

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° 54

Año XLV, N° 54

Diciembre 2024 – Noviembre 2025

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° 54

Año XLV, N° 54
Diciembre 2024 – Noviembre 2025

ANUARIO DE DERECHO

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá
Año XLV, N° 54, Diciembre 2024 – Noviembre 2025
ISSN L - 2953-299X*

Centro de Investigación Jurídica (CIJ)

*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá
Mgr. 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.

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Carlos Bichet, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, directora del Centro de Investigaciones Democrática y Políticas

Para correspondencia, canje y suscripción:

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

Estafeta Universitaria

Panamá, República de Panamá

Teléfono: (507) 523-6139

Correo electrónico: investigacion.juridica@up.ac.pa

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

Corrección de textos

Consejo Editorial

Asistente Consejo Editorial

Rodrigo de la Cruz Luna

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. Aresio Valiente L.
Director del Centro de Investigación Jurídica

Dra. Lidia Karina Mercado
Subdirector del Centro de Investigación Jurídica

Investigadores

Mgtr. Vanessa Campos Alvarado
Mgtr. Oziel De Gracia
Mgtr. Carmen Rosa Robles
Mgtr. Camilo Rodríguez
Mgtr. Wilfredo Gómez

Asistentes de Investigación

Rodrigo De La Cruz L.
Dylan A. Hernández A.

Hemeroteca

Lic. Marcial Guerrero

Secretaria

Licda. Yakeline Candanedo

CONTENIDO	Páginas
CONSEJO EDITORIAL	
PALABRAS DL EDITOR	
I. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES	
II. DOCTRINA	
CHAVEZ R, YOVANI E. “El Colegio Nacional de Abogados de Panamá y su Raison D’être”	16-28
MUÑOZ ARANGO, CAMPO ELÍAS. “Cuestiones penales sobre la humanización de la pena”	29-60
RODRÍGUEZ VILLARREAL, ANTONIO ARIEL. “Carrera Administrativa, desde un enfoque práctico: ¿El tribunal administrativo de la función pública es una realidad o no?”	61-92
OUTTEN BARRÍA, REINA E. “El rostro de la violencia doméstica en la fase de investigación ante el Ministerio Público”	93-116
CAMPOS ALVARADO, VANESSA. “Los tipos ideales de Max Weber: aplicación en los trabajos de graduación de derecho”	117-134
LOMBARDO, JULIO. “Derecho fundamental e interés legítimo en el Derecho Civil”	135-148
FERNÁNDEZ, OSWALDO FERNÁNDEZ. “La publicidad en el proceso penal acusatorio panameño”	149-163
GONZÁLEZ HERRERA ALBERTO H. “El principio de especialidad como límite en la aplicación del tipo penal”	164-175
DE GRACIA, OZIEL. “Convenio MARPOL y su relevancia en el tráfico marítimo”	176-190
CONTRERAS FILICIOTTO, ANGEL GABRIEL. “Los datos personales. Una crítica a la interpretación (Libertad vs manipulación)”	191-213
GÓMEZ, WILFREDO. “La protección del derecho Interno de las inversiones de Minera Panamá y los recursos naturales”	214-242
MERCADO, LIDIA. “La responsabilidad civil derivada del hecho de las cosas inanimadas en el Derecho positivo panameño”	243-264
CORCHO DÍAZ, BORIS ALEXIS. “Tutela jurídica a la adopción del niño, niña y	265-282

adolescente, como institución familiar en Panamá”

DE LA CRUZ LUNA, RODRIGO. “El Proceso Constituyente: Fundamentos y significado democrático” 283-296

CARREYO, NELSON. “La metodología de la investigación jurídica en el nuevo Código Procesal Civil a la luz del procedimiento probatorio de divulgación” 297-324

PAZ, FELIX. “La acción de nulidad como vehículo procesal para el control de legalidad de actos administrativos que afecten a particulares” 325-338

ZAMORA-SMITH, DAVID ELLISTER. “El daño al proyecto de vida como daño a la persona” 339-366

PEÑALBA R., LUIS G. “La mediación y conciliación en el Proceso Penal panameño” 367-385

HERNÁNDEZ, PLINIO. “La inteligencia artificial (IA) y la evidencia digital en el Proceso Penal” 386-396

ALVEROLA DELGADO, MARÍA MERCEDES. “Las normas penales en blanco, una visión a los delitos ambientales” 397-407

ROBLES, CARMEN ROSA. “Línea del tiempo en la Criminología” 408-419

III. RECENSIONES

Asistentes de Investigación Jurídica

González M. Rigoberto. “Teoría del Poder Constituyente, Análisis y reflexiones sobre un tema polémico” Pág. 29 – 277 420

Por: Dylan Hernández

VII. CRITERIOS DE PUBLICACIÓN 421

PALABRAS DE LA DIRECTORA DEL CONSEJO EDITORIAL
Arelys Eliana Ureña Castillo / <https://orcid.org/0000-0002-0104-6006>

En un nuestro mundo actual, en constante y rápida evolución, en esta edición N° 54 de la Revista Anuario de Derecho se erige como un espacio fundamental para la reflexión y el análisis crítico de las cuestiones jurídicas que afectan a nuestras sociedades y que requieren un abordaje urgente, ante los súbitos fenómenos emergentes, y las no tan rápidas respuestas que ley tiene en función de su no alcance de dichos sucesos.

En esta edición, nuestra revista reúne una serie de artículos que abordan temas de gran relevancia y actualidad que permitirán tener primariamente, una mejor comprensión de la sociedad, una visión integral de las problemáticas, tener como objetivo coadyuvar en el logro de justicia social y contribuir al respeto y la protección de los derechos fundamentales de todas las personas.

Es por ello por lo que, entre los destacados aportes que nos brindan los autores en este número, exploramos temas relevantes como "El Colegio Nacional de Abogados de Panamá y su Raison D'être", donde se analiza el papel crucial que desempeña esta institución en la defensa del estado de derecho; asimismo, se discute un tema que invita a repensar las prácticas punitivas desde una perspectiva más humanitaria: "Cuestiones penales sobre la humanización de la pena", y de igual relevancia nos ofrecen otros temas como el "Derecho fundamental e interés legítimo en el Derecho Civil", "La publicidad en el proceso penal acusatorio panameño", y "El principio de especialidad como límite en la aplicación del tipo penal"; y como consectorio jurídico de aplicabilidad en todo proceso como mecanismo de cierre, nos entregan "La mediación y conciliación en el Proceso Penal panameño"

La revista Anuario de Derecho, en su visión de ofrecer temas integrales en materia de ciencias jurídicas también aborda aspectos trascendentales en el desarrollo de la cosa pública pero también del derecho fundamental del trabajo como es apuntar con el tema "Carrera Administrativa: ¿El tribunal administrativo de la función pública es una realidad o no?", y en desde otra arista de la cosa pública se ofrece como hecho de ocurrencia continuada que debe ser objeto de revisión permanente: "La acción de nulidad como vehículo procesal para el control de legalidad de actos administrativos que afecten a particulares", y también el "La mediación y conciliación en el Proceso Penal Panameño" .

También se examina el preocupante fenómeno de "La violencia doméstica en la fase de investigación ante el Ministerio Público", tópico que no debe dejarse nunca de lado y en el que es deber de todo jurista se incisivo, y para continuar con el lado humano de las exposiciones aquí presentadas, también se aborda de forma innovadora y visionaria "El daño al proyecto de vida como daño a la persona" y también en este orden de ideas y como columna vertebral de la sociedad que es el amparo de la familia y la niñez, nos entregan el

aporte “Tutela jurídica a la adopción del niño, niña y adolescente, como institución familiar en Panamá”.

Otras reflexiones que se presentan como aportes innovadores están "Los tipos ideales de Max Weber aplicación en los trabajos de graduación de derecho", tema que debe ser de interés supremo en cuanto a la preocupación del perfil de egreso de futuros abogados; y también se hace un interesante análisis del "Derecho fundamental e interés legítimo en el Derecho Civil", y con una propuesta interesante para exaltar el aspecto científico del derecho se expone el aporte “La metodología de la investigación jurídica en el nuevo Código Procesal Civil a la luz del procedimiento probatorio de divulgación”, y además de los aportes y la línea de protección de la democracia como derecho fundamental de todo ciudadano, una magnífica entrega es “El Proceso Constituyente: Fundamentos y significado democrático”

Entre los artículos relevantes que se le ofrece a los lectores, se incluyen la discusión sobre "La publicidad en el proceso penal acusatorio panameño", el estudio del "principio de especialidad como límite en la aplicación del tipo penal", y la evaluación del "Convenio MARPOL y su relevancia en el tráfico marítimo"; todos de gran interés y entregando visiones actualizadas de las diferentes situaciones jurídicas que tienen las diferentes fenómenos del mundo actual; por lo que a su vez no puede dejar de estar presente una perístasis que cobra auge, y que amerita hacer críticas y reflexiones sobre "Los datos personales: Libertad vs manipulación", y en esta misma línea un tópico que indiscutiblemente no puede quedar fuera de este foro siendo que es esta asunto el que nos está abordando más rápido de lo que lo podemos como humanos abordar a él, en este sentido el aporte se centra en “La inteligencia artificial (IA) y la evidencia digital en el Proceso Penal”; y un tema innovador que poco se dimensiona en el imaginario jurídico colectivo, pero que adquiere suprema relevancia una vez se suscita la ocurrencia es “La responsabilidad civil derivada del hecho de las cosas inanimadas en el Derecho positivo panameño”

El ámbito económico financiero, y al mismo tiempo también el ambiental, tienen un espacio en la publicación de este número en el que se hace un examen sobre la protección del derecho interno de las inversiones en recursos naturales, y siendo el tema ambiental material multidisciplinar, también se toca desde lo penal al exponer “Las normas penales en blanco, una visión a los delitos ambientales”, y por supuesto que además de lo tocante a lo ambiental, es indiscutible que no se puede dejar de incidir el tema minero, para lo que se presenta la autoría titulada “La protección del derecho Interno de las inversiones de Minera Panamá y los recursos naturales”

La Revista Anuario de Derecho no solo busca informar, también tiene como objetivo fomentar un diálogo constructivo sobre temas que impactan directamente a nuestras

sociedades tanto a nivel nacional como internacional, a través de investigaciones rigurosas y aportes significativos. Esta publicación se convierte entonces en un recurso invaluable para académicos estudiantes, y profesionales interesados en profundizar su comprensión del marco jurídico panameño, internacional y la interacción entre estos, así como una comprensión amplia de las implicaciones globales.

No nos queda más que agradecer a nuestros autores por sus magníficas colaboraciones y nuestros respetados lectores y por su fidelidad, a quienes les invitamos en este número a sumergirse en los contenidos presentados, con la esperanza de que cada artículo contribuya tanto a educar sobre temas sensibles, emergentes, innovadores y de necesario conocimiento, como a enriquecer el debate académico y profesional sobre los desafíos contemporáneos del derecho.

Mgtr. Arellys Eliana Ureña C.
Directora de la Revista Anuario de Derecho
Centro de Investigación Jurídica
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá

El Colegio Nacional de Abogados de Panamá y su Raison D'être The National Bar Association of Panama and his Raison D'être

Por: **Chavez R, Yovani E.**
Universidad Metropolitana
de Educación, Ciencia
y Tecnología
Panamá

Correo: yovani.edgar.chavez.rodriguez.cisa20@ndualumni.org

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3170-5751>

Entregado: 29 de enero del 2024

Aprobado: 8 de marzo del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6382>

Resumen

El Colegio Nacional de Abogados de Panamá (CNAP) es un ente gremial con una importancia clave dentro de la comunidad nacional debido a su potestad de investigar faltas éticas de los abogados, así como su participación en la postulación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Desde sus inicios este ente gozaba de cierto grado de prestigio. No obstante, esta situación cambió a partir de 1994 cuando la Corte Suprema de Justicia dictaminó la inconstitucionalidad en cuanto a la obligatoriedad de pertenecer al CNAP, lo cual ha llevado a la pérdida de interés de los abogados del país de pertenecer a este gremio. La situación actual del CNAP es producto de un liderazgo de facto, interés en la cantidad y no calidad, así como su desconexión social. Por consiguiente, el CNAP debe evaluar su planteamiento ante la sociedad y despertar el interés en todos los profesionales del derecho para volver a encontrar su verdadera razón de existencia.

Palabras claves: abogados; Colegio Nacional de Abogados; raison d'être; Panamá.

Abstract

The National Bar Association of Panama (CNAP) is a union entity with key importance within the national community due to its power to investigate ethical misconduct by lawyers, as well as its participation in the nomination of the judges of the Supreme Court of Justice. Since its inception this entity has enjoyed a certain degree of prestige. However, this situation changed in 1994 when the Supreme Court of Justice ruled that the obligation to belong to the CNAP was unconstitutional, which has led to the loss of interest of the country's lawyers in belonging to this union. The current situation of the CNAP is the product of de facto

leadership, interest in quantity and not quality, as well as its social disconnection. Consequently, the CNAP must evaluate its approach to society and awaken the interest of all legal professionals to find its true reason for existence.

Keywords: lawyers; National Bar Association; *raison d'être*; Panama.

El Colegio Nacional de Abogados de Panamá y su *Raison D'être*

Desde sus inicios, la abogacía en Panamá ha producido grandes valores de hombres y mujeres que han impactado de forma positiva y memorable los escenarios nacionales e internacionales. Grandes próceres como Justo Arosemena, el Padre del Estado Federal de Panamá y Belisario Porras, el Arquitecto de la Nación Panameña figuran entre la galería de insignes abogados que dejaron un gran legado en el país pues entendían que su *raison d'être* o su razón de existencia era de ser un ícono de justicia y equilibrio en medio del caos de cualquier circunstancia para guiar a la nación hacia el mejor sendero.

Para ese entonces, el Estado Soberano de Panamá, siendo una división administrativa dentro de los Estados Unidos de Colombia, promulgó la Ley N° 30 de 31 de diciembre de 1875, por la cual se reglamentó la profesión de abogado (Órgano Judicial, 2004b). Esta ley exigía la emisión de un título profesional por parte de la Corte Suprema del Estado para poder ejercer la abogacía. No obstante, no fue hasta mucho después de la Separación de Panamá de Colombia en 1903 cuando nace la necesidad no solamente de agruparse para unir esfuerzos y lograr mayores beneficios para los abogados del país, sino para forjar nuevos talentos.

Hubo varias transformaciones en la forma que los abogados se formaban y agrupaban a inicios de la República. Por ejemplo, a partir de 1904 funcionó la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del Colegio Universitario de Panamá, la cual fue reemplazada el 15 de junio de 1906 cuando se fundó la Sociedad de Estudios Jurídicos. Luego, mediante la Ley N° 1 del 22 de agosto de 1916 se estableció la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas (Velarde, 2015). De modo que estos avances paulatinos facilitaron que, en 1917, se fundara la Asociación de Abogados de Panamá, como la primera asociación formal de abogados en Panamá (Torres, 2016).

Aunque agrupados como un solo ente, la regulación de la abogacía en Panamá era un tanto obsoleta. Por ende, mediante la Ley No. 55 de 17 de diciembre de 1924, se reglamentó el ejercicio de la abogacía de nacionales y extranjeros en la República de Panamá (Órgano

Judicial, 2004c). Luego, los abogados del país deciden transformarse y unir esfuerzos para unificar la Asociación de Abogados de Panamá y otros grupos para establecer el Colegio Nacional de Abogados de Panamá (CNAP), el 02 de agosto de 1929 (FESPAD, 2010).

Cuando se fundó el CNAP, los abogados del país pensaron que la *raison d'être* de unirse en un gremio o cuerpo colegiado era porque afiliarse al CNAP representaba una institución de justicia, valor, prestigio y calidad, lo cual le permitió tener una ventaja significativa frente a otros actores de la sociedad. Sin embargo, luego de haber transcurrido unos 97 años desde la fundación del CNAP, este ente gremial dista un tanto de la realidad de la población de los abogados. Por ejemplo, aunque a la fecha, existen aproximadamente más de 27,327 abogados activos, de los cuales 12,800 (47%) son hombres y 14,527 (53%) son mujeres, solamente participan menos del 8% de la población de abogados inscritos dentro de las actividades del CNAP.

La falta de participación de la población de abogados en las actividades del CNAP es evidente. Por ejemplo, en la votación para el presidente del CNAP para el periodo 2023-2025, solamente se registraron unos 1,955 votos (Crítica, 2023). Notablemente, la participación activa en procesos de elecciones del CNAP va progresivamente en descenso. Por ejemplo, para las votaciones del presidente del CNAP para el período 2011-2013, se registraron unos 2,402 votos (Gaitán, 2011). En base a estas circunstancias, este manuscrito parte de la idea central que el CNAP debe volver a encontrar su *raison d'être* para cambiar el actual *statu quo* en la población de abogados y sociedad panameña en general. Veamos, los motivos y cómo encontrar su verdadera razón de existencia:

Motivo No. 1: Un liderazgo de facto

Para el año de 1984, el CNAP gozaba de un liderazgo de facto gracias a la Ley No. 9 de 18 de abril de 1984, por la cual se regulaba el ejercicio de la abogacía, la cual dictaba que para ser abogado se requería tener certificado de idoneidad expedido por la Corte Suprema de Justicia y ser miembro del CNAP (Órgano Judicial, 2004a).

Esta situación permitió que el CNAP liderizara y controlara el devenir estratégico de los abogados debido al poder otorgado por la Ley No. 9 de 1984 que le otorgaba poder al CNAP a través de un Tribunal de Honor que tenía la facultad de investigar faltas éticas y de cualquier disposición legal vigente para imponer sanciones que iban desde la amonestación hasta la suspensión del ejercicio de la abogacía por un mínimo de dos años.

Esta posición privilegiada, impuesta por la vigente ley, ocasionó que pese a que el Artículo No. 8 de la Ley No. 9 de 1984 establecía que el CNAP debía garantizar el bienestar social de sus miembros y mantener un código de ética, se tuviera la percepción que algunos líderes utilizaban el CNAP como un trampolín para otros puestos de mayor impacto gubernamental.

Esta situación quedaría evidenciada en lo expresado por los salvamentos de votos de algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de 1994 cuando se plasmó que “El Colegio Nacional de Abogados de Panamá está a gran distancia del ideal al que aspiran los profesionales del Derecho, pero tales carencias se deben a la falta de participación activa de todos sus miembros, al permitir, por omisión, que el mismo haya sido utilizado en el pasado como un medio o instrumento para alcanzar altos cargos en el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia y en el Ejecutivo”(CSJ, 1994).

A pesar de todo, el liderazgo de facto del CNAP permitiría que su liderazgo funcionara cada vez más por inercia y no por visión. No obstante, esta situación cambiaría el 24 de junio de 1994 cuando la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la frase “Colegio Nacional de Abogados de Panamá” del artículo 1º de la Ley No. 9 de 1984 por ser contraria a los artículos 19, 39 y 214 de la Constitución (CSJ, 1994). En base a ello, ya no era obligatoria la pertenencia al CNAP para ser abogado en Panamá.

A partir del año 1994, el CNAP empezó paulatinamente a perder liderazgo dentro de la población de abogados del país. Por ejemplo, al año 2023, al menos el 92% de la población de abogados del país no tiene interés de participar de forma activa y constante en el CNAP, a pesar de que el número de miembros del CNAP habilitados a votar sea de aproximadamente 2,500 abogados. Es de reflexionar que el futuro liderazgo del CNAP no puede funcionar bajo un liderazgo de facto en base a la obligatoriedad de las leyes, sino en un liderazgo estratégico.

Este futuro liderazgo estratégico del CNAP deberá centrar sus esfuerzos en incrementar la participación de la mayor parte de la población de abogados, quienes deberán percibir beneficios tangibles e intangibles para el desarrollo de la abogacía. Estos beneficios no solamente se deben basar en la protección gremial, sino en el crecimiento y profesionalización continua de todos sus miembros, ya sea en sus puestos directivos como en todas sus bases. Es decir, tanto el abogado de saco sudado como el abogado perteneciente a una firma prestigiosa puedan percibir el prestigio de pertenecer al CNAP.

Es importante destacar que, a pesar de los cambios y actualizaciones en los marcos legales, actualmente el CNAP mantiene dos importantes brazos de influencia. Primeramente, la Resolución de Gabinete No. 77 de 27 de agosto de 2019 permite la participación de un representante del CNAP dentro de los 11 miembros de la Comisión del Pacto por la Justicia para el procedimiento de evaluación de candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (Consejo de Gabinete, 2019). Segundo, la Ley No. 350 de 21 de diciembre de 2022 que regula el ejercicio de la abogacía en Panamá mantiene la potestad del Tribunal de Honor del CNAP para investigar faltas éticas y de otras índoles cometidas por abogados del país (Asamblea Nacional, 2022).

Estos dos brazos de influencia no deben ser percibidos como una extensión de interés particulares, sino para influenciar de forma positiva el país, de modo que los principios plasmados en los Estatutos del CNAP sobre la defensa del Estado de derecho, el principio de acceso a la justicia y el respecto a los derechos humanos y las garantías constitucionales sean una realidad y no letra muerta (CNAP, 2016).

La razón de existir del CNAP y su potestad de influir en la escogencia de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia e investigar las faltas éticas de los abogados debe ser con el firme propósito de hacer justicia, proteger la familia, influenciar de manera positiva al país, castigar la corrupción y dejar un legado positivo con hombres y mujeres de justicia, íntegros y que no acepten ningún tipo de sobornos ni tráfico de influencias.

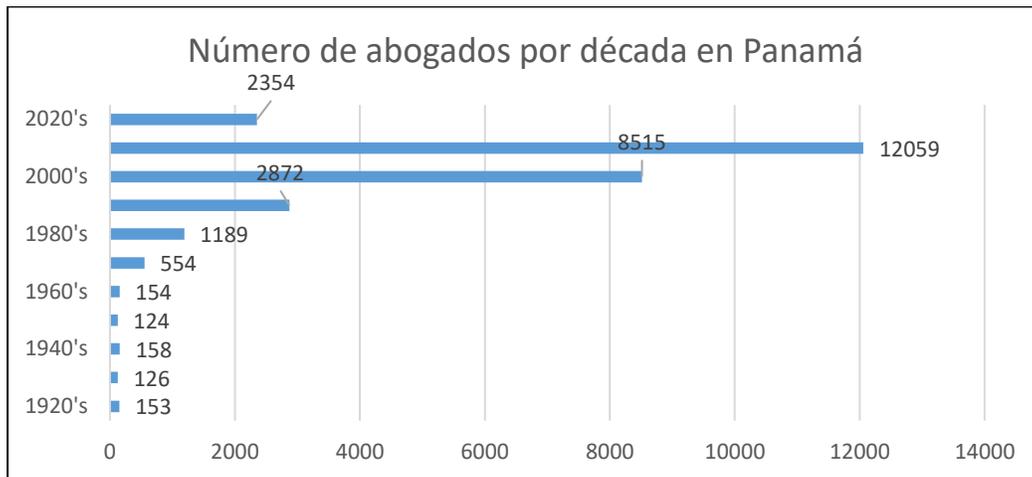
Motivo. No. 2. Interés en cantidad y no calidad

La falta de compromiso con la calidad en Panamá se ha experimentado debido al crecimiento exorbitante de la población de abogados graduados por año. Aunque para la década de los años 80's se registraron unos 1,189 abogados graduados, la década del 2010's evidenció la aparición de 12,059 nuevos abogados. Es decir, la fabricación de abogados experimentó un crecimiento de más del 1,000 % en tan solo 30 años (Ver Ilustración No. 1).

Contrario a lo que sucedía en épocas anteriores en las cuales ser abogado era un símbolo de total prestigio, actualmente el descontrol de la cantidad de abogados ha producido un irrespeto y jocosidad en la sociedad panameña para quien ingenuamente crea que con el mero hecho de ser abogado ya es un símbolo de estatus social. La situación es tan vergonzosa que hoy en día se dice que “en Panamá un título de abogado y un vaso de agua no se le niega a nadie” (Redacción Digital La Estrella, 2012).

Ilustración 1.

Número de abogados por década en Panamá.

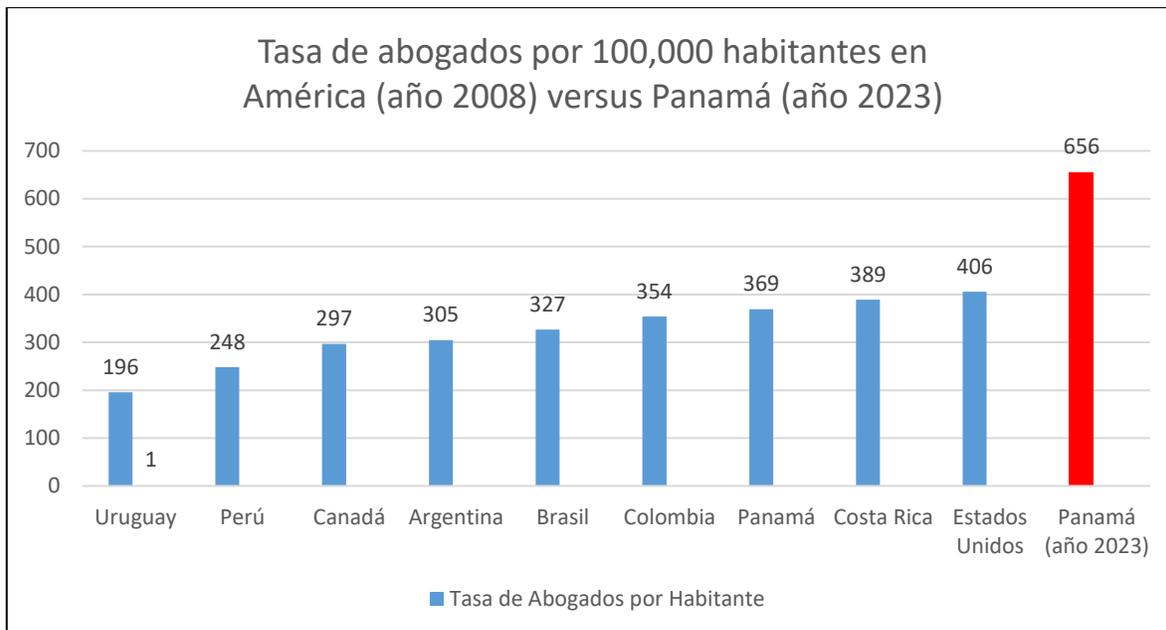


En cierta forma, se podría argumentar que la cantidad de los abogados no es el problema debido a que un mayor número de abogados reflejaría en cierta forma un mayor acceso a la justicia basado en que con un mayor número de abogados sería más fácil para la población para poder tener acceso a la justicia, defenderse de actos de injusticia y ejercer un menor costo de trámites legales por servicio profesional.

