueca por la solidaridad ofrecida por Panamá a la Nación

Argentina durante la crisis del Atlántico Sur y por los enérgicos esfuerzos llevados a cabo en diversos foros internacionales encaminados al reconocimiento universal de la legítima soberanía y de los derechos inalienables de la Nación Argentina sobre las Malvinas”.

El presidente Illueca reiteró la posición de Panamá de proseguir siempre la política de solidaridad latinoamericana y de amplio apoyo a la solución pacífica de las justas reivindicaciones de la Nación Argentina. A este efecto, insistía en la importancia de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que pedían a la Argentina y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte iniciaran “las negociaciones para encontrar una solución justa y pacífica de la disputa vinculada con la Cuestión de las Islas Malvinas en el Atlántico Sur Latinoamericano”.

Quince años más tarde, se me presentó la oportunidad de participar como delegado de Panamá en el Congreso de Tribunales de Cuentas de la Nación Argentina, celebrado en El Calafate, provincia de Santa Cruz y constaté en ese hermano país las muestras de hondo aprecio y distinguido respeto que los ciudadanos le guardan a ese hijo del Istmo de Panamá. Al percatarse que había un panameño en esa actividad oficial y académica, medios televisivos me entrevistaron y formularon preguntas sobre el expresidente Illueca, así como referencias de su quehacer y su tesón en el respaldo indeclinable a la causa descolonizadora del pueblo argentino.

VII. LA SITUACIÓN DE LAS MALVINAS EN EL PRESENTE

A pesar de la actividad diplomática desplegada por la República Argentina en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos, en la búsqueda de recuperar sus derechos soberanos en los “tres archipiélagos y los espacios marítimos circundantes, controversia que se denomina La Cuestión Malvinas”, los resultados hasta ahora han sido lamentablemente frustrados.

En 2021, el Comité Especial de Descolonización de los Organización de Naciones Unidas consideró la “cuestión de la soberanía de las Islas Malvinas (Falkland), en una sesión que concluyó con una resolución por consenso, promovida por Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, que aparte de lamentar la falta de implementación de las múltiples resoluciones de ese organismo, exhorta, “una vez más”, a los gobiernos de Gran Bretaña y Argentina para reanudar el diálogo “a fin de encontrar a la mayor brevedad posible una solución pacífica a la controversia” y darle fin la “particular situación colonial” que ocurre ese archipiélago.

Las reuniones de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países Iberoamericanos del continente americano, España y Portugal, denominadas Cumbres Iberoamericanas, de forma regular insisten en que gran Bretaña reanude con Argentina, a la brevedad posible, las negociaciones encaminadas a lograr una pronta salida a la disputa de la soberanía sobre las islas Malvinas.

Otras organizamos y foros internacionales, conforme a inventario del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina, abogan por resolver la cuestión de las Malvinas, a saber: “Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Cumbres Sudamericanas, Comunidad Sudamericana de Naciones, Primera Cumbre Energética Sudamericana, Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), Cumbres de Países de América Latina y el Caribe (CALC), Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Grupo de Río, Cumbres América del Sur-África (ASA), Cumbres de Países Sudamericanos y Países Árabes (ASPA), Zona de Paz y Cooperación del Atlántico Sur (ZPCAS), y Organización Latinoamericana de Energía (OLADE)”.

Hoy, cuarenta años después de los acontecimientos armados, a pesar de todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y de Argentina, la Gran Bretaña persiste tozudamente con su política colonialista en el Atlántico Sur. El primer ministro conservador británico Boris Johnson, en su nueva estrategia de política exterior y de defensa (política de revisión integrada), anunció que tenía la intención de

preservar la presencia militar en el archipiélago. Esa actitud es criticada por los Estados integrantes de la Zona de Paz del Atlántico Sur (ZPCAS), que la tildan de “amenaza para toda la región”.

El presidente argentino Alberto Fernández, al asumir el cargo, reafirmó el compromiso en trabajar por “el legítimo e imprescriptible reclamo por la soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes”.

El Gobierno argentino, quien creó la Secretaría de Malvinas, Antártida y Atlántico Sur, por conducto de dicho Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, ha rechazado esa presencia militar cuando expresó: “La Argentina ha denunciado reiteradamente que esta base viola la resolución 31/49 de las Naciones Unidas que prohíbe las acciones unilaterales en la zona en disputa, como lo es esta base militar”. Argentina invoca el “diálogo, la diplomacia y la paz”, como medios destinados a la recuperación de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y sus espacios marítimos adyacentes. La Cancillería recordaba: “Como ha señalado nuestro presidente Alberto Fernández en el último discurso (...) en el Congreso de la Nación, creemos que es el tiempo del diálogo bilateral para la recuperación del ejercicio de la soberanía en las Islas Malvinas en los términos de la Resolución 2065 de Naciones Unidas, ya que en pleno siglo XXI no debe existir más lugar para el colonialismo”.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BRICEÑO MONZÓN, Claudio Alberto. *La cuestión fronteriza en la conformación de la política internacional en Argentina y Venezuela: siglos XIX-XX*. Tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Historia, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2014. (<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1067/te.1067.pdf>).

CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES. *Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur*. XII, diplomacia argentina en Naciones Unidas 2016-2019, Editado por el CARI, Buenos Aires, 2021. (<https://www.cari.org.ar/pdf/malvinas12.pdf>).

Discurso del excelentísimo señor presidente de Panamá, Dr. Aristides Royo S., durante el Segundo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas dedicado al Desarme. 14 de junio de 1982.

“Discurso de Dr. Jorge E. Illueca, presidente de Panamá, en la inauguración del XXXIX Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, lunes 24 de septiembre de 1984

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. “La crisis de las Malvinas ante las Naciones Unidas”, en *Revista de Estudios Internacionales*, N.º 4, Volumen 5, octubre-diciembre de 1984. (<file:///C:/Users/Defensoria/Downloads/Dialnet-LaCrisisDeLasMalvinasAnteLasNacionesUnidas-2494263.pdf>).

GUSTAFSON, Lowell. *The sovereignty dispute over the Falkland (Malvinas) Islands*. Oxford University Press, London, 1988.

LINCE, Ricardo. “La Escuela de las Américas y la guerra de las Malvinas”, en la columna “Juzgue el pueblo”, diario *Matutino*, Panamá, martes 21 de agosto de 1984.

Memoria presentada a la Honorable Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, el Dr. Jorge E. Illueca, ministro de Relaciones Exteriores. (Inédita). Panamá, octubre de 1981. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

Memoria anual que presenta a la Honorable Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, el ministro de Relaciones Exteriores, su excelencia Juan José Amado III. República de Panamá. Panamá, octubre de 1982

DOCUMENTOS CONSULTADOS

“Declaración pronunciada por Jorge E. Illueca (Panamá), presidente saliente de la Asamblea General, en la apertura del Trigésimo Noveno Período de Sesiones de la Asamblea General”, Nueva York, martes, 18 de septiembre de 1984. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“Exposición del ministro de Relaciones Exteriores de Panamá, Dr. Jorge E. Illueca, en la primera sesión de la Comisión General de la Vigésima Reunión de Consulta de los ministros de Relaciones Exteriores”. Washington, D. C., abril de 1982. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“Intervención del Dr. Jorge E. Illueca, ministro de Relaciones Exteriores de Panamá en el Consejo de Seguridad en relación con el conflicto anglo-argentino”. New York, 25 de mayo de 1982. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“La cuestión de las islas Malvinas-exposición del Dr. Jorge E. Illueca, ministro de Relaciones Exteriores de Panamá en el Consejo de Seguridad”. New York, 3 de abril de 1982. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

OEA. *Vigésima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*. Convocada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del TIAR. Secretaría General, Washington, D. C., 26 de abril de 1982 a _____. (<http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%2020.pdf>).

Resolución 2065 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Cuestión de las Islas Malvinas (Falklands Islands).

“Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 38.º período de sesiones”, en Biblioteca Dag Hammarskjöld, Organización de Naciones Unidas, New York. (<https://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/38>).

INFORMACIÓN PERIODÍSTICA

“A 40 años de la Guerra de las Malvinas, Argentina y el Reino Unido aún disputan la soberanía sobre el archipiélago”. (Historia). Por Germán Padigenr, CNN Español, 1.º de abril de 2022. (<https://cnnespanol.cnn.com/2022/04/01/guerra-malvinas-argentina-reino-unido-40-orix/>).

“Argentina pide al Reino Unido escuchar a la comunidad internacional por las Malvinas”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, miércoles 17 de marzo de 2021.

“Alberto Fernández: ‘Las Malvinas son una tierra a la que nunca vamos a renunciar’”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, viernes 3 de enero de 2020.

“Encendidos reclamos de Illueca por la causa latinoamericana”, en diario *La Voz del Interior*, Córdoba, (República Argentina), domingo 20 de febrero de 1983. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“Illueca y Alfonsín analizaron deuda externa de A. Latina. Anoche”, en diario *La Estrella de Panamá*, jueves 27 de septiembre de 1984.

Malvinas/Falkland: La ONU reitera su llamado a Argentina y el Reino Unido a reanudar las negociaciones”, en *Noticias ONU*, Nueva York, 24 de junio de 2021. (<https://news.un.org/es/story/2021/06/1493702>).

“Se agrava la crisis. La crisis de las Malvinas divide en la OEA a los países hispanohablantes y anglófonos”. (Ramón Vilario, corresponsal en Washington). en diario *El País*, Sección Internacional, Madrid, 14 de abril de 1982. (<https://elpais.com/diario/1982/04/14/internacional/387583203>).

El Origen Fáctico y Epistemológico de la Prueba en el Sistema Penal Acusatorio

Wilfredo A. Gómez Muñoz

Universidad de Panamá, Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

País: Panamá

wgomezygomez@gmail.com

ORCID 0000-0003-4525-7718

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

SUMARIO

Sistema Penal Acusatorio. Hechos reales. Hecho punible. Realidad factual. Presunto o presuntos. Investigación jurídica. Ministerio Público. Conclusiones. Recomendaciones. Bibliografía.

RESUMEN

La investigación ordenada, por el Ministerio Público ante un hecho delictivo, es el inicio de un proceso penal llevado a los tribunales por las autoridades competentes, sin embargo es la investigación el inicio de todo un proceso judicial que requiere del estricto cumplimiento, no solo de las normas establecidas en el Código Penal y el Código Procesal Penal, sino también de los preceptos constitucionales y las convenciones Internacionales que reconocen los legítimos derechos de las personas en el debido proceso. Es por ello que esta investigación pretende demostrar que el debido proceso, ante un hecho delictivo tipificado en el Código Penal, se inicia con la investigación judicial ordenada por el Ministerio Público, está obligada a seguir el protocolo como lo establece la Ley, como garantía del debido proceso, en el desarrollo de la audiencia, sin menoscabo de los derechos que le asisten a las partes, en especial al presunto o los presuntos señalados e investigados y vinculados a los hechos que se investiga.

La investigación en el nuevo Sistema Penal Acusatorio, es la columna vertebral de todo proceso, son los hechos los que van a permitir al Juez de la causa establecer, de acuerdo a su experticia, el grado de responsabilidad que le asiste a los señalados por la investigación, sin embargo es de interés resaltar que la compilación de las pruebas que van a determinar cómo se desarrollaron los hechos, deben pasar por el tamiz del ojo clínico del administrador de justicia, escuchando y tomando solo lo relevante de los aportes que brinda el Fiscal de la causa, de los testigos y por último de la versión narrada por las partes según sus verdades. Los hechos fácticos saldrán a relucir a pesar del interés que tengan las partes en dicho juicio, la investigación preliminar permite al Juez determinar la veracidad de las pruebas presentada con el fin de evitar afectar derechos consagrados y así tomar una decisión lo más apegada posible a lo que realmente sucedió, por lo tanto la epistemología de los hechos y las pruebas

recabadas serán el fundamento jurídico que determinaran al final del proceso, la resolución, argumentada, razonada y sustentada por el Juez de la causa.

PALABRAS CLAVES

Investigación judicial. Sistema Penal Acusatorio. Hechos reales. Hecho punible. Elementos probatorios. Flagrancia. Pruebas.

ABSTRACT

The investigation ordered by the Public Ministry before a criminal act is the beginning of a criminal process brought to court by the competent authorities; however, the investigation is the beginning of an entire judicial process that requires strict compliance not only with the rules established in the Penal Code and the Criminal Procedure Code, but also in the constitutional precepts and international conventions that recognize the legitimate rights of people in due process. That is because this investigation aims to show that due process before a criminal act typified in the Penal Code, begins with the judicial investigation ordered by the Public Ministry, is obliged to follow the protocol as established by the Law, as a guarantee of due process, in the development of the hearing, without prejudice to the rights of the parties, especially the alleged or alleged identified and investigated and linked to the facts under investigation.

The investigation in the new Accusatory Penal System is the backbone of any process, it is the facts that will allow the Judge of the case to establish according to his expertise the degree of responsibility that assists those indicated by the investigation, However, it is of interest to highlight that the compilation of the evidence that will determine how the facts were developed must pass through the sieve of the clinical eye of the administrator of justice, listening and taking only what is relevant from the contributions provided by the Prosecutor of the case, of the witnesses and finally of the version narrated by the parties according to their truths, the factual facts will come to light despite the interest of the parties in said trial, the preliminary investigation allows the Judge to determine the veracity of the evidence presented in order to avoid affecting consecrated rights and thus make a decision as close to what really happened, therefore the epistemology of the facts and proofs. Bases collected will be at the end, the legal basis that will facilitate at the end of the process, the resolution, argued, reasoned and supported by the Judge of the case.

KEYWORDS

Judicial investigation. Accusatory Penal System. Real facts. Punishable act. Evidence. Flagrancy. Proofs.

Introducción

La implementación del Sistema Penal Acusatorio en nuestro medio trae consigo una forma más rápida, eficiente y garantista para las partes enconadas en el juicio y que buscan a través del proceso, que el juez se pronuncie a favor de sus pretensiones. La incorporación de las pruebas en el desarrollo del proceso son unos de los principales elementos claves para el

desarrollo de la investigación, tomando en cuenta que el Sistema Penal Acusatorio es inminentemente oral; de manera que el Fiscal en el desarrollo del proceso está obligado a exponer las pruebas *face to face* ante el Juez de Garantías y ante el abogado de la defensa. Tiene que encarar las pruebas y elementos probatorios compilados y fundamentados sobre los hechos factuales.

En la práctica investigativa las pruebas que se obtienen de los hechos jurídicamente relevantes son en esencia el fundamento lógico y razonado que permitirá dictar una sentencia ya sea favorable o no, al concluir del proceso. Sin embargo es importante analizar que partiendo de los hechos reales se estructura la teoría fáctica, esta teoría será siempre la que va a permitir establecer el vínculo entre el sospechoso o los sospechosos con el hecho delictivo y es a partir de allí que se inicia el debate entre las partes, con el objeto de demostrar que las pruebas documentadas y compiladas sobre los hechos son o no ciertas y que el presunto señalado guarda o no relación alguna con el hecho punible investigado.

Es por tanto una lucha psicológica y adversarial entre las partes que tiene como finalidad influir en la mente del juez de la causa con el objeto de lograr así una sentencia favorable, en el fragor del debate que se desarrolla en el proceso nos vemos siempre en medio de un conflicto de intereses que sobrepasa los hechos, como realmente sucedieron, debido a que los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por las partes entrañan tres escenarios que el Juez, de acuerdo a su experticia y la sana crítica deberá validar en su justa dimensiones las pruebas presentadas por las partes, de manera que al final del proceso su decisión sea congruente con los hechos investigados y el bien tutelado, de forma tal que la resolución judicial emitida sea lo más justa posible y apegada a la norma, desde la óptica de la lógica y el razonamiento que establece la justicia y la equidad, sin menoscabo de los intereses de las partes según el caso. Estos tres actores en los escenarios jurídicos son la víctima o víctimas, el presunto o los presuntos y el Estado a través del Ministerio Público.

Al momento de darse a conocer la noticia- crimine del hecho punible; es decir de los hechos, se inicia la investigación y la misma puede ser por flagrancia, denuncia o querrela a partir de allí es responsabilidad de las partes compilar las pruebas documentadas, las declaraciones y los testigos, todo esto es materia de la fase de investigación preliminar. En el desarrollo de la investigación se tiene que ir construyendo la teoría del delito investigado, basado en cómo se dieron los hechos. En el debate cotidiano del proceso las partes involucradas van desarrollando sus propias teorías del caso con elocuencia y argumentos, con el objeto que los hechos expuestos prevalezcan en la mente del juez.

Uno de los actores en el proceso lo constituye el Estado, garante de la paz social y la estabilidad jurídica, se hace valer o se sustenta a través de normas constitucionales, como es el caso del artículo 17 de nuestra constitución que establece que; *“las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales, donde quiere que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción”* (Constitución Política de la República de Panamá, 1972) desde esta óptica constitucional, el Ministerio Público como institución del Estado y en representación, tiene la facultad de dirigir la investigación, valorar las pruebas, proteger a las víctimas, a los testigos; como también el deber por mandato de la ley de llamar a juicio a los indiciados e imputarles cargos según los hechos compilados a través de la investigación, preliminar, el fiscal deberá hacer una

narración clara y precisa de cómo se dieron los hechos, demostrar en su intervención ante el juez que existe relación entre los hechos delictivos investigados y el sospechoso o sospechosos. Cabe destacar que a partir de la presentación de los hechos que se le imputan al sospechoso es de obligatorio cumplimiento hacerle saber al indiciado de los hechos que se le imputan como también la permanente observancia de los derechos fundamentales del indiciado y el acatamiento del debido proceso, con todas sus garantías.

En segundo lugar está el indiciado o los indiciados que deberán a través de su representante legal demostrar su inocencia ante los hechos que la fiscalía le imputa, los artículos 1 al 19 de nuestro Código Procesal Penal establece claramente las garantías constitucionales de los presuntos o indiciados en el proceso, entre esos derechos está el de hacerse representar por un defensor legal de su elección o asignado por el Ministerio Público, según el caso.

El apoderado tiene el deber de participar en todo el proceso desde la etapa de investigación hasta que se concluya el proceso, como representante del imputado, deberá exponer los hechos y las pruebas de convicción de forma oral ante el Juez de Garantía, ilustrar la sala de forma tal que los argumentos expuestos por la defensa sean claros directos y precisos, basados en los elementos relevantes de los hechos que se acercan a la realidad fáctica y epistemológica. No olvidemos que el juez de la causa se presenta ante el proceso desconociendo la mayor parte de los elementos que rodean los hechos; por lo tanto para ilustrarse de la realidad fáctica se basará en los aportes y narración de los hechos expuestos por las partes, estos deberán exponer su verdad sobre los hechos jurídicamente relevantes y si estos guardan relación genérica con las normas de nuestro código Penal.

En tercer lugar nos encontramos con la víctima, después de haber estudiado el papel del Ministerio Público y del indiciado en el desarrollo del proceso, se debe ponderar el papel o el rol que juega la víctima en el proceso, en especial el Proceso Penal Acusatorio, ya que en la actualidad este nuevo sistema penal está siendo objeto de duras críticas por parte de la sociedad, debido a que consideran que este sistema le garantiza muchas ventajas al que delinque en detrimento de los derechos del ofendido.

Quien es la víctima, es la persona o incluso la sociedad en su conjunto, que producto de una acción criminal sufre el agravio ya sea físico o económico. Anteriormente, en el viejo sistema se priorizaba en aplicar un castigo ejemplarizante para los que infringían la ley, relegando así a un segundo lugar el bien tutelado o los derechos de las víctimas, la reparación del daño causado tenía menos importancia que la suerte del infractor.

Es interesante analizar cómo se ha reorientado este polémico debate en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Pareciera que el interés del sistema inquisitivo de castigar al infractor era la prioridad; sin embargo en el sistema penal acusatorio es mucho más garantista de los Derechos Humanos de los infractores de la ley, esta ponderación, según muchos entendidos se está a favor del imputado, mientras que la víctima aparece en este sistema “garantista” con desventajas, debido a que el propio sistema no ha previsto un tratamiento o reparación más justo, que indemnice el daño causado a la víctimas posterior a los hechos.

El origen factico y epistemológico de las pruebas responde a una realidad que se debe dilucidar en la fase de imputación y seguidamente en la audiencia oral; sin embargo es aquí

donde radica nuestra investigación ya que las interrogantes que surgen son muchas, sobre las pruebas, para esto, analizaremos las corrientes, puntos de vista y las doctrinas que los entendidos han aportado con el objeto de sustentar el origen epistemológico de las pruebas. Ya que la construcción de la verdad radica en el estudio pormenorizado, desarticulando todos los elementos que convergen en torno a la realidad de los hechos.

Las pruebas vs la verdad.

En los argumentos expuestos por el abogado defensor, al igual que los enunciados sustentados por el fiscal, el debate no se centra en los hechos fácticos recabados, la controversia radica en la forma y la argumentación de la que se valen ambas partes con el fin de hacer prevalecer su verdad frente al juez, ya que la columna vertebral de los hechos será siempre la verdad real o fáctica. Es aquí donde debemos centrar nuestra atención epistemológica. Esto es de suma importancia ya que la resolución judicial que emitirá el Juez tendrá relevancia de acuerdo a los hechos reales, su preponderancia o prelación estará sujeta a lo que plantea Michelle Taruffo citado por (Dei Vecchi, 2013), que toda argumentación sobre la verdad tendrá siempre una premisa mayor, producto de un proceso interpretativo-argumentativo complejo, mientras que la premisa menor serían enunciados declarativos que pueden ser verdaderos o falsos, tiene como objeto circunstancias que aunque pueden contener implicaciones valorativas son en alguna manera, social y culturalmente construidas y pueden ser enunciados, selectivo, semántico cultural y social. (pág. 236). Para nosotros, los estudiosos del origen fáctico de los hechos, se entiende que la orientación filosófica y de hermenéutica interpretativa del Juez pasa por el tamiz de los criterios expuestos por Taruffo como lo son; selectivos, semánticos, culturales y sociales.

Creemos firmemente en la estrategia de aplicación de estos criterios como herramientas de legítima defensa o de convicción ante el devenir del proceso debido a que la sociedad como tal se caracteriza, por la convivencia del hombre en sociedad, razón por la cual los hechos surgidos producto de esa relación en colectividad serán en su gran mayoría de carácter cultural, de manera que los hechos o el origen epistemológico de estos serán tazados jurídicamente por una ley, si es de relevancia para el derecho de lo contrario, serían simplemente hechos culturales sin prelación alguna para el caso concreto, pero que de alguna manera le ofrecen al concededor del derecho herramientas estratégicas de mucha utilidad para presentar su verdad argumentativa.

Dicho esto, entonces el administrador de justicia deberá hacer alarde de su experticia y de sus vastos conocimientos en la materia, sobre todo en las técnicas de valoración de las pruebas, porque se tiene claro que un hecho fáctico es de relevancia para el derecho, si así lo tiene tipificado como tal, pero resulta que volviendo al caso de la sociedad, esos hechos pueden ser correctos, mientras que la norma que los regula es ambigua, debido a la transformación de la sociedad y de los cambios de las relaciones de producción y que el derecho, producto de corrientes o influencias exógenas se ha quedado empotrado en la historia, de manera que los hechos la han rebasado, siendo estos hechos relevantes para la investigación jurídica, de modo que dar con la epistemología de los hechos es tarea de los peritos, operadores de justicia, abogados defensores y del Ministerio Público.

En los procesos dentro de un sistema penal como el Penal Acusatorio es de suma importancia hacer el ejercicio del verdadero origen de las pruebas debido a la posición que debe adoptar el juez de la causa, orientado primero, sobre la base del origen epistémico de las pruebas presentadas y analizadas en el proceso y en segundo lugar que la prelación que se le debe dar a las pruebas son de carácter jurídico es decir tuteladas por la norma, de forma tal que el delito penal tratado en el Sistema Penal Acusatorio tendrá al final del proceso la solución del conflicto a través de un proceso adversarial que le permite a las partes demostrarle al jurado o al juez de garantías, el origen epistémico de su verdad.

Epistemología y Argumentación.

Siguiendo con el planteamiento anterior, la actividad probatoria en el desarrollo del proceso se fundamenta en los hechos reales, tangibles y cognitivos, sin embargo es a partir de estos hechos, es que se configura el esquema de la Litis adversarial, que deberá enfrentar el tribunal de la causa, pero lo interesante en estos procesos es que la mayoría de los fiscales y abogados se centran en establecer estrategias argumentativas y no de carácter científicas para dar con el origen fáctico, de cómo se desarrollaron los hechos de manera que podamos demostrar con cierto alarde y talantería, que nuestra verdad se fundamenta en hechos y pruebas epistémicas comprobadas y de carácter científicas.

Es la verdad epistemológica, la que debe prevalecer en aras de lo justo y de la equidad, estaríamos dentro de un sistema que pregona ser democrático y justo en el seno de la sociedad, que busca la convivencia y la paz, fundamentado desde la óptica del bloque de la constitucionalidad, de lo contrario estaríamos ante un escenario como lo plantea (Rivera Morales, 2009). Cuando no Hay reconocimiento del derecho del otro, por personas u órganos públicos y para ello se requiere de la declaración del órgano jurisdiccional en su función de la administración de justicia, es obvio, que depende imprescindiblemente de la verdad, los hechos y las pruebas. (Pág. 11).

Algunos autores plantean y con justificada solvencia académica, que una forma más científica de analizar los hechos, es desglosando literalmente a través de partículas más pequeñas la noticia del hecho delictivo consumado; es decir buscar los datos que subyacen dentro de la propia noticia de los hechos. Elaborando así un cuestionario dirigido a buscar más información que de momento no aparece ni son visibles a simple vista, en la noticia del hecho punible. Desde este punto de vista veamos lo que plantea (Rivera Morales, 2009), en su obra “Epistemología y Prueba Judicial”, si tomamos el hecho y lo desarticulamos en los elementos más simples que lo componen descubriremos todo un universo factual cual si estuviéramos mirando a través de un microscopio. Esto sería así: “de donde venía pedro, que relación tenía con Juan, a qué horas fue, como era el ambiente- oscuro, claro, se podía ver bien, etc., dijo Pedro algo al disparar, etc. Se trata de descomponer el hecho en forma atómica, hacerlo molecular. (pág. 2).

Por otro lado siguiendo este orden de ideas, sobre la búsqueda de la verdad a través de la investigación, los argumentos expuestos por las partes en el proceso, los mismos se verán siempre obligados a encarar la verdad frente a los argumentos sustentados por la contra parte, con el único fin de nublar la percepción del Juez frente a los que realmente sucedió. Sin embargo, en el desarrollo de la investigación la epistemología de los hechos dará como

resultado que la verdad fáctica brillará con luz propia, debido a que lo primero que se está obligado a hacer por parte del cuerpo de investigadores, es conformar la verdad de los hechos tomando en cuenta solo los hechos relevantes del hecho delictivo y en segundo lugar esos hechos serán sometidos al escrutinio del Juez, en medio del proceso donde los argumentos no convincentes serán desechados y caerán por su propio peso.

Por lo tanto es fundamental, que el Juez de la causa, haciendo uso de su experticia cognitiva pueda conocer y extraer con mucho dominio aquellos elementos fácticos que le permitirán establecer su verdad al margen de los objetivos trazados por las partes, sin embargo la Fiscalía en todo momento mantendrá al juez ocupado con sus argumentos fundamentados, siguiendo el protocolo establecido dentro de la investigación delictiva. Si el Juez cuenta con una formación, basado en las tres áreas del aprendizaje como es de esperarse; tendrá dentro de sus saberes, una formación afectiva, por tanto estará espiritualmente dotado de buena fe y fortaleza para auscultar y extraer información que aportan los enfrentados en el litigio.

En cuanto a la formación cognitiva, es aquí donde se fundamenta la fortaleza del Juez ante la investigación del delito en cuestión; ya que se basará en el cúmulo de conocimientos, adquiridos en dos direcciones, la primera se sustentará en el vasto conocimiento con que cuenta el administrador de justicia, producto de su trayectoria a lo largo de su formación educativa y de su vida como profesional del derecho y, por otro lado, su experiencia al servicio del Estado como administrador de justicia y la segunda en la dinámica de enriquecimiento de conocimientos aportados en el caso específico investigado, pruebas y aportes que subyacen en el expediente. Aunado a ello, toda la información vertida por las partes de forma oral en el desarrollo del juicio y por último su formación psicomotora que le permitirá realizar todo lo que esté al alcance para determinar cuándo se está frente a una prueba epistemológica y fáctica para orientar lo racional y justo para las partes. Esta no es más que la relación y desarrollo de las tres áreas de forma integral, darán como resultado una formación profesional holística, cimentada en los tres saberes del proceso de la enseñanza-aprendizaje; saber ser, saber conocer y saber hacer. Reiterando este proceso de formación y experiencia, permitirá al Juez en su desarrollo cognitivo una resolución judicial mucho más acertada, mucho más apegada a la ley, bajo la óptica del respeto de los derechos humanos y el debido proceso.

Ante estas afirmaciones, sobre la dinámica desarrollada en el proceso de la investigación, que nos advierte, (Rivera Morales, 2009) “Pues el conocimiento se adquiere, precisamente, por medio del proceso cognitivo; el cual se encuentra relacionado con tres áreas distintas: psicológico, lógico y ontológico. No es discutible la valía del conocimiento como soporte para nuestras creencias y el epicentro en búsqueda de la verdad.” (pág. 6). Como pueden ver, estos postulados de la investigación responden sin lugar a duda a la experiencia adquirida, pero sobre todo al proceso de enseñanza-aprendizaje, que permite esa formación, Donde la psiquis o sea lo psicológico juega un papel de extraordinaria relevancia dentro de la investigación, la lógica, que permite interpretar el comportamiento humano y de las cosas y por último la ontología que le permite, en este caso al Juez, conocer al ser humano y su existencia en cuanto a ser, como podemos ver toda esta gama de herramientas estructurada. Nos permite tener un enfoque de lo complejo y variado que es el ser humano y que al final debemos concluir en que todo se reduce o se enmarca en las tres áreas del aprendizaje del individuo de manera que el Juez una vez que se encuentre frente a casos concretos tendrá la suficiente experticia para

entrar a hacer valoraciones de gran valía basado en las pruebas presentadas dándole un valor y relevancia a las pruebas, bajo el enfoque de la sana crítica, sin menoscabo del derecho que le asiste a las partes según la ley, dentro de un análisis epistemológico argumentado y sustentado.

Epistemología de la Prueba y su valor probatorio

Antes de iniciar este apartado, es importante señalar que el valor de la prueba, su origen de procedencia y la forma cómo fue recabada requiere de un exhaustivo y riguroso proceso de selección y sometimiento para determinar si su valor probatorio la califica como apta para ser tomada en cuenta en el proceso. Este análisis previo es de relevancia para los jueces debido a la obligatoriedad oficiosa que le atañe, a estos para, salvaguardar la seguridad jurídica tipificada en la constitución Política y en la norma. Las pruebas en cuestión serán admitidas en el proceso dependiendo de su valor y el peso jurídico que presenten en el caso delictivo investigado.

Nuestro Código Procesal Penal en el artículo 17. Plantea lo siguiente: “Validez de la prueba. Solo tiene valor las pruebas obtenidas por medios lícitos y practicados ante los organismos jurisdiccionales.

No tiene valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito”. (Batista Domínguez , 2020)

No olvidemos que todo el andamiaje jurídico en que se encuentra revestido un acto delictivo, en proceso, exige del acatamiento y la observancia de los derechos de los ciudadanos como garantía de una justicia equitativa, justa y oportuna. El origen de la prueba marca el curso y define hacia donde nos dirigimos en el debate procesal, una prueba ilícita o ilegal debe ser advertida de forma inmediata de manera que el desarrollo del proceso no se vea obstaculizado causándole retraso y pérdida de tiempo a las partes y al Estado en sus funciones de administrar justicia.

En ese sentido el valor de las pruebas recabadas están ligadas a un sin número de factores empíricos que a su vez le dan un valor preventivo a los elementos probatorios recabados prima fase, esta metodología o procedimiento le dará, un trato científico a la prueba, le permite a su vez dotar a las pruebas de un revestimiento jurídico de forma tal que el juez al momento de valorar la prueba lo hará, no necesariamente sobre la libre convicción si no además, orientado sobre la base de una negociación que surge de la epistemología de la prueba, los argumentos aportados por las partes y sometidos al sistema de la prueba tazada, es la investigación en todo caso el procedimiento científico que dotara al proceso, de un conjunto de los elementos necesarios para el feliz término de la investigación sin menoscabo de los derechos de las partes.

Es importante señalar que el juez emitirá la resolución judicial en base a las pruebas recabadas, admitidas y evacuadas, es oportuno destacar que las pruebas presentadas tienen el mismo valor por lo tanto no habrán pruebas por encima de otras, los medios probatorios están allí para actuar de forma armónica, son herramientas de gran valor de manera que esto permitirá despejar las dudas o lagunas que en un momento puede encontrarse en el curso del

proceso, como tampoco puede haber injerencia o presión de intereses no vinculadas al proceso. El darle un peso o valor jurídico a la prueba no está ligado solamente a la resolución que emitirá el juzgador, al final del proceso, esta valoración tiene importancia relevante a lo largo del proceso de forma continua, en la medida que se presenten incidentes que ameriten la evacuación de ciertas pruebas y de acuerdo a su valor probatorio, Colín Sánchez opina que el valor de la prueba puede ser en dos sentidos, a saber: la certeza o la duda.

La certeza, ésta obliga al juez a resolver la prestación punitiva a cargo del Estado y a hacer factibles, los aspectos, ya sea positivos del delito; en consecuencia, debe ordenar o absolver al acusado, según sea el caso.

La duda, con cierta frecuencia, en el razonamiento del propio Juez se genera el problema en torno al resultado que arroja la valoración de las pruebas desahogadas durante el proceso. A pesar de ello, se encuentra obligado a resolver definitivamente los asuntos a él encomendados. Ello significa que no vale justificación alguna para dejar de administrar justicia. Por lo tanto aun estando el juez obligado a dictar una resolución a favor o en contra de las partes, le queda al juez como último recurso si se le presenta la duda, aplicar el principio “*in dubio pro-reo*”, es decir en caso de duda debe resolver en favor del acusado. (Proquo Abogados, 2021)

Si la duda favorece al imputado como reza este principio resalta nuevamente la palabra duda debido a que cuando y en qué momento se debe invocar esa duda y si la misma es parcial ante una prueba determinada o si la duda surgida involucra totalmente en su conjunto dicha prueba, para desenmarañar este conflicto El Ministerio Público cuenta con una serie de tecnología y peritos que facilitan y aportan los elementos de convicción que permitirán despejar la duda y de esta manera darle paso a la certeza por ejemplo; si se tratará de un caso de estupro (violación) los informes de medicina forense son criterios emitidos por los peritos, estas pruebas son de entero crédito debido a los profesionales que emiten opiniones con un alto grado de profesionalismo, por lo tanto los administradores de justicia se apoyaran para emitir un criterio, de los especialistas o peritos en medicina legal debido a sus conocimientos técnicos y científicos que poseen.

Otro aspecto de suma importancia en la investigación y recolección de las pruebas son los objetos o cosas tangibles por ejemplo un arma de fuego, el calibre de la bala, la relación del arma en otros casos relacionados como el robo u homicidio, el perito en balística determinará y aportara información valiosa que ayudara a conducir la investigación por el curso correcto que permitirá dar con la verdad fáctica del hecho y los presuntos, esta parte del desarrollo del proceso coloca al Juez en una posición de neutralidad debido al modelo del proceso, novedoso como lo es el Sistema Penal Acusatorio que eleva por encima del propio sistema de justicia la función adversarial y de Oralidad que reviste este modelos de justicia, permitiéndole al juez solo mediar en el proceso y permitir la conducción del mismo en medio de las partes que a través de la oralidad presentaran sus argumentos y pruebas, es oportuno reiterar que este sistema es lo que reviste el proceso de garantías de los derechos de los participantes en el debate procesal.

Esto en la práctica nos conduce a comprender que aquellas pruebas que no son pertinentes en el proceso serán rechazadas, esta realidad es de conocimiento de los actores principales en el curso de la investigación y en el desarrollo del proceso, reiteramos que el proceso por ser inminentemente oral obliga a las partes a ser cuidadosos en la aportación de pruebas que no

guardan relación con los hechos investigados. En otras palabras es oportuno volver a comentar lo que al inicio de esta investigación decíamos sobre la epistemología de la prueba, auscultar el origen de la verdad objetiva es el marco central del proceso, la fortaleza del juicio como orientación de un final consensuado entre las pruebas recabadas y la resolución final sin conjeturas dará como resultado que la epistemología de lo aportado como prueba son de carácter científico en pro de la verdad fáctica dentro de un proceso que se cierra con el pronunciamiento del juez de la causa.

Porque como plantea; (Rivera Morales, 2009), en la relación, entre la verdad y la prueba. Decir que un enunciado fáctico es verdad (o- por conectar aquí con una terminología al uso- que refleja la verdad material u objetiva) significa que los hechos que describen han existido o existen en un mundo independiente; o sea, que es correcto, en el sentido de que un enunciado fáctico está probado (o que constituye la verdad procesal o formal) significa que su verdad ha sido comprobada; (p.46). En otras palabras lo que el autor recalca es que la verdad real y científicamente comprobada tiene conexión con los hechos delictivos llevado al estrado para su valoración dan como resultado el esclarecimiento de cómo se desarrollaron los hechos y el vínculo que existe con los presuntos llevados ante el juez por el Ministerio Público.

Conclusiones:

- 1- El Sistema Penal Acusatorio a pesar de ser altamente garantista no contempla ni aporta instrumentos jurídicos que garanticen los derechos de las víctimas.
- 2- Es un sistema mucho más expedito y humanista sin embargo aún se dilata mucho en la oralidad hay que establecer mecanismos para ganar tiempo en favor de las partes y la administración de justicia.
- 3- La sociedad civil desconoce y no comprende los beneficios y aportes del Sistema Penal Acusatorio como medio de lograr que prevalezca el respeto a los derechos humanos.

Recomendaciones:

- 1- Es de suma importancia impartir docencia con el objetivo de informar a los abogados litigantes y administradores de justicia la urgente necesidad de contar con el dominio, observancia y solemnidad del tratamiento y proceso de las pruebas recabadas y su valor probatorio en aras de los derechos de las partes y de la seguridad jurídica.
- 2- El Sistema Penal Acusatorio urge de dotar a Jueces y al Ministerio Público de equipo tecnológico de avanzada que permita de forma más eficiente el trabajo de campo y la recolección de las pruebas reales vinculadas al proceso eso incluye mayor profesionalismo en la cadena de custodia de la información jurídica de los hechos.

Bibliografía

Alvares Uribe, Roberth: “Prueba y Argumentación. Una aproximación al discurso filosófico de la Prueba.”

Antón Mittermaier, Kar Joseph: “Prueba en materia criminal, volumen 3.
Barrios González, Boris: “Estudios de Derecho Procesal Pe Panameño, tomo 2
IV edición; Editorial Jurídica Ancón. Panamá. 2002

Benfeld E. Johann S; “Consideraciones Metaepistemológicas sobre el Derecho
Probatorio. El caso “Kronos” como modelo de las particularidades de la Prueba Judicial en
Materia de Tutela Laboral”.

Dei Vecchi, Diego: “Tres Discusiones acerca de la Relación entre Prueba y Verdad”.

Espitia Garzón, Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Penal

Fábrega P. Jorge: “Teoría General de la Prueba”. Editorial, Jurídica Iberoamericana, S.A. IV
Edición. 2012.

Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez Carmen: “Debatiendo con Taruffo”.

Fuentes Rodríguez, Armando: “Política Criminal y Derecho Procesal Penal.

Gascón Abellán, Marina: “Concepciones de la Prueba. Observación y propósito de Algunas
consideraciones sobre la relación entre Pruebe y verdad, de Michele Taruffo.”

González Lagier, Daniel: “Hechos y Argumentos (Racionalidad epistemológica y
Prueba de los hechos en el proceso penal) (1)”.

Guerrero Kuan, Juan Antonio: “El control Judicial sobre la Afectación de Derechos
Fundamentales en el Proceso Acusatorio Panameño”.

Muñoz Sabaté, Luis: “TECNICAS PROBATORIAS”, Estudios sobre las dificultades de la
Prueba en el Proceso”. Editorial Temis S.A. 1997, Santa Fe de Bogotá

Pabón Gómez, German: “Lógica del indicio en materia Criminal”. Editorial Temis S.A. 1995
Santa Fe, Bogotá.

Rodrigo Vargas, Ávila: “Concepciones de la Prueba Judicial”.

Trabajos citados

Batista Domínguez , A. (2020). Código Penal y Código Procesal Penal (Sistema Acusatorio).
Panamá: Mizrachi & Pujol.

Constitución Política de la República de Panamá. (1972). *Constitución Política de la
República de Panamá*. Recuperado el 12 de abril de 2022, de
[https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/1/Texto-editado-por-la-Asamblea-
Nacional.pdf](https://www.constitucion.gob.pa/tmp/file/1/Texto-editado-por-la-Asamblea-Nacional.pdf)

Dei Vecchi, D. (2013). Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad.
Discusiones XIII, 236.

Proquo Abogados. (16 de noviembre de 2021). *Proquo abogados- In Dubio Pro Reo*.
Obtenido de <https://www.proquoabogados.com/derecho/penal/in-dubio-pro-reo/>
Rivera Morales, R. (julio de 2009). EPISTEMOLOGÍA Y PRUEBA JUDICIAL. *Debate
Procesal Civil Digital*.
Valoración de la Prueba. Dr. MICHELE TARUFFO Pamplona 2017. (2020). Recuperado el
2020, de <https://www.youtube.com/watch?v=EQ-5S99cluo>

La prospectiva: una herramienta para la creación de ordenamientos jurídicos.

Vanessa M. Campos Alvarado

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Panamá

vanessa.camposa@up.ac.pa / vanecampsalva10@gmail.com

ORCID 0000-0003-4903-7501

“La mejor manera de predecir el futuro es creándolo”. Peter Drucker

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Introducción. Resumen. Palabras claves. I. ¿Qué es la prospectiva? II. Utilidad. III. Mecánica. IV. Construcción de Escenarios, V. ¿Cómo se aplica la prospectiva en lo jurídico? VI. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

Con el objeto de plasmar políticas y acciones que se materializaran mediante instrumentos jurídicos, que deben ser acordes con las realidades sociales, hoy en día los científicos han creado medios que facilitan la investigación social que permiten la integración de diversos expertos quienes emiten opiniones sobre temas de interés social utilizando metodologías de investigación que tendrán su aplicación en la construcción de escenarios tanto iniciales como futuros. Ellos conforman visiones del futuro que toman las realidades de lo social anticipándose al futuro con el propósito de orientar las acciones que deben aplicarse en los eventos sociales por la administración pública para tener una mejor gestión. Es una herramienta aplicable a muchas áreas por lo que es de gran utilidad.

Para el derecho es igualmente válida en el proceso de elaboración de las leyes pues las adecúa en atención a estos estudios tornando la legislación más apegada al contexto social donde se requiere y además de proteger los ordenamientos preexistentes y los derechos de los ciudadanos.

Resumen

Para la formulación de ordenamientos jurídicos puede hacerse uso de herramientas de investigación como la prospectiva que crea escenarios futuros de las realidades sociales a partir del aporte y metodología de expertos de diversas áreas de conocimiento: teorías técnicas de investigación e instrumentos. Su fin es elaborar políticas públicas y/o acciones que beneficien a las mayorías, teniendo como base estudios científicos y con planificación de acciones y recursos. Este instrumento permite la creación de ordenamientos jurídicos más apegados a las realidades, sociales y con una visión de futuro.

Palabras Claves:

Ordenamientos jurídicos, metodología de investigación, cambios sociales, escenarios futuros.

Summary

For the formulation of legal systems, research tools such as foresight can be used to create future scenarios of social realities based on the contribution and methodology of experts from various areas of knowledge: technical research theories and instruments. Its purpose is to elaborate public policies and / or actions that benefit the majority, based on scientific study and planning of actions and resources. This instrument allows the creation of legal systems more attached to social realities and with a vision of the future.

Keywords:

Legal systems, research methodology, social changes, future scenarios.

I. ¿Qué es la prospectiva?

La prospectiva es considerada como una ciencia que permite conocer factores que contribuyen a cambios sustanciales en el mundo. Algunos de estos factores pertenecen a lo social, también al área de las ciencias duras, a estudios enfocados a la producción, distribución de bienes y servicios, consumo de productos que se enfocan en las necesidades humanas desde la visión de la economía como otros.

Al considerar cada uno de estos factores en un estudio, la prospectiva es el enlace que sirve de herramienta que puede utilizarse en el análisis de los efectos que cada una de estas ciencias y/o técnicas produce, mediante sus experticia para lograr la previsión de eventos y situaciones que puede originarse a partir de las influencias que cada una de ellas ejerce sobre los otros factores recíprocamente.

¿A qué obedece ese interés de nuestras sociedades a anticipar posibles eventos ¿cuánta certeza hay de que puedan ocurrir?

A la primera pregunta la posible respuesta es planificar mejor las acciones que se tomen a partir de decisiones fundamentadas en elementos que deriven de las ciencias comentadas de la cual sus expertos prodigarán de conocimientos obtenidos a partir de diversos métodos, teorías y conocimientos de expertos. Con el producto final puede tomarse decisiones sobre políticas públicas que son enunciadas por ordenamientos jurídicos.

Hoy, ya no es necesario tener una bola de cristal, ni recurrir a la astrología para vislumbrar el futuro, ni a la participación de adivinos. El concurso de las ciencias en el análisis de situaciones que se producen en el medio parece ser la respuesta para ver con luces largas el futuro.

Tanto los medios utilizados antiguamente que se han citado como la prospectiva van en el camino de la búsqueda del futuro con el propósito de tomar las mejores decisiones que tendrán un efecto y teniendo muy presente el respeto del derecho de los ciudadanos en las políticas públicas que se creen.

En cuanto a la certeza del futuro esta no se posee al 100% pero puede originarse una aproximación con fundamento en criterios científicos.

Si bien la magia, la adivinación que se utilizaron fueron las primeras formas de conocer el futuro desde tiempos remotos, la prospectiva es el recurso fundamental que puede emplearse en nuestros tiempos con el mismo fin.

La diferencia es que en la actualidad quienes participan en esta búsqueda del futuro son personas especialistas en diversas áreas de las ciencias que haciendo uso de técnicas, estrategias, teorías y sistemas producen conocimiento que sirven de sustento para abonar en la meditación de quienes conforman nuestras sociedades para la construcción de un mejor futuro.

Hoy en día es frecuente la utilización de la prospectiva que permite concentrar competencias provenientes de diversos ámbitos de conocimientos y algunas institucionales para que en un trabajo conjunto se pueda edificar el panorama futuro y a la vez identificar las causas que dan origen a eventos, sus componentes así como todo aquello que contribuya al cisma de estos o bien a su persistencia.

En cuanto a la utilidad de la prospectiva se ha observado que su aplicación es útil en diversos campos. Se conoce que en sus orígenes vienen a partir de: “... La mitad del siglo XX y quienes la emplearon primero fueron corporaciones norteamericanas que trabajaban para el sistema de defensa del país⁹⁰”

La CEPAL al precisar el concepto de prospectiva lo aborda desde su funcionalidad y acciones que dinamizan su aplicación:

“La prospectiva aporta teorías, métodos y herramientas útiles para la construcción de un futuro deseado. Supone movilizar capacidades sociales (técnicas, cognitivas, institucionales) para construir visiones compartidas del porvenir, identificar sus determinantes claves, así como los posibles elementos y factores tanto de ruptura como de continuidad⁹¹”.

II. Utilidad

En lo atinente a la aplicación de la prospectiva se conoce que “...esas herramientas metodológicas fueron enseguida aplicadas a finalidades comerciales, al desarrollarse el marketing como elemento fundamental de la competitividad y supervivencia de las empresas⁹²”.

Ha sido un medio predictivo eficaz aplicable a las políticas de mercado. Estos estudios que utilizan la prospectiva son a su vez medios que reconocen los futuros escenarios y predisposiciones hacia ciertas áreas de conocimiento como las tecnológicas y científicas.

En el caso de los gobiernos es una herramienta de gran provecho al permitir que su práctica colabore en la formulación de políticas públicas debido al producto que emerge en el estudio

⁹⁰ RODRIGUEZ CORTEZO, Jesús. Introducción a la prospectiva: metodologías, fases y explotación de resultados”. Economía Industrial NO. 342 del 2001.

<https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/342/1JesusRodriguez.pdf>. Consultado el 23 de mayo de 2022.

⁹¹Biblioteca de la Cepal. Comisión Económica para América Latina y el Desarrollo <https://biblioguias.cepal.org/ProspectivayDesarrollo/Prospectiva>.

⁹² Ibídem. p. 14.

de los escenarios y tendencias en las sociedades dando con esto un referente importante para formular las políticas públicas que constituyen acciones de los gobiernos que tienen como objetivos aportar soluciones a las necesidades sociales.

Recordemos que las políticas públicas se formalizan a partir de legislaciones por ende, la aplicación de la prospectiva repercute en la elaboración de ordenamientos jurídicos.

A partir de los estudios realizados mediante la prospectiva un Gobierno puede ser capaz de reformular políticas, dejar de practicarlas, generar nuevas, desarrollar estrategias para obtener el mayor beneficio de sus recursos. Es decir, la prospectiva dinamiza este proceso creativo en el cual los actores tienen un papel relevante por los conceptos que emiten, por las sugerencias que se producen e inciden directamente en la ejecución de políticas y los contenidos de los ordenamientos jurídicos que le darán forma.

III. Mecánica

La prospectiva es un proceso dinámico tanto por los métodos que se usan en la investigación de los escenarios presentes y futuros como por la participación de expertos.

Lo que sí es importante destacar es que entre mayor es el número de expertos que se consulta mejor es la calidad del conocimiento que se obtiene. El producto nace de la participación plural de especialistas usando conjuntamente metodologías.

Este concurso de expertos que hace de la prospectiva una herramienta participativa e inclusiva ya que en el ejercicio de sus reflexiones y análisis facilitan un medio donde convergen intercambios, acuerdos, en los que los actores que intervienen se vinculan para concretarlos. De tal forma que se observa, que tanta prelación tiene la vinculación entre expertos que favorecen un medio para generar ideas, y conocimientos como las conclusiones a las que arriban finalmente y que se convierten en el fruto de sus esfuerzos.

La prospectiva realiza contribuciones a la investigación porque permite organizar el procedimiento para alcanzar el conocimiento, favorece la participación de especialistas de diversas ciencias, la información obtenida favorece e integra conocimientos que sirven para formular políticas públicas entre otros elementos.

RODRIGUEZ CORTEZO, Jesús sintetiza estas contribuciones de la prospectiva de la siguiente forma:

- “1. Desarrolla visiones del futuro sobre tecnologías y aspectos claves para el desarrollo.
2. Proporciona fuentes de conocimiento.
3. Posibilita el dialogo entre actores.
4. Fomenta la creación de redes de colaboración.
5. Proporciona información para el desarrollo de políticas tecnológicas.
6. Moviliza un amplio colectivo y le obliga a reflexionar sobre el futuro.”⁹³”

⁹³ Ibídem p. 15.

El aporte de la prospectiva se palpa en la toma de decisiones en materia de políticas públicas, en la planificación de acciones en las que se invierten gran cantidad de recursos, en un medio del cual se desconoce muchas circunstancias de los eventos objeto de estudio y que, por tanto, generan gran de incertidumbre. Es por esto, que se hace necesario el uso de una herramienta que da una aproximación fundada en criterios científicos en los posibles escenarios en los que se puede hacer uso de recursos y para determinar las condiciones del medio en que se aplicaran y como estas influyen en su uso. Por tanto, es una herramienta que sirve en la previsión y en mejorar la administración pública.

Este concurso de expertos que se integran gracias a la prospectiva para el análisis de los posibles escenarios del futuro se organizan para “...sistematizar la reflexión colectiva que es la base del proceso, y facilitar la consecución de consenso⁹⁴” parte esencial de la prospectiva en la que hay acuerdos sobre los conocimientos que se construyen y que se basan en el impacto en el medio que a su vez intervienen en los escenarios de las sociedades provocando las situaciones que a diario se observan.

En cuanto a la constitución de especialistas al momento de hacer estudios a través de la prospectiva es importante que su composición sea heterogénea ya que en esta diversidad nacen mayores aportes. En caso contrario, puede ocurrir que el panel presente conclusiones un tanto limitadas debido a el sesgo que le coloca sus propias ideologías o bien sus culturas, creencias comunes y que pueden limitar el desarrollo de mayores opiniones e ideas.

IV. Construcción de escenarios

Los escenarios son un elemento básico de la prospectiva sobre el que trabajan los investigadores.

Cuando se habla de prospectiva se vincula el término a la construcción de escenarios que son las visiones presentes y futuras de la sociedad enfocándose hacia un tema de interés que requiere alguna intervención con el propósito de mejorar las condiciones en que este se desarrolla.

En esta construcción de escenarios se toman en consideración tanto eventos pasados como los que se desarrollan actualmente con miras a crear los futuros escenarios.

En este proceso se aportan opiniones de especialistas, se emplean instrumentos de investigación, se observan las tendencias que se producen en el medio y la interacción que se origina entre las variables, que tienen la función de representar un dato en la investigación, que poseen cada una sus propios caracteres, que pueden modificarse al interactuar con otras. De allí la importancia de observarlas ya que estas variaciones o constantes tienen un significado para la construcción de los escenarios al determinar las tendencias en lo social lo que influye significativamente e igualmente en el aporte de los especialistas que contribuyen con sus competencias a dibujar los escenarios futuros.

Los escenarios son rutas a seguir en los senderos del futuro que se elabora a partir de estudios que generan los expertos y que desembocan en una hipótesis.

⁹⁴ Ibídem p. 16.

La misión de los escenarios es proyectar la visión de lo que puede sobrevenir y de lo cual es necesario tener comprensión. No se trata de adivinar el futuro del cual muchos tenemos expectativas que se espera puedan alcanzarse. Al contrario la construcción de escenarios y encontrar opciones concretas y realizables tienen el propósito de identificar a partir de las tendencias que se presenten, cuál de las opciones o alternativas (creadas por los expertos) sean las más viables para aplicar en la construcción de un mejor futuro.

El análisis de escenarios tiene ciertas ventajas como su utilidad en la planificación, también constituye un sistema de advertencia, identifica fortalezas del medio, describe riesgos posibles los que a veces son complejos reconocer por la incertidumbre que puede imperar en el medio. No obstante, es una magnífica oportunidad para tener las visiones del futuro, y los factores que pueden interferir a que se alcancen también los resultados al no poder llegar a ese futuro deseado.

La construcción de escenarios tiene varios pasos a seguir: **En primer** lugar debe establecerse el objeto a estudiar, el momento y espacio. De esta forma se establece un límite y se precisa tanto el objeto como el marco dentro del cual se realizará el análisis.

En el **segundo paso**, cuando la investigación esté en función, el investigador se irá percatando de aspectos que se encuentran inconclusos y que requieren mayor información por ende ameritaran más investigación. Esto sugiere hacer una investigación más amplia. La construcción de escenarios conduce al investigador a esclarecer puntos oscuros y confirmar o descartar conocimientos.

Este proceso de investigación se manifiesta a lo largo de todo el proceso de la prospectiva sobre todo cuando se trata de precisar o tener más información sobre indicadores.

Es un proceso de investigación constante.

En todo proceso social hay involucrados actores. Identificar los principales actores involucrados. Por tanto, este debe ser el **tercer paso** que continua. Así, por ejemplo, en materia de derecho constituyen los actores del proceso en una reglamentación de visita Los padres, el menor, el tribunal, en el evento que se nombre psicólogos, trabajadores sociales estos también serían actores con mayor o menor relevancia.

El **cuarto paso** lo constituye el precisar las inclinaciones ideas o también las denominadas corrientes que influyen en el evento que está siendo objeto de estudio.

Estas ideas corrientes o bien tendencias se van a manifestar en diferentes grados ya sea en menor o mayor y en determinadas direcciones o dirección en los periodos de estudios a lo cual debe prestarse especial atención.