No obstante, la calidad de la población de abogados en Panamá dista mucho de lo evidenciado en otros países. A pesar de que la República de Panamá tiene una de las mayores tasas de número de abogados por 100,000 habitantes, la producción de contenido científico de carácter legal internacionales se encuentra a un nivel casi nulo. Por ejemplo, mientras que Panamá tiene una tasa de 656 abogados por 100,000 habitantes, los Estados Unidos de América mantiene una tasa aproximada de 406 y Colombia de 354 (CEJ, 2018). (Ver ilustración No. 2).

Ilustración 1.

Tasa de abogados por 100,000 habitantes en América.



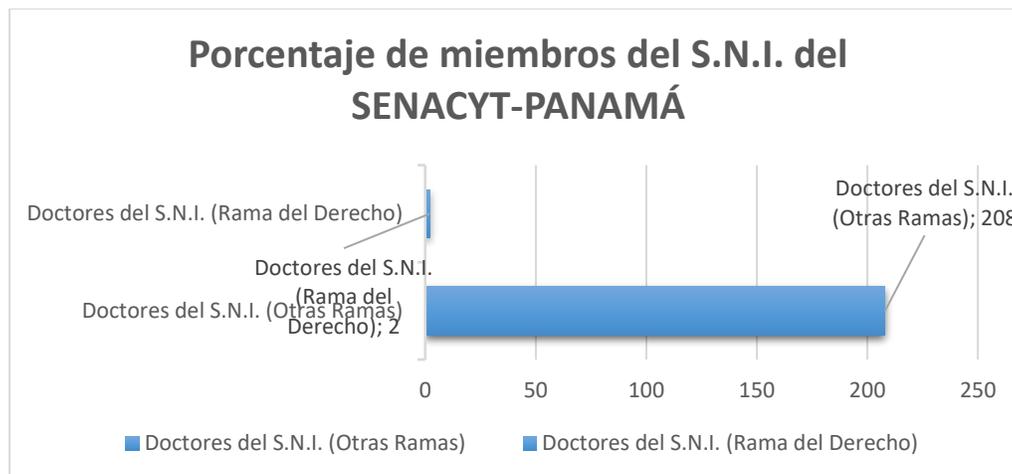
La diferencia radica en que, aunque la mayoría de los países de América cuentan con una menor tasa de abogados (Perú con 248; Canadá con 297; Brasil con 327; Colombia con 354; Estados Unidos con 406), estos países cuentan una mayor población de abogados que se interesan no solamente en la generación de ingresos, sino en la producción científica legal como aporte y factor de cambio para la sociedad en general. La gran parte de estos países cuentan con revistas científicas de contenido legal que clasificaciones internacionales de prestigio. Por ejemplo, se podría considerar la clasificación Scimago, la cual es altamente aceptada a nivel internacional.

La Clasificación Scimago es un indicador público producto de la información de las bases de datos de Scopus para evaluar la producción científica, lo cual en general demuestra su nivel impacto y calidad académica (SCImago, 2022). A diferencia de Panamá, Costa Rica y Uruguay que no cuentan con ninguna, un significativo número de países de América demuestran su calidad por medio de la publicación de revistas de contenido científico de carácter legal (Perú con 1; Canadá con 9; Argentina con 2; Brasil con 27; Colombia con 12 y Estados Unidos con 183).

Por otra parte, a nivel nacional, la calidad de la población de abogados no mantiene un interés constante la generación de conocimiento legal a pesar del esfuerzo de las universidades. A pesar de que las universidades nacionales han aportado al menos 39 doctores en derecho desde el año 2003 a la fecha, esto no ha revertido en un aporte científico sostenible en el tiempo para la comunidad de nuevos abogados en formación (UP, 2020; USMA, 2023). Por ejemplo, en la actualidad solamente el 1% por ciento de los miembros del Sistema Nacional de Investigación de la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SENACYT-Panamá) son abogados con el grado de doctor en derecho (SNI, 2022). (Ver ilustración No. 3).

Ilustración 2.

Porcentaje de miembros del S.N.I. del SENACYT-Panamá.



Ciertamente existe un interés en todas las profesiones de generar dinero cada vez más. No obstante, ésa no es la razón de ser por la cual una persona decide ser abogado y mucho menos para pertenecer a un cuerpo colegiado de abogados. No obstante, debe haber un interés en la calidad de abogados que se interesen por generar conocimiento en materia legal para beneficio de la sociedad en general, sino en la producción de talento nacional, lo cual conllevaría de cierta forma a la reducción de la dependencia de otras casas de estudio foráneas que si se esfuerzan por producir conocimiento científico legal.

Motivo No. 3. Desconexión Social

La desconexión social del CNAP se basa en la falta de entendimiento que parte de la razón de su existencia es cambiar positivamente la sociedad en general, lo cual requiere medidas

integrales en aspectos claves. Primeramente, el CNAP como actor clave dentro de la sociedad debe posicionarse dentro de Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria de Panamá (CONEAUPA) con el fin de garantizar la calidad de la formación y profesionalización de los abogados del país.

Actualmente, el CNAP no forma parte del CONEAUPA a pesar de que otros actores menos influyentes en el país si forman parte del mismo (CONEAUPA, 2024). Se podría argumentar que no es necesaria la participación del CONEAUPA dentro del proceso de acreditación de las universidades; sin embargo, otros cuerpos colegiados de abogados mantienen una participación directa para garantizar la calidad de los abogados.

Por ejemplo, American Bar Association (ABA) de los Estados Unidos de América mantiene un consejo dentro del ABA encargado de la acreditación de las escuelas de derecho. Este proceso está reconocido por el Departamento de Educación a lo largo y ancho de 46 de los 50 estados que forman los Estados Unidos de América que permiten el examen de barra solamente para egresados de escuelas de derecho certificadas por la ABA (ABA, 2024b).

Esta situación garantizaría que no se repitan situaciones lamentables como la ocurrida en julio de 2023 cuando solamente 9 de 150 estudiantes aprobaron el examen de barra del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá (Zeballos, 2023). Aunque los egresados de derecho puedan repetir el examen cuantas veces sea necesario, este bajo porcentaje de aprobación refleja la baja calidad con la que se permite la graduación de nuevos profesionales del derecho.

Por último, el CNAP debe garantizar el acceso a la justicia de los más necesitados, no solamente frente a personas de bajos recursos económicos, luego de previa evaluación, sino a través de acciones sociales tangibles como comedores infantiles, orfanatorios, hospitales de niños, asilos, entre otros. Por ejemplo, el ABA de los Estados Unidos brinda asistencia social para personas de bajos ingresos por medio de abogados expertos, programa de voluntariado de abogados que atienden casos de forma gratuita, programa de voluntariado para consultas legales gratuitas, entre otros programas sociales (ABA, 2024a).

Conclusiones

En conclusión, si el CNAP quiere volver a encontrar su razón de existencia de ser un ícono de justicia, prestigio y calidad para los abogados de este país y la comunidad

internacional debe tener un liderazgo estratégico, interesarse en una calidad integral, así como una conexión con la sociedad que espera lo mejor de los mejores abogados de Panamá.

Primeramente, el CNAP debe utilizar un liderazgo estratégico para recuperar toda esa población de abogados que tiene gran cantidad, pero poca calidad a través de la profesionalización académica y formación continua. Este aspecto no debe centrarse solamente en lo académico, sino en que el CNAP sirva de puente de conexión nacional e internacional a través de conferencias y/o congresos legales, científicas y tecnológicos en donde el abogado sienta la necesidad de participar de dichos eventos debido al sinnúmero de conexiones sociales que surgen en circunstancias donde se propicien los negocios, la ciencia, el arte y el conocimiento.

Segundo, el CNAP debe efectuar un replanteamiento de su razón de existencia como ícono de la justicia en la sociedad de modo que el CNAP utilice todo su potencial y conocimiento jurídico para plantear las estructuras constitucionales y jurídicas que servirán para el desarrollo de los demás sectores del país. Bajo esta perspectiva, el CNAP no solamente debe velar por sus intereses como gremio, sino en los intereses de la nación con miras hacia el futuro. A la manera que Justo Arosemena y Belisario Porras utilizaron todo su conocimiento como abogados para crear, desarrollar y fortalecer una nación.

De la misma forma el CNAP debe ser el máximo actor clave para el desarrollo de muchos aspectos que requieren una verdadera reforma en el país, tales como una nueva Constitución Política, el desarrollo de las plataformas logísticas, portuarias y aeroportuarias, la explotación de la Zona Económica Exclusiva, la reforma a la Caja de Seguro Social, la nueva reforma educativa, mejoras al sistema judicial, el uso y auditorio de todos los fondos públicos y cualquier otro aspecto que necesite el impulso, visión, dinamismo y conocimiento de ilustres miembros del CNAP que dejarán un legado y una huella indeleble de forma positiva no solamente en el presente, sino en pro de las futuras generaciones. ¡Panamá espera que prontamente el CNAP encuentre su verdadera *raison d'être*!

Referencias Bibliográficas

ABA. (2024a). *Free Legal Help*. American Bar Association.
https://www.americanbar.org/groups/legal_services/flh-home/flh-free-legal-help/

ABA. (2024b). *Law School Accreditation*. American Bar Association.

https://www.americanbar.org/groups/legal_education/

Asamblea Nacional. (2022). *Ley No. 350 de miércoles 21 de diciembre de 2022 que regula el ejercicio de la abogacía en Panamá*. Gaceta Oficial.

https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29686_B/GacetaNo_29686b_20221221.pdf

CEJ. (2018). *Tasa de abogados por habitantes en Colombia y el mundo*. Corporación Excelencia En La Justicia. <https://cej.org.co/sala-de-prensa/justiciometro/tasa-de-abogados-por-habitantes-en-colombia-y-el-mundo/>

CNAP. (2016). *Estatuto del Colegio Nacional de Abogados de Panamá*. Colegio Nacional de Abogados de Panamá. <https://panamacna.com/estatuto-2/>

CONAUPA. (2024). *Miembros del Consejo*. Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria de Panamá. <https://coneaupa.edu.pa/miembros-del-consejo/>

Consejo de Gabinete. (2019, August 27). Resolución de Gabinete N° 77 (De martes 27 de agosto de 2019). *Gaceta Oficial*.

https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28847_B/GacetaNo_28847b_20190827.pdf

Crítica, R. /. (2023, July 21). Maritza Cedeño, elegida presidenta del Colegio Nacional de Abogados. *La Crítica de Panamá*. <https://www.critica.com.pa/nacional/maritza-cedeno-elegida-presidenta-del-colegio-nacional-de-abogados-655648>

CSJ. (1994). *Acción De Inconstitucionalidad, Interpuesta por los Lcdos. Luis Cervantes Díaz, Rodrigo Arosemena, Pedro A. Barsallo, Cecilia Arosemena De González, Rodrigo Molina Ortega, Juan Pablo Fábrega, Simón Tejeira Y Marcela De Pérez en contra Del Artículo 1º de l*. Corte Suprema de Justicia. <https://panamacna.com/wp-content/uploads/2022/03/FALLO-COLEGIACION-ABOGADOS.pdf>

FESPAD. (2010, February 10). Security plans fail. *The Foundation for Studies for the Application of Law (FESPAD)*. <https://www.fespad.org.sv/planes-de-seguridad-fracasan/>

Gaitán, G. (2011, July 9). César Ruiloba ganó las elecciones para presidir el Colegio Nacional de Abogados. *Panama America*. <https://www.panamaamerica.com.pa/nacion/cesar-ruiloba-gano-las-elecciones-para-presidir-el-colegio-nacional-de-abogados-704160>

Órgano Judicial. (2004a, August 8). Ley No 9 de 18 de abril de 1984 Por la cual se regula el

- ejercicio de la abogacía. *Órgano Judicial de Panamá*.
<https://organojudicial.gob.pa/noticias/noticia-30597>
- Órgano Judicial. (2004b, August 11). Ley N° 30 de 31 de diciembre de 1875 Por la cual se Reglamenta la Profesión de Abogado. *Órgano Judicial de Panamá*.
<https://www.organojudicial.gob.pa/noticias/noticia-30602>
- Órgano Judicial. (2004c, August 11). Ley No 55 de 17 de diciembre de 1924 Por la cual se reglamenta el ejercicio de la abogacía. *Órgano Judicial de Panamá*.
<https://www.organojudicial.gob.pa/noticias/noticia-30601>
- Redacción Digital La Estrella. (2012, August 9). En Panamá un título de abogado y un vaso de agua no se le niega a nadie. *La Estrella de Panamá*.
<https://www.laestrella.com.pa/panama/politica/vaso-panama-titulo-abogado-KOLE349416>
- SCImago. (2022). About Us. *The SCImago Journal & Country Rank*.
<https://www.scimagojr.com/aboutus.php>
- SNI. (2022). *Sistema Nacional de Investigación*. Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SENACYT). <https://sni.senacyt.gob.pa/>
- Torres, E. (2016). Los Sectores Medios en Panamá en la Década de 1920. *Tareas*, 153(mayo-junio), 27–39. <https://www.redalyc.org/pdf/5350/535055492003.pdf>
- UP. (2020). *Oficina de Relación con los Graduados*. Universidad de Panamá.
https://upportal.up.ac.pa/buscador_egresados.php
- USMA. (2023). *USMA relanza Doctorado en Derecho*. Universidad Santa María La Antigua.
<https://info.usma.ac.pa/usma-relanza-el-doctorado-en-derecho/>
- Velarde, Ó. (2015). Origen e Itinerario de la Formación Jurídica en Panamá. *Tribunal de Cuentas*, 74. <https://tribunaldecuentas.gob.pa/wp-content/uploads/2013/05/Origen-e-itinerario-de-la-formación-jurídica-en-Panamá.-Mgdo.-Oscar-Vargas-Velarde1.pdf>
- Zeballos, E. (2023, July 15). Examen de idoneidad para abogados debe ser revisado. *El Siglo de Panamá*. <http://elsiglo.com.pa/panama/examen-barra-debe-revisado/24230479>

Cuestiones penales sobre la humanización de la pena **Criminal issues on the humanization of sentencing**

Por: **Muñoz Arango, Campo Elías**

Universidad de Panamá.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá.

Correo: campo@outlook.com

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2979-5153>

Entregado: 29 de febrero del 2024

Aprobado: 3 de abril del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6383>

Resumen

El Estado tiene la pena como una reacción penal contra el delito, y los fines y la función de la pena han evolucionado reconociendo el principio de humanidad y de dignidad de las personas, por tanto la pena no puede tener un carácter utilitarista y retributivo, sino que debe cumplir fines de prevención general y especial, y más que nada respetar la dignidad del condenado, y para ello las legislaciones como la nuestra se han encargado de consagrar principios, postulados básicos, aunque desde hace mucho tiempo, hay una brecha entre lo que dice la ley y la realidad, porque aunque se han establecido algunas políticas, lo cierto es que la grave situación carcelaria es preocupante por el hacinamiento carcelario.

Abstract

The State has the penalty as a criminal reaction against the crime, and the purposes and function of the penalty has evolved recognizing the principle of humanity and dignity of people, therefore the penalty cannot have a utilitarian and retributive nature, but rather that it must fulfill general and special prevention purposes, and more than anything, respect the dignity of the convicted person, and for this, legislation like ours has been in charge of enshrining principles, basic postulates, although for a long time, there has been a gap between the what the law and reality say, because although some policies have been established, the truth is that the serious prison situation is worrisome due to prison overcrowding

Palabras claves: pena, humanidad, dignidad, retribución, hacinamiento

Key words: penalty, humanity, dignity, retribution, overcrowding.

1. Introducción

El proceso de humanización de la pena se ha desarrollado y ha alcanzado un protagonismo ya las legislaciones han ido incorporados principios que limitan la facultad del Estado para castigar y a imponer penas severas, inclusive la pena de muerte. La influencia de las ideas de los pensadores como Beccaria con su obra *De los Delitos y de las penas* (1764) conduce necesariamente a manifestar respecto de la persona humana del procesado y sentenciado y procura su reducción y rehabilitación social. El principio también reposa en la “Mínima Intervención del Estado”, y en el Derecho Penal como “última ratio legis”.

La pena no es más que un castigo aplicado por los organismos del Estado para quien ha violado la ley penal, pero también se entiende como un castigo o dolor físico, tormento o sentimiento corporal o moral que se impone a quien ha violado un precepto y proviene del latín "poena", que significa castigo, suplicio, o del griego "ponos".

En principio la pena se empleó como una venganza privada, limitada en ocasiones por la ley del talión en el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas, y luego se convierte en una venganza pública.

Hablar de la pena, tiene distintos significados, pero lo fundamental es que encierra un castigo, un sufrimiento para quien ha violado la ley, el cual es impuesto por la autoridad judicial.

SANDOVAL HUERTAS (1982), nos dice que, "la pena es la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo, ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable", por lo que debe ser impuesta conforme al principio de legalidad (Cuello Calón, 1975)

Ya en otras publicaciones hemos recogido las características de la pena, su personalidad, su proporcionalidad y legalidad entre otros, sin embargo, en este ensayo que presentamos que es un extracto de una investigación que concluimos recientemente, procederemos a señalarles los aspectos de relevancia de la misma.

La pena es personal, porque recae exclusivamente sobre los culpables, y en consecuencia se extingue a la muerte del culpable; y los herederos no responden por las acciones penales, pero sí por las consecuencias civiles. Este principio de personalidad de las penas hace que las mismas no trascienden a terceros no culpables del hecho cometido como a bien lo han mencionado, RODRIGUEZ DEVESA (1994) y CUELLO CALON (1975).

También es de importancia el carácter legal que tiene la pena porque se rige por el principio de legalidad, la pena solo puede imponerse cuando se trata de hechos previstos en la ley penal, "nullum crimen, nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio u nemo iudex sine lege, por autoridad judicial y solo puede ser revocada por otra norma legal o por indulto o amnistía (Peña Cabrera, 1983).

Aunque la pena es proporcional, no deja de ser discutible las situaciones que en el orden legislativo la sanciones son muy severas, ni tampoco los supuestos en que por la autoridad judicial se aplican penas desproporcionales, y no se toma en cuenta, que debe haber una relación entre el hecho realizado y la pena impuesta al sujeto, con excepción de los reincidentes.

Además de lo anterior, la pena tiene un carácter inderogable porque debe ser ejecutada por el delincuente, aunque tenga limitaciones en los casos de libertad y condena condicionales (Peña Cabrera, 1983).

No deja la pena también de ser aflictiva, pues el reo o condenado tiene consecuencias personales, hay un sufrimiento, pues pierde una serie de derechos personales, y otros en el orden económico, sin embargo, eso no puede evitarse.

2. La función de la pena

Numerosas teorías han tratado de explicar la función, la finalidad o el fundamento de la pena, y en primer término, nos vamos a referir a las *teorías absolutas*, en la que la pena no es medio para ningún fin, se castiga al sujeto delincuente porque tiene que reparar o retribuir a la sociedad el daño causado por la violación del delito, de ahí que no tiene funciones de intimidación o de otra naturaleza.

Por su parte las *teorías relativas*, también denominadas teorías de la prevención, sostienen que la pena tiene no tiene un carácter retributivo, sino que es un medio para lograr otros fines, como es la prevención general y prevención especial. En la prevención general, el carácter intimidante de la ley penal actúa alejando al sujeto, en el segundo, actúa sobre el sujeto que ha delinquido para que no cometas nuevos delitos (Arango Durling, 2020).

Las teorías de la prevención conciben la pena como un medio para alcanzar otros fines, siendo el más destacado exponente de la prevención general Feuerbach, pues siguiendo a este autor lo más importante es la intimidación o coacción que se opera sobre los individuos desde el momento de la creación de la norma penal, mientras que Von Listz, es por el

contrario el más destacado exponente de la prevención especial (Feuerbach, 1840, Muñoz Pope, 2003).

Y por último, tenemos las *teorías mixtas*, que consideran que la pena no solo tiene un carácter retributivo, sino que cumple también finalidades de prevención, criterio que es compartido por la doctrina mayoritaria.

Estas teorías tradicionales, sin embargo, han sido objeto de cuestionamiento de ahí que se hayan presentado en la doctrina otras alternativas, que de conformidad con algunos autores pueden agruparse en las corrientes abolicionistas y las funcionalistas, en las que en el caso del primer criterio no se han impuesto, pues el Derecho Penal no muestra signos de extinción en la actualidad, sino más bien de transformación por la influencia de los cambios, que traen consigo los nuevos tiempos (Busato/ Montes Huapaya, 2005).

En cuanto a las *teorías funcionalistas*, nos encontramos ante dos posturas: la postura de Jakobs (prevención general positiva), y otra más moderada de Roxin (prevención general positiva desde postulados garantista).

Las teorías modernas tienen la particularidad de que los fines de la pena, se aprecian desde una *prevención general positiva*: en prevención general como fundamento de la intervención del derecho penal, y la prevención general que busca limitar a la prevención general intimidatoria, señalando como partidario de la primera a Welzel (versión ética, se conecta la pena con la conciencia ético social) y a Jakobs (versión sistémica, como una muestra de la vigencia de la norma (Ruiz/ Agudelo Betancur y otros, 2002, Villavicencio, 2006).

Con lo anterior, se observa que estas nuevas concepciones sobre la pena, atienden a una función utilitaria de la pena, es decir, de *prevención general positiva*, pues se afirma que mediante la aplicación de la pena se ratifica constantemente la vigencia afectiva de las normas penales (del orden jurídico-penal en general) que han sido vulneradas, en cuanto que se contraponen al delito, la pena, reforzándose de este modo la confianza general en todo a la vigencia de aquellas normas (Jaén Vallejo, 1998).

En otras palabras, la *teoría de la prevención general positiva* sostiene que la legitimidad del derecho penal, del ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, radica en mantener la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma, en consecuencia las penas se aplican para demostrar que la norma está vigente, el autor que comete el delito defrauda la confianza

de todos en la vigencia de la norma y entonces, para restablecer esa confianza, aunque no empíricamente, hay que aplicar una pena. Esta es la función del Derecho Penal” (Jaén Vallejo, 1998).

Así pues, partiendo de puntos de vista sistémicos o estructura-funcionalistas de la moderna sociología, se considera que la función de la pena es la prevención general positiva, en otras palabras, dado que el delito es un comportamiento divergente respecto de los modelos aceptados de conducta y de las expectativas sociales institucionalizadas expresadas en normas (comunicaciones de deseos en forma de imperativos u órdenes), la pena debe servir al fin socialmente útil de reforzar la convicción colectiva en torno a la vigencia de la norma violada, fomentar los lazos de integración y de solidaridad social, frente a los posibles infractores y afianzar la confianza institucional en el sistema (Zugaldía Espinar 2002, Jakobs, 1995).

En efecto, hay que reconocer que el delincuente ciertamente actúa en contra de una norma, pero que con ello no necesariamente daña la vigencia social de la norma en forma duradera. Pues cuando el delincuente es tratado como delincuente, es decir, es castigado, ello demuestra la vigencia social plena de la norma. El delincuente ha puesto en duda su vigencia para sí mismo, pero la sentencia recaída en su contra establecer claramente lo que hizo sin razón” (Jakobs, 2008).

Como es de suponer, esta nueva teoría critica las teorías de prevención general tradicionales, pues sostiene que los fines de estas no pueden verificarse (teoría de la prevención negativa) sobre todo en lo que respecta a las dificultades de resocialización, sin embargo, también tiene sus puntos débiles como es el de carecer de criterio para la limitación de la cantidad de pena aplicable al autor del delito (Zugaldía Espinar, 2002)

Las objeciones y críticas a la postura de Jakobs no han faltado, y han sido planteadas desde la perspectiva doctrinal, destacando, entre otros, que la eliminación de los límites del ius puniendi tanto en su aspecto formal como material conduce a la legitimación y desarrollo de una política criminal carente de legitimación democrática (Quintero Olivares, 1996).

Por lo que respecta a la prevención general positiva limitadora, su exponente además de Schmidhäuser, ha sido Roxin, con su teoría unificadora dialéctica, centrando su postura por las diferentes etapas que atraviesa la pena, a saber: creación de la norma, individualización judicial y ejecución, partiendo de la idea que ni la prevención general ni la

especial consideradas de modo independiente y excluyente, pueden sustentar y legitimar los fines de la pena, pero no se yuxtapone un fin tras otro sino que se vinculan en un sistema lógico fines de prevención general y especial (Serrano Maillo, 1999, Ruiz, Agudelo y otros, 2002).

Para tales efecto, la prevención general, opera en la fase de la conminación de la pena actuando sobre los sujetos, mientras que la prevención especial, sigue teniendo vigencia en la fase de imposición o individualización de la pena, la cual debe proceder a la aplicación de la misma con ciertas limitaciones, pero se indica también que aquí opera de manera conjunta con la prevención especial, y finalmente, en la ejecución de la pena, lo que predomina es la prevención especial positiva, es decir, la resocialización (Ruiz, Agudelo y otros, 2002).

En ese sentido, se sostiene que en la fase segunda debe ser el criterio de la proporcionalidad lo fundamental para la imposición judicial de la pena (Suárez Mira-Rodríguez, 2006), de manera que como haya señalado la doctrina (Villavicencio, 2006), se acoge Roxin no a la retribución completa de la pena, sino a un elemento importante, que es el principio de culpabilidad, evitando de ese modo que se perjudique la dignidad humana.

En efecto, nos dice ROXIN (1997), que el defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es el que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en un Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición del rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada.

3. El Principio del respeto a la dignidad humana como elemento rector de la humanización de la pena.

La dignidad es el fundamento de los derechos humanos, es “la cualidad de digno de un individuo, que definimos a su vez como una cualidad correspondiente y proporcionada al mérito y condición de una persona” (Carrasco, 1989), y en nuestra legislación penal, en el Código Penal, en su artículo 1° determina que este texto legal se fundamenta en el respeto de la dignidad humana., por lo que debemos aceptar sin mayor reflexión, que los preceptos consagrados en el mismo han sido regulados reconociendo los atributos de las personas o su condición de sujeto de derecho, descartando todas aquellas situaciones que impliquen lesiones a su dignidad.

También, el artículo 5° del Código Penal del 2007, dispone que “Las normas y los postulados sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la Constitución Política y en los Convenios internacionales vigentes en la República de Panamá son parte integral de este Código. Además son mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

En el tema de la humanización de la pena, se reconoce que la pena es una reacción que tiene el Estado ante el delito, sin embargo, las mismas no deben ser crueles ni aplicarse con carácter retributivo o ejerciendo una ley del talión, sino más bien en concordancia con el respeto a la dignidad del condenado. Así de acuerdo con el Diccionario prehispánico del español jurídico, el principio de humanidad de las penas es un principio jurídico que exige un contenido y extensión de las penas que no sean contrarios a la dignidad personal del reo. «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5).

4. Principios vinculados a la humanización de la pena.

4.1 Principio de legalidad

En el artículo 4° del Código Penal del 2007 se indica que “Solo se puede castigar a la persona por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta este previamente descrita por la ley penal”, precepto que tiene relación con el artículo 9, que manifiesta que “nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley al tiempo de su comisión, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no prevea”, que en este último consagra una garantía penal conocida “*nullum crimen nulla poena sine previa lex*”

Hoy en día, el principio de legalidad está ampliamente reconocido y no solo es un derecho para las personas, sino también un límite para el Estado en cuanto que no puede aplicarse penas o medidas de seguridad por analogía.

Lo anterior, implica que nadie puede ser sancionado por un hecho si este no está previsto como punible por medio de una Ley antes de la realización del mismo ni sometido a sanciones distintas de las previstas con anterioridad por la propia Ley (art. 9), se responde por los actos definidos como hecho punible en la ley penal (art. 12), o en otras palabras, por el delito, es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable (art.-13), por lo que la interpretación analógica es rechazada.

En opinión de MUÑOZ POPE (2003) el principio de legalidad comprende lo siguiente:

- a) Que solo puede considerarse como punible el hecho que ha sido previamente señalado como delictivo por la ley (*nullum crimen sine lege*),
- b) Que a un hecho definido como delictivo solo puede imponérsele la sanción penal previamente establecida en la ley, (*nulla poena sine lege*)
- c) Que la ley penal solo puede ser aplicada por los organismos jurisdiccionales creados para tal fin, de acuerdo con el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico y con las garantías de que goza todo sujeto (*nemo damnetur ni si per legale iudicium*).

En consecuencia, el principio de legalidad también tiene relación con el *artículo 10*, *garantía penal* y procesal, que determina que las penas y medidas de seguridad corresponde aplicarlas a los tribunales competentes “*nemo iudex sine inidcium* “, que proviene a su vez del artículo 32 de la Constitución Nacional, y que además de ello aparece consagrada en convenios internacionales de derechos humanos, y a su vez con *el artículo 11*, que delimita que “los procesos que se sigan en contravención a lo dispuesto en los dos artículos anteriores son nulos, y quienes hayan actuado en ellos como jueces o funcionarios de instrucción serán responsables en todo caso, civil y criminalmente por los daños o perjuicios que resultaran del proceso ilegal”, y finalmente, con los artículos 4° y 9 , nos permiten vincular con el *principio de responsabilidad por el hecho*, que rechaza el Derecho Penal de autor, y con el *principio de imputación personal* antes indicado.

Además de lo anterior, tenemos el *Principio de taxatividad y seguridad jurídica*, en la que hay una exigencia de que el legislador establezca de manera concreta y precisa los hechos punibles, y con ello también encontramos varios preceptos que hacen referencia a que el hecho este previsto en la ley penal (art. 4), mientras que por su parte, a lo que debe adicionarse lo contenido en el artículo 12 del Código Penal del 2007, manifiesta que “la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”.

De igual forma, tiene importancia la prohibición de la analogía, pues el artículo 16 indica que “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica sólo son posibles cuando beneficien al imputado”.

Así pues, se rechaza la interpretación analógica del Derecho Penal, contraria al principio de legalidad, de manera, que en Derecho Penal las normas no pueden ser creadas

por otra fuente que no sea la ley , lo cual deja ciertamente muy poco margen de actuación a la analogía, la cual, si es “in malam partem” está absolutamente proscrita por efecto del principio de legalidad, dado que no pueden aplicarse analógicamente las normas penales que fundamentan la responsabilidad penal definiendo conductas como típicas o que agravan la pena (Arango Durling, 2020, Suárez Mira Rodríguez, 2006).

Con lo anterior, el ciudadano tiene una garantía de que solo los hechos previstos en la legislación penal, y las sanciones señaladas son las que tienen un efecto, de ahí que el Estado no puede ir más allá de lo señalado en la norma penal. En esa línea, los artículos 11 y 12 respectivamente señalan que, la “ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca, y, que “para que una conducta sea considera delito debe ser la típica, antijurídica y culpable”.

De otro lado, se ha considerado positivo y mayoritariamente ha sido aceptada por la doctrina la “analogía in bonam partem”, la analogía favorable cuando un precepto favorece al reo atenuando su pena.

4.2 Principios de imputación personal y responsabilidad por el hecho. Derecho penal del acto

Las penas tienen un carácter personal, solo se aplican a la persona física que cometió el hecho punible y no a terceras personas, de ahí que el artículo 4º, consagra el principio de legalidad, manifiesta que “Solo se puede castigar a la persona por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta esté previamente descrita por la ley penal”

4.3 La necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena. Su carácter jurisdiccional.

Una de las características del derecho penal moderno, es la consagración de principios en las legislaciones penales en las que se determina la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad de la pena, además de su carácter jurisdiccional.

Así el recurso al Derecho Penal solo debe hacerse cuando sea útil y necesario (Zugaldía Espinar, y otros, 2002,,Arango Durling,2020), no debe ser pura retribución y castigo, y debe haber proporcionalidad desde dos perspectivas: uno cuando el legislador crea la norma porque el hecho a castigar debe tener una pena acorde con la magnitud del hecho cometido (Orellana Wiarco, 1999), en otro caso, porque al momento de imponer la pena el

juzgador debe imponer la sanción de acuerdo a las circunstancias del hecho realizado, la afectación a la víctima y otros elementos, y como bien se ha indicado dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación del amedrentamiento de la persona y se respete la dignidad humana del condenado (Arango Durling, 2020, Bustos Ramírez .2004),

De igual forma, tenemos el *principio de razonabilidad* consagrado en el artículo 8, que dice que la penas y las medidas de seguridad deben ser impuestas con “razonabilidad”, expresión última, que a nuestro modo de ver es innecesaria, y está vinculado de manera directa con los principios de necesidad y de proporcionalidad, así como con el resto de los postulados señalados en el código.

Ahora bien, nos dice ARANGO DURLING (2020) que desde la perspectiva de los derechos humanos, se ha indicado que existen limitaciones y restricciones a los derechos humanos, entre los que se destaca, el principio de legalidad, los principios de privacidad y razonabilidad (Santagati:15), entendiendo por este, que “no basta con que se respete el principio de legalidad en la limitación de los derechos, sino que es necesario también que tal regulación se llevada a cabo en forma justa y racional”, por ende lo contrario a ello es lo “arbitrario”, y consecuentemente los actos son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente”.

5. Algunas instituciones en el Código Penal vinculadas con la humanización de la pena.

5.1 El aplazamiento de la pena.

Un tema que es necesario abordar respecto a la humanización de la pena es lo relacionado con el Aplazamiento de la pena, tema incluido en el Capítulo IV bajo el título de aplazamiento y sustitución de la ejecución de la pena principal.

Y es que el aplazamiento es una institución que respeta la dignidad del condenado, porque en situaciones especiales no es posible que el Estado determine obligatoriamente que deba continuar con la ejecución de la pena impuesta por tribunal, o de continuar con la ya impuesta, porque hay razones que se lo impiden.

Así pues, el Código Penal vigente considera que debe aplazarse la pena en los siguientes casos: a) Persona mayor de 70 años o más, b) Mujer grávida o recién dada a luz, c) Persona que padezca enfermedad grave, científicamente comprobada que le imposibilite

su cumplimiento de la pena, y d) Persona que posea discapacidad que no le permita valerse por sí misma.

Se trata de situaciones de quebrantos de salud grave, de enfermedad mental, o de estado de gravidez en las mujeres, que por razones de política criminal y siguiendo el principio de humanidad, limitan la ejecución de la pena.

En el primer caso, el aplazamiento se presenta cuando la mujer que está embarazada o ha dado luz con anterioridad menor a seis meses, o cuando el condenado a muerte ha presentado una solicitud de gracia.

Por su parte, el aplazamiento facultativo, recae sobre una solicitud de gracia de aplazamiento de pena pecuniaria o también cuando el condenado a pena de detención se encuentra en estado de grave enfermedad física, o cuando la mujer ha dado a luz más de seis meses y no hay modo de confiar al hijo a persona distinta de la madre, sin dejar de mencionar los supuestos en que el condenado sobreviniere enfermedad mental durante la ejecución de la pena.

Por lo que respecta a nuestra legislación vigente se consagra cuatro supuestos en los cuales se puede aplazar y sustituir las penas de prisión, arresto de fines de semana o de días multa por una pena de prisión domiciliaria, en determinadas situaciones en que la persona sancionada se ve impedida de cumplir o continuar con la ejecución de la pena, que comprenden los siguientes supuestos:

a) Persona mayor de 70 años o más, b) Mujer grávida o recién dada a luz, c) Persona que padezca enfermedad grave, científicamente comprobada que le imposibilite su cumplimiento de la pena, y d) Persona que posea discapacidad que no le permita valerse por sí misma.

Ahora bien, en nuestra opinión no se regula de manera apropiada el aplazamiento de la pena, y se aborda la materia en general, desde el criterio de la sustitución de la pena principal, salvo el supuesto de la mujer embarazada (artículo 108), donde se refleja la naturaleza del aplazamiento y expresamente indica que continuará cumpliendo la pena impuesta, luego de que haya dado a luz o el niño haya cumplido un año de edad.

En este contexto, de manera categórica el artículo 109 determina que la pena se aplaza en el caso de la mujer grávida o recién dada a luz hasta que el niño cumpla un año de edad, de manera que posterior a ella deba continuar con la pena impuesta. En este contexto, estamos ante un aplazamiento de la pena, porque esta se suspende o se difiere, y se reemplaza o

sustituye por la prisión domiciliaria, y posterior a las condiciones que establece la ley, debe continuar con el cumplimiento de la misma.

De igual forma, se regula por un lado, la potestad institucional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para evaluar si el imputado debe ser transferido a un centro penitenciario para continuar con la pena impuesta, por motivos de enfermedad (art.111), pues si desaparecen esos elementos en los sujetos indicados, debe ingresar nuevamente al centro penitenciario.

En consecuencia el código penal en su artículo 110 establece reglas procedimentales respecto a quien es la autoridad competente para evaluar a las personas que se encuentran en tales condiciones a fin de que puedan acogerse a la prisión domiciliaria o en su defecto continuar con la pena de prisión. Y si bien del presente precepto se infiere que todos los supuestos previstos en el artículo 108 están sujetos al aplazamiento y cumplimiento posterior de la pena cuando se den las situaciones, cabe señalar, que solo el artículo 109 es el único que de manera expresa determina el aplazamiento de la pena a la mujer grávida y su eventual cumplimiento de la condena.

5.2 La humanización de la pena. Su sustitución y el problema penitenciario.

5.2.1 Introducción

La idea de la sustitución de las penas, no es un tema reciente tiene su origen en las Reglas de Tokio, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de libertad de 14 de diciembre de 1990, señalan que los Estados deben fomentar la necesidad de incorporar “medidas no privativas de libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, con el fin de reducir la aplicación de las penas de prisión y “racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.

Con los “sustitutivos penales” se buscan alternativas a las penas cortas privativas de libertad, de prisión (Ojeda,1993,) y se constituyen así como medios de reacción penal que no implican imprisonment del sujeto condenado, y tiene en mente fines de prevención general y especial, y en el caso de nuestro país, para ello ya existió durante mucho tiempo la suspensión condicional de la pena, y a partir del Código Penal de 1982, se incluye el

reemplazo de la pena para supuestos no mayores de un año de prisión, y así de la misma manera lo ha hecho el código vigente según veremos más adelante.

5.2.2 Funcionalidad de los sustitutivos penales respecto a la humanización de la pena.

A nuestro modo de ver, los sustitutivos penales son un recurso estratégico para luchar contra la criminalidad y a la vez poner en vigencia el principio de humanización de la pena pues no todos los sujetos condenados por delitos, deben cumplir la pena en los centros penitenciarios, y para ello el juez debe hacer un estudio al momento de la individualización de la pena, a lo que se suma que muchos aducen el fracaso de la prevención especial.

Sostiene OJEDA VELASQUEZ (1993) que la acción de la cárcel es nefasta para el interno, por posibilidades remotas de readaptarse, por ser víctimas de corrupción de los guardianes desde su ingreso, por ser despojados de su dignidad y de sus pertenencias y por ser sometido a sistemas opresivos.

Todo lo anterior deja claro el fracaso de la prevención especial, porque desde el punto de vista del Derecho Penal como de Política criminal se exige la disminución del encierro sólo a los casos de notable peligrosidad del hombre, y por ello se promueve la incorporación de sustitutivos penales (Scime, 1986).

Con toda razón, indica MORILLAS (2003) que la crisis de la pena privativa de libertad y su consecuente comprensión como última ratio del Derecho Penal, hace aplicable la misma solo en aquellos supuestos en los que no existan otros medios para proteger a la sociedad o para evitar que el delincuente vuelva a cometer delitos en el futuro, lo cual ha originado intentos a nivel del derecho comparado, a sustituir esta clase de pena.

En este contexto, los sustitutivos penales cumplen una finalidad y tienen una función pues deben evitar la realización de nuevos hechos delictivos, a través de la prevención especial, procurando la enmienda del delincuente.

En ese orden de ideas la sustitución de la pena se rige por razones de prevención especial, a lo que agrega RIGHI/FERNANDEZ (1996), que la pena debe ser eficaz y en consecuencia no debe ser aplicada, aunque el delincuente la merezca, si al hacerlo se obtiene un efecto social contraproducente sobre todo cuando no permite intentar la readaptación social del condenado, y aumenta los riesgos de reincidencia por efecto del contagio carcelario.

Con los sustitutivos se evita que la persona ingrese a la cárcel y el principio de resocialización pone de relieve el ámbito de actuación de las sanciones sustitutivas, y por otro lado es el único camino que seguir viable, porque no aparta al condenado de la sociedad (Robledo Ramirez, 1996).

5.2.3 La humanización de la pena y los sustitutivos penales.

Hay numerosos principios que orientan la creación de sustitutivos penales, el principio de intervención mínima, principio de humanidad, de proporcionalidad, y de resocialización al cual nos hemos referido en otro trabajo, por lo cual les remitimos al respecto (Arango Durling/ Muñoz Arango, 2020).

En este aspecto, ciertamente tiene vigencia el principio de necesidad de la pena, en este caso el cumplimiento de la pena en prisión, si merece o no para efectos de mantener la convivencia pacífica en la sociedad que el delincuente se le aplique un sustitutivo penal, lo cual hay que evaluar si el hecho o no es merecedor de ese internamiento que siempre reclama la sociedad, sin dejar tomar en cuenta el principio de proporcionalidad que plantea acuerdo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON (1996) “que la configuración legislativa y la aplicación judicial o administrativa de cualquier clase de medidas restrictivas de las libertades debe adecuarse a sus fines, a su necesidad y en general debe ser proporcional al delito”.

Sin embargo, en esta materia el más importante a nuestro juicio es el *Principio de humanidad*, que obliga siempre a reconocer que el delincuente cualquiera que sea el delito que haya cometido es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho (Muñoz Conde, 2013).

En este contexto, la política criminal de la pena que debe imponerse es la del tratamiento del delincuente, con la finalidad de devolverle a una vida social libre y consiente, en consecuencia, la pena no debe ser utilizada con el fin de infligir un sufrimiento al reo ni en ella debe verse una satisfacción abstracta destinada a borrar el acto delictivo (Landrove, 1997). En todo caso, la retribución de la pena debe hacer que estas sean radical y completamente humanas, compatibles con la noción de dignidad (De Rivacoba, 1993).

Tomando en cuenta lo expresado, el principio de humanidad de las penas promueve la abolición de ciertas de penas (pena de muerte), así como también la sustitución de las

mismas, tomando en cuenta que debe tener un trato respetuoso al encarcelado (Muñoz Conde, 2013).

En lo que respecta a nuestro país, el tema de la aplicación de las penas ha sido criticado, por cuanto en ocasiones se ha aplicado penas de cárcel por trabajo comunitario (Rodríguez, 2018), y en otro caso a situaciones que la ciudadanía considera que es inapropiado (De Gracia, 2019)

En un estudio, sobre el Catálogo de medidas alternativas a las penas privativas de libertad en Latinoamérica y Panamá 2019, p.24), por el Programa Pacto, con la coordinación de la Cooperación Española (2019), en colaboración con la Comunidad Europea, se señaló lo siguiente:

El porcentaje de preventivos es del 53% sobre un total de 18.186 presos. La tasa de hacinamiento es de un 9%, ya que hay 16.183 personas privadas de libertad frente a 14.830 plazas disponibles. Aun cuando no hay estadísticas fiables, se afirma que la tasa de reincidencia se sitúa en un 60%. De acuerdo con el Código Penal panameño, son medidas alternas al cumplimiento de la pena de privación de libertad:

- La suspensión condicionada de la ejecución de la pena.
- El reemplazo de la pena de prisión por días-multa, por trabajos comunitarios, por participación en programas de estudio o trabajo dentro o fuera del centro penal, por tratamiento terapéutico multidisciplinario o por reprensión pública o privada (Código Penal, Ley 4/2017, de 17 de febrero, y Ley 55/2003, de 30 de julio, sobre sistema penitenciario).
- La prisión domiciliaria.

- La libertad vigilada. Desde la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, existe una dupla psicosocial conformada por personal profesional en psicología y trabajo social que da seguimiento a las causas que ingresan desde los distintos juzgados de cumplimiento a nivel nacional (Oficina Judicial del Sistema Penal Acusatorio). Como fortalezas del sistema se mencionan la puesta en funcionamiento de jueces de cumplimiento para el control de las medidas y la aplicación frecuente de las medidas en delitos castigados con pena inferior a cinco años de prisión.

Como debilidades del sistema se refieren las siguientes:

- La falta de personal técnico dentro del sistema penitenciario y las condiciones adecuadas para el desarrollo de los programas. 25
- La exigencia de ausencia de antecedentes penales en los diez años anteriores a la pena de prisión cuya alternativa se pretende.

- La falta de colaboración de las instituciones públicas y privadas en la implementación de medidas alternativas.

- La ausencia de un protocolo o reglamento que permita definir, aplicar y controlar con facilidad las medidas impuestas en sentencia.

- Dificultades relevantes en el control del cumplimiento efectivo de las medidas.

6. La humanización de la pena y Reinserción social.

En nuestro país, el artículo 7, se refiere a las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado; de acuerdo con el artículo 28 de nuestra Constitución que manifiesta que es imprescindible que el sistema penitenciario se rija por principios de seguridad, rehabilitación y defensa social, criterio que más tarde se incluye en la legislación penitenciaria, (Ley No. 55 de 2003).

La resocialización de las penas privativas de libertad ha sido siempre tema de debate, se indica que no es la única forma de prevención especial, pues ésta puede consistir también y en la mayoría de las penas no privativas de libertad, exclusivamente en intimidación especial, aseguramiento inocuización, lo que puede tener especial trascendencia para sujetos que se nieguen a la resocialización, como puede suceder con delincuentes profesionales incorregibles (LUZÓN PEÑA, 1979)

La resocialización debe orientarse en un sentido positivo es decir hacia el “respeto de la legalidad” de la libre decisión del condenado de aceptar someterse, cooperar o negarse al tratamiento de lo contrario, de ahí que se rechace aquella prevención especial de someterlo a una “especie de conejillos de indias” aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su dignidad como persona, trabajos forzados, etc. (Muñoz Conde, 2013), aunque se indica que el camino más viable hacia la resocialización del condenado es a través de los sustitutivos penales (Robledo Ramirez, 1996).

Se entiende por reinserción social, “la obligación de un Estado de proporcionar a la persona privada de libertad, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad., y debe dejar de ser bajo parámetros de modificación de conductas, para

pasar a realizarse no solo con el interno, sino también comprometiendo a la comunidad toda en ese proceso.” (Eurosocial, 2014:44).

Según la Ley 55 de 2003 que regula el sistema penitenciario, sus objetivos es lograr la resocialización del privado de libertad mediante un adecuado tratamiento penitenciario, el trabajo, la capacitación, la educación y la práctica de valores morales, y todo ello garantizando el respeto de sus derechos humanos (art.6).

De conformidad, con la Dirección General del Sistema Penitenciario, existen muchos programas encaminados a la resocialización del delincuente y se ha indicado que muchos de ellos han sido exitosos. “. Como ejemplo de estos, tenemos Eco sólidos, que fue producto de la iniciativa de privados del centro La Joyita ante la difícil situación de la recolección de basura dentro del penal. Actualmente, participan más de 700 privados de 3 centros penitenciarios y logran recolectar hasta una tonelada de basura al día. Estos desechos son debidamente reutilizados para confeccionar artesanías que han sido expuestas en ferias, así como para la utilización de abono orgánico para sembradíos; Igualmente podemos mencionar la marca penitenciaria “Integrarte”, en donde mediante talleres, más de 100 privados de libertad de 3 centros penitenciarios realizan productos artesanales de calidad. De igual manera, contamos con otros programas que han sido fortalecidos, como es el caso de la obra “Detrás del Muro”, en la que privadas de libertad del Centro Femenino de Rehabilitación (CEFERE) relatan sus vivencias dentro del penal y en el que se hacen críticas constructivas al sistema. Dicha obra, se ha convertido en un proyecto institucional que va por su quinta temporada; “Mi Silla Primero”, en donde privados de libertad reparan semanalmente 150 sillas destinadas a las aulas de clase de nuestros hijos. A la fecha, han logrado restaurar más de 6000 pupitres; por otro lado, por primera vez en la historia, clases universitarias son impartidas dentro del CEFERE y el Renacer. Este es un modelo sin precedentes, no solo en nuestro país, sino dentro de la región. A la fecha más de 30 mujeres privadas han obtenido un título universitario por medio de estudios realizados dentro del centro penal. A su vez, reconociendo que los jóvenes son el futuro de nuestro país, el Instituto de Estudios Interdisciplinarios, ha implementado Modelo de Intervención Integral en el Centro de Pacora, con el que se busca reducir la población de adolescentes en conflicto con la ley, capacitándolos e impulsando sus habilidades bajo un enfoque constructivo; Por otro lado, se ha llevado a cabo la difícil tarea de realizar el primer censo penitenciario, el cual es una

investigación científica de las características de la población penitenciaria, de manera que puedan elaborarse mejores estrategias orientadas a la resocialización” (Ministerio de Gobierno y Justicia.

Sin embargo, las denuncias y quejas sobre la situación actual de los centros penitenciarios no han faltado, y muchos de los problemas que se aducen es porque se cuenta con un “presupuesto, las infraestructuras que reportan hacinamiento no cambiarán, por lo que resulta imposible impulsar programas de reinserción que puedan dignificar al individuo que permanece detenido. La mora del sistema judicial complica más las cosas. En octubre de este año había 7.588 presos –35% del total de la población carcelaria– que estaban en espera de que se decidiera su proceso” Se señala además, que “el sistema penitenciario se caracteriza por grandes injusticias y desigualdades, como el caso del requerido presupuesto que aporte los recursos necesarios. En el quinquenio de 2018 a 2022, la población penitenciaria panameña creció 23%. El presupuesto para las cárceles, solo 9%.” A las dificultades de hacinamiento, salud y educación, Toro suma factores como la carencia de personal especializado debidamente remunerado y la falta de instalaciones adecuadas para cumplir los objetivos (Testa 22/11/2022)

El asunto en las cárceles es sumamente serio hay hacinamiento, los detenidos en forma preventiva comparten las celdas con los condenados, en una abierta violación a los estándares internacionales. Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos establecen que la población penitenciaria no debe superar los 500 reclusos. En Panamá, sin embargo, existen seis centros que superan los 1.000 presos (Testa22/11/2022)

En ese sentido, nos dice PINTO (2022), que “El hacinamiento penitenciario afecta a todas las provincias, según se desprende del informe mensual que registra el Ministerio de Gobierno (Mingob). La información del mes de octubre indica que en Panamá hay 21,523 privados de libertad en centros penitenciarios con una capacidad de 14,591. De ese total de población penitenciaria, 13,935 personas han sido condenadas y 7,588 están en espera de un proceso. El informe del Mingo indica que hay una sobrepoblación en esta nación centroamericana de 6,932. Por provincias, la información resalta que en Chiriquí hay una capacidad de 1,030 detenidos, pero tiene una población penitenciaria de 2,155. Bocas del Toro con una población penitenciar de 656, en sus cárceles tiene una capacidad de 292. En el caso de Veraguas, su capacidad penitenciar es de 150 personas, pero tiene 683 privados de libertad”.

De igual forma, se ha señalado que en “un país con centros penitenciarios muestra que existe un problema serio de resocialización e incorporación de ese ser a la sociedad como parte de la población productiva. Son los custodios penitenciarios, a los que hace poco se les aprobó la carrera administrativa, los que hasta este momento se encargan de mantener el orden y la vigilancia dentro de los centros penitenciarios. Nada ha variado por más de un siglo. Estos centros mantienen hacinamiento y antes de resocializar son universidades del delito” (R. Panamá, 2020).

Pero lo que se afirma sobre la problemática del sistema penitenciario, no es nada nuevo, ya en un Informe de Acceso a la justicia y derechos humanos en Panamá (2009) se explicaba sobre el hacinamiento de las cárceles, el escaso presupuesto asignado por el Estado a la Dirección General del Sistema Penitenciario, la mayor gravedad en las partidas asignadas se constata en la atención a la salud de los detenidos, ausencia de partidas destinadas a invertir en el mejoramiento y modernización de las estructuras de los centros penales, como en el sistema de resocialización de los internos”, y se agrega que persiste el hacinamiento, falta de información estadística confiable sobre los privados de libertad, incremento de los presos sin condena, carencia frente a los derechos fundamentales de los detenidos, entre otros aspectos relevantes; parece arrojar que la modernización del sistema penitenciario no se ha logrado” de programas de rehabilitación, bajo asignación presupuestaria para hacer.