Este comportamiento tendencia va tener un impacto en el evento que se estudia y que de alguna forma se reflejará en el futuro. Estas corrientes condicionantes se les denomina mega

tendencias y /o drivers ⁹⁵por que ejercen influencia que puede provocar mutaciones. Deben su denominación por el hecho de ser considerados” motores de cambio⁹⁶”

Un punto importante en los estudios de prospectiva es precisar de qué forma se impacta el escenario futuro del evento que está en estudio, es decir el objeto. Esto entraña un mayor grado de complejidad dada la incertidumbre que rodea esta visión de futuro. Lo cual es contrario con lo que ocurre en las corrientes o tendencias que tienen elementos que contribuyen a su comprobación. Esta fase constituye el **punto sexto** de los pasos que se requieren en la prospectiva.

Todos los elementos anteriores permitirán elaborar los primeros bosquejos de los escenarios agregando a estos las tendencias que se han ido descubriendo en el estudio del problema.

Una vez se consolide la estructura de los escenarios que se construyen a partir de las tendencias y/o corrientes lo cual se logra determinando si la construcción de estos es admisible a partir de las tendencias observadas entonces, puede determinarse si su base tiene la fortaleza para establecer este escenario futuro. De no existir esta, debe reformularse.

En el desarrollo de la tarea de construcción de escenarios pueden observarse otras tendencias o incertidumbres que no fueron percibidas en el inicio del estudio y esto puede llevar a una nueva construcción.

Finalmente, una vez elaborados los escenarios hay que observar cuales son las consecuencias de los que se han creado. Observar las consecuencias para lo que se debe tener presente cual fue el propósito de la construcción del escenario por ejemplo ver las tendencias, o bien la implementación de un nuevo procedimiento, o bien el estudio de una organización o ente institucional o bien examinar algún evento real que ocurre. Este sería el **Paso Séptimo**.

El paso **Octavo** a realizarse en la prospectiva en la fase de construcción del escenario es la evaluativa de la construcción realizada dependiendo del objeto que queremos estimar y para el cual se aplica la prospectiva y se construye el escenario.

Este proceso no finaliza aquí también es necesario dar un seguimiento a los eventos objeto de estudio para observar sus transformaciones o variantes para hacer análisis a partir de los escenarios que se han construido utilizando estos como referentes frente a las variantes que se produzcan resaltando si hay modificaciones en las tendencias que fueron tomadas en cuenta originalmente para construir los escenarios.

En función de los posibles cambios se debe plantear un observatorio mediante un sistema que permita vigilar las variantes en las tendencias utilizando indicadores que las describan. El propósito es reconocer las tendencias y determinar la necesidad de mayor investigación y modificaciones en los escenarios.

⁹⁵ JORDAN, Javier, “La técnica de construcción y análisis de escenarios en los estudios de Seguridad y Defensa” <https://global-strategy.org/la-tecnica-de-construccion-y-analisis-de-escenarios-en-los-estudios-de-seguridad-y-defensa/>. Consultado el 14 de mayo del 2022.

⁹⁶ *Ibídem*.

V. ¿Cómo se aplica la prospectiva en lo jurídico?

En nuestra sociedad se producen cambios constantes debido a la investigación, al reconocimiento de derechos, a creencias, ideologías, costumbres, culturales que han ido transformando el pensamiento y el quehacer humano.

También la evolución de las tecnologías ha sido la causante de estas nuevas concepciones generando tendencias en el comportamiento. Conductas que se repiten y constituye patrones o bien rupturas con las tendencias.

Como ejemplo de la influencia tecnológica, tenemos que nadie hubiese pensado muchos años atrás, realizar una reproducción humana asistida utilizando el claustro materno de una mujer que no es la madre biológica, o bien integrar una familia por parejas del mismo sexo que hacen uso de la reproducción asistida, o tal vez, congelar células reproductivas para utilizarlas posteriormente.

Este solo hecho haría entrar en conflicto a las sociedades al manipular los elementos genéticos que originan una nueva vida. Ha ocurrido una evolución en el pensamiento en lo moral y en lo ético ayudado a su vez por las tecnologías científicas que han permitido la procreación en un vientre distinto al de la madre biológica.

En este sentido la legislación ha evolucionado conforme las situaciones que requieren un ordenamiento jurídico pues la sociedad demanda que para el respeto de derechos y una convivencia armónica se cree una norma que tutele eventos que anteriormente eran impensables.

Ahora, este desarrollo de la legislación no siempre ha sido paralelo con los cambios sociales que se originan a partir de las nuevas tecnologías. Es por esto por lo que el enfoque tradicional para la creación de nuevos ordenamientos parte de los antecedentes históricos y no desde una visión futura como plantea la prospectiva.

Esta visión lleva al investigador o investigadores de forma colectiva a crear escenarios futuros de situaciones actuales con la ayuda de varios especialistas.

En ese sendero de lo social influido por culturas, religiones tendencias, ideologías que van moldeando el comportamiento humano se encuentra por ejemplo el tema del derecho a la sexualidad como un derecho humano.

En las sociedades antiguas esto habría sido visto como algo profano o tal vez obsceno dependiendo de la vinculación de la persona a su cultura, educación, tradiciones, ideologías u otros. Aún más prohibido cuando se relaciona con el comportamiento de los menores de edad. Seres en formación, con carencias físicas y psicológicas y de madurez.

En la actualidad las situaciones que se producen en este campo en materia de la sexualidad de los menores de edad invitan a la reflexión y a crear sistemas educativos acordes a las edades de las poblaciones de niños y adolescentes. Son terreno fértil para el uso de la prospectiva por el estado actual del problema por la necesidad de precisar el impacto de estos comportamientos y por las medidas que deben aplicarse como correctivos a través de políticas públicas que pueden concluir en legislaciones especiales.

Construir escenarios desde esta realidad conlleva un estudio desde diferentes visiones de especialistas relacionados con el comportamiento humano: psicólogos, docentes, médicos y sus especialidades, sociólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, docentes y otros profesionales .

Para construir un escenario basado en el derecho a la educación y salud sexual que se transformara en un ordenamiento jurídico hubo que vencer muchos obstáculos. Sobre todo porque se trata de una población vulnerable sobre la cual había que investigar por diversas técnicas e incluso solicitar autorizaciones a padres de los menores para preservar la confidencialidad de estos datos obtenidos por distintos instrumentos.

Por otra parte, se encuentran datos estadísticos de los sistemas de salud que llevan un registro de los nacimientos que se producen de madres menores de edad.

Legislar sobre esta materia tan delicada con una visión futurista requiere de herramientas especiales como la prospectiva donde los escenarios que se construyen son iniciales y futuros. Inicial, porque revelan el estado actual del objeto de estudio y futuro, porque plasma la visión futura del objeto para crear políticas acciones y/o soluciones a las mismas.

En base a esa visión futura de nuestro objeto de estudio la prospectiva es un instrumento de gran importancia para la planificación y para la elaboración de políticas públicas que se concretan a través de ordenamientos jurídicos, que vienen a ser el producto final en este estudio en el campo jurídico, que se elabora a través de un proceso de investigación con un escenario inicial y otro final que es el del futuro.

Mediante la prospectiva y su metodología de construcción de escenarios, como se explicó previamente, que son modelos que permiten conocer el estado de una situación que es el objeto de estudio que trata de una descripción de lo que puede ocurrir en el futuro basado en opiniones de expertos y la aplicación de diversos métodos de investigación para actuar en el de acuerdo a medidas que se han previsto para aplicarlas en el evento estudiado.

Retomando el ejemplo que se ha venido desarrollando en el presente artículo sobre la educación sexual de los niños, niñas y adolescentes, al aplicar la prospectiva debe construirse un escenario inicial en el percibimos las características y evolución del objeto de estudio partiendo de realidades como el un aumento de los nacimientos a partir de niñas y adolescentes que se convierten en madres a temprana edad.

Con estos datos podemos empezar a crear las bases del escenario inicial, nutriendo la investigación de información que puede provenir de encuestas, estadísticas hospitalarias y el concurso de especialistas diversos en el tema. Es importante conocer que tanto conocen los menores sobre el tema de la sexualidad y la educación en ese tema así que habría que recoger información directa de ellos.

Hoy la tecnología ha jugado un papel en la divulgación del tema sean estas bases científicas o no, el acceso a las redes que forman parte de las tecnologías influyen en sus comportamiento y tendencias como en la calidad del conocimiento. El ansia de conocer ya sea por estos medios tecnológicos o por experiencia propia con poco, nulo o un conocimiento cuya fuente se desconoce y sobre todo la idoneidad de los mismos sobre el tema puede ser un condicionante de su calidad que tiene una influencia sobre aquel que lo recibe y definitivamente en su

comportamiento unido a procesos biológicos naturales del individuo que está en proceso de formación.

Son todos estos elementos valiosos que se aplicaran para la construcción del escenario inicial y que a futuro contribuirán a resolver o presentar soluciones a problemáticas sociales.

El propósito fundamental de la creación de estos escenarios es idear y planificar las acciones políticas y/o programas que se aplicaran a futuro.

Es entonces que, de acuerdo a los análisis de expertos y aplicación de metodología se construyen los escenarios futuros en donde evalúan diversos aspectos como por ejemplo el impacto económico en las adolescentes y niñas embarazadas, la influencia de este evento en su educación, en su salud todo esto analizándose con una visión de futuro.

Para que el diseño de las acciones a tomarse en estos casos sea un freno o control a estos embarazos que limitan el desarrollo de las niñas y adolescentes que a su vez son determinantes de su futuro.

Una vez concretado este análisis a través de las etapas ya enunciadas previamente debe constituirse un instrumento legal mediante el cual se fijan los parámetros de las política públicas que se aplicaran en la situación descrita.

En este ejercicio investigativo también es válido hacer estudios comparados sobre la realidad de esta problemática en otros países. Es en parte un referente teórico que puede conllevar estudios de viabilidad sobre la aplicación de legislaciones de otras latitudes y su eficacia con el propósito de observar si se reproduce en parte en el país o de forma total para integrarlas a las políticas públicas nacionales condicionado esto a los resultados en el país de origen al ponerse en ejercicio.

El estudio prospectivo para ejercitarse en un proceso de elaboración de ordenamientos jurídicos requiere una explicación que sustente los beneficios de este para la investigación que se realiza igualmente debe exponerse si no los hay. Es una forma de buscar un equilibrio en el proyecto de forma que se dé a conocer lo positivo y negativo de la aplicación de la prospectiva lo que facilita la toma de decisiones sobre su ejercicio.

La prospectiva en el ámbito del derecho se concibe como:

“... aquella disciplina jurídica que se ocupan del conjunto de procesos prospectivos , así como de los instrumentos y las técnicas metodológicas que permiten a los hombres a través de los órganos competentes del Estado , la adecuada y oportuna anticipación a los cambios que en el futuro depara las comunidades y a sus integrantes, mediante el estudio de las diversas causas técnicas, económicas, políticas, y sociales que aceleran o frenan su evolución jurídica; proponiendo el advenimiento de las condiciones que le son necesarias ...⁹⁷”

⁹⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, Tania y OCHO DEL RIO, José A. Utilización de la prospectiva jurídica para una mejor regulación en materia de autonomía municipal”. Revista observatorio de las Ciencias sociales en Iberoamérica, ISSN: 2660-5554 (Vol 2, Número 10, mayo 2021 p, 1998-207). https://www.eumed.net/es/revistas/observatorio-de-las-ciencias-sociales-en-iberoamerica/ocsi_mayo21/regulación-autonomía-municipal. Consultado el 17 de junio del 2022.

La prospectiva es una herramienta de gran trascendencia para construir legislaciones acordes a los cambios sociales con visión de futuro ya que el derecho debe adecuarse a eventos que han ido evolucionando paralelamente. Para ello requiere de la integración de otras ciencias y métodos por ende es interdisciplinario. De esta forma, ayuda a elaborar leyes dando un insumo importante a los organismos encargados de esta tarea para que formulen legislaciones que tomen en consideración las realidades sociales a partir de instrumentos que tienen fundamento científico. De esta manera estos se sustentarían en las verdaderas necesidades de las poblaciones sin desfases de tiempo y además preservando a su vez derechos fundamentales.

La prospectiva coadyuva a crear una legislación acorde con la evolución del medio y permite al Estado realizar de forma mejor su tarea pues la rapidez en la intervención de este en las necesidades sociales es importantísima debido a la evolución vertiginosa del medio. Eventos como la globalización, las tecnologías aceleran este proceso de cambios para los cuales se necesitan imperiosamente instrumentos ágiles y científicos para conocer las realidades y hacer leyes afines que se creen oportunamente y con visión de futuro.

Este tipo de instrumento investigación social es integrativo de diversos sectores por que involucra a la ciudadanía para conocer pareceres de los receptores de las acciones y políticas a nivel del ciudadano y del Estado como del objeto de estudio. Esta participación da la oportunidad de tener una visión más abarcadora de las situaciones objeto de estudio lo que repercute a su vez en las metodologías y teorías que pueden ser aplicadas a partir de la información recibida por los investigadores.

En el ejemplo que se ha utilizado como ilustración sobre la necesidad de la educación sexual dirigida a niños niñas y adolescentes, se observa el cambio en la mentalidad ciudadana sobre la importancia de la educación sexual a niños niñas y adolescentes, los eventos como el embarazo a edades tempranas, su impacto en lo social, económico, educativo, salud y a su vez el impacto en continuar las cadenas de pobreza por la falta de mejor preparación educativa ya que en muchas ocasiones se postergan por la madre prematura para asumir su rol. Además influyen en la marginación de la mujer que no puede obtener las competencias que requiere nuestra sociedad actual y esto repercute económicamente en ella y en su desarrollo humano.

Son estos temas los que deben tomarse en cuenta para elaborar una legislación acorde con el tema de la sexualidad de niños niñas y adolescentes y la educación sobre este tema usando la prospectiva como herramienta de investigación.

VI. Reflexión Final

La prospectiva puede usarse en cualquier medio que requiera de investigación sobre enfoques futuros de las realidades sociales. En el medio jurídico el producto de estos estudios puede ser utilizado para crear ordenamientos acogiendo las realidades del medio y hacerlas parte de la legislación ya que se construye escenarios probables de estas.

Una de las ventajas de esta herramienta es el trabajo colaborativo e integrativo además de ayudar a reflexiones colectivas de las realidades por tanto es un trabajo creativo y que sirve para planificar partiendo de los escenarios iniciales y finales que se construyen por los expertos. Esta visión futura favorece el trabajo de los Estados pues anticipándose al futuro puede tomar acciones y políticas que resuelvan las dificultades sociales.

Con estos insumos de la realidad pueden crearse los ordenamientos jurídicos basados en los elementos hallados para la construcción de escenarios previendo a su vez la tutela de los derechos involucrados y haciendo que los ordenamientos sean afines al momento a las necesidades sociales.

Bibliografía

RODRÍGUEZ CORTEZO, Jesús. Introducción a la prospectiva: metodologías, fases y explotación de resultados”. Economía Industrial NO. 342 del 2001. <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/342/1JesusRodriguez.pdf>. Consultado el 23 de mayo de 2022.

Biblioteca de la Cepal. Comisión Económica para América Latina y el Desarrollo <https://biblioguias.cepal.org/ProspectivayDesarrollo/Prospectiva>. Consultado el 1 de junio del 2022.

GARCÍA GONZÁLEZ, Tania y OCHO DEL RIO, José A. Utilización de la prospectiva jurídica para una mejor regulación en materia de autonomía municipal”. Revista observatorio de las Ciencias sociales en Iberoamérica, ISSN: 2660-5554 (Vol. 2, Número 10, mayo 2021 p, 1998-207).

https://www.eumed.net/es/revistas/observatorio-de-las-ciencias-sociales-en-ibeoramerica/ocsi_mayo21/regulación-autonomia-municipal. Consultado el 17 de junio del 2022.

JORDAN, Javier, “La técnica de construcción y análisis de escenarios en los estudios de Seguridad y Defensa”. <https://global-strategy.org/la-tecnica-de-construccion-y-analisis-de-escenarios-en-los-estudios-de-seguridad-y-defensa/>. Consultado el 14 de mayo del 2022.

MALTRATO ANIMAL

Oziel De Gracia

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

País: Panamá

oziel-h.degracia-h@up.ac.pa / odg_25@hotmail.com

ORCID 0000-0001-8474-2607

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

SUMARIO:

I. Introducción, Declaración Universal Sobre Bienestar Animal (DUBA), II. Leyes Panameñas que regulan el maltrato animal, III. Derecho Comparado IV. Conclusiones

Resumen:

Este artículo busca instruir y enseñar cuáles son los convenios y leyes que tratan de la regulación del maltrato animal en Panamá y si estas leyes o convenios son rígidos o no para un tema de importancia en la actualidad.

Palabras Claves:

Maltrato, Animal, DUBA, Domésticos, actos de crueldad, propietarios, criaderos, abandono, pena, protección.

Resume:

This article seeks to instruct and teach which are the conventions and laws that are responsible for the regulation of animal abuse in Panama and if these laws or conventions are rigid or not for an important issue nowadays.

Keywords:

Abuse, Animal, DUBA, Domestic, Acts of Cruelty, Owners, Breeding Sites, Abandonment, Punishment, Protection.

I. Introducción

El tema a desarrollar en este artículo es un tema de suma importancia y que cada día va en aumento de casos, muchas veces por personas irresponsables que adoptan o compran mascotas y después no las quieren mas y las dejan en el olvido. Es por esto que en este artículo veremos a los convenios que pertenece Panamá internacionalmente y las leyes que regulan este tema en nuestro país y la compararemos con algunas leyes y regulaciones de otros países.

Solo hay que ver las estadísticas para uno darse cuenta de que nos encontramos ante una situación que va en aumento y explicamos esto con las siguientes estadísticas; si se comparan las cifras de 2020 con las de 2019, se nota un incremento de un 267% de casos en Panamá, 125% en Chiriquí y 67% en Los Santos, sin embargo, hay lugares donde se ha bajado según estadísticas como Darién y San Miguelito.

Es por esto que haremos un análisis de lo que es la ley 70 de 2012 y las modificaciones que son las que regulan esta materia en Panamá, y analizaremos a través de su contenido si son eficaces o no para la protección animal.

II. Declaración Universal Del Bienestar Animal (DUBA)

Para entrar en tema la Declaración Universal de Bienestar Animal es una propuesta de acuerdo intergubernamental para reconocer que los animales son seres capaces de sentir y sufrir, que tienen unas necesidades de bienestar que deben ser respetadas y que la crueldad hacia ellos debe terminar. Esta iniciativa está promovida por la **WORLD ANIMAL PROTECTION** y de ser aprobada la DUBA sería un conjunto de principios que incentivarían a los gobiernos a mejorar sus leyes en relación al maltrato y explotación animal.

El bienestar animal es importante no sólo para los animales, sino que además tiene una relación cada vez más evidente con el desarrollo sostenible, la seguridad alimentaria y otros asuntos que son preocupación de Naciones Unidas. Por eso se dice que la DUBA podría ayudar a alcanzar algunos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que la ONU se propuso en 2000.

Panamá firmo el apoyo para este convenio en el año 2013 y es el tercer país en Centroamérica en apoyar esta declaración. Esta declaración está fundamentada en 14 artículos que son los siguientes e introduce temas que son de análisis:

Artículo 1° Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia.

Artículo 2° a) Todo animal tiene derecho a ser respetado. b) El hombre, en tanto que especie animal, no puede atribuirse el derecho a exterminar a los otros animales o explotarlos violando su derecho. Tiene la obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales. c) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre.

Artículo 3° a) Ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles. b) Si la muerte de un animal es necesaria, debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia.

Artículo 4° a) Todo animal perteneciente a una especie salvaje, tiene derecho a vivir en libertad en su propio ambiente natural terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse. b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho.

Artículo 5° a) Todo animal perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre, tiene derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie. b) Toda modificación de dicho ritmo o dichas condiciones que fuera impuesta por el hombre, es contraria a dicho derecho.

Artículo 6° a) Todo animal escogido por el hombre como compañero tiene derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural. b) El abandono de un animal es un acto cruel y degradante.

Artículo 7° Todo animal de trabajo tiene derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad de trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.

Artículo 8° a) La experimentación animal que implique sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal, ya se trate de experimentos médicos, científicos, comerciales, o de cualquier otra forma de experimentación. b) Las técnicas alternativas de experimentación deben ser utilizadas y desarrolladas.

Artículo 9° Los animales criados para la alimentación deben ser nutridos, alojados, transportados y sacrificados sin causarles ni ansiedad ni dolor. Artículo

Artículo 10° a) Ningún animal será explotado para esparcimiento del hombre. b) Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de ellos son incompatibles con la dignidad del animal.

Artículo 11° Todo acto que implique la muerte innecesaria de un animal es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida.

Artículo 12° a) Todo acto que implique la muerte de un gran número de animales salvajes es un genocidio, es decir, un crimen contra la especie. b) La contaminación y la destrucción del ambiente natural conducen al genocidio.

Artículo 13° a) Un animal muerto debe ser tratado con respeto. b) Las escenas violentas en las que haya víctimas animales deben ser prohibidas en el cine y en la televisión, a no ser que su objetivo sea denunciar los atentados contra los derechos del animal.

Artículo 14° a) Los organismos de protección y salvaguarda de los animales deben ser representados a nivel gubernamental. b) Los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, al igual que los derechos del hombre.

Como se puede ver, esta declaración introduce temas interesantes le otorga muchos derechos iguales a los que tiene un ser humano al clasificar al hombre como un animal, otorga derechos a los animales muy interesante por lo menos en el tema del trabajo animal, al igual que cualquier trabajador le otorga derechos de descanso y por decirlo de alguna manera un horario al decir una limitación razonable de tiempo de trabajo y también le concede un tiempo de reposo y una alimentación reparadora de acuerdo al trabajo que realice el animal.

En fin esta declaración que Panamá apoya y que como exprese anteriormente equipara al humano con los animales, básicamente otorgándoles los mismos derechos que tiene un ser humano influye un poco en las leyes que regulan el maltrato animal en Panamá.

III. Leyes Panameñas que Regulan el Maltrato Animal

La ley que regula el maltrato animal en Panamá es la ley 70 del 2012, la cual fue modificada por la ley 133 del 17 de marzo de 2020. Esta ley tiene por objeto prevenir, erradicar y

sancionar le maltrato, el abandono y los actos de crueldad en contra de los animales domésticos, tal y como aparece en su artículo 1.

En su **CAPÍTULO I** en las disposiciones generales aparecen artículos interesantes para ser analizados y comentados, las cuales detallamos a continuación.

“Artículo 3. El animal doméstico que el hombre haya escogido como mascota tendrá derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural, mediante su atención, cuidado y protección; en consecuencia, no deberá ser sometido a malos tratos ni a actos de crueldad.” Como se aprecia en este artículo está influenciado por el artículo No.3 de la DUBA, ya que básicamente dicen lo mismo.

“Artículo 4. El animal doméstico de trabajo tendrá derecho a una alimentación adecuada y nutricional, a una limitación razonable del tiempo y la intensidad de trabajo, al reposo y a no ser obligado a trabajar más allá de sus condiciones físicas corporales.” Al igual que el artículo anterior este también está basado en la DUBA EN su artículo 7 y como comente anteriormente este artículo es muy interesante porque otorga a los animales domésticos de trabajo derecho al descanso y un horario de trabajo que no afecte su condición física. Para mí se le otorga lo que se conoce como una jornada laboral a los animales que trabajan, ya que tienen un horario para trabajar y un horario de descanso.

“Artículo 5. En caso de que resulte necesaria la muerte de un animal, esta medida deberá ser aplicada por un médico veterinario idóneo utilizando un método instantáneo, indoloro y no generador de angustia.” Al igual que los anteriores también es un texto que coincide con los artículos 3 y 6 de la DUBA en donde se les otorga el derecho a los animales de una muerte digna.

En su **CAPÍTULO II** aparece el tema de los experimentos en animales y cuando se pueden hacer y cuando no y también los lineamientos a seguir de ser aprobados los experimentos en animales.

El artículo 6 nos indica cuando se podrán realizar experimentos en animales y que estos solamente podrán darse cuando no exista otra forma de obtener resultados a través de otros procedimientos y que estos experimentos sean necesarios para el control, la prevención, el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades que afecten al ser humano o a las especies animales, así como para el avance de los conocimientos de ciencia básica. No se podrán hacer estudios en animales con fines de producción cosméticos o comerciales.

El Artículo 7 nos dice los lineamientos que se deben seguir en caso de no haber otra forma de hacer los estudios, a no ser solamente a través de pruebas en animales y también específica los lineamientos a seguir para poder hacer estas pruebas, los cuales serían los siguientes:

1. Ningún animal podrá utilizarse más de una vez en experimentos, si estos afectan su calidad de vida.
2. Los animales serán atendidos, alimentados y curados, antes, durante y después del experimento.
3. Los animales tendrán que ser sedados, tranquilizados y anestesiados por un médico veterinario idóneo y deberán recibir un trato digno antes, durante y después del experimento.
4. Se procederá a la eutanasia por un médico veterinario idóneo, si como consecuencia del experimento el animal disminuyera severamente en su calidad de vida.
5. Los laboratorios de las universidades acreditadas tendrán que ser regentados por un médico veterinario idóneo y con personal capacitado que proporcione el debido trato humanitario a los animales.

Aquí si hay una diferencia con la DUBA, ya que la Declaración Universal de Bienestar Animal en su artículo 8 no contempla la investigación en animales de ninguna forma debido a que va en contra con los derechos de los animales y la ley en Panamá si la contempla siempre y cuando no haya otra forma de experimentar y dicta lineamientos a seguir para poder realizar los experimentos en animales. Lo que hay que dejar claro que no se puede hacer este tipo de investigaciones en animales cuando tienen fines comerciales ó cosméticos.

El **CAPITULO III** nos habla de los criaderos y comercio de animales domésticos y dicta las disposiciones que se tienen que seguir para poder comercializar. El artículo 8 y dispone lo siguiente:

1. Cuidar que los animales nazcan, crezcan, vivan, coman, se reproduzcan y desarrollen en el ambiente adecuado, limpio, sano, sin hacinamiento y reciban trato humanitario.
2. Garantizar y ofrecer el bienestar y las condiciones básicas para la vida animal como alimento, agua, ambiente propicio, atención veterinaria, prevención y tratamiento de enfermedades.
3. Programar las preñeces y pariciones de manera escalonada de tal forma que las hembras se recuperen adecuadamente.

Y el artículo 9 nos habla de las condiciones que tienen que tener los lugares donde se comercializaran los animales los mismos deben cumplir con los requisitos sanitarios. Este artículo también nos habla de que los perros y gatos solo se podrán comercializar a partir de los 2 meses de edad.

El **CAPITULO IV** nos habla de las obligaciones de los dueños de los animales y estas son muy importantes, ya que si se quiere tener un animal domestico se debe conocer cuáles son las obligaciones del propietario, las cuales están detalladas en el artículo 10 y son las siguientes:

1. Recolectar el excremento del animal doméstico del cual sea responsable mediante su tenencia y propiedad al momento que este defecue en la vía pública o predios privados y evitar que produzca molestias en predios vecinales, incluyendo áreas comunes de las propiedades horizontales.
2. Mantener libre el acceso al agua y alimentos a los animales dentro del hogar o sitio donde destinen, salvaguardando la debida sensibilización familiar a efecto de proveer atención integral y protección animal, así como su derecho de alimentación e hidratación necesarias para su subsistencia como seres vivos.
3. En caso de que el animal esté amarrado por razones de seguridad, mantener la cadena o soga a una distancia prudencial que no lo maltrate y que le permita moverse y tener acceso a su fuente de alimentación e hidratación, así como libertad para descansar y defecar sin contacto directo con las heces, a fin de evitarle todo tipo de enfermedad producto de la carencia de protección
4. Mantener al día su registro de vacunación o control veterinario, a fin de practicar la prevención para que el animal no produzca algún tipo de zoonosis. Este registro debe estar a la mano.
5. Disponer de manera higiénica del cadáver de su animal cuando este muera.
6. Si quien posee la tenencia es responsable de varios animales domésticos, deberá evitar el hacinamiento para prevenir todo tipo de enfermedades.
7. Cuando se trate de un perro, deberá salir a la calle con una persona responsable, la cual debe hacer uso debido del collar y la correa para controlar adecuadamente al animal sin hacerle daño físico o psicológico.