De otra parte, en Washington, el 28 de octubre de 2009, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), presentó sus argumentos para que este organismo internacional declare que el Estado de Panamá es responsable de la tortura a la que fue sometido el ecuatoriano Jesús Tranquilino Vélez Loor mientras estuvo detenido en cárceles panameñas entre el 2002 y el 2003

En cuanto a la defensa de oficio de los condenados se ha llegado a garantizar la misma³²⁸, lo que no ocurría en un pasado. Las dificultades para la garantía de los derechos de los privados de libertad quedaron reflejadas cuando a pesar una recomendación realizada en 2004 por el Defensor del Pueblo para que el gobierno comenzara a cerrar la prisión de la

Chorrera debido al hacinamiento y las condiciones insalubres, ésta permaneció abierta³²⁹. Con respecto a los problemas de salud de los privados de libertad ha dicho la Alianza Ciudadana Pro Justicia: Uno de los aspectos más delicados en la población interna, lo es la salud. Al existir condiciones de hacinamiento, resulta difícil mantener niveles de salud adecuados. Según la Defensoría del Pueblo, el 17% padece de algún tipo de enfermedad, el 6.3% tiene problemas pulmonares, el 4% padece de hipertensión, el 3.1% de problemas intestinales y el 2.3% de problemas cardíacos. Resulta relevante señalar que el 73.5% de la población censada en agosto de 2003, dijo no haber recibido atención médica durante el tiempo en que han estado detenidos. Por otro lado se ha criticado diversos abusos que han sido cometidos por guardas de las prisiones en contra de los detenidos, resultando que algunas de las denuncias han dado lugar a sanciones administrativas o procedimientos judiciales. En este sentido el informe de 2006 dado por la Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá sobre la situación de los derechos humanos dice: “El abuso por guardas de las prisiones, tanto de la PNP como civiles, fue un problema recurrente. Entre enero y noviembre los oficiales policiales recibieron e investigaron ocho casos de presuntos abusos por guardas de las prisiones. Las investigaciones de la DRP dieron como resultado sanciones administrativas contra 15 agentes. Hasta diciembre, el Ministerio Público estaba considerando el enjuiciamiento de dos agentes superiores por supuestos abusos”³³⁰. La gran cantidad de presos por cien mil habitantes que tiene Panamá, lo mismo que las condiciones de hacinamiento de las prisiones revelan un grave problema de acceso a la justicia, ya que no ha sido posible realizar acciones suficientes para combatir esas situaciones”.

También en esa línea, en el año 2011, la Defensoría del Pueblo señalaba en un documento que “Como quiera que se ha detectado una inoperancia del sistema de tratamiento progresivo-técnico, que establece la Ley, además hemos constatado la existencia de insuficientes programas de resocialización, rehabilitación y reeducación y la falta de acceso a los programas. En este sentido vale la pena proponer: Priorizar el diseño de un modelo de tratamiento para jóvenes primo-delinquentes que permita protegerlos de la contaminación carcelaria y ofrecerles herramientas para la prevenir la futura reincidencia. Adecuar áreas para desarrollar talleres de laborterapia “en cada centro penal a nivel nacional que contemple la máxima participación de la población penal calificada. Reactivar los convenios

interinstitucionales existentes para desarrollar los programas de resocialización y promover nuevos convenios con instituciones públicas y empresas privadas que coadyuven en la reinserción del interno a la sociedad. Nombrar suficiente personal idóneo para la integración de las juntas técnicas en cada centro penal a nivel nacional”

Además, en el año 2013 se realizó una investigación y se redactó un informe llevado a cabo por estudiantes de la Clínica Internacional de Derechos Humanos del Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (“Clínica de Harvard”) bajo la dirección del Profesor Clínico y Director Ejecutivo del Programa de Derechos Humanos, James Cavallaro y en su informe expresa lo siguiente:

El sistema penitenciario de Panamá se encuentra en un estado permanente de crisis. A pesar de haber promulgado leyes y reglamentos nacionales que, de ser implementados, asegurarían el respeto por los derechos humanos y una condición adecuada de vida para las personas privadas de libertad, el Estado panameño ignora sus propias directrices diariamente. Una combinación de escasos recursos, una administración deficiente, y una presunta corrupción han conducido en parte a condiciones deplorables en donde los derechos de las personas privadas de libertad son violados rutinariamente. El Estado panameño debe tomar acción inmediata para mejorar los centros penitenciarios panameños y garantizar que las necesidades básicas de los detenidos sean satisfechas”

En fecha más reciente, la Defensoría del Pueblo de Panamá en conjunto con el Mecanismo de prevención para la tortura, elaboró un Informe sobre la Evaluación nacional de la situación de las mujeres privadas de libertad, con condiciones adicionales de vulnerabilidad, en la que se destacan otros aspectos, en una visita efectuada al Centro de Panamá y de Algarrobos donde se señala la situación precaria, que “podrían ser consideradas como malos tratos; recomienda que se “refuerce las iniciativas de mantenimiento y reparación continua para el mejoramiento de las condiciones materiales de los centros, en especial del Centro de Panamá y el Centro de Algarrobos. Igualmente recomendamos que, desde el Órgano Ejecutivo, se sigan generando los procesos necesarios para el reconocimiento de medidas alternativas a la privación de libertad, como las libertades

condicionales y las rebajas de pena, que, en conjunto con las medidas otorgadas por los Jueces de Cumplimiento, podrían implicar una reducción significativa en la población penitenciaria. En este mismo sentido, recomendamos al Instituto de la Defensoría de Oficio, que preste especial atención a los casos de mujeres con condiciones adicionales de vulnerabilidad, en especial en aquellos casos en los que es viable la aplicación de una medida distinta de la privación de libertad (por riesgo de salud y/o cumplimiento de otras condiciones)”. También en el mismo informe se denunciarlos, problemas de agua potable, Limitaciones en la dotación y suministro de insumos y artículos de higiene, incluyendo artículos de higiene femenina a atención médica de las privadas de libertad con condiciones adicionales de vulnerabilidad presenta importantes desafíos para el Sistema Penitenciario. Recomendamos igualmente que las clínicas penitenciarias, en coordinación con la dirección de los centros, generen iniciativas de sensibilización y prevención con las privadas de libertad, con la finalidad de que reciban información de concienciación dirigida al cambio de hábitos que podrían ser perjudica Limitado acceso a programas y procesos de rehabilitación para reclusas mayores de 60 años. Limitaciones en la atención psicológica y psiquiátrica, y condición de mujeres privadas de libertad con discapacidades psicosociales.

De otra parte, en su Informe 2021-2022 (p.126 y ss.), la Defensoría del Pueblo, señala que también se han levantado informes especiales sobre la calidad del agua para el consumo humano de las personas privadas de libertad, el 01/06/2022, se acude junto con personal especializado del laboratorio de análisis de la Universidad Tecnológica de Panamá, al Complejo Penitenciario La Joya, a fin de efectuar la toma de las muestras necesarias para el análisis de la calidad del agua en dicha locación penitenciaria, en ese sentido se tomaron muestras en tres puntos distintos del sistema de dotación de agua del complejo, con la finalidad de obtener un resultado concluyente que demuestre científicamente, si el agua disponible para esta población penitenciaria, es apta o no para el consumo humano. Los días 06 al 17/02/2022, se efectuó una gira de trabajo a los 14 centros penitenciarios a nivel nacional, con la finalidad de obtener información de primera mano y con base en esos insumos proyectar la dinámica de visitas y gestiones administrativas para el resto del año. Los hallazgos detectados ponen en evidencia que la política penitenciaria del Estado panameño requiere de esfuerzos extraordinarios en materia de logística y procesos

administrativos internos; además, de la dotación de presupuesto adecuado que satisfaga las necesidades del sistema penitenciario en todo su contexto. El día 22/04/2022, la Dirección de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad, logró reunir en el Centro Penitenciario La Nueva Joya, a los directores de los centros Penitenciarios del Complejo La Joya, con autoridades del Ministerio de Salud y la Policía Nacional, para aunar esfuerzos con el objetivo de realizar mejoras en la prestación del servicio de salud, a las personas privadas de libertad. El día 20/10/2022, se sostuvo una segunda reunión, en la Defensoría del Pueblo, con la finalidad de dar seguimiento a los objetivos planteados en la primera reunión. El día 02/09/2022, se sostuvo reunión en la Defensoría del Pueblo la Dirección, con especialistas del John Jay College de Nueva York, con el objetivo de colaborar con una investigación con fines diagnósticos de la evolución que ha tenido Panamá, en cuanto a la transición del Sistema Inquisitivo al Sistema Penal Acusatorio (SPA), cuyo resultado es brindar información útil y valiosa a los propósitos de estas investigaciones. Consejo de Política Penitenciaria Los días 19/09/2022 y 20/10/2022, la Dirección de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad, participó en 2 reuniones ante el Consejo de Política Penitenciaria, el cual es presidido por el Ministerio de Gobierno, en donde se abordan temas a favor de las personas privadas de libertad como son: la salud, educación, debido proceso, entre otros, cuya finalidad es presentar propuestas que garanticen el disfrute de los derechos humanos a más de las 22 mil personas privadas de libertad en todo nuestro territorio nacional. Como resultado de las permanentes gestiones por parte de esta dirección, se logró que se inicie la instalación de teléfonos públicos para facilitar la comunicación de las personas privadas de libertad con sus familiares y abogados, esto cumpliendo con los protocolos que establece cada centro penitenciario para tales fines, este proyecto inició en el Centro Penitenciario La Nueva Joya y la Cárcel Pública de Chiriquí. Otro logro a destacar, es la agilización de la obtención de citas de especialidades médicas de las personas privadas de libertad en el Hospital Santo Tomás, logrando facilitar el proceso a través de intercambio de información y aclaración de los procesos a los custodios penitenciarios encargados de estas tareas; en ese mismo sentido se logró que la jefatura de salud penitenciaria de la Dirección General del Sistema Penitenciario, acceda rápidamente a la autorización de atenciones médicas especializada cuando la persona privada de libertad o sus familiares cuentan con los medios económicos para sufragar esos gastos. De igual forma,

se logró que el Ministerio de Gobierno y la Dirección General del Sistema Penitenciario, atiendan la problemática del agua, para consumo humano en el Complejo Penitenciario La Joya, esto a raíz de un informe de la Defensoría del Pueblo, en el que se detectaron serias anomalías en las tomas de agua para el consumo de la población penitenciaria de este lugar; como consecuencia se procedió con la limpieza de los pozos y la mejora del sistema de recolección y distribución del agua a cada centro penitenciario. En atención a una consulta formulada, al Procurador de la Administración para que emitiera concepto sobre la facultad de la institución nacional de derechos humanos, para acceder a información confidencial contenida en los expedientes de las personas privadas de libertad, se logró que el abogado del Estado, reconociera la categoría de “autoridad competente” a la Defensoría del Pueblo cuando se trata de gestiones administrativas, en virtud de investigaciones por quejas o peticiones y la obligación de las autoridades públicas de cooperar y entregar la información solicitada, más allá de las limitaciones que establece la Ley de Protección de Datos y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información. Logro que empodera y refuerza a la Defensoría del Pueblo en su rol garante y protector de los derechos humanos de la colectividad. Ps.126-128 <https://www.defensoria.gob.pa/wp-content/uploads/DEFENSORIA-DEL-PUEBLO-INFORME-ANUAL-2021-2022.pdf>

7. Consideraciones finales

La exigencia del principio de humanidad de las penas es un hecho universal, sin embargo, como hemos visto de la realidad social hay una brecha entre lo que dice la ley y lo que se vive en los centros penitenciarios de nuestro país.

El hacinamiento carcelario, es uno de los problemas más graves que se constituye como un obstáculo para lograr cumplir con el respeto a la dignidad del condenado y del detenido provisionalmente, y por ende con las exigencias que reclama la Ley 55 de 2013, sobre el tratamiento al condenado, y esto ya es un hecho reiterativo.

También tenemos los problemas de la falta de presupuesto, la atención a los condenados y la protección al derecho a la vida, que asegura el Código Penal que debe orientar los fines de la pena.

Otro de los elementos para señalar, es lo referente a la aplicación de los sustitutivos penales, el aplazamiento de la pena, que exigen que se tomen en cuenta desde la individualización de la pena y de la individualización administrativa de los centros penitenciarios, con esto y todo lo antes señalado, ciertamente, que hay un maltrato por parte del Estado hacia los condenados, sujetos de segunda categoría, que tienen derecho a cumplir la pena en mejores condiciones.

8. Bibliografía

- Acevedo, J. R. (2008). Derecho Penal General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal, Taller Senda.
- Arango Durling, V. (2003). Introducción a los Derechos Humanos. Ediciones Panamá Viejo.
- Arango Durling, V. (2016). Derecho Penal, Parte General. Ediciones Panamá Viejo.
- Arango Durling, V., Muñoz A., C. (2020). Las consecuencias jurídicas del delito. Ediciones Panamá Viejo.
- BBC, “Balacera en La Joyita: al menos 12 muertos y 13 heridos en una reyerta en la controvertida cárcel de la Ciudad de Panamá <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50818486> 18/12/2019.
- Benjamin, A. T. “No hay dios que solucione esto” La dura realidad de las cárceles panameñas. https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10_2010/6136.pdf
- Binder, A. (2004). Introducción al Derecho Penal. adhoc.
- Busato Paulo, C. / Montes Huapaya, S. (2005). Introducción al Derecho Penal. Fundamentos para un sistema penal democrático. Servicios gráficos.
- Bustos Ramírez, J. (1995), Manual de Derecho Penal, Parte General. Ariel., Obras completas, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, (2004). Ara editores.
- Canovas Therot, F. La humanización del sistema penal y la función del ministerio público, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2107/4.pdf>
- Carrasco, L. (1989). Delitos contra el honor. Universidad de Panamá.

CEJIL, Panamá´ acusada internacionalmente de torturar en cárceles, Agosto 27, 2009, <https://cejil.org/comunicado-de-prensa/panama-acusada-internacionalmente-de-torturar-en-carceles/>

Cobo del Rosal, M./ Vives Antón, T..(1996). Derecho Penal, Parte General, Universidad de Valencia.

Córdoba Zartha, F. (1995). La Carta de Derechos y la Corte Interamericana. Temis.

Cuello Calón, E. (1975), Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Barcelona, Bosch Casa Editorial.

De Gracia, M. “Críticas a reemplazo de pena apelará Raúl De Saint Malo, Fiscalía

https://www.tvn-2.com/nacionales/criticas-raul-saint-malo-fiscalia-video_1_1088320.html,6/10/2019.

Defensoría del Pueblo de Panamá, Supervisión de los derechos humanos de las personas privadas de libertad una mirada al sistema penitenciario panameño análisis y propuestas.<http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/sistema%20penitenciario%20panammeno.pdf><http://h>

Defensoría del Pueblo de Panamá, Informe conjunto con el Mecanismo de prevención para la tortura elaboró un Informe sobre la Evaluación nacional de la situación de las mujeres privadas de libertad, con condiciones adicionales de vulnerabilidad. K. Minder y N. Quintero.

Defensoría del Pueblo de Panamá, Defensoría del Pueblo gestiona mejoras en atención de salud para privados de libertad.

<https://www.defensoria.gob.pa/defensoria-del-pueblo-gestiona-mejoras-en-atencion-de-salud-para-privados-de-libertad/> octubre 5, 2022 –

Defensoría del Pueblo de Panamá, Defensoría del pueblo detecta trato cruel e inhumano a privada de libertad por inacción de juez de Paz.-libertad-por-inaccion-de-juez-de-paz/ agosto 10, 2022

Defensoría del Pueblo de Panamá, Informe anual 2021-2022 [https://www.defensoria.gob.pa/wp-content/uploads/DEFENSORIA-DEL-PUEBLO-Informe](https://www.defensoria.gob.pa/wp-content/uploads/DEFENSORIA-DEL-PUEBLO-Informe_anual-2021-2022.pdf) anual-2021-2022.pdf.

Díaz, J. M, Hacinamiento, un mal que persiste en las cárceles”2 de noviembre de 2022.

<https://www.prensa.com/judiciales/hacinamiento-un-mal-que-persiste-en-las-carceles/>

Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada Documento de Trabajo nº 17 Serie: Guías y Manuales Área: Justicia Madrid, diciembre 2014 http://sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1427301931-DT_17.pdf.

- Guerra de Villalaz, A., A. Villalaz de Allen., G. Manual de (2009) Derecho Penal, Parte General. Litho editorial Chen.
- Harvard Clinic Panamá Prisons, Injusticia y desigualdad en las cárceles panameñas, rp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2013/10/HarvardClinicPanamaprison.pdf
- Hurtado Pozo, J. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General. Grijley.
- Jaén Vallejo, J. M. (1998), Cuestiones básicas del Derecho Penal. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma s.r.l
- Jakobs, G., (1995), Derecho Penal, Parte General. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Marcial Pons.
- Landrove Díaz, G. (1992), Las consecuencias jurídicas del delito. Tecnos.
- Llobet, J. , Acceso a la justicia y derechos humanos en Panamá/IIDH, 2009.
- Luzón Peña, D. (1979). Medición de la pena y sustitutivos penales. Universidad Complutense.
- Mapelli Caffarena, B. /Terradillos Basoco (1996). Las consecuencias jurídicas del delito. Civitas.
- Morillas Cueva, (2003). Valoración político criminal de la pena, en Cuaderno de derecho judicial, Madrid.
- Muñoz Conde, F./ García Aran, M.(2013). Derecho Penal Parte General. Tirant lo blanch,
- Muñoz Pope, C. (1985. Lecciones de Derecho Penal, Tomo II, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Panamá.
- Introducción al Derecho Penal (2003). Ediciones Panamá Viejo, 2ª edición, 2003.
- Ojeda Velásquez, (1993). Derecho Punitivo. Editorial Trillas.
- Orellana Wiarco, O. (1999). Curso de Derecho Penal, Parte General. Editorial Porrúa.
- Panamá informe de derechos humanos, 2020. https://gpa-mprod-mwp.s3.amazonaws.com/uploads/sites/10/2021/04/PANAMA-2020-HUMAN-RIGHTS-REPORT_final-ESP.pdf
- Peña Cabrera, R. (1983. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Edición Sesator.
- Pinto, A., Todas las cárceles, excepto la de Darién, presentan hacinamiento. <https://www.panamaamerica.com.pa/judicial/todas-las-carceles-excepto-la-de-darien-presentan-hacinamiento-1214734-24/11/2022>

PNUD, Curso No.2 (2021), Gestión de recursos de los Centros Penitenciarios. Representante Residente de PNUD Panamá Linda Maguire Representante y Residente Adjunta PNUD <https://campusvirtual->

Polaino Navarrete, M. (2013), Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Tomo I-II. Tecnos.

Radio Panamá (2020), Sin filtro: Panamá y el fracaso de su sistema de resocialización en cárceles. <https://radiopanama.com.pa/sin-filtro-panama-y-el-fracaso-de-sus-sistema-deresocializacion-en-carceles-4002789/ENERO>

Righi, E./ Fernández, A. (1996). Derecho Penal, La ley. El delito. El proceso y la pena. Hammurabi.

Rivacoba, M. (1993). Función y aplicación de la pena. Depalma editores.

Robledo Ramírez, J. (1996). Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales, Estudio de su regulación en España y México. Edersa.

Rodríguez Devesa, J. M./ Serrano Gómez, A. (1994). Derecho Penal Español, Parte General. Dykinson.

Rodríguez, O. (2018), Polémica por sustitución de penas.

https://www.prensa.com/imprensa/panorama/Polemica-sustitucion-penas_0_5040246014.html

Roxin, C (1997), Derecho Penal, Parte General. Traducción por D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo. Civitgas.

Rubio, C. E., La resocialización dentro de los centros penitenciarios <https://www.mingob.gob.pa/la-resocializacion-dentro-de-los-centros-penitenciarios/>

Sandoval Huertas, E. (1982), Penología, parte general. Universidad Externado de Colombia.

Scime, Salvador, F. (1986). Pena y libertad. Pensamiento jurídico editora.

Suarez-Mira Rodríguez, C. (Coordinador). Á. Prieto/ J. R., Piñol Rodríguez, (2001). Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ª edición. Thomson-Civitas.

Suarez, M., Humanización de la pena, febrero de 2016.

<https://fcabogados.com/es/humanizacion-de-la-pena/>

Testa, A. Cárceles panameñas, entre masacres y falta de recursos <https://www.laestrella.com.pa/nacional/221122/carceles-panamenas-masacres-falta-recursos>,

Velásquez, (1997). Derecho Penal, Parte General, 3ª edición. Editorial Temis.

Verger Ramírez, S. (1997). Derechos humanos: fundamentación. Tecnos.

Villavicencio, F. Derecho Penal, Parte General, Griley.

Zugaldía Espinar, J. M. (2002). Derecho Penal. Parte General. Tirant Lo Blanch.

Carrera administrativa, desde un enfoque práctico: ¿El tribunal administrativo de la función pública es una realidad o no?
Administrative career, from a practical approach: Is the administrative tribunal of the civil service a reality or not?

Por: **Rodríguez Villarreal, Antonio Ariel**
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Panamá

Correo: Antonio9005@hotmail.com / antonio9005@usal.es

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6773-2910>

Entregado: 1 de marzo del 2024

Aprobado: 5 de abril del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6384>

Resumen:

La Carrera Administrativa, es obligatoria para todas las instituciones públicas del Estado, y los municipios subsidiados. Se aplica en forma supletoria para todas las instituciones que se regulen por leyes especiales u otras Carreras de la Función Pública.

En la Ley de Carrera Administrativa, se establecen los derechos y deberes de los servidores públicos en general, así como los derechos que tienen los servidores públicos de Carrera Administrativa, como la estabilidad laboral en los puestos de trabajo. Esta estabilidad laboral la adquieren los servidores públicos que hayan sido incorporados a la Carrera Administrativa por la Dirección General de Carrera Administrativa, bien sea a través del Procedimiento Ordinario de Ingreso o “concurso” (POI) o el Procedimiento Especial de Ingreso (PEI), siempre que los servidores públicos cumplan con los requisitos del cargo exigidos por el Manual Institucional de Clases Ocupacionales.

A través de la Ley 9 de 1994, se adoptó la Carrera Administrativa, sin embargo, con el pasar de los años, la Ley de Carrera Administrativa, ha sido modificada e 4 cuatro ocasiones y debido tales modificaciones realizadas la Ley de Carrera Administrativa, carece de un orden estructural lógico, lo que causa confusión en la aplicación e interpretación de las normas relacionadas a la administración de recursos humanos de los servidores públicos.

Además de lo anterior, se han creado nuevos organismos públicos dentro del sistema de Carrera Administrativa, como lo es el caso del Tribunal Administrativo de la Función Pública, que viene a reemplazar a la Junta de Apelación y Carrera Administrativa.

Palabras clave: Carrera Administrativa, Ley, reformas a la Ley, destitución, Dirección General de Carrera Administrativa, recurso de reconsideración, recurso de apelación y servidor público.

Summary:

The Administrative Career is mandatory for all public institutions of the State and subsidized municipalities. It is applied in a supplementary manner for all institutions that are regulated by special laws or other Public Service Careers.

In the Administrative Career Law, the rights and duties of public servants in general are established, as well as the rights that public servants in the Administrative Career have, such as job stability in jobs. This job security is acquired by public servants who have been incorporated into the Administrative Career by the General Directorate of Administrative Career, either through the Ordinary Entry Procedure or “competition” (POI) or the Special Entry Procedure (PEI), provided that public servants meet the position requirements demanded by the Institutional Manual of Occupational Classes.

Through Law 9 of 1994, the Administrative Career was adopted, however, over the years, the Administrative Career Law has been modified 4 four times and due to such modifications, the Administrative Career Law lacks of a logical structural order, which causes confusion in the application and interpretation of the regulations related to the administration of human resources of public servants.

In addition to the above, new public bodies have been created within the Administrative Career system, such as the Administrative Tribunal of the Public Service, which replaces the Board of Appeals and Administrative Career.

Keywords: Administrative Career, Law, reforms to the Law, dismissal, General Directorate of Administrative Career, appeal for reconsideration, appeal and public servant

Introducción

Al presentar este artículo al lector, buscamos analizar en pocas páginas y de forma práctica, lo relativo a la Carrera Administrativa, en lo que se refiere a la administración del

recurso humano al servicio del Estado panameño, y los organismos públicos que conforman el sistema de Carrera Administrativa.

Se busca dar a conocer cuáles son los derechos y deberes de los servidores públicos, y entender todo lo relativo al funcionamiento del sistema de Carrera Administrativa, partiendo del análisis de la Ley 9 de 1994, la cual se encuentra próxima a cumplir 30 años de vigencia en la República de Panamá.

Se hará especial énfasis en el estudio de cada uno de los organismos creados por el legislador a través de la Ley de Carrera Administrativa, y se evaluarán cada una de las funciones, tareas y responsabilidades de tales organismos públicos que integran el sistema de Carrera Administrativa.

Se abordarán, además, pero de forma somera, los mecanismos que prevé la Ley de Carrera Administrativa, para dar estabilidad laboral a los servidores públicos en sus puestos de trabajo, en especial para aquellos que destaquen por su profesionalismo, capacidad, moralidad y servicio público, que son características que deben tener todos los servidores públicos que prestan servicio a una institución pública.

Por otro lado, se abordará lo relativo a las reformas que ha sufrido la Ley de Carrera Administrativa, durante los 30 años de vigencia, y que aspectos deben mantenerse y cuáles deben ser cambiados o eliminados, para poder tener una administración pública que brinde un servicio público que sea eficiente y de calidad.

El artículo, que se presenta al lector, ha sido preparado, sobre la base de mi experiencia, conocimiento y manejo de la Ley 9 de 1994, por haber desempeñado el cargo de Jefe de la Unidad de Asesoría Legal y abogado de la Dirección General de Carrera Administrativa del Ministerio de la Presidencia desde el 1 de noviembre de 2021.

Por ello, trataré de hacer llegar al lector un artículo que sea de fácil entendimiento, para que estos tópicos que han sido poco tratados en la literatura jurídica panameña, puedan ser comprendidos y ser de fácil aplicación para abogados, servidores públicos, autoridades nominadoras o máximas autoridades de instituciones públicas y las Oficinas Institucionales de Recursos Humanos de las instituciones públicas.

1. Concepto de Carrera Administrativa.

En algunos países se emplea el concepto de servicio civil, como un sinónimo de Carrera Administrativa y en efecto, se entiende que, el servicio civil es el “conjunto de instituciones, personas, normas y principios que regulan las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores”. (Diccionario préhispanico, n.d.).

Vale destacar que, en la República de Panamá, la figura ha sido regulada bajo la denominación de Carrera Administrativa, y no bajo el concepto de servicio civil, como ha ocurrido en otros países tales como Costa Rica, Honduras, República Dominicana, ello debido a que, la figura del servicio civil, para el caso de la República de Panamá, según el artículo 301 de la Constitución Política, se destina el servicio civil obligatorio para los estudiantes y egresados de las instituciones educativas que prestan servicios temporales a la comunidad antes de ejercer libremente su profesión y oficio. Por tal motivo, en el país no se pudo utilizar la denominación de servicio civil, y se le llamó Carrera Administrativa.

La Carrera Administrativa, es definida como el “conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y de progreso profesional de los funcionarios públicos” (Diccionario préhispanico, n.d.)

Otro autor ha señalado que la Carrera Administrativa, es “un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se harán exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección por concursos públicos y abiertos” (Carrera Administrativa, s. f.-b)

La carrera administrativa, “puede definirse como el conjunto de expectativas profesionales que tiene un funcionario al ingresar en la Administración. Una vez nombrado en la función pública, el funcionario queda vinculado a una organización en la que, normalmente, va a desarrollar toda o gran parte de su vida profesional. La carrera debe ser a la vez un derecho del funcionario y un instrumento para la Administración. Como derecho del funcionario refleja sus expectativas profesionales.” (Gaztañaga, n.d.)

“La Carrera Administrativa se fundamenta en dos ideas. La primera, es un sistema donde el funcionario público eficiente y con méritos, crece y permanece. La segunda, aún más importante: un funcionario público eficiente y que ha crecido en base a méritos, brindará un excelente servicio a todos los ciudadanos que atiende”. (*¿Qué Es La Carrera Administrativa?*, n.d.)

En efecto, puede verse en el artículo 2, numeral 12 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No.696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, que se define la Carrera Administrativa, como la principal esfera de actividad funcional, regulada por esta Ley, dentro de la cual deben desempeñarse los servidores públicos. La legislación de Carrera Administrativa es fuente supletoria de derecho para las demás carreras públicas y leyes especiales.

De todo lo antes dicho, se colige que la Carrera Administrativa, es el sistema a través del cual la Administración Pública capta a los servidores públicos administrativos, que destaquen por su profesionalismo, lealtad, capacidad, moralidad, y les permite a las instituciones públicas retener a ese recurso humano, que tiene cualidades necesarias para prestar un servicio público eficiente y de calidad.

A estos servidores públicos se le otorgan beneficios como estabilidad laboral en sus puestos de trabajo, facilidad para aplicar en concursos de ascensos para desempeñar cargos públicos de mayor jerarquía o responsabilidad, entre otros.

Al respecto, se debe indicar que, “La Ley de Carrera Administrativa señala en su artículo 2, cuáles son las clases de servidores públicos. Esta clasificación es muy importante para poder determinar que funcionarios estarán sujetos a la Carrera Administrativa y quienes se registrarán por otras carreras contenidas en leyes especiales”. (Nuñez Vega, 2011)

De lo anterior, se colige que, en la Ley de Carrera Administrativa, es un instrumento legal que, no aplica para cargos públicos o instituciones públicas que se regulen por carreras públicas distintas a la Carrera Administrativa o leyes especiales, y que solo puede aplicarse supletoriamente, pero, solo para casos de vacíos legales. La Ley de Carrera Administrativa, solo puede aplicarse a servidores públicos administrativos, para darle estabilidad laboral en sus puestos de trabajo.

2. Consideraciones acerca de la Ley de Carrera Administrativa.

En el Capítulo 3, del Título XI de la Constitución Política, denominado “Organización de la organización de personal”, específicamente en el artículo 305, se instituyen Se carreras en la función pública, conforme a los principios del sistema de méritos, y se establecen las siguientes:

- La Carrera Administrativa.
- La Carrera Judicial.
- La Carrera Docente.
- La Carrera Diplomática y Consular.
- La Carrera de las Ciencias de la Salud.
- La Carrera Policial.
- La Carrera de las Ciencias Agropecuarias.
- La Carrera del Servicio Legislativo.
- Las otras que la Ley determine.

Es importante destacar que, a través de la Ley 9 de 1994, se reguló lo relativo a la Carrera Administrativa, que está prevista en la Constitución Política de la República en el Título XI.

Vale destacar que, “la idea de establecer un sistema de servicio civil en la República de Panamá, empezó a aflorar y se originó en la década de los cincuenta. Sin embargo, fue establecido de manera definitiva con la promulgación de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, mediante la que se establece la Carrera Administrativa, para estructurar sobre la base de méritos y eficiencia, los procedimientos y normas aplicables a los servidores públicos de la República de Panamá” (De León, 2008).

Las otras Carreras de la función pública o también llamadas Carreras públicas, están reguladas en otros instrumentos legales. Por ejemplo, la Carrera Judicial, está regulada a través de la Ley 53 de 2015, la Carrera Diplomática, está regulada por la Ley 28 de 1999, la Carrera Policial, está regulada en la Ley 18 de 1997.

Lo establecido en la Constitución Política, en relación a la Carrera Administrativa, se trata de una norma programática, es decir, que es una “regla incluida en la Constitución que

carece de eficacia directa y solo establece criterios de actuación para el legislador ordinario” (Diccionario préhispanico, n.d.) y que entonces, a través de la Ley 9 de 1994, le legislador, le dio un desarrollo en un marco legal, a la Carrera Administrativa.

Se indica en el artículo 1 de la Ley 9 de 1994, que tal instrumento legal, desarrolla los Capítulos 1°, 2°, 3° y 4° del Título XI de la Constitución de la República de Panamá; regula los derechos y deberes de los servidores públicos, especialmente los de Carrera Administrativa en sus relaciones con la Administración Pública, y establece un sistema de administración de recursos humanos para estructurar, sobre la base de méritos y eficiencia, los procedimientos y las normas aplicables a los servidores públicos.

De esta manera, la Ley de Carrera Administrativa, es un instrumento legal que es de uso obligatorio para todas las dependencias del Estado, y para los municipios no subsidiados, y se aplica supletoriamente en las demás instituciones públicas que se rigen por otras carreras públicas legalmente reguladas o por leyes especiales.

Lo anterior denota que, la Ley de Carrera Administrativa es un instrumento jurídico de mucha importancia y trascendencia para la administración del sistema de recursos humanos y sus subsistemas.

Tiene como función primordial dotar a las instituciones del Estado, de servidores públicos con las competencias necesarias para el desarrollo de las tareas que le corresponde realizar en la Administración Pública, cumpliendo las mismas con los mejores estándares de eficiencia y transparencia, pero, aún se requieren realizar ajustes para que la Ley de Carrera Administrativa, sea una norma jurídica de avanzada, dado el tiempo que ha transcurrido desde su creación y modificaciones posteriores.

2.1. Finalidades de la Ley de Carrera Administrativa.

Las finalidades de la Ley de Carrera Administrativa, están previstas en el artículo 3 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No.696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, y son las siguientes:

- Garantizar que la administración de los recursos humanos del sector público se fundamente estrictamente en el desempeño eficiente, el trato justo, el desarrollo profesional integral, la remuneración adecuada a la realidad socioeconómica del país, las oportunidades

de promoción, así como todo aquello que garantice dentro del servicio público un ambiente de trabajo exento de presiones políticas, libre de temor, que propenda a la fluidez de ideas y que permita contar con servidores públicos dignos, con conciencia de su papel al servicio de la sociedad.

- Promover el ingreso y la retención de los servidores públicos que se distingan por su idoneidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad, que son cualidades necesarias para ocupar los cargos públicos que ampara esta Ley y sus reglamentos.
- Establecer un sistema que produzca el mejor servicio público que proteja al servidor público de Carrera Administrativa, en sus funciones, de las presiones de la política partidista; y que garantice a los que obtienen el mandato popular llevar adelante su programa de gobierno.

2.2. Principios de la Ley de Carrera Administrativa en Panamá.

Los principios en los que se rige la Carrera Administrativa en la República de Panamá, son los siguientes:

- Igualdad de trato y oportunidad de desarrollo económico, social y moral para todos los servidores públicos, sin discriminación alguna.
- Incremento de la eficiencia de los servidores públicos y de la Administración Pública en general.
- Equidad y justicia en la administración de los recursos humanos al servicio del Estado.
- Competencia, lealtad, honestidad y moralidad del servidor público en sus actos públicos y privados.

2.3. Reformas a la Ley de Carrera Administrativa.

Vale destacar que, con el pasar de los años, durante las distintas administraciones presidenciales, la Ley de Carrera Administrativa, ha sido modificada por lo menos en 4 ocasiones.

La primera modificación se realizó a través de la Ley 24 de 2007; la segunda modificación, se hizo a través de la Ley 43 de 2009, la tercera modificación se hizo a través de la Ley 23 de 2017; y la cuarta modificación, se hizo a través de la Ley 241 de 2021.

En ese sentido, debido a las múltiples modificaciones realizadas a la Ley de Carrera Administrativa, la misma carece de un orden estructural. Además de ello, algunos tópicos laborales del sector público, están contenidos y regulados en otras disposiciones legales, por lo que se encuentran dispersos, lo que causa confusión en la aplicación e interpretación de las normas relacionadas a la administración de recursos humanos de los servidores públicos.

Es necesario resaltar que, la Dirección General de Carrera Administrativa, a través del Ministerio de la Presidencia, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, elaboró y presentó ante la Asamblea Nacional, el día 31 de agosto de 2023, el Proyecto de Ley 1075 “Que subroga la Ley 9 de 1994, Que establece y regula la Carrera Administrativa¹”.

El referido proyecto de ley, establece una nueva Ley de Carrera Administrativa, que reemplazaría la actual Ley 9 de 1994. El mismo fue aprobado en primer debate por la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales, sin embargo, se mantiene en la Asamblea Nacional, pendiente del trámite de segundo debate, es decir, que aún no es Ley de la República. Tal documento, fue discutido, con las Asociaciones de servidores públicos y representantes de otras instituciones públicas en mesas de trabajo en el primer debate².

¹ Cuando yo ocupaba el cargo de jefe de la Unidad de Asesoría Legal de la Dirección General de Carrera Administrativa, trabajé en la elaboración del Proyecto de Ley 1075 Que subroga la Ley 9 de 1994, Que establece y regula la Carrera Administrativa, para su presentación ante la Asamblea Nacional, consideré que no tenía sentido hacer una modificación a la Ley 9 de 1994, ya que la misma ha sido modificada en 4 ocasiones.

Por tal motivo, al magíster Sara Pedreschi, directora general de la Dirección General de Carrera Administrativa, durante la Administración del Presidente Laurentino Cortizo, le sugerimos al trabajar el proyecto de ley, que se confeccionara mejor en una propuesta que adoptara una nueva Ley de Carrera Administrativa, para corregir los errores que mantiene la Ley 9 de 1994, debido a las constantes modificaciones que ha sufrido la Ley, petición que fue acogida por la misma.

² Cuando me refiero al Proyecto de Ley 1075 Que subroga la Ley 9 de 1994, hablo desde mi experiencia como jefe de la Unidad de Asesoría Legal de la Dirección General de Carrera Administrativa, en la preparación y elaboración del documento que fue presentado ante la Asamblea Nacional que incluye la exposición de motivos y el proyecto de ley. El documento presentado fue ampliamente discutido con otros abogados del Ministerio de la Presidencia. También participé en mesas de trabajo que se hicieron con el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral durante los años 2021, 2022 y 2023.

Así mismo, acompañé en calidad de asesor a la Magíster Sara Pedreschi, directora general de la Dirección General de Carrera Administrativa, cuando compareció ante el Consejo de Gabinete para explicar al presidente de la República y los ministros de Estado, para solicitarle a ese cuerpo colegiado que le diera la autorización al Ministro de la Presidencia, para poder presentar el Proyecto de Ley ante la Asamblea Nacional.

2.4. Organismos que se regulan en la Ley de Carrera Administrativa.

Para nosotros, el profesor de la Universidad de Panamá y actual magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Cecilio Cedalise Riquelme, erróneamente ha indicado al referirse a la Carrera Administrativa, que en la Ley 9 de 1994, en la Ley “...se establecen estructuras y mecanismos para la selección científica de los servidores del Estado, tales como la creación de la Dirección General de la Carrera Administrativa, la Junta Técnica de Carrera Administrativa, Junta de Apelación y Conciliación de la Carrera Administrativa y las Oficinas Institucionales de Recursos Humanos. A esas estructuras les está encomendada toda la actuación sobre el ingreso a la carrera administrativa (por vía regular o vía especial), selección, nombramiento, posesión, ascensos, traslados, incentivos, evaluación y capacitación de los servidores públicos”. (Órgano Judicial de Panamá, 2017).

Compartimos el criterio de que en la Ley de Carrera Administrativa, se establecen las estructuras y mecanismos para la selección de servidores públicos al servicio del Estado, que incluyen a la Dirección General de Carrera Administrativa, la Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa, la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, hoy Tribunal Administrativo de la Función Pública y las Oficinas Institucionales de Recursos Humanos, más no el criterio de que, que a todos los organismos públicos que creó la Ley de Carrera Administrativa, le corresponde la actuación, sobre el ingreso a la Carrera Administrativa, sino que esta es una función, que es exclusiva de la Dirección General de Carrera Administrativa, a través de la aplicación del Procedimiento Ordinario de Ingreso o “concurso” (POI) y del Procedimiento Especial de Ingreso (PEI), que serían los mecanismos regulares o vía especial, a los que se refiere el autor.

En lo que respecta a las Oficinas Institucionales de Recursos Humanos, en coordinación y supervisión de la Dirección General de Carrera Administrativa, le corresponde realizar los procedimientos técnicos de acciones de recursos humanos de selección, nombramiento, posesión, ascensos, traslados, incentivos, evaluación y capacitación de los servidores públicos.

Además, estuve presente en las mesas de trabajo que tuvieron lugar en la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales, que se realizaron en ocasión del primer debate del Proyecto de Ley 1075.

Los otros organismos de Carrera Administrativa, como lo son la Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa, la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, hoy Tribunal Administrativo de la Función Pública, le corresponden otras funciones o tareas que el autor no mencionó en su artículo.

Es por ello, que, de manera somera, en el presente artículo, estableceré cuáles son los organismos que regula la Ley de Carrera Administrativa, y cuál es la función que tiene cada uno en el sistema de Carrera Administrativa, y a continuación los detallo:

2.4.1. La Dirección General de Carrera Administrativa.

La Dirección General de Carrera Administrativa funciona como el organismo normativo y ejecutivo de las políticas de recursos humanos que dicta el Órgano Ejecutivo, y ajusta su actuación a las disposiciones de la Constitución Política, de la presente Ley y de los reglamentos que se dicten para su desarrollo. Está a cargo de un director general y un subdirector general y son nombrados por el presidente de la República. Es uno de los órganos superiores de la Carrera Administrativa.

La Dirección General de Carrera Administrativa, según lo dispuesto en el artículo 9 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No.696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, tiene como funciones las siguientes:

- Diseñar el sistema de administración de recursos humanos, su organización, programas y mecanismos de ejecución, información, evaluación y control.
- Dictar los reglamentos, sistemas y procedimientos que faciliten la puesta en práctica de las medidas y disposiciones señaladas en la presente Ley.
- Ejecutar las políticas de recursos humanos del sector público basadas en las directrices del Órgano Ejecutivo.
- Presentar al Ejecutivo el anteproyecto de Ley General de Sueldos y/o sus modificaciones, en base a los cuales se regirá la Administración Pública.
- Administrar el régimen de salarios e incentivos y fiscalizar el régimen disciplinario.
- Dirigir los programas de evaluación de desempeño y productividad; la capacitación y desarrollo de recursos humanos; los procedimientos de ascensos y traslados; y la terminación del ejercicio de la función pública.

- Supervisar las condiciones de seguridad, higiene y bienestar de los servidores públicos.
- Autorizar la creación de los cargos de Carrera Administrativa y conferir el certificado de estatus respectivo a quienes cumplan los requisitos para ser considerados como tales servidores públicos.
- Colaborar con las carreras públicas establecidas por la Constitución y la ley en aspectos técnicos comunes.
- Informar, por los conductos regulares, a los Órganos Ejecutivo y Legislativo la evolución y control del Sistema de Carrera Administrativa.
- Brindar apoyo a la Junta de Apelación y Conciliación, a fin de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la presente Ley.
- Ejercer los demás deberes y atribuciones que le confieren esta Ley y sus reglamentos.

En nuestra opinión, la función que realiza la Dirección General de Carrera Administrativa, que es la más importante, es la de expedir los certificados de estatus de Carrera Administrativa a los servidores públicos, para que gocen de estabilidad laboral en sus puestos de trabajo entre otros derechos.

Estas incorporaciones a la Carrera Administrativa, la Dirección General de Carrera Administrativa, las realiza, mediante el Procedimiento Ordinario de Ingreso (POI) o “concurso”, luego de que el servidor público nombrado, ha sido sometido al cumplimiento de un período de prueba en el cargo que ocupa, y se le ha aplicado una evaluación de ingreso, en la que este ha obtenido un resultado satisfactorio. También pueden hacerse a través del Procedimiento Especial de Ingreso (PEI), siempre que el servidor público cumpla con los requisitos mínimos del cargo establecidos en el Manual Institucional de Clases Ocupacionales.

Sobre este tema, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución fechada 28 de noviembre de 2013, bajo la ponencia del ex magistrado **VÍCTOR BENAVIDES**, se ha pronunciado sobre la Carrera Administrativa y la estabilidad laboral de los servidores públicos, y ha indicado que:

“Los funcionarios públicos son todas las personas incorporadas al desarrollo de las actividades realizadas propiamente por la administración y que, por tanto, están relacionadas con ella por una relación de servicios retribuidos y regulada por el Derecho Administrativo.

En este concepto general de servidor entran, tanto los servidores de nombramiento, como los que ascienden a los cargos públicos por la vía de elección popular; así como abarca, tanto las personas que prestan sus servicios al gobierno central, como a las entidades descentralizadas.

La Ley de Carrera Administrativa señala en su artículo 2, cual son las clases de servidores públicos. Esta clasificación es muy importante para poder determinar cuáles funcionarios estarán sujetos a la Carrera Administrativa, cuales se registrarán por otras carreras contenidas en leyes especiales y finalmente cuales no están amparados bajo las prerrogativas de la norma en comento.

Así, resulta de gran importancia señalar, que el funcionario de carrera administrativa es el principal sujeto de las normas de la Ley No. 9 de 1994. Los Servidores Públicos de Carrera Administrativa son las personas que han ingresado a la carrera administrativa con mérito para la estabilidad en el ejercicio de su cargo establecido en el Manual de Clasificación Ocupacional Institucional.

Así lo da a conocer las distintas normas de las cuales podemos mencionar la Procuraduría de la Administración, la Contraloría General de la República, y la Constitución Política de la República de Panamá.

Conforme al glosario de la norma en comento, se entiende por Carrera Administrativa a la principal esfera de actividad funcional, regulada por esta Ley, dentro de la cual deben desempeñarse los servidores públicos. Lo que en palabras del Doctor Cesar Quintero, es la selección científica de los servidores del Estado, su especialización, consagración y derechos.

En la actualidad, la Carrera Administrativa es el resultante de un enfoque sistémico que se utiliza en las esferas gubernamentales, y tienen dos características básicas: el Mérito y la Estabilidad”. (Lo subrayado es nuestro). (Benavides et al., n.d.)

2.4.2. La Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa.

Es uno de los órganos superiores de Carrera Administrativa, y tiene dentro de sus funciones las siguientes:

- Asesorar al presidente de la República en materia de administración de recursos humanos.
- Proponer al presidente de la República políticas de recursos humanos del sector público, acompañadas con las recomendaciones que estime convenientes para el mejoramiento de este sistema.
- Evaluar el desempeño del director general.
- Aprobar o rechazar el reglamento interno de la Dirección General de Carrera Administrativa y los reglamentos técnicos presentados por la Dirección General.
- Cumplir todas aquellas que le señale esta Ley y sus reglamentos.

Desde nuestra experiencia, consideramos que, es muy complicado poner en funcionamiento este órgano superior de la Carrera Administrativa, debido a la burocracia que implica el nombramiento de los miembros por el presidente de la República.

Dicho esto, más es lo que se la pasa fuera de funcionamiento la Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa, que lo que está en funcionamiento.

Todo esto, de alguna manera, impide que la Dirección General de Carrera Administrativa, pueda realizar sus funciones con normalidad, y el trabajo se ve demorado y detenido, ya que se requiere puntualmente de que la Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa, apruebe los reglamentos técnicos que presente la Dirección General de Carrera Administrativa, para poder implementar procedimientos técnicos de recursos humanos.

En nuestra opinión tal organismo debe ser eliminado de la Ley de Carrera Administrativa, para poder llevar a cabo todas las funciones de la Dirección General de Carrera Administrativa.

2.4.3. El Tribunal Administrativo de la Función Pública.

Este en nuestra opinión es uno de los organismos de la Carrera Administrativa, cuya función es poco conocida, pero, es tiene tanta importancia para el sistema de Carrera Administrativa, y ante la ausencia de literatura sobre este organismo de Carrera

Administrativa, estimamos es necesario, hacer un desarrollo a profundidad de la figura, desde los antecedentes, hasta lo que se conoce a la fecha como el Tribunal Administrativo de la Función Pública.

2.4.3.1. Antecedentes del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 23 de 2017, y consecuentemente de la creación del Tribunal Administrativo de la Función Pública, en la Ley 9 de 1994, se regulaba la figura de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.

- **Del procedimiento para el nombramiento de los miembros de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.**

Según el artículo 22 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, a la Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa, le correspondía establecer el procedimiento de elección de los miembros de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.

- **Recursos de apelación por destitución ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.**

La Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, en su momento, tuvo competencia para conocer de los recursos de apelación interpuestos por los servidores públicos contra las destituciones.

Los servidores públicos contaban con un término de ocho (8) días hábiles para presentar su recurso de apelación ante la Junta de Conciliación y Apelación, los cuales se computaban desde el momento de la notificación de la resolución que ordenaba la destitución de un servidor público.

Interpuesto en término oportuno el recurso de apelación por el servidor público contra la destitución ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, se contaba con un término de hasta tres (3) meses improrrogables para emitir una decisión en los casos que le eran sometidos a su conocimiento.

Si la Junta de Apelación y Conciliación, no resolvía el recurso de apelación interpuesto por el servidor público dentro del término de tres (3) meses, se consideraba que la apelación

había sido resuelta a favor del operante, es decir, que operaba un silencio administrativo positivo.

Si operaba el silencio administrativo positivo, la autoridad nominadora o máxima autoridad de la institución que destituyó a un servidor público, debía proceder al reintegro del mismo a su puesto de trabajo, ello debido a que la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, no se pronunció en el término de tres (3) meses.

Para ello bastaba que el servidor público presentara ante la institución el certificado que acredita el silencio administrativo, expedida por la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa o, en su defecto, por la Dirección General de Carrera Administrativa.

La Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa tenía cinco (5) días hábiles para certificar el silencio administrativo. Transcurrido este término sin que se produzca dicha certificación, el afectado podrá solicitarla a la Dirección General de Carrera Administrativa.

- **Consultas ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.**

Ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, también se podían presentar consultas, las cuales debían ser resueltas en un término no menor de dos (2) meses.

- **La autorización de desafuero de servidores públicos aforados ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.**

Le correspondía a la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, autorizar el desafuero de los servidores públicos que gozan de fuero laboral como, por ejemplo: Secretario general de una asociación, federación o confederación de servidores públicos; tres miembros directivos principales de las juntas directivas o comités ejecutivos de las asociaciones, federaciones o confederaciones de servidores públicos designados; y hasta tres miembros de las asociaciones en formación, hasta el otorgamiento de su personería jurídica.

- **De la Junta de Apelación y Conciliación y los conflictos colectivos de trabajo en el sector público.**

Cuando en una institución pública existiera un conflicto colectivo de trabajo entre la Asociación de Servidores Públicos de la institución y la autoridad nominadora o máxima autoridad de la institución, los conflictos colectivos, deben ser resueltos a lo interno de la institución.

Si las partes no logran resolver el conflicto colectivo, la asociación de servidores públicos, debía presentar su petición o queja ante la Junta de Apelación y Conciliación, para que se pronunciara en un término de 10 días, con prórroga de hasta 10 días más en dos ocasiones como máximo, por solicitud de cualquiera de las partes.

- **Recursos de apelación ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, por decisiones adoptadas por el director general de la Dirección General de Carrera Administrativa:**

También la Junta de Apelación de Carrera Administrativa, tenía competencia para conocer de los recursos de apelación que se interpusieran contra las decisiones adoptadas por el director general de la Dirección General de Carrera Administrativa, tal cual se establece en el artículo 20 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No.696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017.

Ejemplo de la función.

✓ Mediante Resolución de Gabinete No. 122 de 27 de octubre de 1999, se ordenó la reestructuración de las acreditaciones de funcionarios públicos en la Carrera Administrativa, y producto de ello, el Director General de Carrera Administrativa, estaba facultado, para emitir una resolución desacreditando de la Carrera Administrativa, a servidores públicos que no cumplieran con los requisitos del Manual Institucional de Clases Ocupacionales para ocupar un cargo público.

Ante tal decisión, los servidores públicos desacreditados, podían presentar recursos de reconsideración ante el director general de la Dirección General de Carrera Administrativa, y recurso de apelación ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, quien decidía el recurso, e indicaba si le devolvía o no el estatus de Carrera Administrativa, a los servidores públicos.

- **Decisiones de la Junta de Apelación y Conciliación.**

Las decisiones de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, serán emitidas a través de resoluciones, las cuales deben ser motivadas. Para la tramitación, se aplicaba la vía más expedita posible con atención a la letra y espíritu de la Ley 9 de 1994. Las decisiones se adoptaban o aprobaban por la mayoría de los miembros de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.

Sí la decisión de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, era favorable para el trabajador, se condenaba en costas al Estado panameño, y las tales costas, se cargarán al presupuesto de la institución donde labora.

Según lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 23 de 2017, todos los procesos sometidos a la consideración de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, seguirán tramitándose en ella, hasta que tomen posesión los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública; no obstante, es necesario aclarar, que a la fecha la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, no se encuentra en funcionamiento.

La junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, no es encuentra en funcionamiento, debido a que no han sido nombrados los miembros que la integran.