El artículo 11 nos habla de otra obligación la cual es de mantener al animal identificado con distintivos o placas que mantengan el nombre del propietario y su número de teléfono para poder ser localizados, de no ser así y el animal ser agarrado en la calle se pondrá a disposición de un albergue municipal tal y como está contemplado en la ley de protección animal.

La reglamentación de convivencia de los animales domésticos en los regímenes de propiedad horizontal va a estar regulada por lo que disponga la asamblea de propietarios en los reglamentos del P.H.

El **CÁPITULO V** habla de las prohibiciones y excepciones y el tema de los circos.

Y es que en el articulo 13 aparecen las actividades que están prohibidas para la utilización de los animales en el territorio nacional y estas son las peleas de perros, carrera entre animales y

lidias de toros ya sean portuguesa o española, como excepciones se permite la pelea de gallos, carrera de caballos, deportes ecuestres, corridas de toros o barreras y otras competiciones que estén reguladas por la ley.

En el caso de los circos que se instalen en el territorio nacional y utilicen animales el artículo 14 habla de que en caso de que se detecte crueldad contra estos podrán ser suspendidos por la autoridad competente y adoptara medidas contra el animal afectado.

CAPÍTULO VI y vital para la protección de animales, es el que habla de las faltas y sanciones por maltrato animal.

El artículo 15 nos detalla de lo que constituyen faltas o delitos contra los animales y son los siguientes:

1. Causar lesiones o la muerte a un animal doméstico previsto en el numeral 1 del artículo 2. Se exceptúan de esta norma:

a. La eutanasia, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 2, sacrificio humanitario necesario de animales , que debe ser de manera rápida previniendo dolor y sufrimientos por medios químicos y bajo el precepto que sea muerte tranquila para evita todo padecimiento y debidamente inducida por un veterinario idóneo.

b. Los sacrificios de animales de granja o producción para consumo, para los cuales se deberá cumplir lo dispuesto en la legislación y en los convenios internacionales de manejo procedimiento a los que la República de Panamá está suscrita.

c. Si se comprueba que la muerte no ha sido intencional.

La muerte o lesión grave por actos de crueldad causada a un animal domestico utilizado como mascota será sancionada según lo establecido en el artículo 421 del Código Penal.

2. Llevar a cabo prácticas de zoofilias o propiciarlas.

3. Abandonar a un animal doméstico, habiendo tomado la responsabilidad de poseer su tenencia, convirtiéndose en su propietario.

4. No proveer alimentación adecuada y nutrición para la subsistencia y vida sana, así como alimentación que sea de calidad para la mascota bajo la atención responsable de su propietario y revisión dietética de su veterinario.

5. Mantener a un animal doméstico, deliberada o negligentemente, en condiciones higiénicas sanitarias inadecuadas que le causen sufrimientos, padecimiento y hasta la muerte.

6. Mantener los animales domésticos en jaulas inadecuadas según su especie y tamaño, así como mantener a los animales domésticos que requieren movilidad por su salud física y naturaleza en jaulas de manera permanente.

7. Contravenir el propietario o responsable del animal doméstico las disposiciones de esta Ley.

8. No proveerle tratamiento médico veterinario, en caso de ser necesario.

9. No protegerlo contra las inclemencias del tiempo ni tomar las provisiones de seguridad del animal pertinentes, como alimento y agua, al tener que mantenerlo en áreas exteriores de la vivienda.

Los artículos 16, 17, 17A y 18 hablan sobre las sanciones pecuniarias que se dan sobre el maltrato animal

El 16 habla de que las faltas establecidas en el artículo 15 numeral 1 en los casos de lesiones leves y el numeral 2 serán sancionados con una multa que va desde los quinientos balboas hasta los mil Balboas, trabajo comunitario y la comparecencia a un curso de 40 horas en materia del derecho de los animales y no maltrato.

El 17 habla de las faltas establecidas en los numerales del 3 al 7 del artículo 15 de la ley de protección animal y conlleva a una sanción de 100 a 1000 Balboas, trabajo comunitario y de igual forma la comparecencia a un curso de 40 horas en materia del derecho de los animales y no maltrato.

El 17A habla de las infracciones a las medidas zoonosanitarias que se encuentran en el artículo 10 de la ley de protección animal los numerales 1, 2, 3, 4,5 y 7 y las infracciones al artículo 15 los numerales 8y9 y se impondrá una sanción de 100 a 300 balboas.

El artículo 18 habla que además de las sanciones en los artículos 17 y 17A, se ordenará el rescate del animal a un centro de rescate municipal o a los lugares que tenga designado el municipio para el cuidado temporal de estos animales, el gasto en el que se incurran serán pagados por el dueño o responsable del animal.

Importante mencionar que en este artículo que habla de las sanciones en que pueden incurrir las personas por maltrato animal, tenemos que a través de la modificación que hace la ley 133 de del 17 de marzo de 2020, al mismo se le agrega la comparecencia a un curso de 40 horas en materia del derecho de los animales y no maltrato; en la ley original de maltrato no existía esta sanción y se introduce para que la gente tome conciencia a través del curso.

Y el último **CAPÍTULO EL VII** que habla de las competencias y procedimientos de las personas encargadas de impartir las sanciones, siendo estas la justicia en caso de que sea un delito y quienes se encargan de las investigaciones de estos delitos de maltrato animal.

El artículo 19 nos indica que toda persona que se encuentre en el territorio nacional debe denunciar cuando conozca un caso de maltrato animal, en caso de que no se configure un delito las denuncias las recibirán los jueces de paz y en caso de ser un delito las recibirán la policía nacional y los agentes del ministerio público tal y como está establecido en el artículo 421 del código penal de Panamá.

Las sanciones administrativas, tal y como lo expresa el artículo 20 serán aplicadas por los jueces de paz y para el tema del procedimiento se aplicaran los procedimientos que establece el código administrativo y la ley 38 de 2000 como está tipificado en el artículo 21.

Importante comentar que los artículos que hablan de derechos básicos de los animales son prácticamente tomados de la Declaración Universal de Bienestar Animal como se puede ver en los artículos introductorios de la ley 70 de 2012 son prácticamente una copia y se puede intuir que se toma como referencia para su realización la DUBA la cual como se explico Panamá apoya.

Como se puede ver se han hecho mejoras con las modificaciones hechas a la ley 70 de 2012 estos, a través de la ley 133 del 17 de marzo de 2020 pero a muchas personas no le ha interesado que se hayan hecho más rígidas porque como ya comente del 2019 a 2020 han incrementado las denuncias de maltrato animal con el tema de la pandemia y aquí aplican diferentes factores que han llevado a este aumento, sin embargo, a través de la asamblea nacional han visto esta problemática y se ha presentado un anteproyecto más potente y claro, ya que especifica cuáles son los delitos y conceptos cosa que con la ley vigente no es tan sencillo y es por donde flaquea un poco; además de especificar que es un delito se ve un aumento en las multas las cuales irían hasta los 2000 dólares más de los 1000 que hay en estos momentos y se haría una modificación al artículo 421 del código penal elevando las penas de 4 a 6 años y se introducirían agravantes un concepto que no se encuentra en estos momentos en el código penal, en fin como dije seria una ley mucho mas protectora de los animales, al anteproyecto al que me refiero es al 167 del 6 de octubre de 2020.

Código Penal De Panamá

El Código Penal de Panamá es la otra ley que regula el tema del maltrato animal y lo hace a través de su artículo 421 el cual fue modificado por la ley 70 de 31 de octubre de 2020 y este artículo dice así:

“Artículo 421. Quien, mediante actos de crueldad, cause la muerte o lesione gravemente a un animal usado como mascota será sancionado con prisión de dieciocho a veinticuatro meses o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana”.

Y de acuerdo a lo comentado si se llega a aprobar el anteproyecto 167 del 6 de octubre de 2020 quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 421. Quien, mediante actos de crueldad, cause la muerte o lesione gravemente a uno o varios animales usados como mascotas, será sancionado con pena de prisión de cuatro (4) a seis (6) años.

Esta pena será aumentada hasta dos terceras partes en los siguientes casos: 1. Deformación permanente en el cuerpo del animal doméstico.

2. Incapacidad permanente del animal doméstico.
3. Que la muerte o la lesión sea provocada con premeditación, alevosía o uso de veneno.
4. Por motivo intrascendente, medio de ejecución atroz, utilización de fuego, inmersión o asfixia.
5. Inmediatamente después de haberse cometido un delito, para asegurar su ocultación o la impunidad o porque no se pudo alcanzar el fin propuesto.
6. Cuando el hecho se comete en presencia de los propietarios del animal doméstico.
7. Cuando el animal doméstico se encuentre en estado de gravidez.
8. Cuando la muerte del animal se produzca como resultado consecuencia de ritos de iniciación o ingreso a grupos u organizaciones criminales.

No se aplicarán las sanciones señaladas en este artículo cuando la muerte del animal se realice con fines de eutanasia o se compruebe que la muerte no ha sido intencional.”

Como comente anteriormente se endurece la pena y pasa de un máximo de 2 años a un máximo de 6 años y un mínimo de 4 años y pudiendo ser más si se comete un agravante. Pienso que esto haría que la gente se lo pensara mucho más a la hora de maltratar a un animal.

III. Derecho Comparado en el tema del Maltrato Animal

Colombia:

En Colombia el tema del maltrato animal está regulado por la ley 84 de 1989 la cual fue modificada por la ley 1774 de 2016. Al igual que Panamá Colombia también apoya la DUBA y sus artículos son muy parecidos a los de la DUBA por lo tanto podemos apreciar que también tomaron como referente la declaración universal de bienestar animal.

Se aprecia también similitud en la ley 70 de 2012 donde se contemplan las sanciones, procedimientos, obligaciones de los dueños, de las penas, de cuando se pueden realizar investigaciones en animales, las autoridades encargadas de las investigaciones en caso de maltrato animal en fin muchas similitudes.

En el tema de las penas y sanciones administrativas es importante destacar que aparte de las penas que son un poco más severas que en Panamá, ya que van de 12 a 36 meses mientras que la máxima en Panamá es de 24 meses pero lo interesante está en la sanción administrativa que es en base a los salarios mínimos que van desde 5 hasta 60, aquí si hay una diferencia considerable pecuniaria, ya que en Panamá el máximo de la sanción en estos momentos es de 1000 balboas.

Algo importante a destacar es que haciendo la investigación para este artículo no pude encontrar en la jurisprudencia de Panamá fallos condenatorios por maltrato animal e imagino que debe ser por lo reciente de la ley mientras que en Colombia si pude encontrar algunos fallos y evidencia de como ponen en práctica su ley de maltrato animal. Según información

encontrada entre el año 2020 y lo que va del 2021 la fiscalía ha logrado 61 condenas y 112 imputaciones.

Costa Rica:

Al igual que Panamá, Costa Rica también apoya la DUBA por lo que la redacción de ambas leyes es muy parecida. El maltrato animal en Costa Rica está reglamentado en su ley 7451 del 16 de noviembre de 1994 la cual es modificada por la ley 9458 del 2017 que también modifica el código penal tico.

Datos a resaltar de la normativa costarricense para el tema del maltrato animal, al igual que la de Colombia en vez de poner un valor específico al rango a pagar por una sanción administrativa también utiliza el término salario mínimo aunque en mucho menor escala por que habla de un cuarto o medio salario mínimo y a través de su modificación en el 2017 se introducen las penas en el código penal que van desde tres meses de prisión hasta 2 años en caso de que haya muerte del animal por dolo.

Lo que sí es diferente es que con la modificación se sanciona cualquier tipo de pelea animal, a diferencia de Panamá que permite le pelea de gallos sin ningún tipo de sanción.

A través de la investigación realizada hasta el año pasado Costa Rica condena a alguien por maltrato animal otorgándole una condena de un año de prisión por la violación de una perrita, es solo cuestión de tiempo para que aquí en Panamá también se condene a los maltratadores de animales.

IV. Conclusiones

El tema del maltrato animal es un tema bastante innovador el cual hay que ponerle cuidado ya que va en aumento día a día, este es un tema que abarca tanto derecho administrativo como derecho penal, ya que las sanciones administrativas son impuestas por los jueces de paz y las condenas por los jueces penales. Pienso que en Panamá vamos por buen camino en relación a este tema, ya que a través de este trabajo investigativo hemos visto como van aumentando las sanciones y el tiempo de la condena en hechos relacionados con este tema, incluso la Asamblea Nacional de Panamá como explique a través del anteproyecto 167 de octubre de 2020 quiere endurecer las penas con 4 a 6 años de prisión y se establecen agravantes. Lo único que si hace falta en Panamá es que la normativa se empiece aplicar y empiecen a condenar a las personas que maltratan los animales y como dije es solo cuestión de tiempo para que se emitan las primeras condenas.

Referencias Bibliográficas:

Declaración Universal de los Derechos de los Animales de de 15 de octubre de 1978 (DUBA).

Internet:

Yamilka Mejía (15 de enero de 2020) obtenido de <https://www.asamblea.gob.pa/noticias/sobre-denuncias-de-maltrato-anim> consultado el 10 de septiembre de 2021.

Redacción Justicia (21 de septiembre de 2021) obtenido de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/maltrato-anim-mas-de-60-condenas-y-118-imputaciones-entre-2020-y-2021-619734> consultado el día 24 de septiembre de 2021.

Natalia Jiménez (24 de febrero de 2020) obtenido de de <https://www.teletica.com/nacional/por-primera-vez-en-costa-rica-una-persona-es-condenada-por-maltrato-anim-250047> consultado 27 de septiembre de 2021.

Leyes Panameñas:

Ley 70 (31 de octubre de 2012) De protección a los animales domésticos.

Ley 133 (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.

Ley 70 (31 de octubre de 2017) Que modifica un artículo del Código Penal, referente al maltrato animal.

Anteproyecto de Ley (6 de octubre de 2020) Que busca modificar la Ley 70 de 12 de octubre de 2012, De protección a los animales domésticos, el Código Penal y dicta otras disposiciones.

Leyes Colombianas:

Ley 84 (1989 de 27 de diciembre) Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia.

Ley 1774 (6 de enero 2016) Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones.

Leyes de Costa Rica:

Ley 7451 (16 de noviembre de 1994) De Bienestar Animal.

Ley 9548 (Junio de 2017) Reformas de la ley N° 4573, Código Penal y ley N° 7451, Ley de Bienestar de los Animales.

***Los aportes de Clara González al Desarrollo
del Derecho en Panamá***

Anayansi Turner

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

País: Panamá

anayansiturner@gmail.com / anayansi.turner@up.ac.pa

ORCID 0000-0003-4780-8253

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN:

En el presente artículo recolectamos los aportes de Clara González, la primera abogada panameña, al desarrollo del Derecho en Panamá, enmarcados en su propia concepción iusfilosófica del derecho: en el afianzamiento de la igualdad jurídica en la normatividad nacional, en la conquista del sufragio femenino, en el logro de la soberanía sobre todo el territorio patrio, en la consecución de una jurisdicción de menores, en haber sido pionera en las investigaciones criminológicas en Panamá y en haber contribuido a la aprobación de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

PALABRAS CLAVES:

Clara González. Desarrollo del Derecho. Igualdad jurídica. Sufragio femenino. Soberanía nacional. Jurisdicción de menores. Investigaciones criminológicas.

ABSTRACT:

In this article we gather the contributions of Clara Gonzalez, the first Panamanian lawyer, for the development of legislation in Panama, framed in her own iusphilosophical conception of law: in the consolidation of gender equality in national legislation, in the conquest of women's suffrage, in the achieving of sovereignty over the entire homeland, in the achieving of special jurisdictions for proceedings concerning children, in having been a pioneer in criminological investigations in Panama and in having contributed to the approval of the Declaration of the Rights of the Child of 1959.

KEYWORDS:

Clara Gonzalez, development of law, legal gender equality, women's suffrage, national sovereignty, juvenile jurisdiction, criminological investigations.

En la conmemoración del Centenario de haber obtenido su diploma en Derecho, el pasado 24 de julio de 2022, la primera abogada panameña, Clara González Carrillo de Behringer, consideramos de crucial relevancia rescatar desde el punto de vista académico universitario, sus aportes al desarrollo del Derecho en Panamá, por varias razones:

1° Ella fue **egresada la primera Escuela Nacional de Derecho**, que funcionaba en el Instituto Nacional, en su segunda promoción (1919-1922), con todas las dificultades que ello representaba, pues lo hizo sabiendo que estaba vedado el ejercicio del derecho en ese momento a las mujeres.

2° Ella fue **docente de Derecho en la Universidad de Panamá**, dio los cursos de instrucción cívica, sociología, criminología, delincuencia juvenil, tribunales juveniles, derecho de familia y códigos de menores en la naciente Escuela de Trabajo Social, fundada a instancia suya.

3° Ella hizo ingentes **aportes al desarrollo del Derecho panameño**, tema que vamos a desarrollar en la presente disertación.

A pesar de que han transcurrido 100 años desde que esta señora se graduara de Derecho y 77 años desde que la mujer panameña ejerciera el derecho al sufragio por primera vez, no deja de ser sintomático que apenas hace 26 años se rescatara la historia de la lucha de las primeras feministas panameñas a través de la obra: “Mujeres que cambiaron nuestra historia”, de la historiadora Yolanda Marco y de la abogada Ángela Alvarado, patrocinada por UNICEF (MARCO y ALVARADO: 1996).

En el 2002, cuando fungimos como Vicedecana hicimos una campaña para divulgar su pensamiento y obra, que culminó con la inauguración del Monumento en su Honor, esculpido por el artista plástico Carlos González Palomino y que se levantó gracias a las donaciones de estudiantes y docentes de esta Facultad, camino a la Rectoría de esta Casa de Estudios, a un costado de la Biblioteca Simón Bolívar de su campus central.

Asimismo en el año 2006 publicamos la primera compilación de Escritos de Clara González (recoge 3 libros y 24 escritos de su autoría), intitulada “Clara González, la Mujer del Siglo”, con un Estudio Introductorio nuestro (TURNER: 2006).

Desde entonces se han sucedido eventos de homenaje a esta mujer insigne tanto por parte de esta Facultad, así como por el Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá y el Colegio Nacional de Abogados.

Por otro lado, queremos recalcar que la autora reseñada fue ejemplo de **haber conjugado exitosamente teoría y práctica** y, desde este punto de vista, no se quedó en su torre de marfil académica, de litigante o juez, tampoco fue puro activismo político, sino que iluminó su práctica con una teoría social y enriqueció sus planteamientos teóricos con su militancia en las calles, lo cual la hace un ser superior, que pudo llevar a feliz término sus ideas. Es decir, que su caso corresponde plenamente a lo que decía Martí de que hay hombres y mujeres tan representativos de la época que les toca vivir, que llevan en sí el decoro y la dignidad de su generación y las generaciones subsiguientes.

En relación al tema que nos toca desarrollar: “Aportes de Clara González al desarrollo del Derecho en Panamá”, puntualizaremos a continuación sus **7 aportes fundamentales**:

1. Como jurista desarrolló una concepción iusfilosófica que ella denominó “El Destino Social del Derecho”.
2. Afianzamiento del principio de igualdad jurídica, a través de la derogatoria de normas discriminatorias hacia la mujer en los Códigos Civil, Penal, Comercial y Judicial.
3. Conquista del sufragio para las mujeres de este país que nos permite a todas sin distinción acceder a los derechos políticos en igualdad con los varones.
4. Recuperación de todo el territorio nacional a través del tratado Torrijos-Carter, conquista lograda gracias a la lucha intergeneracional en la cual participó Clara González.
5. Fue, la artífice de una jurisdicción especial para la niñez y la adolescencia que sustrae a éstos de la esfera ordinaria.
6. Fue pionera en las investigaciones propias del campo de la Criminología sin ser criminóloga
7. Abogó por la aprobación y ratificación de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Pasemos a desarrollar cada uno de estos aportes.

1. Como jurista desarrolló una concepción iusfilosófica que ella denominó “El Destino Social del Derecho”.

Clara González reflejó en sus escritos y ejercicio profesional **una visión omnicompreensiva del fenómeno jurídico**. El papel del Derecho en la dinámica social lo expresa directamente en la Conferencia que dicta en el Instituto Nacional el 28 de noviembre de 1924, luego de

reparar brevemente las concepciones teológica, del contrato social, racionalista, histórica, positivista y sociológica del Derecho, así:

“Luchar contra los flagelos humanos: el vicio y las enfermedades; ayudar a levantarse del cieno a los desgraciados sumidos en él; acabar con la explotación del hombre por el hombre; derribar, en fin, el actual régimen social de opresión, de miserias materiales y de ruinas morales, es asegurar la realización del destino social del derecho; es aportar el esfuerzo de nuestro brazo, de nuestro cerebro y de nuestro corazón en la magna empresa de la construcción del sagrado templo de la Diosa Justicia”. O sea, que en el campo filosófico fue más allá del iusnaturalismo. Evidentemente estuvo influida por los pensadores socialistas, pero planteó ver al Derecho como instrumento de reivindicación social, siendo una adelantada de su época, planteando un enfoque feminista y garantista a la vez (TURNER: 2006, p. 73).

2. Afianzamiento del principio de igualdad jurídica, a través de la derogatoria de normas discriminatorias hacia la mujer en los Códigos Civil, Penal, Comercial y Judicial.

Esta primera mujer que se gradúa de Derecho a sabiendas de antemano de que no lo podía ejercer, lo hacía en función de que era consciente de la misión que tenía por delante y de los derroteros por los cuales conduciría su vida, y esto lo afirmamos porque su tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho se intituló “La Mujer ante el Derecho Panameño” (1922) (TURNER, 2006, p. 75-111), en la cual hace un análisis exhaustivo del ordenamiento jurídico panameño vigente en esa época, para demostrar la existencia de normas discriminatorias de la condición de la mujer.

Critica normas como las siguientes:

- En el Código Civil se veía a la mujer como una eterna menor o incapaz: el marido debía protección a la mujer y ésta obediencia a aquél.
- En el Código de Comercio, la mujer casada sólo podía ejercer actos de comercio con autorización del marido.
- En materia judicial, requería del permiso del marido para actuar judicialmente, era inhábil para declarar a favor o en contra de su marido, por falta de “imparcialidad”; no podía ser juez ni defensora en juicios criminales; y no podía formar parte del jurado de conciencia.
- En el derecho penal se castigaba el adulterio de la mujer con 2 a 3 años de reclusión, exonerándose al varón de sanción penal, si “sorprendiere en adulterio a su mujer y matare en el acto a ésta o al adúltero o les causara cualquier lesión”.

- En el plano constitucional afirma que la ley electoral violaba el texto constitucional de 1904, vigente en la época, que hablaba del ejercicio del sufragio sin restricción alguna.

Las propuestas de abolir estas normas discriminatorias las hizo nuestro personaje, desde 1922, a través de las agrupaciones de carácter feminista que fundó, y logró la derogatoria de muchas de ellas en las décadas de los años veintes, treintas y cuarentas y su sustitución por las siguientes Leyes:

- Ley No 55 de 1924, que permite que las mujeres puedan ejercer la abogacía
- Ley No 23 de 1930, que protege la maternidad y establece las casas cunas
- Ley No 334 de 1937, que permite a las mujeres casadas el ejercicio del comercio
- La Constitución de 1941, que consagra la protección de la familia por el Estado; el principio de igualdad de todos los hijos frente a la ley, la investigación de la paternidad, la protección de la maternidad, el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, la patria potestad compartida con relación a los hijos, la protección a la infancia.
- La Ley No 22 de 1941, que crea el patrimonio familiar
- La Ley No 38 de 1941, por la cual se establece la licencia de maternidad y el derecho a lactar

3. Conquista del sufragio para las mujeres de este país que nos permite a todas sin distinción acceder a los derechos políticos en igualdad con los varones.

Definitivamente que su aporte en materia jurídica más importante tiene que ver con la consecución, después de 24 años de activismo político junto con sus compañeras feministas, de los derechos políticos para la mujer.

En 1922 funda el Centro Feminista Renovación, junto con Elida de Crespo, Sara Sotillo, Sara Barrera y Enriqueta Morales en su junta directiva. A inicios de 1923 dicta una Conferencia en el Instituto Nacional, sobre los objetivos del feminismo, donde señala que éste “entraña un ideal de justicia porque pretende para la mujer la igualdad respecto del hombre en todas las esferas de la vida... (así como también) mejorar en lo posible las condiciones morales de la mujer”. El Centro Renovación se convierte en Partido Nacional Feminista en el Primer Congreso Feminista, realizado del 20 al 25 de septiembre de 1923, con 44 delegadas de casi todas las provincias, obteniendo su personería jurídica en 1924 como partido político.

En 1924 funda la Escuela de Cultura Femenina, la primera escuela para adultos que existió hasta 1930, con una matrícula estable de 400 a 500 mujeres por 7 años consecutivos.

El PNF presentó varios proyectos de Ley sobre el sufragio femenino, a la Asamblea Nacional. En **1922, 1926, 1932 y 1936**, con resultados infructuosos.

En 1944 constituye la Unión Nacional de Mujeres, junto con Georgina Jiménez, Elida de Crespo y Graciela Rojas, en su junta directiva, la cual prepara las condiciones para la participación femenina en el torneo del 6 de mayo de 1945, donde se elegirían los Constituyentes. Amenazan a los partidos con llamar al abstencionismo, sino se comprometían a los derechos políticos de las mujeres, lo cual tiene un resultado positivo, sellando el pacto político que se formalizaría en el texto constitucional de 1946 con el sufragio universal.

En efecto, en esa fecha se dieron las elecciones para seleccionar a los miembros de la Constituyente, siendo que las mujeres pudieron candidatizarse libremente y votaron todas aquellas mayores de 21 años sin exclusión alguna.

4. Recuperación de todo el territorio nacional a través del tratado Torrijos-Carter, conquista lograda gracias a la lucha intergeneracional en la cual participó Clara González.

La participación de Clara González, a través de la Unión Nacional de Mujeres, hizo oposición a la aprobación del Tratado Filós-Hines, en 1947, que pretendía perpetuar las bases militares acantonadas en todo el territorio nacional a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Diez mil mujeres se movilizaron al llamado de esta agrupación, lo cual fue decisivo para este rechazo, hecho notoriamente ocultado por la historiografía oficial.

Pablo Cordero, dirigente social de la época, retrata así esta participación:

“En esta ocasión los estudiantes universitarios y todos los panameños se lanzaron a la calle con la consigna “no pasarán”. La manifestación más grande y decidida fue la movilizada por la Unión Nacional de Mujeres. Millares de panameñas de todos los estratos sociales, maestras, profesoras, enfermeras, overas, amas de casa se plantaron por millares en la Plaza de Francia (donde estaba la Asamblea) y allí se mantuvieron firmes impidiendo la salida de los diputados y lograron por su presión que la Asamblea rechazara los tratados. Puede decirse que este fue un triunfo del pueblo y de la mujer panameña” (CORDERO: 2001).

5. Fue la artífice de una jurisdicción especial para la niñez y la adolescencia que los sustrae de la esfera ordinaria.

En otro aspecto donde la jurista Clara González fue pionera fue en el Derecho minoril, desde los años veintes del siglo pasado, siendo partidaria de una jurisdicción especial amparada por un derecho tutelar, que sustrajera al niño de la esfera penal y lo sometiera a medidas de protección y reforma por parte del Estado, con ayuda de personal interdisciplinario.

No sólo escribió varias obras sobre esta temática e hizo gira por todo EU para aprender de su experiencia en materia de cortes juveniles, sino que fue la artífice del Decreto 467 de 1942, que creó el Instituto de Vigilancia y Protección del Niño, antecedente inmediato de la Ley No 24 de 1951 que creó el Tribunal Tutelar de Menores.

Este Tribunal contaba con un juez único, con amplias facultades, que conocía de manera privativa, situaciones relativas a los menores de 18 años que revelaran desajustes primarios de conducta o transgresión de las leyes; niños y jóvenes que fuesen abandonados, maltratados, explotados o fuesen indigentes o deficientes físicos o mentales; así como casos de adultos envueltos en situaciones de la delincuencia juvenil o que hubiesen atentado contra los derechos de los menores. De manera concurrente con los tribunales civiles, ventilaba, asimismo, situaciones de adopción, alimentos, filiación y suspensión de la patria potestad.