Así mismo, se establece en el citado artículo que, las apelaciones en contra de destituciones que se encuentren en trámite y que han sido sometidas a las autoridades administrativas de las instituciones públicas (máxima autoridad de la institución), incluyendo las juntas directivas de las instituciones descentralizadas, seguirán tramitándose ante ellas, hasta que inicien funciones los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

En la práctica lo que ha venido sucediendo, es que se presenta el recurso de reconsideración ante la autoridad nominadora o máxima autoridad de la institución, y si esta lo resuelve, negando el recurso, el accionante debe acudir ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debido a que se ha visto agotada la vía gubernativa.

Sí en la institución, que resolvió el recurso de reconsideración, existe Junta Directiva, le corresponderá a esta última conocer del recurso de apelación que se presente contra la resolución que niega el recurso de reconsideración. Al pronunciarse la Junta Directiva sobre el recurso de apelación, y esta lo niega o lo rechaza, el accionante debe acudir ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debido a que se ha visto agotada la vía gubernativa.

- **Consideraciones sobre la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.**

Es necesario señalar que, la Junta de Conciliación y Apelación de Carrera Administrativa, fue derogada mediante la Ley 23 de 2017.

Lo anterior es así, debido a que, en el artículo 36 de la Ley 23 de 2017, se estableció que, la ley derogó el Capítulo III del Título II del Texto Único de la Ley 9 de 1994, el cual se denomina “Apelación de las Destituciones”.

Es importante mencionar que, con la Ley 23 de 2017, específicamente en el artículo 34, se ordenó la elaboración de un Texto Único de la Ley 9 de 1994.

Decreto Ejecutivo No. 696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, y que, en dicho cuerpo legal, se mantuvo el Capítulo III del Título II, que se denominaba “Apelaciones de las Destituciones”, a pesar de haber sido derogado.

Tal error, fue corregido en Proyecto de Ley No. 1075 “Que subroga la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa”, el cual se encuentra en la Asamblea Nacional, pendiente del trámite del segundo debate.

Así mismo, se corrigió en el referido proyecto de ley que, derogarse la junta de Apelación y Conciliación del Carrera Administrativa, y se creó el Tribunal Administrativo de la Función Pública, se añadió como función del nuevo tribunal, la de realizar el trámite de desafuero de los servidores públicos aforados.

No obstante, una de las críticas que se hace al Proyecto de Ley 1075, es que se hacen modificaciones a la figura del Tribunal Administrativo de la Función Pública, sin que este haya entrado en funcionamiento.

2.4.3.2. Creación del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

El Tribunal Administrativo de la Función Pública, fue creado a través de la Ley 23 de 2017, “Que reforma la Ley 9 de 1994, Que establece y regula la Carrera Administrativa y dicta otras disposiciones.

El Tribunal Administrativo de la Función Pública, contará con los recursos humanos y la estructura técnica y administrativa que requiera para realizar sus funciones. Su personal será nombrado por los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

Según lo señala el artículo 32 de la Ley 23 de 2017, al Tribunal Administrativo de la Función Pública, a partir de su constitución, le corresponderá competencia de conocer de las apelaciones a las destituciones de servidores públicos de Carrera Administrativa, que antes le correspondía a la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.

Pero, a la fecha el Tribunal Administrativo de la Función Pública, a pesar de que la Ley 23 de 2017, ha dispuesto que la ley entraba en vigencia al momento de su promulgación en la Gaceta Oficial, el Tribunal no se encuentra en funcionamiento.

Estando en funcionamiento el Tribunal Administrativo de la Función Pública elaborará su reglamento interno y el de procedimiento, así como el Reglamento de Aplicación de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, para los casos que se requiera.

Lo anterior lo atribuimos a que se encuentra pendiente de ratificación de la Asamblea Nacional, el magistrado que designa por concurso el Órgano Ejecutivo.

• Requisitos para ser magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

Según lo dispuesto en el artículo 38 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No. 696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, los requisitos para ser magistrado del Tribunal Administrativo de la Función Pública, son los siguientes:

- Ser panameño por nacimiento.
- Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
- Hallarse en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.

- Haber ejercido la profesión de abogado por un mínimo de diez años.
- No haber sido condenado por delito doloso ni por faltas al Código de Ética
- Profesional del Abogado. '
- Tener diez años de experiencia al servicio del Estado o haber ejercido la docencia universitaria.
- **Nombramiento de los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública.**

Según lo dispuesto en el artículo 35 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No. 696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, está conformado por tres magistrados, y sus respectivos suplentes que serán nombrados dos por el Órgano Ejecutivo y uno por la Asamblea Nacional, para un período de cinco años. Los 2 magistrados nombrados por el Órgano Ejecutivo, tienen que ser ratificados por la Asamblea Nacional.

Los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública tendrán la misma remuneración, prerrogativas e incompatibilidades de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.

Uno de los magistrados que nombre el Órgano Ejecutivo, será escogido por concurso, y el otro será designado de una terna presentada por las organizaciones sindicales: Consejo Nacional de Trabajadores Organizados y Confederación Nacional de Unidad Sindical Independiente.

- **Del magistrado nombrado por la Asamblea Nacional.**

En el año 2018, la Asamblea Nacional, designó como magistrada principal del Tribunal Administrativo de la Función Pública a la servidora pública Nelly Edith González Hernández, y como magistrado suplente se designó a Martín Wilson. Para este caso, como los magistrados principal y suplente, fueron designados por la Asamblea Nacional, no requieren de la ratificación.

- **Del magistrado nombrado por las organizaciones sindicales Consejo Nacional de Trabajadores Organizados y Confederación Nacional de Unidad Sindical Independiente:**

En marzo de 2024, se designó como magistrado principal a **Carlos Rogelio Ayala Montero** y como suplente a la licenciada **Lyda Angélica Rodríguez Baso**, quienes han sido designados por el Órgano Ejecutivo, de la terna que le presentaron las organizaciones sindicales Consejo Nacional de Trabajadores Organizados y Confederación Nacional de Unidad Sindical Independiente.

Se debe señalar que, tanto el magistrado principal como su suplente, fueron debidamente ratificados por la Asamblea Nacional, a través de la Resolución No. 27 de 24 de marzo de 2024.

- **Del magistrado nombrado por concurso.**

Según el artículo 35 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No.696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, la metodología para la selección por concurso del magistrado del Tribunal Administrativo de la Función Pública que nombra el Órgano Ejecutivo por concurso, será reglamentada.

Para tales efectos, se emitió el Decreto Ejecutivo No. 2 de 25 de enero de 2024 “Que establece el procedimiento de selección del magistrado principal del Tribunal Administrativo de la Función Pública nombrado por el Órgano Ejecutivo mediante concurso y su respectivo suplente y dicta otras disposiciones”.

En el citado Decreto Ejecutivo, se indica que, los magistrados que nombre el Órgano Ejecutivo por concurso, serán designados de una nómina que presentará una Comisión Especial, que está integrada por el Ministerio de la Presidencia o quien este designe quien presidirá la comisión, el Ministro de Economía y Finanzas o quien este designe y el Ministro de Trabajo y Desarrollo Laboral o quien este designe.

En este caso, la Comisión Especial, estuvo integrada por las siguientes personas que a continuación se detallan:

1. **Elio Chi**, asesor del Despacho superior, en representación del Ministro de la Presidencia, quien presidía la Comisión Especial.
2. **Fernán L. Adames E**, secretario general del ministerio de Economía y Finanzas, en representación del ministro de Economía y Finanzas.

3. **Roberto García Flores**, jefe de Asesoría Legal del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, en representación de la ministra de Trabajo y Desarrollo Laboral.

- **De los requisitos para ser nombrado magistrado por concurso.**

La persona que será nombrada en el cargo de magistrado del Tribunal Administrativo de la Función Pública por concurso, deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Hoja de vida.
2. Certificado de nacimiento expedido por la Dirección General del Registro Civil del Tribunal Electoral o copia de la cédula de identidad personal, debidamente autenticada.
3. Certificado de antecedentes penales.
4. Certificación expedida por el Tribunal Electoral de hallarse en pleno goce de sus derechos ciudadanos.
5. Certificado de idoneidad para el libre ejercicio de la profesión, expedido por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.
6. Constancia del ejercicio de la abogacía por un término mínimo de diez años, expedidas por las instancias administrativas o judiciales pertinentes.
7. Certificación expedida por la Sala Cuarta, de Negocios Generales, de la Corte Suprema de Justicia, en la que conste que no ha sido sancionado por faltas a la ética profesional, o certificación expedida por el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados que indique que no tiene procesos activos o denuncias por faltas a la ética profesional.
8. Certificación de las entidades públicas donde haya prestado servicios, detallando los cargos ocupados y el tiempo en que ocupó cada una, cuya sumatoria no deberá ser menor de diez años, o certificación de las universidades en donde haya ejercido la docencia, con detalle de las cátedras impartidas.

- **De la convocatoria para concurso.**

Según el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 2 de 25 de enero de 2024, la convocatoria para ocupar los cargos de magistrado principal y suplente del Tribunal Administrativo de la Función Pública, se hará mediante aviso publicado por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional.

En tal convocatoria se debe colocar la siguiente información: Los requisitos que deben reunir los candidatos; los documentos que deben acompañar a la solicitud; El período

durante el cual se recibirá los documentos y el lugar de entrega de la documentación. La documentación debía ser entregada en sobre cerrado.

Vale destacar que, la Comisión Especial, realizó aviso de convocatoria pública en la Gaceta Oficial No.29978 de 28 de febrero de 2024, para elaborar la nómina para la selección del magistrado principal del Tribunal Administrativo de la Función Pública, nombrado por el órgano Ejecutivo mediante concurso, y su respectivo suplente.

En dicha convocatoria pública, se estableció que los documentos debían ser presentados en original y copia en el edificio Casa Alianza, tercer piso, corregimiento de San Felipe, ciudad de Panamá, en un horario de 8:00 a.m. a 12:00 m.d. y de 2:00 p.m a 4:00 p.m.

- **La Comisión Especial y la evaluación para la escogencia del candidato.**

Según el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 2 de 25 de enero de 2024, la Comisión Especial, analizará los documentos presentados por los candidatos, y evaluará elementos tales como: Preparación académica; experiencia profesional; ejecutorias dentro de la administración pública o en el ejercicio de la docencia universitaria; publicación de libros, ensayos e investigaciones relacionadas con la Administración Pública y el resultado de la entrevista persona.

- **La Comisión Especial y la escogencia del candidato.**

Una vez vencido el término de la convocatoria y realizada la evaluación posterior de los candidatos, la Comisión Especial presentará al Presidente de la República una nómina con los nombres de los candidatos que hayan acumulado la mayor puntuación, con la finalidad de que éste designe mediante Decreto Ejecutivo a quien ocupará el cargo de magistrado principal del Tribunal Administrativo de la Función Pública nombrado por el Órgano Ejecutivo mediante concurso, y su respectivo suplente, para su posterior ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

En este caso, la Comisión Especial, recomendó al presidente de la República el nombramiento de **Andrés Wong Pimentel** como magistrado principal del Tribunal Administrativo de la Función Pública y de **Jaime Omar Vigil**, como magistrado suplente, y esto fue remitido a la Asamblea Nacional para su ratificación.

El día 16 de marzo de 2024, la Comisión de Credenciales, Reglamento, Ética Parlamentaria y Asuntos Judiciales de la Asamblea Nacional, recomendó al Pleno de la Asamblea Nacional, considerar la designación de los servidores públicos para su ratificación o no. Los señores Andrés Wong Pimentel y Jaime Omar Vigil, no han sido ratificados por la Asamblea Nacional.

- **Del funcionamiento del Tribunal.**

Se trata de un ente independiente, especializado e imparcial con jurisdicción en toda la República de Panamá, y tendrá su sede en la ciudad de Panamá, pero, también podrán establecerse en otras ciudades si así se considera.

El Tribunal Administrativo de la Función Pública, podrá crear juzgados administrativos de la Función Pública, para que tengan jurisdicción en una o más provincias.

Para el funcionamiento, el Tribunal Administrativo de la Función Pública, debe elaborar un reglamento interno y de procedimiento, así como el Reglamento de Aplicación de Métodos Alternos de Solución de conflictos que deba resolver, sin embargo, este hecho a la fecha no ha ocurrido.

El Tribunal Administrativo de la Función Pública, contará con recursos humanos y la estructura técnica y administrativa, que requiera alcanzar sus funciones. El personal será nombrado por los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

Ya constituido el Tribunal Administrativo de la Función Pública, se elegirá en Sala de Acuerdos, mediante mayoría de votos un presidente, un vicepresidente y un vocal. Cada dos años se debe realizar una elección para elegir los cargos directivos.

- **Competencias del Tribunal Administrativo de la Función Pública.**

Las competencias del Tribunal Administrativo de la Función Pública están reguladas en el artículo 36 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No.696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, que a continuación citamos:

Artículo 36. El Tribunal Administrativo de la Función Pública tendrá competencia para conocer de las apelaciones contra acciones de recursos

humanos dirigidas contra servidores públicos permanentes, pertenezcan o no a una de las carreras públicas reconocidas en la Constitución Política o la ley, y, en especial, para:

1. Conocer y resolver las apelaciones contra las resoluciones que dispongan destituciones.
2. Ordenar reintegro o pago de indemnizaciones en caso de fallo favorable al servidor público estableciendo el término para ello.
3. Ordenar el pago de salarios caídos, en los casos que corresponda.

De este modo, al Tribunal Administrativo de la Función Pública le corresponde conocer de las apelaciones contra todo tipo de acciones de recursos humanos, dirigidas contra servidores públicos permanentes, sin importar si pertenecen o no a una de las carreras públicas reconocidas en la Constitución Política o la ley.

De este modo, conoce y resuelve las apelaciones contra las resoluciones que dispongan u ordenen la destitución de un servidor público; También puede ordenar el reintegro o pago de la indemnización en el evento de que el fallo que se emita sea favorable al servidor público y ordenar el pago de los salarios caídos a los servidores públicos, por el período de tiempo dejado de laborar.

- **Del término para la presentación del recurso de apelación en el Tribunal Administrativo de la Función Pública.**

Según lo establecido en el Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo No. 696 de 28 de diciembre de 2018, ordenado por la Ley 23 de 2017, los servidores públicos, tienen un término de quince (15) días hábiles, contados a partir del momento en que se notifican de cualquier acción de recursos humanos o a partir de la notificación de la resolución que resuelve el recurso de reconsideración, para hacer uso del recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de la Función Pública.

El Tribunal Administrativo de la Función Pública, debe resolver los casos de destitución que sean sometidos a su consideración, en un plazo máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha en que sean admitidos.

Cuando se trata de apelaciones propuestas contra una resolución de destitución, las resolverá el Pleno del Tribunal Administrativo de la Función Pública. Pero, si se trata de acciones de recursos humanos que no sean destitución, las resolverá un solo magistrado de forma individual, mediante reparto.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de la Función Pública agotan la vía gubernativa. El afectado podrá recurrir por la vía laboral ante la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia en la forma prevista por la ley.

- **De la resolución extemporánea.**

Sí los pronunciamientos del Tribunal Administrativos de la Función Pública, no se dan en los términos señalados en la Ley, se considera que la resolución se ha emitido en forma extemporánea, y ello autoriza al afectado a presentar una queja ante la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

- **Decisiones del Tribunal Administrativo de la Función Pública.**

Las sumas reconocidas mediante resolución del Tribunal Administrativo de la Función Pública en concepto de prestaciones a favor de los servidores públicos destituidos injustificadamente deberán ser efectivas en el plazo de tres meses, posterior a la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia, por medio de una orden de pago emitida junto con la resolución del Tribunal.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya hecho el pago, el afectado solicitará al Tribunal Administrativo de la Función Pública la ejecución de la sentencia, para que de la cuenta de la institución o del Estado ordene al Banco Nacional de Panamá poner a disposición del Tribunal la suma correspondiente al monto de la ejecución. Una vez puesta a su disposición, el Tribunal librará orden de pago a favor del afectado.

En síntesis, respondiendo a la pregunta central del presente artículo acerca de si ¿El Tribunal Administrativo de la Función Pública es una realidad o no?, consideramos que a pesar de que el Tribunal Administrativo de la Función Pública fue creado mediante la Ley 23 de 2017, el mismo no está en funcionamiento, y, por lo tanto, no es una realidad.

Conclusión

En forma práctica, se ha tratado de resumir los 30 años de vigencia de la Ley 9 de 1994, la cual ha sido modificada en 4 ocasiones, a lo largo de su historia.

Así, en el artículo se ha logrado describir someramente las Carreras de la Función Pública descritas en la Constitución Política. También ver los principios y funciones de la Ley 9 de 1994, así como las funciones y tareas que tienen los distintos organismos que conforman el sistema de Carrera Administrativa, como lo son la Dirección General de Carrera Administrativa, la Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa, la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, hoy reemplazada por el Tribunal Administrativo de la Función Pública, sin embargo, no está en funcionamiento y las Oficinas Institucionales de Recursos Humanos de las instituciones del sector pública.

Todos estos organismos de Carrera Administrativa, de alguna manera, juegan un rol importante para el sector público, se encargan de velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los servidores públicos, y también cumplen los principios establecidos en la Constitución Política y la Ley de Carrera Administrativa, para llevar a cabo, los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantías y jubilaciones.

Otro aspecto, que resulta importante destacar es que, solo el organismo que tiene la competencia o la facultad para expedir los actos de incorporación a la Carrera Administrativa de los servidores públicos es la Dirección General de Carrera Administrativa, bien sea a través del Procedimiento Ordinario de Ingreso o “concurso” (POI), y el Procedimiento Especial de Ingreso (PEI), siempre que los servidores públicos cumplan con los requisitos exigidos por el Manual Institucional de Clases Ocupacionales.

Y sí, en caso tal, la Dirección General de Carrera Administrativa, decidiera en algún momento dejar sin efecto tales actos de incorporación a la Carrera Administrativa de los servidores públicos, por cualquier motivo, quienes se vean afectados podrán en primera instancia recurrir la decisión mediante recurso de reconsideración ante la misma Dirección General de Carrera Administrativa, y si este acto de dejar sin efecto tal acreditación de un servidor público, es confirmado por este, los servidores públicos afectados, podrán recurrir en apelación tal decisión ante el Tribunal Administrativo de la Función Pública, (antes Junta

de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa), pero, solo cuando el mismo entre en funcionamiento.

Es entonces este artículo, un intento de describir todo el funcionamiento de una serie de organismos creados para la administración de los recursos humanos del sector público, y que muy poco se ha escrito en nuestro país sobre el tema.

Puntualmente, en lo que se refiere a la interrogante que planteamos en el título del artículo acerca de si ¿El Tribunal Administrativo de la Función Pública es una realidad o no?, el mismo, a la fecha, no ha sido puesto en funcionamiento, a pesar de que fue creado mediante la Ley 23 de 2017, y no es una realidad, a pesar de ser un mandato legal, y consideramos que este es un organismo que juega un importante papel en el sistema de Carrera Administrativa.

Bibliografía

ARROYO YANES, L. (1995). “La Carrera Administrativa de los funcionarios públicos”. Editorial Tirant Lo Blanch.

BLANCO GAZTAÑAGA, C. (2006). “La Carrera Administrativa”. Instituto de Estudios Fiscales. España.

CEDALISE RIQUELME, C. (2017). “Los Reclamos Laborales de Los Servidores Públicos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. Revista Sapientia, año 8, No.1, Órgano Judicial, Panamá.

DE LEÓN, A. (2008). “Aportes y avances en el Sistema de Carrera Administrativa de Panamá. Revista Centroamericana de Administración Pública”. (54-55), Instituto Centroamericano de Administración Pública, Costa Rica.

_____ (2006). “Experiencia de la Dirección General de Carrera Administrativa, DIGECA, en el marco de la Modernización del Estado de la República”. Revista Centroamericana de Administración Pública”. (50-51), Instituto Centroamericano de Administración Pública, Costa Rica.

GUTIÉRREZ REÑÓN, A. (1987). “La Carrera Administrativa en España: Evolución histórica y perspectiva”.

MUÑOZ LLINÁS, J. (2013). “La Carrera Administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812-1918”. Revista de Derecho UNED, núm. 12.

NUÑEZ VEGA, J. (2011). “Ética pública y su responsabilidad”. Tesis de Maestría. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá.

PACHÓN LUCAS, C. (2018). “Empleo público y Carrera Administrativa”. Ediciones de la U.

PUENTES GONZÁLEZ, G. (2009). “La Carrera Administrativa en el marco de la función Pública en Colombia”. Bogotá, Colombia.

ZAMBRANO, O. (2012). “Carrera Administrativa en Panamá”. Centro Nacional de Competitividad.

DIARIOS Y REVISTAS CONSULTADOS (NOTICIAS Y DOCUMENTOS).

¿Qué es la Carrera Administrativa? en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, 17 de julio de 2009.

Real Academia de la Lengua Española-Diccionario Prehispánico del Español Jurídico.

<https://dpej.rae.es/lema/servicio-civil>

**El rostro de la violencia doméstica en la fase de investigación ante el Ministerio Público.
The face of domestic violence in the investigation phase before the Public Prosecutor's
Office.**

Por: **Outten Barría, Reina E.**

Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Derecho Privado
Panamá

Correo: reina.outten@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3523-541X>

Entregado: 16 de mayo del 2024

Aprobado: 28 de junio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6385>

Resumen

El género, en la especie humana se utilizan las denominaciones de “femenino” para referirse a la mujer y “masculino” para referirnos al hombre; sin embargo, pareciera ser que, en las investigaciones sobre los procesos penales de violencia de género y doméstica, únicamente, existe el género femenino, por el grado de situaciones de vulnerabilidad en las que se expone la mujer, aunado al hecho notorio de que el enfoque de género se tergiversa ubicando a la mujer como única persona en situación de vulnerabilidad social cuando este enfoque debe estar encaminado a la protección de los derechos constitucionales y humanos de todas las personas con iguales oportunidades y garantías procesales que estén o se pongan en esa situación.

Actualmente, en las investigaciones que se llevan a cabo en la sección de Fiscalías Especializadas en Asuntos de Familia y el Menor, adscritas al Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación de la República de Panamá, las denuncias por violencia doméstica y de género son relacionadas al femicidio y a la violencia doméstica enfocada solo a la mujer, por el grado de convergencia de una con la otra. Desde esta perspectiva, podemos sostener que la mayoría de las denuncias por violencia de género son interpuestas únicamente por las mujeres y las de violencia doméstica, en gran medida, también por las mujeres, puesto que para los hombres no existe este grado de proteccionismo legal, porque así no lo contempla la Ley. En este sentido, afirmamos que no existen estadísticas que demuestren el porcentaje de condenas de ningún hombre por violencia de género, mientras que por violencia doméstica sí y son muy sesgadas o parcializadas.

Nuestra investigación es una crítica a la confusión de estos conceptos en la fase de investigación ante el Ministerio Público, dentro de los procesos penales relativos a las personas que tienen una

relación de pareja, por motivo del matrimonio que los une. Además, hacemos una breve diferenciación de qué es lo que distingue una denuncia por violencia doméstica y de género con una demanda de trato cruel ante la Jurisdicción de Familia.

Palabras claves: Jurisdicción, violencia doméstica, género, relación de pareja, cónyuges.

Abstract

Gender, in the human species, the denominations “female” are used to refer to women and “male” to refer to men; However, it seems that, in the investigations on the criminal processes of gender and domestic violence, only the female gender exists, due to the degree of vulnerability situations in which women are exposed, added to the notorious fact that the gender approach is distorted placing women as the only person in a situation of social vulnerability when this approach should be aimed at the protection of constitutional and human rights of all persons with equal opportunities and procedural guarantees that are or will be placed in that situation.

Currently, in the investigations that are carried out in the section of the Specialized Prosecutor's Offices for Family and Youth Affairs, attached to the Public Ministry of the Attorney General's Office of the Republic of Panama, the complaints for domestic and gender violence are related to femicide and domestic violence focused only on women, due to the degree of convergence of one with the other. From this perspective, we can sustain that the majority of the complaints for gender violence are filed only by women and those for domestic violence, to a large extent, also by women, since for men there is no such degree of legal protection, because the law does not address it. In this sense, we affirm that there are no statistics that show the percentage of convictions of any man for gender violence, while for domestic violence there are, and they are very biased or partial.

Our research is a critique of the confusion of these concepts in the investigation phase before the Public Prosecutor's Office, within the criminal proceedings related to people who have a couple relationship, by reason of the marriage that unites them. In addition, we make a brief distinction of what distinguishes a complaint for domestic and gender violence with a claim of cruel treatment before the Family Jurisdiction.

Keywords: Jurisdiction, domestic violence, gender, couple relationship, spouses.

Introducción

En la República de Panamá, existe una serie de leyes que protegen a las personas en situación de vulnerabilidad social, como, por ejemplo: la Ley de Violencia Doméstica; el Código de la Familia; la Ley de Femicidio (aplica solo para las mujeres, incluyendo niñas); el Código Penal (catálogos de delitos y reglas punibles) y de Procedimiento Penal, entre otras, que trazan la ruta a seguir para las investigaciones, el seguimiento y posibles condenas en materia penal. Además, existe un Control de la Convencionalidad (Convención sobre Los Derechos Humanos, la CEDAW, la Convención sobre Los Derechos del Niño, etc.) ejercido a través de los protocolos (Medidas de Protección) y guías (Reglas de Brasilia, Guías de Santiago, etc.) en los casos que atañen a estas leyes y sus componentes.

A lo largo del tiempo, nuestro país ha resuelto combatir este flagelo de la violencia, la cual empobrece nuestra patria desde el punto de vista humano y económico social, por tanto, estas leyes no solo se encargan de dar a conocer la proscripción del hecho, sino de señalar los derechos que son de protección constitucional, que no se pueden vulnerar y los que haya que observar en el derecho positivo en combinación con leyes de procedimiento y de integración del debido proceso, además se encargan de direccionar la ruta por medio de la cual deben regirse las autoridades panameñas que dirimen los casos en los cuales las personas se han visto involucradas y han recurrido al ente jurisdiccional para la intervención de la autoridad estatal mediante una denuncia o iniciar el proceso, cuya persecución no es de instancia privada sino oficiosa y de intervención mínima, según la ley penal.

De hecho, el derecho positivo panameño cuenta con muchas leyes que están relacionada entre sí y que tienen jurisdicciones que, en determinados casos, vinculan un delito a una causa que no conlleva precisamente sanción penal, como, por ejemplo: los casos de divorcio por causal segunda (2da,) del artículo 212 del Código de la Familia, cuyas pruebas ante la vía de familia las asocian con documentos presentados en la fase instruccional en la vía penal jurisdiccional del Ministerio Público, lo que no hace tránsito a una vinculación de un hecho fáctico de una demanda con una denuncia penal en vías y jurisdicciones distintas; sin embargo, en muchos casos se ha observado que se recurre a la apertura de la vía penal para poder probar u obtener beneficios en la vía de familia, clase de práctica que consideramos a la cual no se debe recurrir.

Ahora bien, la nación panameña es miembro ratificador de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer (en adelante la CEDAW), aprobada mediante

la Ley No.4 de 22 de mayo de 1981, cuyo compromiso se reforzó con la aprobación de la Ley No.17 del 28 de marzo de 2001, por medio de la cual se adopta el protocolo facultativo de la convención, que señala: “este convenio es la carta internacional de los derechos de la mujer y provee un marco obligatorio de cumplimiento para los países que la han ratificado para lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas”.

Panamá, también es Estado parte de la Convención sobre Los Derechos Humanos – Pacto de San José, aprobada mediante Ley No.15 del 28 de octubre de 1977; y, de la Convención sobre Los Derechos del Niño (en adelante la CDN), aprobada por la Ley No.15 de 1990, no obstante, ha sido difícil afrontar los desafíos a los cuales se enfrenta el Estado para satisfacer el fin supremo de dichas convenciones, es decir, un país libre de discriminación, violencia y empobrecimiento de las mujeres y grupos en situación de vulnerabilidad en todas sus áreas.

Igualmente, en la evolución de la humanidad, el fenómeno del empoderamiento femenino ha suscitado nuevas formas de violencia que han provocado por parte del Estado el reforzamiento de sus normas, la elaboración de nuevos planes de prevención, y con ingentes esfuerzos, normas de proteccionismo hacia la mujer adecuando sus normas penales para combatir esos ilícitos.

En ese sentido, desde hace diez (10) años, Panamá, se orientó en el conocimiento de nuevos conceptos como el “femicidio”, cuya legislación penal fue reformada y así se dio paso a la aprobación de la Ley No.82 de 24 de octubre de 2013, por medio de la cual se adoptan medidas de prevención contra la violencia y reforma el Código Penal para la tipificación del delito de femicidio y sancionar los hechos de violencia contra la mujer, incluyendo a las niñas en estado de vulnerabilidad. Esta ley amplía los conceptos sobre violencia hacia las mujeres y niñas, pero no contempla hechos de violencia entre las propias mujeres ni violencia de mujeres hacia sus hijo/as ni hacia su pareja sentimental, marido o cónyuge.

Sin embargo, en esta etapa del Siglo XXI, pese a que se observe la buena disposición para tratar de frenar esta clase de delitos, el trabajo a realizarse no deja de ser arduamente profundo y delicado, puesto que vivimos en una sociedad que es difícil de controlar, adicionalmente existe una brecha entre la falta de oportunidades sociales respecto del hombre y la mujer en sus relaciones de pareja, la criminalidad en las relaciones parentales, los factores de codependencia emocional y la falta de presupuesto económico para educar en materia de género.

Estos factores se agravaron durante el estado de emergencia nacional por la pandemia del Covid-19 declarada un 15 de marzo de 2021; y, así el alto grado de desconocimiento en materia educativa

por parte de ambos géneros en lo relativo al delito de violencia doméstica y de género fue aumentando, aunado a la existencia de otros factores como la idiosincrasia de nuestro país, pues ésta hace que el componente violento, conflictivo e ignorante en las relaciones de pareja se agrave, hasta por parte de las propias mujeres que la sufren.

Para contextualizar, nuestra investigación se refiere al tratamiento de la observación del rostro de la violencia doméstica y/o de género con que se inicia la Fase de Investigación de tales delitos ante el Ministerio Público.

Generalmente quienes denuncian o querellan por estos delitos al momento de la declaración inicial no presentan ningún signo de violencia (física, psicológica, mental ni conductual), a veces, ni llegan aportarse pruebas sumarias y la mayoría de las denuncias terminan archivadas o no llegan a la fase intermedia en el Sistema Penal Acusatorio (en adelante SPA), sino que utilizan esta vía penal para otros objetivos relacionados con bienes patrimoniales derivados del vínculo matrimonial o lograr la separación conyugal forzosamente utilizando erróneamente la vía jurisdiccional para ello.

El contexto al cual nos abocamos en esta investigación trata sobre la parte penal de la materia de familia referente a las denuncias por violencia doméstica en los procesos de conocimiento del Ministerio Público (Ministerio Fiscal en otras legislaciones), dentro de la fase de investigación de los Delitos contra el Orden Jurídico Familiar y el Estado Civil por las denuncias que ingresan, vía jurisdiccional a la Fiscalía Sección Especializada en Asuntos de Familia y el Menor (en adelante fiscalía de familia); y que, posteriormente, son de conocimiento del Juez Penal dentro del Poder Judicial – SPA.

Nuestra investigación es objetiva en función del género, pero la crítica se centra en la subjetividad de la fase relativo a la deconstrucción de la perspectiva de género en la recepción de las denuncias en la fase de investigación y las ventajas del sistema en cuanto a la mujer en los casos de violencia doméstica y de género antes, durante y después de obtener las Medidas de Protección.

I. Generalidades de los conceptos de género: el masculino y el femenino y su problemática

La República de Panamá, como ya sabemos, es miembro ratificador de la CEDAW, y de conformidad con los tratados internacionales que ha firmado y ratificado, nuestro país se ha comprometido a cumplir con su plan de Estado para desarrollar mejores políticas públicas y de

procedimiento en sus leyes penales, debido al compromiso país para combatir estos delitos que son un escenario triste en materia penal y familiar para cualquier nación.

Parafraseando a Bautista Jiménez (2022), “no cabe duda de que Iberoamérica es pionera en el establecimiento de medidas de protección y garantía de los derechos humanos, tanto en los órdenes universal como regional”, y es que nuestro compromiso como Estado panameño no solo fue reformar leyes de protección para personas en estado de vulnerabilidad, sino crear un ente que vele ese buen trabajo que se ha logrado a lo largo del tiempo, tanto así que mediante la Ley No.375 del 08 de marzo de 2023 se creó el Ministerio de la Mujer, cuyo artículo 1 establece que es una entidad rectora que trata todos lo relacionado con las políticas públicas, planes, programas, proyectos y campañas, destinados a prevenir, detectar, evaluar y erradicar de cualquier práctica o conducta discriminatoria, violencia y acoso contra las mujeres, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado panameño.

Cabe mencionar que la creación de este ministerio si bien ha sido criticada, por cuanto incentiva la discriminación positiva en cuanto al género femenino excluyendo de su protección al género masculino, no menos cierto es que crea la posibilidad de que en nuestro país haya menos ignorancia por parte de las mujeres en el conocimiento de sus derechos y es un referente de que la violencia de género pueda disminuirse a lo largo del tiempo en todos los aspectos de discriminación que enmarca la CEDAW.

Ahora bien, el concepto de género siempre ha sido una forma de distinción entre lo femenino de lo masculino. En el artículo 2, numeral 10, de la Ley No.375 del 08 de marzo de 2023 se define al “Género” como una construcción sociocultural que, sobre la base de los sexos, determina identidades, roles y espacios diferenciados para hombres y mujeres. Concepto que, a nuestra vista, no se observa de forma negativa sino como una forma positiva de mantener orden social y atender a normas de sana convivencia entre hombres y mujeres.

Actualmente, en Panamá no existe regulación de ninguna diferenciación del género más que la tradicional, es decir, en este país solo se reconocen dos géneros a saber: el femenino para referirnos a la mujer y el género masculino para referirnos el hombre; y, aun cuando se concibe como una construcción social esa diferenciación es la que prevalece, por ende, en esta investigación nos referiremos a uno y otro como se concibe en Panamá, no obstante, desde mi punto de vista personal, la cuestión del “género” la concibo como de índole científica y no social, debido a los aspectos de la biología que distinguen a un sexo de otro y que se asocian a los cromosomas XX

para referirnos a la mujer y el cromosoma XY para referirse al hombre, por lo que disiento que la cuestión del “género” sea tratada como de índole sociocultural y, únicamente, se vincule a un género o incluya otros que no han sido reconocidos en nuestro país ni han sido profundamente estudiados desde su ADN.

Volviendo al tema central, por lo general, debido a la promoción de las cuestiones de las leyes sobre protección a la mujer y las circunstancias de vulnerabilidad social, las personas vinculan el “género” con lo femenino y, únicamente, pareciera ser que la protección estatal se destina a la exclusión del otro género, cuando lo correcto es referirnos a la cooperación entre el masculino con el femenino, hacerlos un complemento entre uno y otro, y hacer mejoras al sistema para que estos dos géneros se completen, cooperen y colaboren entre sí en las cuestiones de la sociedad en general, es decir, que se involucren en todo lo que conlleva vivir en sociedad y obtener la equidad e igualdad desde la perspectiva de la aplicación de los derechos humanos que integra necesariamente al hombre y a la mujer.

Empero, en el contexto de la interpretación de leyes, vemos que existe un gran número de legislación que solo protege a un grupo de la sociedad, el más visible en vulneración de derechos; la mujer, pero eso no es óbice para no salvaguardar los derechos humanos que también les atañen a otras personas y que deben ser garantizados por el Estado panameño.

En los procesos penales, en la fase de investigación, comúnmente, vemos que la protección se da únicamente a la víctima que es mujer, pero cuando se denuncia una agresión o un hecho ilícito prohibido por la Ley penal y perpetrado por una mujer, entonces, la respuesta de protección hacia el hombre o niños, niñas y adolescentes no es igual. Inclusive existen expresiones de justificación, tales como: “es que por mucho estrés la mujer actuó así” o “la violencia solo tiene rostro de mujer” o “ninguna madre es malvada solo son las circunstancias”, etc.

Lo anterior, se observa en las propias estadísticas cuando solo abordan el tema de la violencia de género y violencia doméstica desde el punto de vista de la mujer y no desde ambos, lo que es muy discriminatorio, puesto que el concepto de género no se basa en la exclusión del género más fuerte respecto al más débil, sino que incluye a hombres y mujeres, pues el objetivo del enfoque de género es la cooperación entre hombres y mujeres, no la eliminación o exclusión del sexo masculino.

Cabe agregar que los delitos por violencia doméstica son perseguibles de oficio, no admiten desistimiento por parte de la víctima y las estadísticas solo demuestran las carpetillas ingresadas al sistema, pero no las condenas por este tipo de delito ni las archivadas. En lo referente al delito

de género, las estadísticas no están colgadas en el sitio web del Ministerio Público, en la práctica ni proceden y no existen números reales que demuestren que haya condenas por este tipo de violencia. Esta observación se hizo entrando al sitio web del Ministerio Público de Panamá, cuya información no demostraba estas cifras hasta la fecha del cierre de esta investigación.

En lo referente al compromiso de la CEDAW y el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de cada Estado tendríamos que, si entendemos que existe, únicamente, un solo género y que éste se asocia solo a lo femenino, entonces, no podríamos lograr los Objetivos 5 (Igualdad de Género), 10 (Reducción de las Desigualdades) y 17 (Alianzas para lograr los Objetivos) contenidos dentro de la agenda sobre el desarrollo sostenible impulsada por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) a los que también Panamá se comprometió como Estado.

Agregando a lo anterior, recordemos que en la DECLARACIÓN sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, a los efectos de la presente, se entiende por violencia contra la mujer “todo acto basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”, por tanto, para que esta erradicación se dé hay que tener en cuenta el grado de cooperación y colaboración de los hombres, además de promover recursos que garanticen la educación de la población sobre los derechos de la mujer, lógicamente, consideramos que la aplicación de los objetivos en los países ratificadores debe contar con calidad educativa en todas sus áreas para hombres y mujeres, tanto en el ámbito familiar como en las diferentes entidades que componen el circuito de poderes públicos y que deben estar articulados para cumplir con ello, pues su labor se ha hecho espinada, porque no están observando que existe una gran brecha entre la reclamación de mejoras al plan de políticas públicas educativas y mayores oportunidades para las mujeres versus la falta de previsión de la sostenibilidad del hombre respecto a la mujer en el hogar y otras áreas que ese avance ha afectado, lo que conlleva forzosamente a una concretización de educación, incluyendo las áreas de difícil acceso.

Es decir, que, así como las mujeres hemos avanzado en el reconocimiento pleno de nuestros derechos, también se debe prever una política que no afecte el avance de la sociedad en general, ya que crearía un retroceso o un destino tergiversado en la protección de las políticas proteccionistas hacia el género femenino.

Desde una perspectiva ampliada, el objetivo 5 del desarrollo sostenible referido a la igualdad de género conlleva el cumplimiento por parte de todos los países lograr el reconocimiento de los derechos de la mujer y, en el plano laboral, que se respete su decisión al disfrute de la maternidad sin el miedo a perder el trabajo o a que sea devaluada en el ámbito profesional cuando tenga hijos o que no se vea mermada en el reclamo de aumentos salariales, pero recordemos que este objetivo no se logra solo, sino con la cooperación mutua del hombre en sus relaciones con la mujer y el impulso del reconocimiento de esas garantías por parte del Estado.

En ese sentido, el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD – indica que: “desde 2000 se ha registrado un enorme progreso en la meta relativa a la educación primaria universal. La tasa total de matrícula alcanzó el 91% en las regiones en desarrollo en 2015 y la cantidad de niños que no asisten a la escuela disminuyó casi a la mitad a nivel mundial”, el informe resalta que “también ha habido aumentos significativos en las tasas de alfabetización y más niñas que nunca antes habían asistido a la escuela hoy asisten”.

De acuerdo con ello, en la República de Panamá el “Diagnóstico de género sobre la educación de las mujeres en Panamá”, cuyo estudio fue realizado por la Universidad de Panamá en su revista Acción y Reflexión Educativa, publicada en el año de 2020, entre otras cuestiones, concluye que: “Las mujeres panameñas gozan de un acceso paritario o incluso en ventaja en comparación con los hombres a nivel de educación primaria y secundaria, excepto en ciertas áreas indígenas del país.”; sin embargo, “la cantidad de hombres matriculados en estudios superiores en informática y la cantidad de hombres con capacidades informáticas de alto nivel duplica la cantidad de mujeres. Además, las mujeres pasan a ser minoría a medida que avanzan los estudios de posgrado hasta representar solo un 40% de las personas con doctorados, una brecha particularmente notable en cuanto al acceso a becas para estudiar doctorados en el extranjero. Además, limita el aprovechamiento del recurso humano nacional en todo su potencial, y el alcance de la realización personal de todos los panameños”.

Esa conclusión, nos lleva a la reflexión de que, aun cuando haya mujeres que se instruyan y culminen una carrera profesional, siguen estando en una posición de discriminación o vulneración en sus oportunidades; sin embargo, considero que, en la mayoría de las ocasiones, la mujer se arroja a esas situaciones de decrecimiento personal, porque en ellas está el germen intrínseco de que su rol primordial es el de ser madres, profesionales, y que todo lo pueden hacer sin la cooperación del hombre, porque se consideran autosuficientes, cuando ese tipo de pensamiento lo

que hace es crear un pensamiento negativo en la responsabilidad del hombre, lo que limita a la mujer en el ejercicio de las decisiones importantes sobre su vida futura y el aprovechamiento de sus oportunidades.

Existe un alto grado de mujeres que no sacrifican el derecho de formar una familia, casarse, tener hijos, ejercer la maternidad por no hacer nada de eso, es un dilema, pues para la humanidad es muy importante el tema de que la mujer tenga hijos, vele por la familia, crea en el matrimonio y muera con una hoja de vida que se reduce a un epitafio como el siguiente "...fue una mujer inteligente que estudió, dio mucho amor, formó una familia, tuvo hijos, fue esposa, madre, abuela abnegada pionera del matriarcado del Siglo XXI", en vez de disfrutar todo eso en conjunto con un hombre, sin menoscabar sus derechos ni dejarlos de ejercer ni dejar de ser una verdadera feminista de la tercera ola. No confundir con feministas radicales.

Consideramos que, es un hecho notorio, en la sociedad panameña que, si las mujeres son exitosas, pero no tienen hijos, entonces, algo les falta, cuando eso no es así. Actualmente, según el último censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (en adelante INEC) de la Contraloría General de la República se "informó que el Censo de Población y Vivienda reveló una disminución en las tasas de desocupación y analfabetismo, y un importante incremento de la población con cobertura escolar, de hogares con acceso a tecnología y a servicios públicos, así como un aumento de la población..." (Ministerio de la Presidencia, 2023), esta información lo que demuestra es que nuestra sociedad, pese a que ya no está catalogada como analfabeta ni vivimos en un país pobre, lo cierto es que nuestra idiosincrasia sigue siendo prejuiciosa y muy crítica respecto de los roles que deben ejercer los hombres respecto de las mujeres en la sociedad, sobre todo referente a la maternidad.

Soy de la fiel opinión que vivimos dominadas por una cultura de género arcaica que todavía juzga y prejuzga a las mujeres que no son ninguna víctima de los hombres sino de la propia sociedad en la que vive y esto es otro de los factores que influye en que la violencia de género se perpetre y se le ponga el rostro de "mujer", ya que la sociedad puede ser tan ignorante como cualquier persona que agrede a otra y que no dignifica a la mujer en ninguna de sus fases.

Por tanto, presumimos que el problema de todo lo anterior radica en la idiosincrasia del país respecto a las cuestiones de los roles de género, lo que pasamos a explicar en el siguiente apartado.

II. Idiosincrasia panameña referente a la violencia doméstica

El Diccionario de la Lengua Española (2022) define la idiosincrasia como los “Rasgos, temperamento, carácter, etc., distintivos y propios de un individuo o de una colectividad”.

Por su parte, De Gracia (2000) señala que la idiosincrasia es “la esencia de un pueblo o su característica manera de ser, hacer, y pensar, lo cual incluye, por supuesto, las ideas religiosas, políticas, prácticas sociales, costumbres, ritos, supersticiones, estilos de vida, expectativas, actitud ante la vida, cultura del género, etc.”

Podemos afirmar que la nación panameña comparte todas esas características con muchos de los países Iberoamericanos (de habla hispana), no obstante, nuestro país ha superado en gran parte los temas sobre la discriminación por sexo, género, ideas políticas, etc., pero aún se mantienen las normas sociales de asignar un rol específico al hombre y la mujer desde que se nace, lo que no debe ser criticable, puesto que es algo natural.

En nuestra Constitución Política de 1972, el artículo 19, señala que: “No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas”, empero, al observar la composición de las ideas sociales de nuestro país se observa que en cuestiones de género sí existe un marcado estereotipo social respecto de los quehaceres de la mujer en contraposición a los del hombre y que todas esas conductas se aprenden en casa, por mano de quienes ejercen las relaciones parentales referente a sus hijos.

En Panamá, por lo general, la crianza la ejerce en gran medida la mujer, pese a que se viva en una familia nuclear tradicional de organización lineal o en cualquier tipo de familia (mono, extendida, etc.).

En ese orden de ideas, existe la Ley No.7 del 14 de febrero de 2018, que adopta medidas para prevenir, prohibir, y sancionar actos discriminatorios. En su artículo 1 se dispone que el objetivo de esta ley es prohibir y establecer la responsabilidad por todo acto de violencia que atente contra la honra, la dignidad, la integridad física y psicológica de las personas, proteger el derecho al trabajo en condiciones de equidad y establecer políticas públicas para prevenir estos actos, conforme a las convenciones sobre Derechos Humanos ratificadas por la República de Panamá, pero la aplicación de esta ley es letra muerta, pues no existe sala o tribunales constitucionales que puedan ejercer esta aplicación de forma directa, tal y como fue concebida en la ley.

En ese aspecto, consideramos que la única manera de lograr un equilibrio de los derechos de la mujer en combinación con su rol frente a sus oportunidades laborales es la equidad en las responsabilidades domésticas trabajando en conjunto con el hombre, es decir, desarrollando una dinámica en el hogar que incluya mayor participación del hombre en el ejercicio de las relaciones parentales.

Igualmente, si hablamos de un concepto propiamente de la corresponsabilidad parental podemos mencionar, a groso modo, que son las responsabilidades compartidas o que en igual medida ejercen los progenitores en el ejercicio de sus relaciones de padre o madre respecto de sus hijos, indistintamente si mantienen una relación matrimonial legalizada. Así entonces, se habla de coparentalidad y ésta no tiene nada que ver con el lugar en donde resida o viva el hijo/a, sino en el grado de involucramiento de los progenitores referente a las responsabilidades o compartimiento de las obligaciones parentales para con sus hijos/as y entre ellos mismos como pareja o ex pareja. Desde aquella perspectiva, vemos que en el artículo 16 de la CEDAW se establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”, en ese sentido está demás indicar que la corresponsabilidad no solo dimana de las obligaciones dadas por la filiación sino porque es un derecho de los hijos e hijas disfrutar de sus progenitores en todos los aspectos y que no solo sea la madre quien participe en la crianza, entonces, ¿Por qué permitimos como sociedad discriminar a una mujer que mientras ejerce su profesión deja el cuidado de sus hijos al padre que los engendró? La respuesta está en que seguimos estigmatizando a la mujer con ese rol de madre, administradora del hogar, abnegada solo porque cuida de sus hijos /as, pese a que ésta sea profesional, independiente y maneje su propio porvenir.

Desde nuestro punto de vista, coincidimos con que es nuestra propia sociedad que ejerce violencia de género en el sentido de que no le endilga responsabilidad al hombre y, simplemente, lo encasilla en el concepto de padre ausente o irresponsable en el ejercicio de su paternidad. Esto es discriminación negativa y no abona en nada a la búsqueda de la equidad del género. Aclaremos que: no todos los hombres son irresponsables ni padres ausentes, pero la gran mayoría de los hombres de nuestro país sí se les ve en esa posición.

En ese caso, es importante que nuestra sociedad comprenda los conceptos de género y enfoque de género, el cual nos indica Sánchez (2011) que “parte del reconocimiento de la existencia de relaciones asimétricas entre hombres y mujeres construidas en base a las diferencias sexuales y que son el origen de la violencia hacia las mujeres. El enfoque de género permitirá diseñar acciones orientadas al logro de igualdad de oportunidades entre hombres y Mujeres”.

Ese concepto es importante en el modelo de pensamiento crítico de una sociedad sana, pero en la panameña lo que observamos es una serie de políticas públicas que, en gran medida, abordan la desigualdad de género como un asunto de falta de oportunidades para las mujeres y como un tema en el que solo deben participar las mujeres, y es abordado por mujeres, pero los esfuerzos no alcanzan si es la misma sociedad la que menoscaba los derechos humanos de las mujeres que deciden incluir al conviviente, marido o compañero de vida en la responsabilidad de verse involucrados en las cuestiones de las mujeres, la familia y la administración del hogar.

En el ámbito de las relaciones parentales es muy marcado el hecho de que la mujer solo quiera tener hijos sin la participación del hombre en el hogar, lo que trunca los derechos del niño y/o la niña y del adolescente si estos tienen hijos e hijas en común, cuando lo correcto es que también el hombre participe activamente en la crianza de los hijos.

Y es que mucho influyen los paradigmas sociales de ver a la mujer como un ente que debe ejercer su rol de madre, cuando debería verse como una persona multiplicadora de valores practicando una profesión, guiando hijos y compartiendo con el marido, conviviente o “ex” pareja las responsabilidades que de todo padre de familia debe ejercer.

Por eso sostenemos que la responsabilidad en la guía y dinámica familiar frente a los hijos también recae en el hombre, por tanto, si se promueve una política educativa que incluya en las labores domésticas mayor participación del hombre incentivándolos a desarrollar esa participación sin miedo al fracaso, entonces, se modificaría paulatinamente esa cultura del género que por tanto tiempo han hecho mella en esa igualdad que se busca entre hombres y mujeres.

Recordemos que, actualmente, se ha criticado la proliferación de mujeres que logran alcanzar el grado de educación universitaria y desarrollan una profesión a lo largo de su vida adulta, y por ello son vistas como mujeres que se olvidan de procrear, no obstante, en la CEDAW se establece, muy claramente, que la mujer tiene el derecho a educarse, así como también tiene: “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer

estos derechos”, sobre todo si dicha mujer ejerce una carrera que económicamente aporta al hogar y no es una carga para la sociedad.

Por ende, se debe respetar que a la mujer no se le vulneren derechos tan intrínsecos como el disfrute de su cuerpo sin pretender ser madre, así como disfrutar de su maternidad cuando así lo quiera y su reinserción óptima en el mercado laboral sin renuncia del fuero maternal, así como debe hacerse mayor eco en la sensibilización de la mujer que ha optado por casarse, pero no desea procrear y que ello no sea motivo de minimización por parte de su marido, conviviente o discriminación de esta por parte de la sociedad misma y de otras mujeres que forman parte de esa cultura de la maternidad abnegada, lo que deberían es practicar más sororidad y menos discriminación entre mujeres.

La forma en cómo la sociedad asigna la especificación del rol de la mujer es crucial, puesto que desde pequeñas se les enseña a las mujeres (por parte de sus propias madres, que también son mujeres) que son ellas las que deben cargar con las responsabilidades del hogar y tener habilidades en los quehaceres domésticos y, comúnmente, son las propias mujeres las que insertan este pensamiento tan retrograda en las mentes de sus hijas, por tanto, visualizamos que este paradigma social se romperá solo cuando nuestra sociedad se eduque y comprenda que deben integrar al hombre en las cuestiones del género para que las mujeres descansen un poco de su propia auto estigmatización.

III. La acción penal: Delitos contra el Orden Jurídico Familiar y el Estado Civil

Los antecedentes más recientes de las reformas a la ley penal se remontan al Código Penal de la República de Panamá, fue aprobado mediante la Ley No.14 de 2007, cuyo sistema de administración de justicia penal se regía por el principio inquisitivo o popularmente conocido como el sistema menos garantista, atrasado y de “persecución por parte del juez penal”.

El 02 de septiembre de 2011 (en las provincias del interior del país), se implementa el Sistema Penal Acusatorio (en adelante SPA) y paulatinamente se va extendiendo por toda la república. El sistema pasa de lo inquisitivo a un sistema de corte adversarial, más garantista, más expedito, menos rígido en materia probatoria, más transparente y confiable.