Clara González fue su primera Juez, por espacio de 13 años, hasta su jubilación.

6. Fue pionera en las investigaciones propias del campo de la Criminología sin ser criminóloga.

Aparte de escritos cortos sobre el fenómeno de la transgresión de la Ley por parte de niños, niñas y adolescentes, es autora de un “Curso sobre Delincuencia Juvenil” (1952), bastante extenso, donde expone sus propias concepciones sobre la temática, sobre la base de 16 lecciones de un Curso Libre que diseña, dividido en 3 partes: el problema de la delincuencia juvenil, su filosofía y tratamiento y su prevención.

En su primera parte, señala que la delincuencia juvenil es un problema social de carácter nacional; hace un recuento de la evolución del derecho penal y el surgimiento de la criminología moderna; las diferentes concepciones del delito y los factores tanto físicos, como mentales y culturales que lo determinan. Es férvida creyente de que “la conducta humana es el resultado de las condiciones del individuo y de su ambiente y que el delito es un fenómeno complejo de carácter social” (TURNER: 2006, p. 298).

En su segunda parte, hace mención de las diversas escuelas en materia penitenciaria hasta llegar a lo que ella llama la era científica en el tratamiento de menores inadaptados y su expresión en cortes juveniles y agencias de servicio social.

En la tercera parte, relativa a la prevención, menciona las dificultades que tienen que ver con las diferentes corrientes acerca de las causas del delito. Propone programas de prevención que los clasifica en comunales, escolares, de policía, intramORALES y extramORALES de orientación y clubes de menores y programas recreativos.

7. Abogó por la aprobación y ratificación de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Como Presidenta de la Sociedad de Abogadas Panamá participaba en la Federación Internacional de Abogadas, siendo escogida como Presidenta del Comité de Legislación Juvenil de esta Federación. Desde esta trinchera abogó por la aprobación y ratificación de la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1959), antecedente importante de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, aprobada en 1989, y que sentaría las bases del nuevo paradigma de protección integral de la niñez y la adolescencia, incorporado en el Código de Familia de 1994 y en la reciente Ley 285 de 2022.

Estas son las 7 contribuciones más importantes que hemos detectado hizo Clara González al desarrollo del derecho panameño. Ellas han permitido grandes avances legislativos a la mitad de la población panameña, sobre todo, el poder garantizar la igualdad jurídica. Hay mucho camino que recorrer en la aplicación de esta normatividad.

Clara era consciente de que sus contribuciones iban a retroalimentar las luchas de las nuevas generaciones de mujeres, así como esta modesta disertación y mis esfuerzos investigativos quiero que contribuyan como grano de arena a mejorar las condiciones de vida de la mujer panameña. Ella dijo, al respecto:

“... Pero como en la ley de la evolución, tanto orgánica como social, el presente ha sido engendrado en el pasado, y la realidad de hoy contiene en su germen la de mañana. De todo lo que parece no sólo materialmente, sino en la mente de las generaciones, queda algo del ayer que es el legado social que aprovechamos para enriquecer y darle sentido a las experiencias de hoy y preparar la realidad del futuro que se gesta” (TURNER: 2006).

Bibliografía

CORDERO, Pablo. “No siempre la lucha política es legal”, en *Domingo H. Turner en el Alma del Pueblo*, con Antología y Prólogo de Anayansi Turner, Editorial Universitaria Carlos Manuel Gasteazoro, Panamá, 2001.

MARCO, Yolanda y Ángela Alvarado. *Mujeres que cambiaron nuestra historia*, UNICEF, Universidad de Panamá, Fondo Canadá-Panamá, 1996.

TURNER, Anayansi (Selección de Escritos y Estudio Introductorio). *Clara González, la Mujer del Siglo*, ARTICSA, Panamá, 2006.

TURNER, Anayansi, *La Constitución de 1946 y la Constituyente que le dio origen –Análisis del proceso de formación de las normas constitucionales de 1946-*, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Litho Editorial Chen S. A., Panamá, 3ª ed, 2019.

III. LEGISLACIÓN

Compilación de leyes aprobadas por la Asamblea Nacional de Panamá durante el año 2021

Rodrigo De La Cruz Luna
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá
Centro de Investigación Jurídica
rodrigo.delacruz@up.ac.pa

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

La Asamblea Nacional de la República de Panamá aprobó diversas leyes en el 2021, las cuales describiremos con más detalle a continuación:

Ley 196 de 2021. 8 de febrero de 2021.

Gaceta N° 29214-A

QUE CREA EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DE EMPRESAS OPERADORAS Y DESARROLLADORAS DE AGROPARQUES Y DICTA DISPOSICIONES PARA SU FUNCIONAMIENTO.

Ley 197 de 2021. 15 de febrero de 2021.

Gaceta N° 29219-A

QUE MODIFICA LA LEY 59 DE 2008, SOBRE EL SERVICIO Y ACCESO UNIVERSAL A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA EL DESARROLLO, Y LA LEY 15 DE 2012, SOBRE LOS COSTOS DE SOTERRAMIENTOS DEL CABLEADO E INFRAESTRUCTURA DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISIÓN PAGADA, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 198 de 2021. 15 de febrero de 2021.

Gaceta N° 29219-A

QUE ESTABLECE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL TRASPASO DE SERVIDUMBRES VIALES DE URBANIZACIONES, LOTIFICACIONES Y PARCELACIONES QUE NO HAN SIDO TRASPASADAS AL ESTADO.

Ley 199 de 2021. 15 de febrero de 2021.

Gaceta N° 29219-A

QUE ESTABLECE MEDIDAS TRANSITORIAS RELACIONADAS CON LAS AGENCIAS DE VIAJES Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN.

Ley 200 de 2021. 15 de febrero de 2021.

Gaceta N° 29219-A

QUE INSTITUYE EL FESTIVAL NACIONAL DE LA CUMBIA CHORRERANA.

Ley 201 de 2021. 25 de febrero de 2021.

Gaceta N° 29228-A

QUE ESTABLECE MEDIDAS TEMPORALES PARA PRESERVAR EL EMPLEO, NORMALIZAR LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 202 de 2021. 8 de marzo de 2021.

Gaceta N° 29235

QUE MODIFICA LA LEY 82 DE 2013, SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, Y LA LEY 7 DE 2018, REFERENTE A LA PREVENCIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS

Ley 203 de 2021. 18 de marzo de 2021.

Gaceta N° 29244-A

QUE ESTABLECE LOS LINEAMIENTOS PARA EL DESARROLLO DE LA TELESALUD EN PANAMÁ Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 204 de 2021. 18 de marzo de 2021.

Gaceta N° 29244-A

QUE REGULA LA PESCA Y LA ACUICULTURA EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 205 de 2021. 19 de marzo de 2021.

Gaceta N° 29246

QUE MODIFICA ARTÍCULOS DE LA LEY 37 DE 2009, QUE DESCENTRALIZA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Ley 206 de 2021. 30 de marzo de 2021.

Gaceta N° 29253

QUE CREA LA AGENCIA PANAMEÑA DE ALIMENTOS Y DEROGA EL DECRETO LEY 11 DE 2006, QUE CREA LA AUTORIDAD PANAMEÑA DE SEGURIDAD DE ALIMENTOS.

Ley 207 de 2021. 5 de abril de 2021.

Gaceta N° 29256

QUE CREA LA AUTORIDAD PARA LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES Y LA PROMOCIÓN DE EXPORTACIONES Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 208 de 2021. 6 de abril de 2021.

Gaceta N° 29256-A

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 PARA ALIVIAR LA REACTIVACIÓN DE LA ECONOMÍA NACIONAL.

Ley 209 de 2021. 22 de abril de 2021.

Gaceta N° 29269-A

QUE CREA EL INSTITUTO DE METEOROLOGÍA E HIDROLOGÍA DE PANAMÁ INGENIERO OVIGILDO HERRERA MARCUCCI Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 210 de 2021. 27 de abril de 2021.

Gaceta N° 29273-A

QUE DECLARA EL 13 DE JUNIO DE CADA AÑO DÍA NACIONAL DE SENSIBILIZACIÓN SOBRE EL ALBINISMO, ADOPTA MEDIDAS PREVENTIVAS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 211 de 2021. 27 de abril de 2021.

Gaceta N° 29273-A

QUE REGULA LA EQUINOTERAPIA COMO ACTIVIDAD TERAPÉUTICA DE REHABILITACIÓN.

Ley 212 de 2021. 29 de abril de 2021.

Gaceta N° 29274-B

QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN CONCILIADA EFECTUADOS POR MOTIVO DE LA EMERGENCIA NACIONAL POR LA PANDEMIA DE LA COVID-19.

Ley 213 de 2021. 29 de abril de 2021.

Gaceta N° 29274-B

QUE DICTA MEDIDAS PARA EL ABORDAJE INTEGRAL DE LA ENDOMETRIOSIS Y NORMAS DE PROTECCIÓN LABORAL.

Ley 214 de 2021. 4 de mayo de 2021.

Gaceta N° 29277-B

QUE ADICIONA DISPOSICIONES A LA LEY 15 DE 1995, SOBRE LA PLACA ÚNICA Y DEFINITIVA, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN.

Ley 215 de 2021. 6 de mayo de 2021.

Gaceta N° 29279-B

QUE CONCEDE UNA AMNISTÍA PARA EL PAGO TOTAL DE LAS CUOTAS EMPLEADO-EMPLEADOR, LAS PRIMAS DE RIESGO PROFESIONALES Y DEMÁS CONTRIBUCIONES DE LOS EMPLEADORES ANTE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL.

Ley 216 de 2021. 10 de mayo de 2021.

Gaceta N° 29281-A

QUE ESTABLECE BENEFICIOS PARA LA OBTENCIÓN DE PASAPORTES Y MODIFICA LA LEY 32 DE 2013, QUE CREA LA AUTORIDAD DE PASAPORTES.

Ley 217 de 2021. 27 de mayo de 2021.

Gaceta N° 29295-B

QUE CREA EL PROGRAMA CAPITAL SEMILLA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Ley 218 de 2021. 27 de mayo de 2021.

Gaceta N° 29295-B

QUE ESTABLECE EL MARCO JURÍDICO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA SALUD BUCODENTAL PARA LA POBLACIÓN INFANTIL Y ADOLESCENTE EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

Ley 219 de 2021. 3 de junio de 2021.

Gaceta N° 29301

QUE PROMUEVE EL DESARROLLO DE CATEGORÍAS MENORES DE BÉISBOL Y CREA EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DE ACADEMIAS DEPORTIVAS PROFESIONALES TRANSNACIONALES DE BÉISBOL U OTRA DISCIPLINA DEPORTIVA EN PANAMÁ.

Ley 220 de 2021. 4 de junio de 2021.

Gaceta N° 29301-A

QUE DECLARA A LA CIUDAD DE NATÁ COMO CAPITAL DE LA CULTURA Y DE HISTORIA NACIONAL EN CONMEMORACIÓN DE SUS 500 AÑOS DE FUNDACIÓN Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Ley 221 de 2021. 8 de junio de 2021.

Gaceta N° 29304

QUE CREA EL PROGRAMA NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN, TRATAMIENTO Y REHABILITACIÓN DE JÓVENES CON PROBLEMAS DE ADICCIONES.

Ley 222 de 2021. 8 de junio de 2021.

Gaceta N° 29304

QUE RECONOCE EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DE LICENCIADO Y TÉCNICO EN INADAPTADOS SOCIALES E INFRACTORES.

Ley 223 de 2021. 8 de junio de 2021.

Gaceta N° 29303-A

QUE ESTABLECE INCENTIVOS AMBIENTALES

Ley 224 de 2021. 8 de junio de 2021.

Gaceta N° 29305-B

QUE ESTABLECE EL CERTAMEN NACIONAL DE DECLAMACIÓN DE POESÍAS PATRIÓTICAS, CON SEDE EN LA ESCUELA REPÚBLICA DE COSTA RICA, PROVINCIA DE PANAMÁ OESTE.

Ley 225 de 2021. 8 de junio de 2021.

Gaceta N° 29305-B

QUE DECLARA EL 12 DE MARZO DE CADA AÑO DÍA DEL ELECTRICISTA.

Ley 226 de 2021. 8 de junio de 2021.

Gaceta N° 29308-A

QUE REGULA LAS NORMAS DE DISEÑO Y EDIFICACIÓN.

Ley 227 de 2021. 8 de junio de 2021.

Gaceta N° 29308-A

QUE ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 29 DE 2005, QUE REORGANIZA EL MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Ley 228 de 2021. 23 de junio de 2021.

Gaceta N° 29314-B

QUE CREA EL PROGRAMA CASA DE DÍA PARA LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES.

Ley 229 de 2021. 23 de junio de 2021.

Gaceta N° 29314-B

QUE CREA LA CONDECORACIÓN DE MÉRITO AL PRODUCTOR NACIONAL INGENIERO ARTURO MELO SARASQUETA.

Ley 230 de 2021. 24 de junio de 2021.

Gaceta N° 29315-B

QUE CREA EL SISTEMA DE ALERTA AMBER PARA LA UBICACIÓN RÁPIDA Y EXPEDITA ANTE LA DESAPARICIÓN O SUSTRACCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD.

Ley 231 de 2021. 28 de junio de 2021.

Gaceta N° 29318-A

QUE ADICIONA DISPOSICIONES A LA LEY 45 DE 2007, SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Y A LA LEY 12 DE 2016, SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS PROCESOS CONCURSALES DE INSOLVENCIA.

Ley 232 de 2021. 9 de julio de 2021.

Gaceta N° 29327-A

ORGÁNICA DE LA FISCALÍA GENERAL ELECTORAL.

Ley 233 de 2021. 24 de agosto de 2021.

Gaceta N° 29361-A

QUE CREA LA CARRERA DE PROTECCIÓN CIVIL Y MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 7 DE 2005, QUE REORGANIZA EL SISTEMA NACIONAL DE PROTECCIÓN CIVIL

Ley 234 de 2021. 26 de agosto de 2021.

Gaceta N° 29364-A

QUE ESTABLECE EL RECONOCIMIENTO DE ORGANIZACIONES JUVENILES Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN

Ley 235 de 2021. 26 de agosto de 2021.

Gaceta N° 29364-A

QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 74 DE 2017, SOBRE MOVILIDAD DE CICLISMO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Ley 236 de 2021. 3 de septiembre de 2021.

Gaceta N° 29372-A

QUE PROMUEVE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE BACHILLERATO INTERNACIONAL EN LOS CENTROS EDUCATIVOS OFICIALES Y PARTICULARES

Ley 237 de 2021. 15 de septiembre de 2021.

Gaceta N° 29377-A

QUE MODIFICA UNA DISPOSICIÓN DEL CÓDIGO DE TRABAJO, ADICIONA ARTÍCULOS AL DECRETO DE GABINETE 249 DE 1970, LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO LABORAL, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN.

Ley 238 de 2021. 15 de septiembre de 2021.

Gaceta N° 29377-A

QUE AMPLÍA EL ALCANCE DEL FUERO DE MATERNIDAD HASTA EL PADRE Y CONCEDE VACACIONES EN CASO DE FALLECIMIENTO DE LA MADRE.

Ley 239 de 2021. 30 de septiembre de 2021.

Gaceta N° 29387-A

QUE DICTA EL PRESUPUESTO DE LA AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 1 DE OCTUBRE DE 2021 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2022.

Ley 240 de 2021. 6 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29394

QUE REGULA LA ACTIVIDAD DE AGROTURISMO EN PANAMÁ

Ley 241 de 2021. 13 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29398-B

QUE MODIFICA LA LEY 23 DE 2017 Y LA LEY 9 DE 1994, EN LO RELATIVO AL RECONOCIMIENTO DEL PAGO DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Ley 242 de 2021. 13 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29398-B

QUE REGULA EL USO MEDICINAL Y TERAPÉUTICO DEL CANNABIS Y SUS DERIVADOS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Ley 243 de 2021. 13 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29398-B

QUE CREA EL PROGRAMA GRADUANDOS EN PRO DE LA REFORESTACIÓN EN PANAMÁ

Ley 244 de 2021. 13 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29398-B

QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO OFICIAL DE OFENSORES SEXUALES

Ley 245 de 2021. 13 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29398-B

QUE ESTABLECE Y REGULA LA EDUCACIÓN EN CASA EN PANAMÁ

Ley 246 de 2021. 13 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29398-B

QUE ESTABLECE EL MANEJO, TRATAMIENTO Y REUTILIZACIÓN DEL AGUA EN LAS ESTACIONES DE LAVADO DE VEHÍCULOS

Ley 247 de 2021. 22 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29403-A

QUE REFORMA EL CÓDIGO ELECTORAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Ley 248 de 2021. 29 de octubre de 2021.

Gaceta N° 29408-A

QUE DICTA EL PRESUPUESTO GENERAL DEL ESTADO PARA LA VIGENCIA FISCAL DE 2022

Ley 249 de 2021. 5 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29411-A

QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 47 DE 2002, QUE DECLARA CONJUNTO MONUMENTAL HISTÓRICO EL CENTRO HISTÓRICO DE LA CIUDAD DE COLÓN

Ley 250 de 2021. 8 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29412-A

QUE DECLARA FIESTA FOLCLÓRICA EL FESTIVAL DE LA CARRETA, EL VIOLÍN Y EL TORO SUELTO EN PEDASÍ Y CREA SU PATRONATO

Ley 251 de 2021. 8 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29412-A

QUE ESTABLECE LA ENSEÑANZA DE LA URBANIDAD Y DEL CUIDADO DE LOS ANIMALES DEL ECOSISTEMA COMO EJES TRANSVERSALES EN LOS PLANES DE ESTUDIO DEL SISTEMA EDUCATIVO PANAMEÑO

Ley 252 de 2021. 8 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29412-A

QUE ESTABLECE LA OBLIGATORIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE BIOSEGURIDAD EN TODAS LAS INSTALACIONES DE SALUD

Ley 253 de 2021. 9 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29412-B

QUE INCENTIVA LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LOS ADULTOS MAYORES

Ley 254 de 2021. 11 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29413-A

QUE INTRODUCE ADECUACIONES A LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES, EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y EL FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA

Ley 255 de 2021. 17 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29417-C

QUE MODIFICA LA LEY 94 DE 2019, QUE MODIFICA LA LEY 3 DE 1985, QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN DE INTERESES PREFERENCIALES EN CIERTOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Ley 256 de 2021. 26 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29424-B

QUE MODIFICA ARTÍCULOS DE LA LEY 76 DE 1976, SOBRE MEDIDAS TRIBUTARIAS

Ley 257 de 2021. 26 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29424-B

QUE MODIFICA LA LEY 99 DE 2019, EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN TRIBUTARIA PARA EL PAGO DE TRIBUTOS Y AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Ley 258 de 2021. 26 de noviembre de 2021.

Gaceta N° 29424-C

QUE RESTABLECE LA VIGENCIA DE UNA DISPOSICIÓN DEL CÓDIGO JUDICIAL

Ley 259 de 2021. 2 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29427

QUE MODIFICA UN ARTÍCULO DE LA LEY 93 DE 1973, SOBRE ARRENDAMIENTO

Ley 260 de 2021. 3 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29428-B

QUE CREA EL PROGRAMA DE ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL DOMICILIARIA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD SEVERA

Ley 261 de 2021. 23 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29440-C

QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA INCENTIVAR LA PRODUCCIÓN, PROCESAMIENTO Y DESARROLLO DEL CACAO

Ley 262 de 2021. 23 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29440-C

QUE INTEGRA, IMPLEMENTA Y PROMOCIONA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Ley 263 de 2021. 23 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29440-C

QUE CREA EL FESTIVAL FOLCLÓRICO NACIONAL DE LA MITRA

Ley 264 de 2021. 23 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29440-C

POR LA CUAL SE APRUEBA EL CONVENIO SOBRE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO (AGRICULTURA), 1969, (NÚM. 129), ADOPTADO POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, EN GINEBRA, EL 25 DE JUNIO DE 1969

Ley 265 de 2021. 23 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29440-C

POR LA CUAL SE APRUEBA LA CONVENCION SOBRE LA CONSERVACION Y ORDENAMIENTO DE LOS RECURSOS PESQUEROS EN ALTA MAR EN EL OCÉANO PACÍFICO SUR, HECHA EN AUCKLAND, EL 14 DE NOVIEMBRE DE 2009

Ley 266 de 2021. 23 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29440-C

QUE REGULA EL CABOTAJE Y LAS ACTIVIDADES DE COMERCIO INTERIOR EN LAS AGUAS JURISDICCIONALES DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Ley 267 de 2021. 23 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29440-C

POR LA CUAL SE APRUEBA EL CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, 2000, (NÚM. 183), ADOPTADO POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, EN GINEBRA, EL 15 DE JUNIO DE 2000

Ley 268 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE MODIFICA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO JUDICIAL, RELATIVOS A LA ASISTENCIA LEGAL Y AL PATROCINIO PROCESAL GRATUITO

Ley 269 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE MODIFICA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA

Ley 270 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

POR LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y EL GOBIERNO DE CANADÁ SOBRE SOBRE TRANSPORTE AÉREO, FIRMADO EN OTTAWA, CANADÁ, EL 6 DE FEBRERO DE 2020

Ley 271 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

POR LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y EL GOBIERNO DEL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO SOBRE SERVICIOS AÉREOS, FIRMADO EN LUXEMBURGO EL 1 DE JULIO DE 2021

Ley 272 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

POR LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO DE TRANSPORTE AÉREO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ EL GOBIERNO FEDERAL DE AUSTRIA, FIRMADO EN VIENA, AUSTRIA, EL 6 DE JULIO DE 2021

Ley 273 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

POR LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO MARCO PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL CENTRO REGIONAL DEL CONVENIO DE BASILEA PARA CAPACITACIÓN Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA PARA LA SUBREGIÓN DE CENTROAMÉRICA Y MÉXICO, HECHO EN GINEBRA EL DÍA 15 DEL MES DE ENERO DE 2021

Ley 274 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

POR LA CUAL SE APRUEBA EL TRATADO DE BEIJING SOBRE INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES, ADOPTADO POR LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES, EN BEIJING EL 24 DE JUNIO DE 2012

Ley 275 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

POR LA CUAL SE APRUEBA LA CONVENCION RELATIVA A LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DE AYUDAS A LA NAVEGACION MARITIMA, HECHA EN PARIS, EL 27 DE ENERO DE 2021

Ley 276 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE REGULA LA GESTION INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS EN LA REPUBLICA DE PANAMA

Ley 277 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE ESTABLECE UN INCENTIVO PARA MANTENER Y PROTEGER LA TRADICION DE LA JUNTA DE CORTA DE ARROZ EN LA REPUBLICA DE PANAMA

Ley 278 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE ESTABLECE DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS TRABAJADORES DEDICADOS A LA ACTIVIDAD O INDUSTRIA DEL CULTIVO, COSECHA, EMPACADORA Y COMERCIALIZACION DEL BANANO

Ley 279 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE MODIFICA LA LEY 70 DE 1975, QUE CREA EL INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO

Ley 280 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE REGULA EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE CONTADOR PUBLICO AUTORIZADO

Ley 281 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE ADICIONA ARTICULOS A LA LEY 24 DE 1999, QUE REGULA LOS SERVICIOS PUBLICOS DE RADIO Y TELEVISION

Ley 282 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

QUE INSTITUYE EL FESTIVAL NACIONAL DEL TOQUE, CANTO Y BAILE DEL TAMBOR Y CREA SU PATRONATO

Ley 283 de 2021. 30 de diciembre de 2021.

Gaceta N° 29445-E

*QUE ADICIONA UNA DISPOSICIÓN AL DECRETO LEY 1 DE 2008, QUE CREA LA
AUTORIDAD NACIONAL DE ADUANAS*

JURISPRUDENCIA

Discapacidad laboral.

Acción contenciosa administrativa de Plena Jurisdicción

Eyda Jazmín Saavedra H.
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica. Panamá
shej1331@hotmail.com

Recepción: 5 de agosto de 2021

Aceptación: 20 de agosto de 2021

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo

Ponente: Carlos Alberto Vásquez Reyes

Fecha: 26 de mayo de 2021

Materia: Acción contenciosa administrativa de Plena Jurisdicción. Expediente: 1074-19

VISTOS:

La Licenciada NOMBRE 1, actuando en su propio nombre y representación, presentó Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, dictada por el Registro Público de Panamá, así como su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

I. LA PRETENSIÓN Y SU FUNDAMENTO.

La activadora judicial pretende se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, proferida por el Registro Público de Panamá, a través de la cual se resolvió lo siguiente:

"CONSIDERANDO:

"...."

"...."

Entre los hechos y omisiones fundamentales de la Acción, NOMBRE 1 señala que a través de la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, se dejó sin efecto su nombramiento en el cargo que desempeñaba como Abogada, decisión que le fue notificada el 16 de agosto de 2019, y contra la cual su apoderado presentó un Recurso de Reconsideración,

que fue resuelto mediante Resolución Administrativa No. OIRH-203-2019 de 13 de septiembre de 2019.

“ ”

II. DISPOSICIONES LEGALES INVOCADAS COMO INFRINGIDAS POR LA PARTE ACTORA.

En cuanto a las normas legales vulneradas con la emisión de la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, NOMBRE 1, indica se han trasgredido las siguientes disposiciones:

· El artículo 1 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, ...

· El artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, Que Establecía un Régimen de Estabilidad Laboral para los Servidores Públicos, derogada por la [Ley 23 de 12 de mayo de 2017](#),... y

· El artículo 169 del Texto Único de la [Ley 9 de 1994](#), que establece y regula la Carrera Administrativa, adoptado por el [Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018](#),

“ ”

III. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

El D. General del Registro Público de Panamá, mediante la Nota OIRH-DG-09-2019 de 31 de diciembre de 2019, remitió a esta Superioridad el Informe Explicativo de Conducta,

“ ”

“ ”

En ese contexto, sostiene que la desvinculación de la prenombrada obedeció a la facultad discrecional que el artículo 11 (numeral 9) de la [Ley 3 de 6 de enero de 1999](#), le confiere al D. General del Registro Público para adoptar este tipo de acciones de personal, ya que en relación a los padecimientos de enfermedades crónicas alegados por la accionante, en su Expediente de Personal no constan documentos médicos que demuestren tales afecciones. (Resaltado nuestro)

IV. REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL REGISTRO PÚBLICO.

Por su parte, el M.P.A.C., actuando en representación del Registro Público de Panamá, en función del poder otorgado, presentó escrito de Contestación de Demanda, visible a fojas 130-139 del Expediente, alegando, medularmente, que la destitución de la señora NOMBRE 1, obedeció a la facultad discrecional conferida al regente de esa institución registral, por tratarse de una funcionaria de libre nombramiento y remoción.

“ ”

V. APROBACIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El señor Procurador de la Administración, mediante la Vista N°393 de 13 de marzo de 2020, presentó escrito aprobando la gestión desplegada por el apoderado judicial del Registro Público de Panamá (Cfr. fojas 140-141 del Expediente).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Ambas partes presentaron sus Alegatos de Conclusión, y, sin mayores variantes, reiteran sus posiciones iniciales, ya planteadas en la controversia bajo estudio.

“ ... ”

VII. DECISIÓN DE LA SALA.

Luego de surtidas las etapas procesales, procede esta Superioridad a realizar un examen de rigor.

- *Competencia del Tribunal. ...*
- *Acto Administrativo Objeto de Reparación. ...*
- *Sujeto Procesal Activo. ...*
- *Sujeto Procesal Pasivo. ...*

“ ... ”

En este escenario, esta Corporación de Justicia advierte que quien recurre somete a escrutinio de legalidad la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, proferida por el Registro Público de Panamá, basando su posición en que dicha decisión trasgrede el artículo 1 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005; el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013; y el artículo 169 del Texto Único de la [Ley 9 de 1994](#), que establece y regula la Carrera Administrativa, adoptado por el [Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018](#), por los razonamientos que a continuación exponemos:

- Que la entidad demandada tenía conocimiento de su condición de salud, puesto que en el expediente clínico existe constancia de su diagnóstico “...”
- Que gozaba de estabilidad laboral debido a que contaba con más de dos (2) años de servicios continuos “...”
- Estatus Laboral de la Demandante.

Los primeros cargos de violación que se abordarán son los referentes a la estabilidad laboral que alega la parte actora le fue vulnerada, para lo cual debe determinarse inicialmente el estatus laboral de la funcionaria demandante, a fin de verificar si efectivamente gozaba del mismo.

...

En este contexto, se observa que el fundamento normativo utilizado por el D. General del Registro Público para remover a NOMBRE 1 del cargo que ocupaba como Abogada, es el artículo 11 (numeral 9) de la [Ley 3 de 6 de enero de 1999](#), “ ...”

Ahora bien, la estabilidad laboral esgrimida por la activadora judicial encuentra asidero, según indica, en el régimen laboral aplicable a los servidores públicos, que se encontraba reconocido en la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013.

Al respecto, este Tribunal Colegiado considera importante aclarar con respecto a la violación del artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que dicha excerpta fue derogada por la [Ley 23 de 12 de mayo de 2017](#); es decir, antes de la emisión de la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, objeto de examen, por lo que tal precepto legal no es aplicable al caso que nos ocupa.

En este contexto, esta Corporación de Justicia estima pertinente aclarar que la sola derogatoria de un cuerpo normativo no extingue sus efectos, ya que los mismos pueden continuar surtiéndose en el curso del tiempo, bajo lo que se conoce como la "ultractividad de la ley", consistente en la aplicación de la Ley que se encontraba vigente al momento en que se dieron los hechos, aunque la norma haya sido derogada después, en función del principio "Tempus regit actus".

De igual forma, una ley derogada puede recobrar su vigencia si su contenido se encuentra reproducido en una ley nueva, herramienta jurídica que en la doctrina se conoce como "reviviscencia de la ley", consagrada en el [artículo 37](#) del [Código Civil de Panamá](#).

No obstante, como quiera que el hecho que ha dado origen a la causa que nos ocupa es la emisión de la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, ninguna de las figuras jurídicas previamente planteadas son aplicables, toda vez que el acto administrativo sometido al escrutinio de legalidad de esta Judicatura fue proferido cuando ya se encontraba derogado el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013; por consiguiente, se desestima dicho cargo de infracción y la estabilidad laboral alegada por la demandante con base a dicha norma.

B. Fuero por Enfermedad Crónica o Degenerativa.

Por otra parte, alega NOMBRE 1, que se encontraba amparada por la protección laboral consagrada en la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, en virtud de su padecimiento de "Hipertensión Arterial Emotiva"; "Microadenoma" (tumor benigno pequeño de la hipófisis); y diagnóstico de "Abombamiento Discal L4, L5, L5-S1 y Deshidratación de Disco Intervertebral L5-S1".

Con respecto al cargo de infracción del artículo 1 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la [Ley 25 de 19 de abril de 2018](#), esta Sala procede a citar el artículo considerado como infringido:

“ ...”

....

De igual forma, considera esta Superioridad necesario hacer referencia al artículo 5 de la referida excerpta, según fue modificado por la Ley 23 de 19 de abril de 2018, que guarda relación con el medio idóneo para certificar el padecimiento que el trabajador alegue; precepto normativo que indica lo siguiente:

“...”

En virtud que la Comisión Interdisciplinaria no ha sido creada, el Suscrito evaluará el Expediente correspondiente, a fin de verificar si, en efecto, constan las certificaciones médicas en los términos que la ley estipula, a fin de corroborar si le asiste o no a la señora NOMBRE 1, el fuero por padecimiento de una enfermedad crónica.

Expediente Administrativo.

En este escenario, consta a foja 16 del Expediente Administrativo, una certificación médica expedida por el D.D.M.M., O. y T., fechada 3 de junio y 20 de julio de 2019, en las que se constata lo siguiente:

"...A pesar del tratamiento hasta la fecha aún presenta dolor a nivel cervical y lumbar al realizar actividades físicas, por lo que se le ordena resonancia magnética de columna lumbar y cervical las cuales reportaron rectificación cervical y abombamiento de discos lumbares L4-L5 y L5-S1.

...

Actualmente se mantendrá asistiendo a terapia física."

Igualmente, se advierte a foja 17 del referido expediente, otra certificación médica proferida por el mismo galeno, con fecha de 20 de julio de 2019, en la que se detalla lo que a continuación citamos:

“...”

Se pide evaluación por Algiología (Medicina del Dolor)."

En adición, figura la Certificación de Condición Médica de 7 de octubre de 2019, proferida por la D.C.C.G., M. General en la Clínica Institucional del Registro Público de Panamá, visible a foja 26 del Expediente de Personal, “...”

Siendo así las cosas, y a razón de las evidencias contenidas en el dossier probatorio correspondiente, visibles a fojas 16, 17 y 26 del Expediente Administrativo, puede deducirse que el cargo de ilegalidad alegado por la demandante del artículo 1 de la Ley 59 de 2005, queda probado, en virtud de lo siguiente:

1) La condición degenerativa de salud por "Cervicalgia y Lumbalgia" invocada por NOMBRE 1 en su libelo como "Abombamiento Discal L4, L5, L5-S1 y Deshidratación de Disco Intervertebral L5-S1", fue debidamente constatada por el D.D.M.M., O. y T., y por la D.C.C.G., M. General, cumpliéndose por esta parte el requisito exigido por la Ley respecto de las certificaciones de dos (2) médicos idóneos que acrediten el padecimiento alegado.

Al respecto, esta Corporación de Justicia considera de suma importancia aclarar que si bien la Certificación Médica proferida por la D.C.C.G. data de 7 de octubre de 2019, fecha posterior al acto administrativo demandado, llama poderosamente la atención de esta Judicatura que la misma fue proferida por una facultativa de la Clínica Institucional del Registro Público de Panamá; es decir, es un dictamen médico que ya había sido reconocido previamente por la propia entidad demandada y que de antemano forma parte del Expediente Clínico de la actora que reposa en esa dependencia registral. (Resaltado nuestro)

2) Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado en la Ley 59 de 2005, las enfermedades crónicas, degenerativas, y/o involutivas, que el trabajador alegue padecer, deben producir una discapacidad laboral; elemento cuya relevancia radica en que el mismo es el que va a determinar la disminución y el deterioro que ha sufrido la persona en sus rutinas habituales; que lleve consigo un impacto sustancial en su desempeño profesional producto de una condición o situación relevante de salud que se prolongue en el tiempo.

En ese sentido, de los controles médicos dictaminados por el D.D.M.M., O. y T., se desprende fehacientemente la discapacidad laboral de la señora NOMBRE 1, al quedar por sentado que es un padecimiento que produce un dolor recurrente en su columna, que requiere una constante evaluación y tratamiento médico y fisioterapéutico para examinar su evolución, lo que indiscutiblemente afecta el normal desenvolvimiento en su diario vivir, incluyendo el campo laboral, pues es una afección de larga duración, cuya curación no puede preverse claramente o, posiblemente, no existe.

A juicio de este Tribunal de Justicia, no analizarlo de la forma descrita, implicaría una interpretación sesgada de la norma, que verdaderamente dista del espíritu de la Ley 59 de 2005, y el cometido para el cual fue diseñada la misma, cuyo objeto es asegurar de forma efectiva el derecho al trabajo de todas las personas con padecimientos crónicos, degenerativos y/involutivos que lleven aparejado una consecuencia discapacitante.

Sobre este punto, consideramos oportuno acotar que contrario a lo afirmado por quien ejerce la representación judicial del Registro Público de Panamá, la condición de salud de la actora era de conocimiento de dicha institución, puesto que adicional al historial médico que reposaba en la Clínica de esa entidad, constan las certificaciones expedidas por el D.D.M.M., O. y T., mismas que fueron aportadas junto con el Recurso de Reconsideración interpuesto por la actora, tal como se indicó en la certificación de 11 de marzo de 2021, visible a foja 75 del expediente administrativo, en la que se señaló:

"Que en el presente caso cuando se recibió la Reconsideración de la Ex colaboradora NOMBRE 1, presentada por el abogado Tomas Nieves el día 23 de agosto de 2019, por error involuntario recibí por reloj solo el poder y la solicitud más no los documentos que venían aportados, doy fe de que dichos documentos complementaban dicha solicitud."

Por lo anterior, al existir documentos médicos que respaldaban la condición de salud discapacitante indicada por la accionante y que fueron de conocimiento previo del Registro Público de Panamá, recaía sobre la entidad demandada el deber de ponderar los elementos de convicción presentados que incidían directamente en la decisión adoptada por medio de la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, y así subsanar errores que afectaran a la interesada con la emisión de dicho acto administrativo, tal como ocurrió en el

negocio jurídico bajo estudio al desconocerse la protección laboral que amparaba a NOMBRE 1 en razón de su padecimiento crónico.

No podemos soslayar que la creación del fuero para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/ degenerativas responde a una necesidad de velar y crear políticas públicas tendientes a resguardar a este sector de la población, quienes al encontrarse en una manifiesta desventaja frente al resto de la sociedad, merecen una protección especial por parte del Estado, encaminada a garantizarles en igualdad de condiciones, el goce de sus derechos, como lo es el Derecho al Trabajo, asegurando su desarrollo integral, en conjunto con su productividad económica.

La Sala Tercera se ha pronunciado respecto a la protección laboral que ampara a los trabajadores que padezcan enfermedades crónicas, degenerativas y/ involutivas; para ello sirve de ejemplo la jurisprudencia que pasamos a señalar:

“...”

De las pruebas aportadas y admitidas en el proceso, se evidencia que mediante Certificación de la Clínica de Salud Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, la M. General - D.G.Z.P., con código P-024 y Registro 3846, certifica que el paciente M.Á.P.A. con cédula de identidad personal N°8-233-465, presenta la enfermedad de Hipertensión Arterial y, que dicho paciente asiste a consulta por sus medicamentos para tratar dicha enfermedad.

“... “

En virtud de lo expuesto, el examen puntual de las circunstancias de lo actuado en este negocio; de las normas jurídicas en que se sustentan, así como del caudal probatorio, lleva a esta Superioridad a la conclusión que se encuentra probado el cargo de violación alegado por la parte actora y contenido en el artículo 1 de la Ley 59 de 2005, ya que ha demostrado que sufre y se encuentra en tratamiento de una enfermedad crónica; por ende, no podía ser desvinculada del cargo que ocupaba salvo causa justificada.

Por último, el cuanto a la solicitud de la parte actora referente al pago de los *salarios dejados de percibir, debemos indicar que el mismo no es viable*, puesto que si bien la [Ley 151 de 24 de abril de 2020](#), que modifica la Ley 59 de 2005, reconoce dicha retribución laboral a todos aquellos trabajadores reintegrados a sus cargos, lo cierto es que *tal excerpta legal no se encontraba vigente al momento en que se emitió el acto administrativo* objeto de reparo; además, que *la referida norma no establece que tenía el carácter de retroactiva*; por lo que se desestima tal petición. (Resaltado nuestro)

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES ILEGAL la Resolución Administrativa No. 139 de 13 de agosto de 2019, emitida por el Registro Público de Panamá, al igual que su acto confirmatorio; y en consecuencia, ORDENA SU REINTEGRO al cargo que ocupaba 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. (Resaltado nuestro)

Notifíquese,

**CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES ---CECILIO CEDALISE RIQUELME -- LUIS
RAMÓN FÁBREGA S. --- KATIA ROSAS (Secretaria)**

Dr. Rigoberto González Montenegro. *“La Mutación Constitucional: Su Problemática”*
Círculo de Escritores, Panamá, 2022. pág.214

Rodrigo De La Cruz Luna
Asistente de investigación jurídica
rodrigodelacruz@outlook.com

Recepción.:20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

La obra que vamos a tratar nos muestra la problemática de la mutación constitucional; esta es muy recurrente en los países debido al constante devenir político en el que viven.

Antes de ahondar en el tema como tal, debemos tener claro el concepto Constitución, el cual se define como:

“La forma o sistema de gobierno que tiene adoptado cada Estado, o el acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos políticos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos que este se compone; cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobierna algún cuerpo o comunidad; en el derecho romano la ley que establecía el príncipe, ya fuese por carta, edicto, decreto, rescripto u orden”.

Nos vamos adentrando un poco más en el tema, donde vemos que estas mutaciones se dan, por lo general, por reformas donde no se cambia absolutamente nada, donde queda la esencia del artículo reformado, estas pueden ser polémicas y controvertidas como bien lo dice el autor, debido a que son inconsultas y quienes las realizan no representan los verdaderos intereses del pueblo.

Un claro ejemplo fue el intento de Reforma Constitucional que se dieron a finales del 2019, donde se buscaba modificar los artículos 99 y 104 de nuestra Constitución Política, quitándole a las Universidades Públicas la función fiscalizadora, hecho que sería un retroceso en la educación superior del país.

Más adelante, el autor hace referencia en la obra que al poder se le ha atribuido la competencia para reformar la Constitución, debemos ver quiénes son esos que tienen esa competencia de reformar la Constitución y si garantizaran el cumplimiento de las verdaderas necesidades del pueblo.

Exhorto a la comunidad en general a leer esta obra de importancia para conocer más sobre como una Constitución puede cambiar de acuerdo con las necesidades de la sociedad.

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Tomo 1, Escriche Joaquín, Editorial TEMIS S. A, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág.979

<https://circulodeescritores.net/>

Dr. Oscar Vargas Velarde. --- El despido del trabajador y la carga de la prueba

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 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

El despido del trabajador es un tema de suma importancia en el derecho laboral garantizar que conlleve una formalidad y este fundamentado en actos que validen la terminación de la relación laboral proporciona la posibilidad de que el trabajador pueda alegar su defensa si bien considera o sabe que así lo amerita el caso.

Recordemos que el despido es una acción que toma el empleador de forma unilateral y lo puede llevar a cabo mediante forma justificada o injustificada y el hecho de notificar al trabajador mediante una carta de terminación o extinción del vínculo laboral solo es un mero aviso de la decisión que ha tomado.

No obstante también recordemos que nuestro código laboral contempla en su artículo 214 que es menester fundamental que el empleador notifique por escrito con su respectiva fecha y hora y las causas puntuales del despido las cuales después no podrán ser alteradas de ninguna forma por otras diferentes.

De forma muy puntual y clara el autor nos instruye que a su juicio el aviso de forma escrita es la sustancia que da vida a la terminación de la relación laboral y su omisión es causal de nulidad ya que quebranta la formalidad.

El siguiente tema central expuesto por el autor es acerca de las Fisonomías de la carga de la prueba mencionando que todo demandante debe formular sus pretensiones estipular su cuantía esperada y los fundamentos de derecho en que se basa.

Hecho esto el demandado puede allanarse total o parcialmente a los términos de la demanda sin embargo lo más usual es que el demandado rehusé y niegue dichas pretensiones.

Posteriormente las partes presentaran todas sus pruebas y alegatos como bien han plasmado en su demanda.

Sin más dilación les hacemos la formal invitación al disfrute y goce de esta obra que todo laboralista debe ojear con detenimiento y perspicacia por su sencillez y cómoda escritura adecuada para aprender y ampliar la visión del tema del despido del trabajador.

Mgtr. Jorge Armando Chang Villareal: *Las Fases e Instituciones de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio*, Grupo Editorial Ibañez Colombia, 2021, 193 pág.

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 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Esta obra resalta las funciones del Sistema Penal Acusatorio dentro de Panamá, como todos sabemos este sistema busca resolver los hechos delictivos en el menor tiempo a diferencia del sistema tradicional que toma hasta años.

Este sistema da igualdad a las dos partes, tanto el fiscal, como la defensa y la víctima pueden ser oídas la cual la decisión está en poder de una Juez.

En la obra podremos apreciar el modernismo de este sistema, el autor hace análisis del estado de inocencia, el derecho a no auto incriminarse y las intervenciones corporales, la defensa de la víctima, tutela judicial efectiva con el debido proceso y el juez natural, justicia en tiempo razonable, debido proceso y concentración, Habeas Corpus, variadas formas de Amparos de Garantías Constitucionales en el proceso y las sentencias judiciales y legitimidad para actuar por parte de la víctima, entre otros aspectos trascendentales.

Invito a los lectores y seguidores del tema Sistema Penal Acusatorio que den oportunidad a este texto para introducir en el conocimiento del mismo de manera más profunda y práctica.

Nota: Artículo escogido de la obra “Las Fases e Instituciones de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio

Figuras Públicas y Redes Sociales⁹⁸

Rubén E. Rodríguez Samudio
Universidad de Hokkaido,
País: Japón.
rubenr1618@gmail.com
ORCID 0000-0001-5824-4620

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

Resumen

Los gobiernos digitales son un nuevo modelo de comunicación entre el Estado y sus ciudadanos que hace uso de tecnologías digitales para facilitar el acceso a la información pública. Usualmente, estas comunicaciones se dan por medio de canales tradicionales como medios escritos o de telecomunicaciones. Sin embargo, en los últimos años, servicios de redes sociales como Twitter y Facebook se han convertido en medios esenciales para el intercambio de ideas a nivel mundial. De allí que muchos gobiernos o instituciones públicas hayan decidido utilizarlos para informar a los ciudadanos sobre asuntos relacionados con la administración pública. No obstante, también se ha dado el caso de funcionarios públicos que utilizan sus cuentas privadas para tal fin, lo que trae como resultado que la línea entre lo privado y lo público se desdibuje. El resultado ha sido que las cortes han intervenido para interpretar antiguas reglas de derecho relativas a la materia.

Palabras Clave

Derecho Comparado, Redes Sociales, Funcionario Público, Privacidad, Internet.

Summary

Digital governments are a new communication model between the state and its citizens that use digital technologies to facilitate access to information. Usually, these communications are held via traditional channels such as written media or telecommunication services. However, in recent years, social media services such as Twitter and Facebook have become essential mediums for exchanging ideas worldwide. Thus, many governments or public institutions have decided to use these services to inform citizens about issues regarding public administration. Nevertheless, there have been cases where public officials use their private accounts in this manner, resulting in a blurring of the line between public and private. As a result, courts have intervened to construe old legal rules regarding this matter.

⁹⁸ Este artículo es parte del proyecto de investigación “Personal Data and Smart Societies: Is Privacy Possible in Smart Cities?” financiado por el gobierno japonés mediante el fondo de investigación 22K13274.

Keywords:

Comparative Law, Social Media, Public Officials, Privacy, Internet.

Introducción

Los cambios sociales resultado de las innovaciones digitales introducidas a finales de la década de los 80 y principios de los 90 han revolucionado la manera en que los gobiernos administran los recursos públicos y se comunican con sus ciudadanos. Durante los años 90, diversos gobiernos alrededor del mundo impulsan iniciativas a fin de explorar las posibles aplicaciones de tecnologías de la información y comunicación (TIC) en la administración estatal y planificación urbana. Las ciudades inteligentes (*smart cities*) utilizan las TIC para mejorar la administración de los recursos públicos y la vida de sus ciudadanos.

Söderström et al (2014) explican que el uso del término ciudad inteligente puede dividirse en dos olas. La primera ola tuvo lugar a mediados de los años 90, durante la cual los gobiernos utilizaban el término de manera autocomplaciente. Este periodo se enfocó en la expansión de la infraestructura necesaria para el uso de las TIC y en la aplicación de estas en proyectos de gobierno digital y para fomentar el desarrollo económico de ciertas industrias. La segunda ola inicia a finales de los años 2000 y una de sus principales características es el aumento de la participación de la empresa privada en el desarrollo de las ciudades inteligentes.

A pesar de que, como comentan Jameson et al (2019), ciudades como Amsterdam iniciaron discusiones y consultas sobre el uso del análisis computacional en la administración de la ciudad durante la época de los 60, el término ciudad inteligente no tiene una definición exacta. En efecto, existen diversas corrientes doctrinales dentro de las ciencias de urbanismo sobre qué constituye una ciudad inteligente. Kitchin (2014) divide estas discusiones en dos campos: aquellas que se enfocan en la integración de medios tecnológicos en un ambiente urbano y aquellas que se enfocan en el desarrollo de una economía de conocimiento dentro de una región determinada.

Independientemente de la definición que se elija, las ciudades inteligentes se enfocan en una o más de las siguientes categorías Alexopoulos *et al* (2019) : transporte, medio ambiente, turismo, salud, manejo de desperdicios y recursos hídricos, energía sostenible, infraestructura TIC, desarrollo económico, seguridad, y gobierno digital. Dentro de esta última categoría, las ciudades inteligentes buscan mejorar los servicios públicos mediante el uso de las TIC. Actualmente, el término gobierno digital se utiliza para referirse a al uso de los servicios públicos, al uso de información general, investigación sobre políticas públicas, participación ciudadana (Nam, 2014). Alshehri y Drew (2010) consideran que los gobiernos digitales pueden clasificarse en base a sus usuarios. La clasificación más común es aquella que se centra en las interacciones ciudadano-sector público, seguida por aquella enfocada en la

relación del sector privado con el sector público, y finalmente la comunicación entre entidades públicas.

En este artículo nos limitaremos únicamente a la primera clasificación. En específico, en cómo las redes sociales han influido en la forma en la que los servidores públicos se comunican con los ciudadanos. Si bien es cierto, el modelo actual de redes sociales no es parte de las iniciativas de gobierno digital tradicionales, el incremento de la participación del sector privado en el desarrollo de la ciudad inteligente que inició a finales de los años 2000 resultó en la integración de este tipo de servicios en el engranaje social. En ciertos casos, esta integración implica que la línea entre lo público y lo privado se confunde al punto que resulta difícil hacer una distinción clara.

Perboli et al (2014) los proyectos de gobierno digital utilizan las TIC para mejorar la eficiencia, transparencia y responsabilidad pública de las comunicaciones entre el gobierno, administración pública, sector privado y ciudadano. En la era anterior al surgimiento de las redes sociales, las interacciones Estado-ciudadano eran estáticas y tenían lugar mediante comunicados impersonales, publicados en periódicos o en las oficinas públicas. Exceptuando casos como presidentes, primeros ministros o ministros de estado, etc., el funcionario público era un individuo sin rostro. Inclusive en el caso de funcionarios de rango y jurisdicción, las interacciones con los ciudadanos se daban no como una interacción de ideas, sino como un mero trámite de comunicación unilateral.

Este artículo utiliza el derecho comparado para determinar el nivel de privacidad que se les otorga a las figuras dentro de una sociedad conectada. Para ello, se reflexiona sobre la privacidad de las figuras públicas en el actual ambiente de interacción social basado en las redes sociales. Específicamente, el presente escrito utiliza la jurisprudencia comparada, en específico la de las cortes de Estados Unidos, para determinar si los funcionarios públicos pueden bloquear a usuarios en las redes sociales, y de ser afirmativa la respuesta, en que situaciones es permitido.

Figuras públicas y privacidad

Las redes sociales han cambiado esta dinámica otorgándole a los ciudadanos una voz que llega directamente y en tiempo real a los funcionarios. Sin embargo, de la mano de este nuevo modelo de comunicación nace una nueva disyuntiva. Los funcionarios públicos siguen siendo ciudadanos, no obstante, la función pública que los mismos ejercen en un momento determinado. Por ende, a pesar de que ciertos derechos como la privacidad les son limitados durante el ejercicio de sus funciones, no significa que los mismos sean suspendidos de manera definitiva.

La doctrina comparada en materia de privacidad en lo relativo a figuras públicas es uniforme. Particularmente en lo que se refiere a funcionarios públicos de jerarquía, diversos países han adoptado ya sea mediante legislación o jurisprudencia la postura de que el cargo público

conlleva necesariamente una restricción al derecho de privacidad, por lo menos en lo que se refiere a actos relacionados, directa o indirectamente, con la función pública. Esto se da porque uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos en las democracias modernas es el derecho de acceso a la información o el derecho a saber (*right to know*). En el caso *O'Connor v. Ortega*⁹⁹ la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que las expectativas de privacidad de los funcionarios públicos deben ser balanceadas contra las realidades operacionales de su lugar de trabajo.

Actualmente es común que los funcionarios públicos de mando y jurisdicción utilicen las redes sociales para hacer comunicados e inclusive compartir opiniones sobre temas de interés. A diferencia de funcionarios de menor jerarquía, personas que ocupan altos puestos dentro del engranaje estatal suelen utilizar las redes sociales de manera abierta, revelando sus nombres. Esto produce situaciones en las que puede resultar difícil distinguir entre la opinión de un funcionario como individuo particular y como miembro de la administración pública. Igualmente, personajes públicos que no ocupan un puesto dentro del gobierno pero que son parte importante del discurso social, como lo son representantes de partidos políticos, se encuentran en una situación similar.

Este intercambio de ideas dentro de la esfera pública es uno de los pilares fundamentales de los estados democráticos, desde los tiempos de la *ekklesia* griega. Y a pesar de que las interacciones puedan caldear ánimos, la comunicación transparente, veraz y eficiente con las autoridades es uno de los principales derechos que tienen el ciudadano en una sociedad democrática. Dichas comunicaciones no son simples elementos de un derecho a saber o de acceso a la información, también son parte del derecho a fiscalizar las conductas de la administración pública. La transparencia es una de las metas de los modelos de gobierno digital. Por ende, y a pesar de que las redes sociales no son parte de las iniciativas oficiales de gobierno digital, su importancia dentro de las interacciones sociales las hace parte imprescindible de la comunicación entre el Estado y el ciudadano.

A pesar de que la ley y la jurisprudencia imponen restricciones a su privacidad, los funcionarios públicos siguen siendo ciudadanos, por lo que sus derechos no son completamente eliminados. Salvo contadas excepciones, el Estado no puede imponerle la obligación de relacionarse o comunicarse con una persona o un grupo de personas. Una de esas excepciones es el funcionario público en ejercicio de sus funciones. Los ciudadanos tienen el derecho de conocer las opiniones de sus líderes con relación a diversos temas y tomar una decisión informada, en base a dichas opiniones, sobre el futuro que desean para su país.

A pesar de la importancia de la comunicación entre los gobernados y gobernantes, se han dado casos en los que estos últimos no reciben las críticas u opiniones contrarias de buena manera. En estos casos surge la interrogante de si un funcionario público de mando y jurisdicción

⁹⁹ 480 U.S. 709 (1987).

puede bloquear a un ciudadano en redes sociales. Estados Unidos es una de las jurisdicciones donde las cortes han comenzado a desarrollar una tendencia jurisprudencial en esta materia. Las cortes de ese país abordan el tema desde la perspectiva de la libertad de expresión, un derecho que tiene el ciudadano frente al Estado, y como los representantes gubernamentales no pueden censurar a los ciudadanos en base a sus ideas políticas.

Uno de los casos más famosos en esta materia es el del expresidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump. El expresidente Trump, célebre por la manera en que utilizaba las redes sociales para expresar sus opiniones y dar comunicados oficiales, bloqueó a varios usuarios en la red social Twitter por opiniones críticas a su persona. En el caso *Knight First Amendment Inst. At Columbia Univ. v. Trump*¹⁰⁰ la Corte de Apelaciones del 2do Circuito determinó que el expresidente Trump no podía bloquear usuarios en Twitter puesto que había utilizado este medio en numerosas ocasiones para dar anuncios oficiales sobre políticas de los Estados Unidos por lo que se constituía en un canal oficial de comunicación. La acción de bloquear un usuario en base a sus opiniones e ideas políticas argumentó la corte, es una violación a la libertad de expresión consagrada en la primera enmienda de la constitución estadounidense. El hecho de que la cuenta de Twitter hubiese sido creada 10 años antes de que el expresidente Trump asumiera el cargo no era relevante al momento de determinar si la cuenta cumple una función oficial o no. El caso fue llevado ante la Suprema Corte de Estados Unidos¹⁰¹, la cual la anuló por substracción de materia (*moot point*) producto de que para esa fecha el presidente había cambiado.

En el caso *Davison v. Randall*¹⁰² el 4to circuito de apelaciones determinó que el caso del uso de una cuenta de Facebook por parte de la presidenta de la Junta de Supervisores del Condado de Loudon como medio de comunicación oficial. La demandada bloqueó a uno de los miembros de la cuenta, impidiendo el acceso a la información subida a la misma. Igualmente, la demandada tenía dos cuentas extras, una personal y otra para su campaña política, esta última claramente señalada como una cuenta política. La corte falló en contra de Randall, argumentando que el carácter público de la cuenta como medio de comunicación oficial le otorgaba a las conductas de la demandada el color de haber actuado bajo la ley (*acted under colour of state law*).

En otro caso¹⁰³, la oficina del Sheriff de Condado de Hunty bloqueó a uno de los ciudadanos en la red social Facebook. La página en cuestión se presentaba como la página oficial de la oficina del sheriff, servía como lugar de comunicación oficial y para presentar información relativa al interés público, e inclusive recibía comentarios y sugerencias dirigidas al cuerpo policial. Sin embargo, la misma página hacía la salvedad que únicamente se recibirían comentarios positivos y que la misma no constituía un foro público. La demandante hizo

¹⁰⁰ 928 F.3d 226 (2d Cir. 2019).

¹⁰¹ *Joseph Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 593 U.S. ____ (2021).

¹⁰² 912 F.3d 666 (4th Cir. 2019).

¹⁰³ *Robinson v. Hunt County Texas*, 921 F.3d 440 (5th Cir. 2019).

comentarios críticos al cuerpo de policía que fueron borrados y resultaron en que el administrador de la página bloqueara a la demandante. Siguiendo la línea presentada en Davison v. Randall, la corte estableció que una cuenta de red social usada como medio de comunicación oficial no puede bloquear a los usuarios. La corte fue más allá y específico que esta prohibición aplica aún si los comentarios violan las políticas de uso de la plataforma, debido a que el Estado no puede justificar la censura en base a la conducta de actores particulares.

Los casos anteriores reafirman que el derecho fundamental a la libertad de expresión se extiende a las plataformas digitales. No obstante, lo anterior, los funcionarios públicos siguen siendo ciudadanos y no todos los usos que le den a sus cuentas de redes sociales se constituyen en una comunicación oficial por el simple hecho de ser un funcionario del Estado. En el caso *Campbell v. Reisch*¹⁰⁴ la corte del 8to circuito de apelaciones la representante del estado de Missouri, Reisch, bloqueo a su rival política, Campbell, en la red social Twitter.

El juzgado de primera instancia falló a favor de Campbell, siguiendo las líneas jurisprudenciales de las cortes de apelación. Sin embargo, la corte de apelaciones del 8to circuito estableció que una cuenta no puede ser considerada pública por el simple hecho de que un funcionario público las utiliza. La cuenta objeto de controversia era utilizada para promover la campaña política de Reisch, sin hacer comunicados oficiales. Los mensajes se limitaban a reproducir la propaganda de su compañía política, darse publicidad, y presentar los resultados de su gestión política. Por ende, la corte concluyó que, como cuenta privada, la demandada tenía el derecho de bloquear a usuarios de la plataforma social sin que esto constituya una violación a la libertad de expresión.

Este último caso pone de manifiesto las dificultades al momento de balancear derechos fundamentales como la privacidad y la libertad de expresión contra principios básicos de los estados democráticos. La calidad de funcionario público, si bien limita muchos de los derechos consagrados en las diversas constituciones, no los elimina. Como lo explica Cohen (2013), la privacidad es una herramienta para que el individuo pueda auto superarse alejado de la influencia de la sociedad que le rodea. Este derecho de auto superación también incluye a funcionarios del Estado.

Como mencionamos, la mayoría de las sentencias en la materia provienen de cortes estadounidenses. Pero, también existen ejemplos dentro de Latinoamérica. En 2019¹⁰⁵, La Corte Suprema de Justicia mexicana ordenó al fiscal general de Veracruz desbloquear la cuenta de un periodista. A juicio de la Corte, los contenidos de la cuenta del fiscal tienen relevancia pública ya que, entre otras cosas, compartían información sobre su gestión como fiscal. La Corte aclaró que, por lo menos en este caso, tal relevancia surge de los actos del fiscal, es decir del hecho de compartir información de interés público a través de la cuenta. A

¹⁰⁴ 986 F.3d 822 (8th Cir. 2021).

¹⁰⁵ Amparo en Revisión 1005/2018.

diferencia de la jurisprudencia estadounidense, la Corte mexicana consideró que la infracción constitucional está en la limitación al derecho de acceso a la información de los ciudadanos. Igualmente, la Corte enfatiza que la privacidad de los funcionarios públicos no desaparece por el hecho de ocupar una posición en el Estado.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional de Perú en un caso de 2020, consideró que el carácter de funcionario estatal de administrador de una cuenta, en este caso de presidente de Concejo de Ministros, no afectaba su carácter privado.¹⁰⁶ En lo que se refiere al acceso a la información, la Corte estableció que el hecho de bloquear una cuenta en la red social Twitter no significa que denegarle al bloqueado acceso a la información que posee una entidad pública, ya que los Tweets, no son una comunicación oficial. Igualmente, el Tribunal consideró que la Constitución no fuerza a nadie, incluyendo a los funcionarios públicos de más alta jerarquía, a interactuar en redes sociales con quien no desean.

En cuanto a la naturaleza de Twitter, el Tribunal lo define como una red social. El hecho de que eventualmente incluya contenido oficial de agencias estatales no altera el carácter voluntario de la misma. El Tribunal también enfatizó que el hecho de haber sido bloqueado no significa que el recurrente se vea impedido de difundir o compartir libremente la información que desee a través de su cuenta, ni que haya perdido la oportunidad de manifestar las opiniones sobre asuntos públicos o privados que considere pertinentes.

Conclusiones

Las redes sociales se han convertido en parte integral del engranaje social. Mediante ellas se promueve el intercambio de ideas sin límites de fronteras. Los nuevos modelos de gobierno basados en el concepto de ciudades o sociedades inteligentes utilizan las redes sociales como una herramienta de comunicación con los ciudadanos. Esto implica que los funcionarios públicos que utilizan las redes sociales lo hacen tanto como ciudadanos privados o como miembros de diversos organismos estatales. Cuando el uso de la plataforma es meramente oficial, como sucede con cuentas oficiales de diversas entidades públicas, la misma se transforma en un medio de comunicación estatal.

El dilema surge cuando un funcionario individual hace uso de su cuenta particular para emitir comunicados oficiales. En este caso, nos parece acertado el estándar establecido por las cortes estadounidenses. En la medida en la plataforma social se utilice para comunicar temas de interés público y recibir comunicaciones de los ciudadanos, la misma pierde su carácter de cuenta privada y por lo tanto debe estar a la merced del escrutinio público.

¹⁰⁶ A diferencia del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que declaró nulo el proceso producto del cambio de presidente, el Tribunal Constitucional de Perú determinó que, a pesar de que el demandado no ocupase un cargo público al llevarse a cabo el proceso, la cuestión planteada era de innegable trascendencia constitucional y actualidad.

Aún queda la interrogante sobre si una cuenta que ha perdido su carácter privado puede recuperarlo, y de ser positiva la respuesta, en qué condiciones. La jurisprudencia comparada aún no tiene una respuesta clara a esta interrogante. Nos parece lógico que, tras cierto tiempo, las personas puedan recuperar su condición de ciudadanos particulares, siempre y cuando decidan mantenerse alejados de la vida pública.

Bibliografía

- Charalampos Alexopoulos, G. V. (2019). A Taxonomy of Smart Cities Initiatives. *ICEGOV2019: Proceedings of the 12th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, (pp. 281-290).
- Cohen, J. (2013). What is Privacy for? *Harvard Law Review*, 126(7), 1904-1933.
- Guido Perboli, A. D. (2014). A New Taxonomy of Smart City Projects. *Transportation Research Procedia*, 3, 470-478.
- Kitchin, R. (2014). The real-time city? Big data and smart urbanism. *GeoJournal*, 79(1), 1-14.
- Mohammed Alshehri, S. D. (2010). E-government fundamentals. *IADIS International Conference ICT, Society and Human Beings*, (pp. 35-42).
- Nam, T. (2014). Determining the type of e-government use. *Government Information Quarterly*, 31(2), 211-220.
- Ola Söderström, T. P. (2014). Smart cities as corporate storytelling. *City*, 307-320.
- Shazade Jameson, C. R. (2019). People's strategies for perceived surveillance in Amsterdam Smart City. *Urban Geography*, 40(10), 1467-1484.

Repercussions of the pandemic caused by Sars-Cov-2 and its variants in legislation of mergers and acquisitions in the United Kingdom and Panama as well as the relevance of environmental, social and governance criteria in the corporate context of the new normality

Juan Armengol

Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA)

Faculty of Law and Political Science

País: Panamá

argolcliente@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4684-5581

Recepción: 20 de noviembre de 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

ABSTRACT

SARS-CoV-2 and its variations significantly have stimulated changes to legislation that regulates mergers and acquisitions processes in the United Kingdom (UK). This paper analyzes the legal aspects of material adverse change (MAC) as well as its use in mergers and acquisitions and new legislation created to withstand any inimical effects of the pandemic in corporate restructuring operations in the UK. Additionally, this paper addresses the possibility of developing a new legal framework that regulates the processes of mergers and acquisitions in Panama. It examines the current legal framework that regulates the topic of ESG criteria in the commercial context in the UK and Panama. Lastly the article exposes the need for Panama to emulate the vision and progressive legal actions of the UK. Finally it concludes with the importance of ESG due diligence and compliance by the target company. These ESG criteria are central elements for creating value in mergers and acquisitions processes.

KEYWORDS

Assets, Adverse Material Change (MAC), Black Swan, COVID-19, Climate Change, Environmental, Social and Governance (ESG) Criteria, ESG due diligence, ESG Due Diligence for Risk Management, Federal Reserve Bank of New York, International Business Council (IBC), Mergers & Acquisitions (M&A), MSCI ESG Rating, Podcast, Risk Management, SARS-CoV2, Status rerum, The Global Sustainability Standards Board (GSSB), The Financial Stability Board (FSB), The Sustainability Accounting Standards Board (SASB), The Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD), Zombie Deals.

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 CLAVES

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), Contextos, Debida diligencia ESG, Debida diligencia ESG para la gestión de riesgo, El Consejo de Estabilidad Financiera (FSB), El Grupo de Trabajo sobre divulgación de información financiera relacionada con el clima (TCFD),Fusiones y Adquisiciones(M&A) Gestión de riesgos, La Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad (GSSB), La Junta de Normas de Contabilidad de Sostenibilidad (SASB),Ofertas Zombie, Podcast, SARS-CoV2.

INTRODUCTION

This paper shall measure the SARS-CoV-2 pandemic's impact on the status rerum of mergers and acquisitions. Similarly, it shall explore the concept of Material Adverse Change (MAC) in the United Kingdom (UK) and its use in corporate restructuring processes. Additionally, new legislation regarding mergers and acquisitions in the UK will be analyzed. Evidence of the need to conceive such legislation in the Republic of Panama (Panama) will be studied. To conclude, a new way of conducting due diligence and the importance of environmental, social, and governance (ESG) criteria in merger and acquisition processes will be evaluated in terms of the *new reality*.

According to Nassim Nicholas Taleb, PhD, SARS-CoV-2 and its variations are a “black swan”¹⁰⁷(an event difficult to predict but retrospectively predictable). As such, parties currently immersed in a corporate restructuring process that has legal discrepancies a result of the SARS-CoV-2 pandemic (the pandemic) have few options regarding the use of legal principles such as fortuitous case and force majeure.

I. THE INFLUENCE OF SARS-CoV-2 AND ITS VARIATIONS IN THE LEGISLATION THAT REGULATES THE PROCESSES OF MERGERS AND ACQUISITIONS (M&A).

¹⁰⁷ Taleb, N, N. (Host).Taleb, N, N. (Producer). (2008). Black Swan [Video podcast]. FORA.tv. <https://longnow.org/>

United Kingdom

A. *Material adverse change (MAC) in mergers and acquisitions.*

Before continuing, it is important to first define what a “material-adverse-change clause” is. This clause is used in the UK in merger and acquisition processes. Its origins in academic literature are evidenced from approximately 1940.¹⁰⁸ The material adverse change clause (MAC clause) is introduced in certain mergers and acquisitions. It is essentially a mechanism of risk transfer between the parties, protecting the buyer by granting the right to abandon the transaction before completion. In public mergers and acquisitions, the incorporation of the MAC clause has been, and will most likely continue to be, common practice when the buyer makes an offer for the target company.¹⁰⁹ However, although the MAC clause was not commonly used in private acquisitions in the UK, it is anticipated that its inclusion will become a growing trend in private acquisitions due to economic uncertainty caused by the pandemic.

As stated above, a MAC clause allows the buyer to react should the target company lose value before the acquisition is completed or should it come to light that something pertaining to the agreement is false. The MAC clause can be drawn upon between signing and the end of the merger or acquisition process. The buyer’s reaction may be to terminate the acquisition or renegotiate its terms.

In view of the pandemic, it is believed that English courts will now have to rule over a significant number of mergers and acquisitions, many of which began before the pandemic. In particular, buyers are likely to exercise the MAC clause, claiming that the pandemic has caused adverse effects in the industry and in turn the company subject to acquisition. Indeed, this critical juncture of adverse and unforeseen circumstances due to the pandemic has rendered pending for completion many mergers and acquisitions that, under normal circumstances, would have been completed.

As Timothy Galpin, PhD, Senior Lecturer at Saïd Business School explains, mergers and acquisitions that began before the pandemic have been trapped between the signing stage and the closure of the transaction and therefore transformed into “zombie deals” that fall into a limbo.¹¹⁰

The author of this paper argues that although the MAC clause may appear to be the master key that opens all locks and distributes risk between the parties concerned, in practice the buyer who intends to invoke the MAC clause must bear in mind that English courts may not be easy to convince. The burden

¹⁰⁸ Schwartz, A. (2010) at 813 referring to Fuld, J. ‘Some Practical Aspects of a Merger’ (1947) 60 Harvard Law Review 1092.

¹⁰⁹ Cicarella, J. ‘Wake of Death: How the Current MAC Standard Circumvents the Purpose of the MAC Clause’ (2007) 57(2) Case Western Reserve Law Review at 423–424. See also, Manns, J., and Anderson, R. IV, ‘The Merger Agreement Myth’ (2013) 98 Cornell Law Review at 1143, 1153; Miller, R. ‘The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements’ (2009) 50 William and Mary Law Review 2007 at 2012.

¹¹⁰ Tufano, P. (Host). (2020-present) Leadership in Extraordinary Times / The reshaping of the mergers and acquisitions market. [Audio podcast]. University of Oxford, Saïd Business School.

of proof must be abundant, not only limited to the financial situation of the target company. The buyer must prove the causal link between change and adversity. This means that it is of utmost importance to prove that the cited change has indeed produced adversity. Above all, the buyer must prove that the adversity has been sustained by the target company for a prolonged period. This latter point is of particular interest and shall be developed in section B of this paper.

In the UK, the termination of public, corporate restructuring processes is governed in accordance with the provisions of The City Takeover Code (the "Code"), which stipulates the circumstantial limitations through which the offeror may request the termination of the mergers or acquisition. The grounds to invoke the termination of the transaction must be of "material significance" for the offeror. Likewise, it should be mentioned that The Takeover Panel (the Panel) is reluctant to allow bidders to adhere to the MAC clause, except in extraordinary circumstances. To clarify, the author of this paper quotes The City Takeover Code, Rule 13. PRE-CONDITIONS IN FIRM OFFER ANNOUNCEMENTS AND OFFER CONDITIONS. 13.5 (INVOKING CONDITIONS AND PRE-CONDITIONS):

“(a) An offeror may only invoke a condition or pre-condition so as to cause the offer not to proceed, to lapse or to be withdrawn with the consent of the Panel. The firm offer announcement and the offer document must each incorporate language which appropriately reflects this requirement. The Panel will normally only give its consent if the circumstances which give rise to the right to invoke the condition or pre-condition are of material significance to the offeror in the context of the offer. This will be judged by reference to the facts of each case at the time that the relevant circumstances arise.

(b) The following will not be subject to Rule 13.5(a):

(i) The acceptance condition (see Rules 9.3 and 10.1);

(ii) A condition relating to the approval of a scheme of arrangement by the offeree company's shareholders or to the sanctioning of the scheme by the court;

(iii) Where the offeror proposes to finance cash consideration by an issue of new securities, a condition required under Rule 13.4(b);

(iv) Where securities are offered as consideration, a condition required to give effect to a legal or regulatory requirement relating to the issuance, listing and/or admission to trading of those securities (see the Note on Rule 13.4);

(v) A condition required to give effect to a legal or regulatory requirement, or a requirement of the offeror's articles of association (or equivalent), for the offeror's shareholders to approve the implementation of the offer;

(vi) A term relating to the long-stop date of a contractual offer (but see the separate requirements of Rules 12.1 and 12.2);

(vii) A condition relating to a long-stop date of a scheme of arrangement or a specific date by which the shareholder meetings or the court sanction hearing must be held (see Sections 3(b) and (c) of Appendix 7 and also the separate requirements of Section 3(g) of Appendix 7); and

(viii) Any other condition or pre-condition that the Panel has agreed will not be subject to Rule 13.5(a) in the particular circumstances.

(c) The firm offer announcement and the offer document must state which conditions and, in the case of a firm offer announcement, preconditions are not subject to Rule 13.5(a).

(d) The firm offer announcement and the offer document must state that any condition or, in the case of a firm offer announcement, precondition that is subject to Rule 13.5(a) may be waived by the offeror.

¹¹¹ »

B. Jurisprudence on material adverse change (MAC) pertaining to financial condition.

Serving as an example is case [2013] EWHC 1039 (Comm), carried in *The High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court. Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL*.¹¹² The dispute originates between Grupo Hotelero Urvasco S.A. ("GHU"), a Spanish company dedicated to the hotel industry, and Carey Value Added, S.L. ("Carey"), whose investments are centralized in the hotel industry. It is important to point out that Carey had a counterclaim and filed a complaint against Grupo Urvasco S.A. ("GU") as guarantor.

GHU was the borrower and Carey the lender. GU was the guarantor. The project was for the development of a hotel and apartments in the old Marconi Building, which is on the corner of Aldwych and the Strand in central London.

The dispute between GHU and Carey arose because the materialization of the hotel and apartment project was carried out in the name of Urvasco Ltd, an English subsidiary of GHU and whose position in the project was that of developer. In 2007, GHU faced difficulties with increasing bank financing. Several agreements were signed between GHU and Carey, and in the event of these agreements running their course Carey would acquire the property under a Share Purchase Agreement subject to a subsequent lease to GHU with a buyback option seven years later. GHU claimed damages of £71.38M since, it argued, if the financing for the loan contract had not been stopped, the hotel and housing project would have materialized in accordance with what was agreed. However, Carey replied that it did not default because it had no obligation to continue lending money. GHU did not honor the conditions of the loan agreement and Carey counterclaimed against GHU for the sum of €55.4M to be paid in advance based on the loan agreement with GU being under warranty.

¹¹¹ The UK Takeover Panel, 'The City Code on Takeovers and Mergers' Rule 13.5. (INVOKING CONDITIONS AND PRE- CONDITIONS) <<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=7Nov2019>> accessed 27 September 2021.

¹¹² IN THE HIGH COURT OF JUSTICE QUEEN'S BENCH DIVISION COMMERCIAL COURT. Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL. (2013, April). *England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions* ([2013] EWHC 1039 (Comm)). England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2013/1039.html>

Undoubtedly, given the monetary amounts and the complexity of this case, the High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court had the complicated task of administering justice once all the evidence was analyzed. Furthermore, Carey was unable to evidence material adverse change stemming from the financial condition of GHU. However, Carey did manage to prove that a material adverse change had occurred in the financial condition of GU, the guarantor. Nonetheless, GU did not present such claim in virtue of the financial condition on the date on which GHU withdrew. Consequently, the High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court ruled that no material adverse change had taken place, but Carey was able to elucidate that a separate event of default had occurred.

The ruling in this case clarifies that material adverse change can be argued based on the financial situation of a company. The backbone of the evidentiary element to demonstrate this condition is based on the financial position of the company specifically in the period relevant to the case. However, on this occasion it was possible to extend the time frame. Thus, if appropriate, other evidence could be included to help strengthen the position of the party that intends to prove the material adverse change. It is important to note that the court's position was clearly based on the fact that the adverse change cannot occur temporarily. The author of this paper believes that this sets precedent for cases arising now, during the pandemic.

II. LEGISLATION ON MERGERS AND ACQUISITIONS RESULTING FROM THE PANDEMIC CAUSED BY SARS-CoV-2 AND ITS VARIANTS.

United Kingdom

The Enterprise Act 2002 was updated Order 2020¹¹³ through the inclusion of Additional Section 58, Article 2. The additional section stipulates the considerations of public interest ("capability to combat and to mitigate the effects of public health emergencies").

Furthermore, the Secretary of State has the right to issue a "Public Interest Intervention Notice" ("PIIN") in these cases the Competition and Markets Authority ("CMA") is instructed to initiate the process of an investigation regarding a relevant merger situation. In turn, this transfers control of the review of the merger to the Secretary of State, who then has the authority to block the relevant merger situation and/or impose commitments and solutions.

The Enterprise Act 2002 (Share of Supply) (Amendment) Order 2020¹¹⁴ amends section 23A. of the Enterprise Act 2002, including additional relevant sectors and limiting the scope of action. The three added sectors are artificial intelligence, cryptographic authentication technology, and advanced materials. It is essential to highlight that this amendment contemplates the development, supply, and research of the goods that are within the delimited items. On the other hand, in the case of advanced

¹¹³ Parliament of the United Kingdom. (2020, June 23). *The Enterprise Act 2002 (Specification of Additional Section 58 Consideration) Order 2020 and shall come into force on the day after the day on which it is laid before Parliament*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/627/contents/made>

¹¹⁴ Parliament of the United Kingdom. (2020, June 23). *The Enterprise Act 2002 (Share of Supply) (Amendment) Order 2020*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348208795/article/2>

materials, it also includes having intellectual property and supplying or sharing knowledge regarding any material that is used in the production or manufacturing process of advanced materials.

The author of this paper argues that these amendments demonstrate the actions of a government that swiftly adapts its legislation following the requirements of the times, with clarity on the vision of the future, always ensuring the protection of the health and safety of the country, as well as of each one of its citizens.

Panama

A. The application of the fortuitous case and force majeure as legal instruments to deal with COVID-19 and its variants in mergers and acquisitions (M&A) processes.

Unfortunately, Panama has not updated legislation on mergers and acquisitions before or during the pandemic, and the corporations that began the merger or acquisition process before the pandemic are in a precarious situation due to a lack of legislation to help clarify possible controversies.

Should the buyer not want to continue with the merger or acquisition due to the target company having been negatively impacted by the pandemic, severe legal difficulties may be faced since there is no legislation catering to issues arising from the pandemic. Since the pandemic began, the Panamanian government has at times closed entire sectors of the economy and at times placed restrictions upon entire sectors of the economy. Obviously, closures and restrictions have made it if not impossible, incredibly difficult, to generate sales. The financial situation of many target companies has been jeopardized, thus devaluing the companies and putting at risk the merger or acquisition. One of the few current legal mechanisms that could be called upon by the buyer to appeal the termination of the merger or acquisition in Panama is the fortuitous case.

The fortuitous case is defined in Panama's Civil Code, Article 34-D (Modified by Article 1 of Law 7 of 27th January 1961,¹¹⁵ published in the Official Gazette 14,318, 27th January 1961) as:

"It is a fortuitous case, the one that comes from natural events that could not be foreseen, such as a shipwreck, an earthquake, a conflagration and others of the same or similar nature."

As clearly stipulated in the Civil Code, a fortuitous case must be an unforeseen, natural event. The incident that occurred in Wuhan, Hubei Province, the believed epicenter of SARS-CoV-2, was unforeseen but, despite unleashing a global pandemic, was caused by human error.

Bearing this in mind, let us now look at the problem from the perspective of the target company immersed in the merger or acquisition process today, during the pandemic. A common scenario is that sanitary restrictions imposed by the government of Panama to contain SARS-CoV-2 have compromised a target company's operations and financial wellbeing. As such, the buyer may want to

¹¹⁵ Law 7 of 27 January 1961. BY WHICH PROVISIONS OF THE FIRST BOOK OF THE CIVIL CODE ARE SUBROGATED. (1961, January). Republic of Panama, National Assembly. <https://panama.justia.com/federales/leyes/7-de-1961-jan-27-1961/gdoc/>

terminate or at least renegotiate the as the merger or acquisition. However, there is a legal defense mechanism that the target company could cite. Article 34-D also addresses force majeure. It stipulates:

“Force Majeure is the situation caused by acts of man, which have not been possible to resist, such as acts of authority exercised by public officials.”

The author of this paper argues that the government’s sanitary restrictions are acts of authority impossible to resist. It is clear that force majeure can apply as a valid legal argument in favor of the target company should the buyer wish to withdraw from the merger or acquisition agreement. However, just as English courts may be difficult to convince, force majeure cited in a Panamanian court may not be the magic formula, so to speak, that will prevent the withdrawal of the buyer.

This is an issue that generates conflicting legal opinions, and it is to be expected that in the coming years there will be an abundant number of judicial decisions that will undoubtedly be the object of study.

The Civil Code offers the target company the opportunity to cite force majeure, thus justifying financial losses and in turn deterring the buyer from pulling out of the agreement. However, the Civil Code also offers the buyer the opportunity to cite fortuitous case and therefore withdraw from the merger process or acquisition. A legal dilemma is presented, and the solution of which is far from being simple if legislation is not updated.

To overcome such ambiguity in Panamanian legislation, the author of paper advocates the recognition of the principle of material adverse change and in turn the adoption of MAC clauses as legal protection for the buyer.

Accordingly, the author of this paper also believes that if new legislation regarding mergers and acquisitions is drafted, it must demand sufficient evidence to support the conditions of material adverse change.

III. THE RELEVANCE OF ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE (ESG) CRITERIA IN THE CORPORATE CONTEXT OF THE NEW REALITY.

United Kingdom

A. ESG legislation

Currently, legislation that regulates the topic of ESG criteria in the commercial context is not unified in one single legal body. To clarify, it is important to start with The UK Corporate Governance Code 2018 (the UKCGC),¹¹⁶ which contains the standards of corporate governance for long-term sustainable success, where integrity and transparency in the commercial sphere are essentially promoted. It has 18 principles of good governance and 41 provisions. It includes factors such as Board Leadership and

¹¹⁶ Financial Reporting Council. (2018, July). *THE UK CORPORATE GOVERNANCE CODE*.

<https://www.Frc.Org.Uk/>. <https://www.frc.org.uk/directors/corporate-governance-and-stewardship/uk-corporate-governance-code>

Company Purpose, Division of Responsibilities, Composition, Succession and Evaluation, Audit, Risk and Internal Control, and Remuneration.¹¹⁷

The author of this paper states that the spirit of the UKCGC, in addition to healthy corporate governance practices, focuses on positive relationships among shareholders and stakeholders, which exemplifies excellence and creates a corporate culture that produces positive synergies with the strategies of corporations to create value in the long term. Accordingly, diversity, succession and adequate remuneration are promoted in this code. In short, it can be said that the UKCGC represents a source of legal inspiration for other jurisdictions such as Panama who, after adapting the parameters established in this code to local legal reality and implementing what is enshrined by virtue of corporate practices of excellence, would enjoy a greater volume of foreign investment.

On the other hand, in the Companies Act 2006, section 172¹¹⁸ stipulates the following:

“Duty to promote the success of the company

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

- (a) The likely consequences of any decision in the long term,*
- (b) The interests of the company's employees,*
- (c) The need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,*
- (d) The impact of the company's operations on the community and the environment,*
- (e) The desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct,*
and
- (f) The need to act fairly as between members of the company”.*

The author of this paper believes that this legal extract fits within the ESG concept since the English legislator was able to demonstrate how the director of a company must conduct themselves, being aware that their actions must be in good faith and be viewed from a long-term perspective. Decision making must transcend the traditional approach of profit maximization and cost control. We see that the spectrum referring to directors' decision-making is quite broad and covers situations that range from the interests of the company's employees up to the impact that the company's operations have on the community and the environment.

The Climate Change Act 2008¹¹⁹ makes it the duty of the Secretary of State to reduce the following greenhouse gases: carbon dioxide, methane, nitrous oxide, hydrofluorocarbons, perfluorocarbons, and sulfur hexafluoride. An 80% reduction on levels from 1990 must be reached by 2050. Similarly, it is relevant to highlight that in 2019, through The Climate Change Act 2008 (2050 Target Amendment)

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Parliament of the United Kingdom. (2021, September 20). *Companies Act 2006. Section 172*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/172>

¹¹⁹ Parliament of the United Kingdom. (2008, November 26). *Climate Change Act 2008*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/en/ukpga/2008/27/contents>

Order 2019, No.1056, the UK became the world's first major economy to pass a law to stop global warming by 2050. The ambitious goal is to bring UK greenhouse gas emissions to net-zero by 2050.¹²⁰

The author of this paper believes that what is stated in this section shows the will of the UK government to have legislation that covers the issue of ESG criteria in the corporate context. Although legislation is not currently unified in one single legal body (a fact that will surely be corrected in the coming years), companies currently have a clear roadmap regarding what the development of their commercial activity should be in terms of ESG in the era of the new normal caused by SARS-CoV-2 and its variations.

Panama

Panama does not currently have legislation that unifies the topics of ESG criteria in a commercial context. However, it is essential to note that there is legislation that regulates specific points of the ESG criteria.

Agreement No. 12-2003 of November 11, 2003¹²¹ stipulates the guidelines and principles of good corporate governance by companies registered with the National Securities Commission (today called the Superintendency of the Securities Market. Through this norm, registered companies achieve balance, transparency and due representation of all groups of shareholders in directorial power, control and management of the companies, disclosure of information, and assignment of clear responsibilities under the principle of autonomy that the law affords companies with the objective of achieving efficiency and responsibility. Accordingly, this legal framework demands internal control systems that allow the execution of performance measures of business policies and objectives, an accounting system, and the submission of reliably managed reports.¹²²

We see through these previously expressed lines that there are regulations to guide legal persons registered with the Superintendency of Securities of the Republic of Panama to adopt healthy corporate governance practices, which reassures investors that the company conducts itself transparently.

AGREEMENT No. 005, 2011 (of September 20, 2011) of the Superintendency of Banks¹²³ provides the provisions on corporate governance are updated based on official banks, general license banks, and international license banks. This legal standard stipulates the minimum corporate governance requirements with which banks must comply; for example, documents that establish corporate values, strategic objectives, codes of conduct, clear assignment of responsibilities and decision-making

¹²⁰ Parliament of The United Kingdom. (2019, June 27). *The Climate Change Act 2008 (2050 Target Amendment) Order 2019*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/9780111187654/note>

¹²¹ The Republic Of Panama, Superintendency of the Securities Market. (2003, November 11). *Agreement No. 12-2003 of November 11, 2003*. Superintendency of the Securities Market. <https://supervalores.gob.pa/download/acuerdo-12-2003/#:~:text=Por%20el%20cual%20se%20recomiendan,se%20modifican%20los%20Acuerdos%20No.>

¹²² Idem.

¹²³ The Republic Of Panama, the Superintendence of Banks. (2011, September 20). *AGREEMENT No. 005-2011 (of September 20, 2011) of the Superintendency of Banks*. Superintendency of Banks of Panama. https://www.superbancos.gob.pa/superbancos/documentos/leyes_y_regulaciones/acuerdos/2011/Acuerdo_5-2011.pdf

authorities, adequate system controls that include risk management functions independent of the business lines, among other checks and balances.¹²⁴

Likewise, the Superintendent of Banks of the Republic of Panama stipulates provisions that define a clear path for banks regarding transparency and the materialization of their daily activities based on value and control systems, thus guaranteeing ethical behaviour within its operations.

Law 41 of 1st July, 1998 corresponds to the reforms approved by Law 18 of 2003, Law 44 of 2006, Law 65 of 2010 and Law 8 of 2015.¹²⁵ Law 41 of 1st July, 1998 with its reforms, establishes the basic principles and standards for the protection, conservation and recovery of the environment, promoting the sustainable use of natural resources.¹²⁶

The author of this paper argues that it is time for Panama to assume a leadership position and update Law No. 32 of February 26, 1927¹²⁷ (which regards corporations), incorporating into this regulatory framework profound reforms based on the ESG criteria. Aspects of UK legislation have been analyzed and the conclusion has been reached that the actions adopted by this sister sovereign nation can be emulated, providing clear legal norms that regulate ESG criteria depending on the actions of the companies. Reforms should be in virtue of global corporate trends, which will be analyzed in the next section of this paper, and the new normality caused by the SARS-CoV-2 and its variations. The country that comprehensively and quickly adapts the ESG criteria to its legislation will have a greater chance of attracting foreign investment, especially in these complex economic times.

B. Environmental, Social and Governance (ESG) due diligence on Mergers and Acquisitions in the era of the new reality.

The author of this paper believes that due diligence of merger and acquisition processes in the era of the new normality will be focused on the level of compliance with the Environmental, Social, and Governance (ESG) criteria and adequate analysis of the associated risks to these subjects. One of the elements to analyze within ESG risk, which will likely play a leading role both in the short and long term, is the level of impact on climate change generated by the target company of the merger or acquisition process. A fact that helps clarify doubts on this issue and traces a clear path of how the future is shaping up is that institutional investors (that is 3,826 signatories with about USD 121.3 trillion in assets under management by 2021)¹²⁸ are part of the investors' initiative in collaboration with UNEP Finance Initiative and UN Global Compact, called: The Principles of Responsible Investment.¹²⁹

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ The Republic Of Panama, National Assembly of Panama. (2016, October 4). *Law 41 of July 1, 1998, which corresponds to the reforms approved by Law 18 of 2003, Law 44 of 2006, Law 65 of 2010 and Law 8 of 2015.* Official Digital Gazette. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28131_A/GacetaNo_28131a_20161004.pdf

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ The Republic Of Panama, National Assembly of Panama. (1927, February 26). *Law No. 32 of February 26, 1927. About Corporations.* Organization of American States. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pan_ley32.pdf

¹²⁸ Principles for Responsible Investment. (2020). *PRI growth 2006-2021.* <https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>

¹²⁹ *What are the Principles for Responsible Investment?* (2006). PRI. Principles for Responsible Investment. <https://www.unpri.org/pri/what-are-the-principles-for-responsible-investment>

It is essential to note that this initiative establishes investment principles that offer concrete actions based on ESG criteria in investments made on a daily basis. Thus every-day concepts of valuation of the ESG criteria in target companies of a merger or acquisition process will be an area of vital importance to be analyzed by the interested party in the process.

In the podcast of the University of Oxford, Saïd Business School, How Capital Markets Can Take Sustainability to The Next Level, Richard Barker, Professor of Accounting, expresses the following: *"The first is that financial statements are historical. Investors are concerned with the future; they're concerned with future cash flows. Accounting records what has happened in the past and what the current rights and obligations of the reporting entity are, so if you take something like climate change, where we know have a dramatic global transition to net-zero by 2050 ahead of us, and one that hasn't happened yet, so we know there's going to be significant discontinuity. So not surprisingly, investors are increasingly calling for more sustainable information, not just climate, but ranging all the way to social inclusion and the reason they're calling for this sustainability information is because sustainability data is relevant to understanding the viability of business models, the corporate license to operate, and therefore the corporate capacity to create enterprise value."*¹³⁰ The above reaffirms that climate change is a genuine concern. The analysis of the target company in a merger or acquisition process in the present and the future transcends the financial and accounting aspect because investors require information about sustainability, social inclusion and its application depending on the operation of the target company to make investment decisions. There is no doubt that sustainability will be one of the critical elements that will contribute to the creation of value for the target company in the present and the future of operations of mergers and acquisitions.

On the other hand, it is also interesting to mention what was said in the podcast, Climate Rising, from Harvard Business School, where Robert Litterman, Risk Committee Chairman at Kepos Capital and former head of risk at Goldman Sachs expressed the following referring to risk management: *"The purpose of risk management is not to minimize risk, but to make sure we were getting paid appropriately for taking that risk. And that really is the fundamental problem in both the coronavirus case and climate change. We're not pricing the risk, okay. And if you don't price the risk, you take too much risk. With respect to climate risk, what does it mean for investors? We're not pricing the risk. In fact, the incentives globally go strongly in the wrong direction. We're actually subsidizing fossil fuel production and consumption globally around the world."*¹³¹

Although the main point of the paragraph is risk management and the proportional economic remuneration in virtue of it, the paragraph constitutes an irrefutable fact that climate change has gone from being an eminently scientific and academic issue to a real risk that is taken into account today in the corporate world.

¹³⁰ Barby, C (Host). (2020-present) Leadership in Extraordinary Times, How capital markets can take sustainability to the next level [Audio podcast]. University of Oxford, Saïd Business School.

<https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/how-capital-markets-can-take-sustainability-next-level>

¹³¹ Toffel, M. (Host) (2020/7/7). Financial Regulation and Climate Risk Management. (No.4) [Audio podcast episode]. In Climate Rising. Business Environment Initiative at Harvard Business School.

<https://www.hbs.edu/environment/podcast/Pages/podcast-details.aspx?episode=15116819>

Likewise, Kevin Stiroh, executive vice president of the Federal Reserve Bank of New York expressed the following in his podcast: *“In the last few years, we have seen a growing focus of central banks on the financial risks related to climate change. Within the Federal Reserve, Governor Brainard has detailed how climate change impacts all of our key objectives and responsibilities, including monetary policy, financial stability, supervision and regulation, consumer affairs, and the payment system.”*¹³² In this issue, reference is not only made to the private sector, but it also reflects the importance assigned by the public or government sector to climate change and how it affects the central objectives of the Federal Reserve Bank of New York. Based on what is expressed in this section, we see a unified position from both the public and private sectors that climate change is a problem that we must urgently face.

The author of this paper defines ESG Due Diligence for Risk Management in a merger or acquisition process as the level of risk assumed by the interested company in carrying out the corporate restructuring process in the face of possible adverse situations that may arise in virtue of issues relating to the ESG criteria of the target company. These risks extend from the moment the corporate restructuring process begins until the merger or acquisition transaction between the parties or companies is finalized.

Delving deeper into the virtue of ESG due diligence in a merger or acquisition process, to assess the risk accurately the following should be considered:

Environmental: Some of the elements that should be analyzed are: Use of limited natural resources for production; the efficiency of strategies for the use of energy; measurement of efficiency based on the use of water and wastewater treatment, especially in places where this vital resource is not abundant; quantification of the degree of pollution caused in the air, water and land; waste management; assessment of the efficiency of the recycling policy; evaluation of the ability to adapt to new environmental performance legislation.¹³³

Social: Through due diligence of social criteria, the relationship of the target company with its environment is dimensioned. In this sense, the factors to be analyzed are the following: the supply chain and the working conditions within it; evaluation of compliance with human rights such as not using child labour or practices related to modern slavery, measurement of compliance with the industrial safety standards of the workers, and the evaluation of the impact in the communities where the productive activity takes place; quantification of the level of consumer satisfaction; assessment of the safety of manufactured products.¹³⁴

Governance: Through due diligence of the governance criteria, how the target company operates under the board of directors' leadership is analyzed. The factors evaluated are: measurement of ESG risks in the management process; demographic diversity of the board of directors; evaluation of anti-corruption and anti-bribery policies; measurement of political contribution and lobbying records;

¹³² *Idem.*

¹³³ *ESG (Environmental, Social and Governance)*. (2021, March 15). Corporate Finance Institute. <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/esg-environmental-social-governance/>

¹³⁴ *Idem.*

assessment of the diversity policy in managerial positions; quantification of whistle blower protection policies based on inappropriate corporate actions; evaluation of the succession plan or corporate succession; quantification of the effectiveness of the ESG risk management plan; evaluation of internal audit to avoid inappropriate accounting practices and level compliance with the accounting parameters accepted by the jurisdictions where it operates; assessment of the business compensation system.

However, ESG due diligence of mergers and acquisitions in the new normality have a certain degree of complexity for the following reason:

The absence of legislation that establishes the parameters for measuring and interpreting ESG criteria for both private and public sectors.

To evaluate actors currently engaged in the measurement of ESG criteria, scores from 0 (being the most severe) to 10 are awarded. The minimum score to achieve in the ESG Leaders Index is 3. MSCI ESG Leaders Indexes are free float-adjusted market capitalization weighted indexes designed to represent the performance of companies that have high ESG ratings relative to their sector to ensure the inclusion of the best-in-class companies from an ESG perspective.¹³⁵

The Sustainability Accounting Standards Board (SASB) provides standards allowing disclosure of companies of relevant financial information to investors in the sustainability area. These standards focus on the identification of problems based on ESG criteria for the financial performance of 77 different industries.¹³⁶ The Financial Stability Board (FSB) created The Task Force on Climate Related Financial Disclosures (TCFD) in order to provide climate-related financial risk disclosures for companies, banks, and investors when providing information to stakeholders.¹³⁷ The Global Reporting Initiative (GRI), through The Global Sustainability Standards Board (GSSB), is responsible for stipulating globally accepted standards for sustainability reporting.¹³⁸ The World Economic Forum, International Business Council (IBC) conceived the Stakeholder Capitalism Metrics with the purpose that companies align their mainstream reporting on performance against ESG indicators and to track their contributions towards the SDGs on a consistent basis. It is essential to specify that the metrics are based on existing standards which have short-term objectives and whose purpose is to accelerate the convergence between leading private standard-setters and provide greater comparability and consistency in how disclosure reports on ESG are presented.¹³⁹

The author of this paper believes that not all the target companies of a merger or acquisition process have the information organized and available so that the interested company can evaluate the level of

¹³⁵ Hayes, A. (2021, February 11). *MSCI ESG Ratings*. Investopedia. <https://www.investopedia.com/msci-esg-ratings-5111990>

¹³⁶ *Standards Overview*. (2018). SASB. <https://www.sasb.org/standards/>

¹³⁷ *TCFD – TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES*. (2015). UN environment programme/ finance initiative. <https://www.unepfi.org/climate-change/tcfd/>

¹³⁸ *Global Sustainability Standards Board*. (2016). Global Reporting Initiative. <https://www.globalreporting.org/about-gri/governance/global-sustainability-standards-board/>

¹³⁹ *Measuring Stakeholder Capitalism: Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation*. (2020, September 22). World Economic Forum. <https://www.weforum.org/reports/measuring-stakeholder-capitalism-towards-common-metrics-and-consistent-reporting-of-sustainable-value-creation>

compliance with the ESG criteria. Every day the difference will be more noticeable between the target companies whose board of directors did not make any effort to adapt the operation of the business to comply with ESG criteria and the target companies whose board of directors invested the time and resources to ensure that the operation of the business and that each of its sections or departments comply with the ESG criteria. Consequently, this will be the difference between the creation of value or not.

And compliance as well as good ESG ratings by the target company will render the company more attractive to potential investors and be one of the essential elements for the interested company when deciding whether or not to proceed with the merger or acquisition.

IV. CONCLUSION

The author of this paper believes that Panama should modernize the legal framework that currently regulates this type of commercial operation since SARS-CoV-2 and its variations have evidenced the need to provide better legal tools to reduce risk for the parties involved in this type of corporate restructuring. In particular, Article 34-D (Modified by Article 1 of Law 7 of 27th January 1961, published in the Official Gazette 14,318, 27th January 1961), where the fortuitous case and force majeure are exposed, should be addressed.

This is particularly pertinent having examined the actions of the UK regarding updates made to The Enterprise Act 2002 (Specification of Additional Section 58 Consideration) Order 2020; such updates recognized the considerations of public interest. The author of this paper believes that Panama is able to emulate this type of action and make a joint effort between the Minister of Health and the Minister of Commerce and Industries by conceiving a regulatory framework that would avoid the acquisition or merger of vulnerable target companies dedicated to supplying public and private hospitals with necessary medicines and medical equipment to combat the disastrous effects of the public health crisis caused by SARS-CoV-2 and its variations.

After analyzing the UK's legislation, Panama and The Principles for Responsible Investment, it can be concluded that ESG criteria constitute a structural change in the paradigm of sustainability. In the short and long term, target companies, which better manage the risk of ESG criteria based on the development of their daily business activity, will be more attractive and offer substantial value in a merger and acquisition process.

Financial information pertaining to the target company in a corporate restructuring process, be it merger or acquisition, continues to be of vital importance for the decision-making process by investors. Likewise, a high level of compliance with the ESG criteria by the target company and the development of adequate ESG due diligence on the part of the interested company will be the foundations on which the creation of value in merger and acquisition processes of the present and the future will be built.

V. REFERENCES

1. Taleb, N, N. (Host).Taleb, N, N. (Producer). (2008).Black Swan [Video podcast]. FORA.tv. <https://longnow.org/>

2. Schwartz A. (2010) at 813 referring to Fuld, J. ‘Some Practical Aspects of a Merger’ (1947) 60 Harvard Law Review 1092.
3. Cicarella, J. ‘Wake of Death: How the Current MAC Standard Circumvents the Purpose of the MAC Clause’ (2007) 57(2) Case Western Reserve Law Review at 423–424. See also, Manns, J., and Anderson, R. IV, ‘The Merger Agreement Myth’ (2013) 98 Cornell Law Review at 1143, 1153; Miller, R. ‘The Economics of Deal Risk: Allocating Risk through MAC Clauses in Business Combination Agreements’ (2009) 50 William and Mary Law Review 2007 at 2012.
4. Tufano, P (Host). (2020-present) Leadership in Extraordinary Times / The reshaping of the mergers and acquisitions market. [Audio podcast]. University of Oxford, Saïd Business School. <https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/reshaping-mergers-and-acquisitions-market-0>
5. The UK Takeover Panel, ‘The City Code on Takeovers and Mergers’ Rule 13.5. (INVOKING CONDITIONS AND PRE- CONDITIONS) <<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=7Nov2019>> accessed 1 February 2021.
6. IN THE HIGH COURT OF JUSTICE QUEEN’S BENCH DIVISION COMMERCIAL COURT. Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL. (2013, April). *England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions* ([2013] EWHC 1039 (Comm) England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2013/1039.html>
7. Parliament of the United Kingdom. (2020, June 23). *The Enterprise Act 2002 (Specification of Additional Section 58 Consideration) Order 2020 and shall come into force on the day after the day on which it is laid before Parliament*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/627/contents/made>
8. Parliament of the United Kingdom. (2020, June 23). *The Enterprise Act 2002 (Share of Supply) (Amendment) Order 2020*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348208795/article/2>
9. *Law 7 of 27 January 1961. BY WHICH PROVISIONS OF THE FIRST BOOK OF THE CIVIL CODE ARE SUBROGATED*. (1961, January). Republic of Panama, National Assembly. <https://panama.justia.com/federales/leyes/7-de-1961-jan-27-1961/gdoc/>
10. Financial Reporting Council. (2018, July). *THE UK CORPORATE GOVERNANCE CODE*. <https://www.frc.org.uk/>. <https://www.frc.org.uk/directors/corporate-governance-and-stewardship/uk-corporate-governance-code>
11. Parliament of the United Kingdom. (2021, September 20). *Companies Act 2006. Section 172*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/172>
12. Parliament of the United Kingdom. (2008, November 26). *Climate Change Act 2008*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/en/ukpga/2008/27/contents>
13. Parliament of the United Kingdom. (2019, June 27). *The Climate Change Act 2008 (2050 Target Amendment) Order 2019*. Legislation.Gov.Uk. <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/9780111187654/note>
14. The Republic Of Panama, Superintendency of the Securities Market. (2003, November 11). *Agreement No. 12–2003 of November 11, 2003*. Superintendency of The Securities Market.

- <https://supervalores.gob.pa/download/acuerdo-12-2003/#:~:text=Por%20el%20cual%20se%20recomiendan,se%20modifican%20los%20Acuerdos%20No>
15. The Republic Of Panama. The Superintendence of Banks. (2011, September 20) *AGREEMENT No. 005–2011 (of September 20, 2011) of the Superintendency of Banks*. Superintendence of Banks of Panama. https://www.superbancos.gob.pa/superbancos/documentos/leyes_y_regulaciones/acuerdos/2011/Acuerdo_5-2011.pdf
 16. The Republic Of Panama, National Assembly of Panama. (2016, October 4). *Law 41 of July 1, 1998, which corresponds to the reforms approved by Law 18 of 2003, Law 44 of 2006, Law 65 of 2010 and Law 8 of 2015*. Official Digital Gazette. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28131_A/GacetaNo_28131a_20161004.pdf
 17. The Republic Of Panama, National Assembly of Panama. (1927, February 26) *Law. No. 32 of February 26, 1927. About Corporations*. Organization of American States. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pan_ley32.pdf
 18. Principles for Responsible Investment. (2020). *PRI growth 2006-2021*. <https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>
 19. *What are the Principles for Responsible Investment?* (2006). PRI. Principles for Responsible Investment. <https://www.unpri.org/pri/what-are-the-principles-for-responsible-investment>
 20. Barby, C (Host). (2020-present) *Leadership in Extraordinary Times, How capital Markets can take sustainability to the next level* [Audio podcast]. University of Oxford, Saïd Business School. <https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/how-capital-markets-can-take-sustainability-next-level>
 21. Toffel, M. (Host) (2020/7/7). *Financial Regulation and Climate Risk Management*. (No.4) [Audio podcast episode]. In *Climate Rising*. Business Environment Initiative at Harvard Business School. <https://www.hbs.edu/environment/podcast/Pages/podcast-details.aspx?episode=15116819>
 22. *ESG (Environmental, Social and Governance)*. (2021, March 15). Corporate Finance Institute. <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/esg-environmental-social-governance/>
 23. Hayes, A. (2021, February 11). *MSCI ESG Ratings*. Investopedia. <https://www.investopedia.com/msci-esg-ratings-5111990>
 24. *Standards Overview*. (2018). SASB. <https://www.sasb.org/standards/>
 25. *TCFD – TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES*. (2015). UN environment programmer/ finance initiative. <https://www.unepfi.org/climate-change/tcfd/>
 26. *Global Sustainability Standards Board*. (2016). Global Reporting Initiative. <https://www.globalreporting.org/about-gri/governance/global-sustainability-standards-board/>
 27. *Measuring Stakeholder Capitalism: Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation*. (2020, September 22). World Economic Forum.

<https://www.weforum.org/reports/measuring-stakeholder-capitalism-towards-common-metrics-and-consistent-reporting-of-sustainable-value-creation>

Repercusiones de la Pandemia causada por Sars-Cov-2 y sus variantes en la Legislación de Fusiones y Adquisiciones en 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 2021

Aceptación: 30 de noviembre de 2021

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 CLAVES

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),Contextos, Debida diligencia ESG, Debida diligencia ESG para la gestión de riesgo, El Consejo de Estabilidad Financiera (FSB), El Grupo de Trabajo sobre divulgación de información financiera relacionada con el clima (TCFD),Fusiones y Adquisiciones(M&A) Gestión de riesgos, La Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad (GSSB), La Junta de Normas de Contabilidad de Sostenibilidad (SASB),Ofertas Zombie, Podcast, SARS-CoV2.

INTRODUCCIÓN

Este artículo medirá el impacto de la pandemia del SARS-CoV-2 en el contexto 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 (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"¹⁴⁰ (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 1940¹⁴¹. 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 objetivo¹⁴². 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.

¹⁴⁰ Taleb, N, N. (Anfitrión). Taleb, N, N. (Productor). (2008). Cisne Negro [Video podcast]. FORA.tv.

<https://longnow.org/>

¹⁴¹ Schwartz, A.(2010) at 813 refiriendo a Fuld, J. Algunos Aspectos Prácticos de la Fusión' (1947) 60 Harvard Revisión de la ley 1092.

¹⁴² 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.¹⁴³

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;

¹⁴³ 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>

(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);

(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 la 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.¹⁴⁴

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 2LL¹⁴⁵.

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

¹⁴⁴ 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>>

¹⁴⁵ 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>

centralizadas en la industria hotelera. Es importante señalar que Carey tuvo reconvención 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 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 dudas, 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 2020¹⁴⁶ 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 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)¹⁴⁷ 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

¹⁴⁶ 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>

¹⁴⁷ 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>

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 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 1961¹⁴⁸, 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.

¹⁴⁸ 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)¹⁴⁹, 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 Remuneración¹⁵⁰.

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

¹⁴⁹ 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>

¹⁵⁰ Ídem.

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 172¹⁵¹ 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 dentro del 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 2008¹⁵² 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 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

¹⁵¹ 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>

¹⁵² 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>

objetivo es llevar las emisiones de gases de efecto invernadero del Reino Unido a cero- neto para el 2050¹⁵³.

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 2003¹⁵⁴ 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 confiable¹⁵⁵.

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 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 Bancos¹⁵⁶ 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

¹⁵³ 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>

¹⁵⁴ 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.>

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ 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

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 contrapesos¹⁵⁷.

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 2015¹⁵⁸. 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 naturales¹⁵⁹.

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 1927¹⁶⁰ (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 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

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ 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

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ 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

unos 121,3 trillones de dólares en activos bajo gestión en el 2021)¹⁶¹ 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 responsable¹⁶². 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 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 empresarial¹⁶³".* 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,*

¹⁶¹ Principios de inversión responsable. (2020). Crecimiento del PRI 2006-2021.

<https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>

¹⁶² ¿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>

¹⁶³ 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>

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.”¹⁶⁴

Si bien el punto principal del párrafo es la gestión del riesgo y la retribución económica proporcional en virtud del mismo, 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 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 pagos”¹⁶⁵*. 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

¹⁶⁴ 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>

¹⁶⁵ Ídem.

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 ambiental¹⁶⁶.

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 comunidades donde se desarrolla la actividad productiva; cuantificación del nivel de satisfacción del consumidor; evaluación de la seguridad de los productos manufacturados.¹⁶⁷

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

¹⁶⁶ ESG (Ambiental, Social y Gobernanza). (2021, 15 de marzo). Instituto de Finanzas Corporativas.

<https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/esg-environmental-social-governance/>

¹⁶⁷ Ídem.

para garantizar la inclusión de los mejores- empresas de su clase desde una perspectiva ESG¹⁶⁸.

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 diferentes¹⁶⁹. 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 inversionistas al proporcionar información a las partes interesadas¹⁷⁰. 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 sostenibilidad¹⁷¹. 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 ESG¹⁷².

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.

¹⁶⁸ Hayes, A. (2021, 11 de febrero). Calificaciones MSCI ESG. Investopedia. . <https://www.investopedia.com/msci-esg-ratings-5111990>

¹⁶⁹ Visión general de las normas. (2018). SASB. <https://www.sasb.org/standards/>

¹⁷⁰ 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/tcfid/>

¹⁷¹ Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad. (2016). Iniciativa de informe global. <https://www.globalreporting.org/about-gri/governance/global-sustainability-standards-board/>

¹⁷² 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>

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.

IV. 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 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.

V. REFERENCIAS

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.

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 Negocio Saïd.<https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/reshaping-mergers-and-acquisitions-market-0>

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>

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>

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>

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/>

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. 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>

12. 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>

13. 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>

14. 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>

15. 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

16. 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

17. 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

18. Principios de inversión responsable. (2020). Crecimiento del PRI 2006-2021.

<https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>

19. ¿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>

20. 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>

21. 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>

22. ESG (Ambiental, Social y Gobernanza). (2021, 15 de marzo). Instituto de Finanzas Corporativas.

<https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/esg-environmental-social-governance/>

23. Hayes, A. (2021, 11 de febrero). Calificaciones MSCI ESG. Investopedia.

<https://www.investopedia.com/msci-esg-ratings-5111990>

24. Visión general de las normas. (2018). SASB. <https://www.sasb.org/standards/>

25. 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/>

26. Junta de Estándares Globales de Sostenibilidad. (2016). Iniciativa de informe global. <https://www.globalreporting.org/about-gri/governance/global-sustainability-standards-board/>

27. 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>

Criterios de Publicación

Para conocer criterios de publicación acceder al sitio:

<https://centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa/sites/centroinvestigacionjuridica/files/2021-08/Criterios%20de%20publicación.pdf>

Declaratoria de autoría:

<https://centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa/sites/centroinvestigacionjuridica/files/2021-08/DECLARATORIA%20DEL%20AUTOR.pdf>