En el año de 2016, el SPA se terminó de implementar en el Distrito de Panamá (Ciudad Capital y circunscripciones aledañas pertenecientes a esta jurisdicción) y con ello surge la modificación al Código de Procedimiento Penal, a través de la Ley No.63 del 28 de agosto de 2008, y vuelve a

modificarse con un procedimiento penal que nunca antes había observado la sociedad panameña y que todavía no se acostumbra a este sistema.

Si bien el SPA es muy provechoso, no menos cierto es que ha sido muy criticado, por cuanto en algunas ocasiones no hace verdadera justicia a quienes sufren una real vulneración de sus derechos humanos, pero esto es debido al procedimiento, pues el Sistema Penal Acusatorio que nos rige es de Corte Adversarial, es decir, que es la autoridad jurisdiccional quien detenta la acción (Ministerio Público, mediante sus fiscales) y son a ellos a quienes les corresponde investigar hasta que el hecho sea verdaderamente materializado y llevado ante el Juez Penal, cuya labor es la de juzgar de acuerdo a la presentación de la Teoría del Caso, los elementos de convicción que le son propuestos y conforme a las leyes penales dentro de su jurisdicción.

Ahora bien, el Código Penal establece, dentro de la tipificación de hechos punibles, los Delitos contra el Orden Jurídico Familiar y el Estado Civil y dentro de esta clase de delitos se encuentran las modalidades siguientes:

- Capítulo I – Violencia Doméstica, va del artículo 200 al 201
- Capítulo II – Maltrato al Niño, Niña o Adolescente, va del artículo 202 al 204
- Capítulo III – Delitos contra la Identidad y Tráfico de Personas Menores de Edad, va del artículo 205 al 208
- Capítulo IV – Delitos contra la Familia, va del artículo 209 al 212.

Desde el año 2007 hasta lo que va del año 2023, el Código Penal de Panamá ha sufrido una serie de adecuaciones a sus normas para incluir en el código delitos que no estaban tipificados o que no tenían tratamiento de delitos en aquel tiempo, estas modificaciones y adiciones fueron introducidas al código por las leyes siguientes: Leyes 26 de 2008, Ley 5 de 2009, Ley 68 de 2009, Ley 14 de 2010, Ley 34 de 2010, Ley 67 de 2010, Ley 1 de 2011, Ley 79 de 2011, Ley 40 de 2012, Ley 61 de 2012, Ley 64 de 2012, Ley 82 de 2012, Ley 36 de 2013, Ley 44 de 2013, Ley 62 de 2013, Ley 70 de 2013, Ley 82 de 2013, Ley 108 de 2013, Ley 121 de 2013, Ley 10 de 2015, Ley 34 de 2015 y Ley 59 de 2015.

En cuanto a las leyes de violencia doméstica y de homicidio agravado referentes a la protección de la mujer tenemos las modificaciones del código en cuanto a la Ley 30 de 2001, la cual introduce a las normas penales la definición de violencia intrafamiliar, pero este concepto fue posteriormente modificado por violencia doméstica; y, otra ley significativa que cambió el rumbo de las sanciones penales respecto a los Delitos contra la Vida y la Integridad Personal de la mujer fue la Ley 82 de

2013, conocida comúnmente como “la de femicidio”, que introdujo el artículo 132-A en el Código Penal y que dispone:

Quien cause la muerte a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con pena de veinticinco a treinta años de prisión:

1. Cuando exista una relación de pareja o hubiera intentado infructuosamente establecer o reestablecer una relación de esta naturaleza o de intimidad afectiva o existan vínculos de parentesco con la víctima.
2. Cuando exista relación de confianza con la víctima o de carácter laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad.
3. Cuando el hecho se comete en presencia de los hijos o hijas de la víctima.
4. Cuando el autor se hubiera aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la víctima.
5. Como resultado de ritos grupales o por venganza.
6. Por el menosprecio o abuso del cuerpo de la víctima, para satisfacción e instintos sexuales o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
7. Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público o privado o cuando esta haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo, previo a su fallecimiento.
8. Para encubrir una violación.
9. Cuando la víctima se encuentre en estado de gravidez.
10. Por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer o en un contexto de relaciones desiguales de poder.

Sin embargo, todas estas modificaciones no aplican cuando hay violencia doméstica entre mujeres o cuando haya una situación de homicidio perpetrado por una mujer hacia otra, su esposo o hijo/as. Es decir, que la ley solo contempla que la violencia se produzca de un hombre hacia una mujer cuando hay femicidio, porque la Ley 82 de 2013 lo enmarca de esa manera; y, respecto a las cuestiones de violencia de género no existe una ley específica que introduzca este concepto en la ley penal, sino que se interpreta de los conceptos indicados en la Ley 82/2013 y de la Ley 38/2001 que todavía está vigente en algunos artículos.

En lo referente a la acción penal, el Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) dispone en su artículo 68 que le corresponde al Ministerio Público perseguir los delitos, ejerciendo las acciones derivadas de ellos ante los juzgados y tribunales en que actúen.

Dentro de las funciones de este ministerio le corresponde la de dirigir la investigación de los delitos, practicando u ordenando la ejecución de las diligencias útiles para determinar la existencia del ilícito y los responsables; correlativo con esto, el artículo 110 del mismo código indica que la acción penal es pública y la ejerce el Ministerio Público, empero, también podrá ejercerse por la víctima en los casos y las formas previstas en la ley, en estos casos, entonces, se requiere de una querrela para que la acción penal quede pasivamente siendo ejercida por el Ministerio Público, mientras que la defensa técnica particular estará a cargo de la actividad desplegada a lo largo del proceso. En ambos casos es al fiscal a quien le corresponde la carga de la prueba y su investigación o la búsqueda de la verdad y, si la defensa técnica activa de forma particular no se adecua a la Teoría del Caso de la Fiscalía, entonces, no será llevada al SPA y se archivará la carpetilla. La acción penal no debe ser confundida con la defensa activa, pues la primera siempre estará a cargo de la fiscalía.

En nuestro país, no todos los delitos son perseguibles de oficio ni son llevados ante la jurisdicción ordinaria penal, puesto que el CPP especifica cuáles delitos son de persecución de oficio y cuales dependen de instancia privada. En este caso, el delito de violencia doméstica y de género se comprende como un delito de persecución de oficio, pero para que las investigaciones de este delito se inicien debe la supuesta víctima hacer la denuncia o querrellar.

En el código no existe un artículo específico que defina el concepto o describa la conducta de “violencia de género”; sin embargo, con la reforma introducida por la Ley 82/2013 estos conceptos quedan recogidos en esta ley, pero la conducta punible no se tipifica en el Código Penal, sino que va adherido al de “violencia doméstica”. Esta clase de violencia se enmarca dentro del Capítulo I – Violencia Doméstica – que va del artículo 200 al 201 de los Delitos contra el Orden Jurídico Familiar y el Estado Civil dispuestos en el Código Penal.

La violencia de género, más bien se utiliza en el contexto laboral, institucional, comúnmente por relaciones de poder y jerarquización en el contexto laboral y está relacionada con el delito de femicidio solo cuando éste es perpetrado de un hombre hacia la mujer, mientras que en las situaciones por violencia doméstica se manejan relaciones interpersonales de la pareja y que comúnmente se originan desde la infancia y no son temas de la Jurisdicción Penal Ordinaria, sino

de la Jurisdicción de Familia y que pueden detonar, también, en la Jurisdicción Especial de Menores, actualmente Jurisdicción de Niñez y Adolescencia.

De acuerdo con el Observatorio Panameño contra la Violencia de Género, las estadísticas por este tipo de delitos son muy bajas en comparación con las de Violencia Doméstica del Ministerio Público. El observatorio explica que de “150 (75%) de las víctimas de los femicidios, consumados y en grado de tentativa, fueron mujeres en edades de 18 a 49 años; siendo el rango de 18 a 29 años, el que registra mayor cantidad. También se registraron estos hechos, contra niñas y adolescentes menores de 17 años”. Esta cifra disminuyó en estos dos (2) últimos años.

Lo irónico es que, mientras en el área penal culpan a un hombre de violencia doméstica, en la jurisdicción de familia no encuentran culpabilidad o si la encuentran culpan a ambos cónyuges de la ruptura matrimonial, es decir, tanto al hombre como a la mujer los declaran culpables de la disolución de su propio matrimonio, pues se ha entendido que en las relaciones matrimoniales ninguna persona puede ser culpable, ya que el matrimonio no es una situación forzada, sino voluntaria, además en la Jurisdicción de Familia no se atribuye un hecho de la personalidad como algo fáctico descriptible científicamente en informes psicológicos que a la postre redundan en que el origen de la violencia no es atribuible al otro cónyuge sino a cuestiones ya arraigadas de la familia de origen de uno y otro cónyuge, no obstante, aclaremos que en ocasiones sí existe violencia doméstica propiciada por el marido o la mujer que la origina, pero la conducta no se puede sancionar, puesto que se estaría irrumpiendo en el principio constitucional de doble juzgamiento en esferas distintas, pero por el mismo hecho, circunstancias, partes involucradas, lo que explicaremos en otro artículo.

En la Jurisdicción de Familia sendos fallos han determinado que las relaciones matrimoniales no pueden ser demostradas, únicamente, mediante una declaración de la supuesta víctima, demandante, sino que quien alega esto debe utilizar otros medios de pruebas para respaldar lo que se dice, empero, esto no ocurre en las investigaciones llevadas a cabo en las Fiscalías de Familia que, aun cuando no haya indicios de comisión del delito, lo cierto es que siguen la investigación sin obtener mayores resultados y terminan archivando las denuncias y, por lo general, en la actualidad, lo hacen cuando son denuncias por violencia psicológica, muy difíciles de comprobar si al proceso concurren testigos que echan por tierra todo lo declarado por la denunciante.

Es importante indicar que, postpandemia, ha habido una proliferación de divorcios en Panamá, debido a muchos factores que inciden en la ruptura matrimonial, no obstante, actualmente, el factor más común es el empoderamiento económico femenino respecto de la inserción de las mujeres en el campo laboral y el aumento de las denuncias por violencia psicológica, puesto que la violencia física pasaron a la historia, actualmente lo que se denuncia es violencia “psicológica” y la asocian a la violencia de género, lo que hace bastante difícil la comprobación de ese tipo de violencia.

Relacionado con lo anterior, afirmamos que, en Panamá para poderse divorciar, los cónyuges, deben solicitar su proceso de divorcio de acuerdo a causales específicas establecidas en el Código de la Familia, lo que hace difícil el divorcio cuando no se tienen pruebas de las causales que este código dispone.

A propósito de lo anterior, según las estadísticas del INEC, de acuerdo a una publicación del Panamá América (2023), se reportaron 2,838 divorcios concentrados la mayor cantidad en las áreas urbanas, siendo la provincia de Panamá donde se registraron la mayor cantidad de divorcio con 963, esta cifra aumentó este año. Sin embargo, según información proporcionada por la Dirección Nacional de Registro Civil a Metro Libre (2024) esta cifra disminuyó en las provincias de Panamá y Panamá Oeste para el año 2023; y, por su parte, en las comarcas de Guna Yala; Emberá y Ngäbe Buglé no se reportaron casos de rupturas de matrimonios en ese mismo año.

En ese sentido, debido a la promoción, divulgación y publicidad que se tiene en el país (áreas urbanas) de las leyes sobre protección a la mujer en materia de violencia doméstica y de género, reconocimiento de los elementos del ciclo de violencia doméstica y de las orientaciones legales que impulsa el Ministerio de la Mujer sobre esta materia, las denuncias por violencia han tomado otro rumbo, puesto que se ha observado una gran proliferación de las denuncias por violencia doméstica y de género que tienen como objetivo: a) el desalojo del cónyuge del domicilio conyugal, por motivo de supuesta violencia psicológica; y, b) hacerse de pruebas por violencia doméstica o de género para con ello activar el engranaje judicial en la jurisdicción de familia e interponer la causal de divorcio por trato cruel alegando maltrato psicológico y con ello obtener el divorcio, separación conyugal o presionar para las negociaciones de créditos, bienes y otras cuestiones derivadas de la ruptura conyugal.

Así pues, la jurisprudencia panameña señala que es necesario aportar medios probatorios que corroboren la existencia de los hechos que justifican la causal de divorcio invocada, así se dijo en la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 23 de abril de 2007 señaló

dentro del Recurso de Casación interpuesto por F.F. en proceso de divorcio contra E.H., lo siguiente:

...Tomando en cuenta lo señalado, la Sala debe concluir que al igual que las pruebas a las que ya nos hemos referido, la declaración de la señora E.E.H., tampoco puede considerarse prueba suficiente de la existencia de la causal de divorcio de trato cruel por parte de dicha señora contra su cónyuge, puesto que además de que en ella se hacen también acusaciones de la misma naturaleza contra dicho señor, tampoco aportó otros medios de probatorios que corroboren la existencia de actos que justifiquen la declaratoria de divorcio por causal de trato cruel físico o psíquico, si con él se hace imposible la paz y el sosiego doméstico...

Se desprende de aquello una crítica del procedimiento penal en la fase de investigación realizada por el Ministerio Público, puesto que en muchas ocasiones en la fase de investigación el proceso se estanca, porque las investigaciones son sesgadas y solo buscan elementos de convicción que únicamente protegen a una de las partes cuando deben procurar garantizar los derechos de todos, incluyendo a los hijos/as de la pareja. Es decir, hay una contradicción en lo que se hace en el procedimiento de investigación penal con lo que se ha superado en los procedimientos de familia respecto a las relaciones de pareja.

Aunado a ello, existe la gran diferenciación del tratamiento a los usuarios hombres respecto de las usuarias, puesto que a estas las denuncias se les reciben sin ningún tipo de trabas ni están obligadas a comprobar nada de lo declarado, únicamente, van al proceso, denuncian y la fiscalía concede Medidas de Protección en donde se incluye el desalojo del domicilio conyugal al supuesto cónyuge agresor, lo que es muy injusto si andando el proceso de investigación resulta que es el otro cónyuge quien es la víctima y no el agresor o arrastrando en todas las diligencias a los hijo/as menores de edad al procedimiento, los cuales en muchas ocasiones crean brecha en la relación parental entre hijo/as y sus progenitores, vínculo que es difícil reparar en la vía familiar.

Para culminar, considero que lo anterior es contraproducente para las mujeres que sí sufren violencia, pero los mecanismos empleados por las autoridades solo ubican a las mujeres dentro de las situaciones de vulnerabilidad, cuando lo correcto e ideal es que tanto el hombre como la mujer sean protegidos por este delito que es verdaderamente silente, porque es perpetrado por la propia sociedad en la que vivimos.

Conclusiones.

1. La violencia de género puede ser ejercida, tanto por la mujer como por el hombre y se visibiliza más en el contexto laboral, mientras que la violencia doméstica puede ser ejercida por uno o ambos dentro del seno matrimonial o de la relación parental y de pareja. Por tanto, la violencia doméstica ni de género tiene “rostro de mujer”.
2. La diferencia entre la violencia de género con la violencia doméstica radica en que la primera se basa en ejercer violencia por razones del género o rol asignado o ejercicio de poder, mientras que la segunda se da por relaciones interpersonales que no necesariamente conllevan una ofensa al género. Por tanto, no se debe estigmatizar la violencia únicamente con el género.
3. Los delitos por violencia doméstica, en Panamá, según las leyes penales son perseguibles de oficio, no admiten desistimiento y las denuncias pueden ser entabladas, tanto por el hombre como por la mujer que la sufren, mientras que las denuncias por violencia de género necesitan instancia de parte y no existe ninguna estadística de que sean interpuestas por los hombres.
4. En la República de Panamá las estadísticas por violencia de género están asociadas al delito de femicidio y las cifras por violencia doméstica no reflejan las que logran la condena o sanción penal. Por tanto, se conoce lo que ingresa al sistema, pero no lo que se resuelve en este.
5. La perspectiva de género busca la igualdad entre hombres y mujeres y no la supremacía de un género sobre el otro. Por tanto, el desafío es educar con base a perspectivas de género.

Recomendaciones

Por nuestra parte, se propone un modelo educativo que dé a conocer los derechos de la mujer desde la temprana edad y dando paso a un nuevo criterio de participación de responsabilidades parentales entre hombres y mujeres con el fin de cumplir con la igualdad de género y que haya mayores oportunidades para las mujeres profesionales sin que ello implique formas de discriminación contra ellas por parte de la nación o sociedad en la que vive.

Referencias bibliográficas

- Carrillo Cruz, Y. A. (Comp.), Molina Rodríguez, D. & Carolina Casanova, A. (2019). La violencia de género desde un enfoque multidisciplinario. Fondo Editorial Universidad Cooperativa de Colombia.
- Figueruelo Burrieza, A. (2022); Ramos Hernández, P. (2022).

- Rowinski, J. (Comp.). (2021). *Violencia de género: enfoque interdisciplinario*. 1. RV Ediciones.
- Procuraduría General de la Nación – Ministerio Público de Panamá. (s.f.). *Violencia Doméstica*. Recuperado de: <https://ministeriopublico.gob.pa/estadisticas-judiciales/violencia-domestica/>
- Procuraduría General de la Nación – Ministerio Público de Panamá. (1 de enero al 31 de julio del 2023). *Informe Estadístico de Delitos Contra el Orden Jurídico Familiar y el Estado Civil a Nivel Nacional 2023*. <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2023/08/Informe-Estadistico-de-Delitos-Contra-El-Orden-Juridico-Familiar-y-el-Estado-Civil-a-Nivel-Nacional-Julio-2023.pdf>
- Texto Único del Código Penal de la República de Panamá (2016). Ministerio Público de Panamá. <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>
- Ministerio Público de Panamá. (s.f.). *Violencia de Género*. Secretaría de Derechos Humanos. <https://ministeriopublico.gob.pa/secretaria-derechos-humanos/violencia-de-genero/>
- Ministerio Público de Panamá. (2018). *Violencia de Género*. <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2018/08/Violencia-de-genero.pdf>
- Instituto Nacional de la Mujer [INAMU]. (2021). *Reglas de procedimientos en temas de violencia de género y violencia doméstica*. <https://inamu.gob.pa/wp-content/uploads/2021/10/REGLAS-DE-PROCEDIMIENTOS-EN-TEMAS-DE-VIOLENCIA-DE-GENERO-Y-VIOLENCIA-DOMESTICA.pdf>
- Ministerio Público de Panamá. (2016). *Constitución Política de la República de Panamá con índice analítico*. <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf>

Los tipos ideales de Max Weber: aplicación en los trabajos de graduación de derecho.

Max Weber's ideal types: application in law graduate work.

Por: **Campos Alvarado, Vanessa**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro de Investigación Jurídica Investigadora

Panamá

Correo: Vanessa.camposa@up.ac.pa

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

Entregado: 27 de mayo del 2024

Aprobado: 19 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6386>

Resumen.

El derecho es una ciencia social y como tal requiere sus propios métodos de investigación. Particularmente para aquellos que se forman como profesionales del derecho y a los que se les enseña el estricto cumplimiento de la legislación y de sus sentencias, casi de forma incuestionable, como docentes, hay que ser capaces de infundir a estos el pensamiento crítico, la reflexión y la actitud propositiva que puede ser la esperanza para el nacimiento de legislaciones en las que siempre predomine la justicia. Una de las formas para ejercitar ese recurso humano en rutas es a través de desarrollo de las tipologías ideales de Max Weber que a su vez fomenta el método comparativo. Permite la creación de modelos ideales por los investigadores para ser contrastados con las realidades permitiendo el surgimiento de teorías hipótesis y propuestas.

Palabra clave: metodología de investigación, método comparativo, investigación cualitativa, tipos ideales, trabajos de graduación de derecho

Summary.

Law is a social science and as such requires its own methods of investigation. Particularly for those who are trained as legal professionals and who are taught strict compliance with legislation and its sentences, almost unquestionably, as teachers, we must be able to instill in them critical thinking, reflection and a proactive attitude that can be the hope for the birth of legislation in which justice always prevails. One of the ways to exercise this human resource in routes is through the development of Max Weber's ideal typologies, which in turn promotes the comparative method. It allows the creation of ideal models by researchers to be contrasted with the realities allowing the emergence of theories, hypotheses and proposals.

Keywords: research methodology, comparative method, qualitative research, ideal types, law graduation papers

Introducción

“Sólo a través de una estricta especialización puede el trabajador científico hacer suyo el sentimiento pleno, una vez y tal vez nunca más en la vida: aquí he logrado algo que perdurará”. Expresó Max Weber. Con lo cual conduce a promover la calidad de la investigación y los aportes que de ella deriven **como** contribuciones realmente relevantes producto de una labor dedicada del investigador.

El presente artículo es un aporte para la implementación de nuevas herramientas en investigaciones cualitativas como las que ocurren con frecuencia en el medio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá en la búsqueda de la especialización del trabajador científico a la cual se refiere Max Weber.

En una ocasión una docente e investigadora expresó, en su aula de clases que para hacer investigación no hay una receta de cocina, tratando de explicar que este proceso debe tener cierta flexibilidad y que no existe un patrón específico pues son tantas áreas de conocimiento, objetos, investigadores con sus particularidades formados por sus culturas, creencias, educación, prejuicios quiéranse o no, que resulta difícil normar este proceso de formar nuevos conocimientos. Lo que si debe hacerse es formar investigadores críticos y desapegados a prejuicios que los dominen y hagan emerger un producto desapartado de lo ético y con un conocimiento sesgado.

La investigación deben ser un proceso que invite al investigador a ser crítico de las realidades, pero reflexivo, creativo propositivo sin temor a manifestar su juicio con el debido respeto y fundamento.

El investigador jurídico requiere de herramientas que le permitan hacer análisis interpretativos y reflexivos de las realidades frente a aquello que se aspira en la norma que es la armonía en sociedad. Sin embargo, estos juicios críticos son los que permiten hacer legislaciones más acordes con las realidades sociales a las que se debe el derecho.

La utilización de la tipología de Max Weber, un gran teórico de la sociología, de la ciencias política, de la economía y del derecho es una herramienta que puede ser utilizada en las investigaciones jurídicas que contribuyen a formar a profesionales en las cualidades expresadas.

Por estas razones se les invita a conocer de su aporte y de su técnica de investigación en la cual distinguió que lo social requiere sus propios métodos. Y el derecho es una ciencia social que deben emplearlos. Entre ellos las tipologías ideales con la cual se pueden construir conceptos, imágenes sociales o bien procesos de nuestra sociedad.

1. Conociendo a Max Weber.

Maximilian Karl Emil Weber, (Max Weber), nace en Alemania, Erfurt, el 21 de abril de 1864 en una familia compuesta de 9 miembros de los cuales su hermano fue sociólogo y economista como él.

Max Weber, además de ser sociólogo y economista obtuvo un Doctorado en leyes en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

En 1890, obtiene el doctorado en ciencias económicas, su tesis se evaluó con la más alta y fue considerada excelente.

Max Weber integró una organización de economistas, denominada: **Asociación Profesional de Economistas Alemanes** la cual centro sus esfuerzos en la economía como un medio "...de solución para los problemas de tipo social (Alabau, 2019)".

Siendo miembro de la Asociación de Economistas profesionales, se dedicó a la investigación enfocada en los procesos migratorios y su incidencia en la industrialización. Lo que le dio un sitio como conocedor de la economía agraria.

Se produjo un lapso en la carrera de Weber, Max en el cual se aleja de la docencia luego del fallecimiento de su padre. Padeció depresión. Lo que originó que: "...; aquejado de fuertes depresiones, durante ese periodo dejó la enseñanza para dedicarse a viajar y a investigar (Fernández & Tamaro, 2004).

Años después se produce una etapa de gran producción de obras de Max Weber en la que publican: su ensayo *La Ética Protestante y El Espíritu del Capitalismo*. Estos eventos ocurren después de su participación un Congreso e Artes y Ciencias realizado en Estados Unidos en el año 1904.

En estas obras analiza la vinculación que existía entre lo económico y sus credos. Posteriormente como una continuidad a sus ideas de la primera obra escribe el *Espíritu del Capitalismo* en el cual vincula aquellas ideas racionales con los fines y medios que pueden emplearse para alcanzar el éxito económico. En estos estudios Weber, se enmarca en el estudio del protestantismo y grupos que se originan de las reformas religiosas dando lugar al Calvinismo y el puritanismo americano. Las presentes obras conducen a deslindar como la ética del protestantismo favorece el auge del capitalismo.

Tuvo participación política, aun cuando fue fallida, en el año 1912. Su intención era crear un partido político cuyos miembros eran socialdemócratas y liberales. Este partido sería izquierdista.

Se le encomendó la dirección de hospitales en Heidelberg, Alemania. Su participación política en este momento tiene como fines contribuir a que Alemania mantuviera su hegemonía en Bélgica y Polonia.

Max, Weber integró el Consejo obrero y soldados. Fue miembro de la Comisión de armisticio de Alemania mediante la cual se logró finalizar la guerra mediante el Tratado de Versalles. Su papel protagónico en la Comisión de armisticio tuvo como resultado la rendición de Alemania que concluyó con la terminación de la guerra.

Fue fundador del Partido Demócrata Alemán e intentó en varias ocasiones, sin alcanzar frutos, integrar el parlamento. Como redactor de la Constitución de Weimar en 1919 caracterizada por su constitucionalismo social, originó la adopción de derechos sociales en la constitución presentes en muchas constituciones actualmente.

En la constitución de Weimar Max Weber: "... incluyó el artículo 48 que permitía la adopción de medidas de emergencia y la promulgación de decretos de urgencia, ya que Weber temía el estallido de la revolución comunista en Alemania (Alabau, 2019)."

2. Aportes de Max Weber en la metodología de investigación.

Uno de los aportes de Max Weber fue el antipositivismo que es las antípodas del positivismo a través del cual Weber da una de sus contribuciones en torno a la metodología de investigación. En su planteamiento reprueba la utilización de los métodos de las ciencias naturales y exactas para estudiar objetos que pertenecen a las ciencias sociales.

Los objetos de las ciencias sociales tienen elementos característicos que no pueden ser valorados y examinados desde la óptica de las metodologías de las ciencias naturales y exactas.

Las ciencias naturales y exactas producen leyes generales que caracterizan sus objetos de estudios y son predictivas de los eventos que pueden ocurrir ya que son verificados de forma experimental y a la vez controlando en ocasiones las formas de producirlos.

Contrario es lo que ocurre en las ciencias sociales donde el protagonista central es el ser humano y sus acciones ya que no siempre reacciona a los estímulos externos de la misma forma ya que se encuentra intervenido por muchos elementos que van desde su raciocinio,

cultura, educación e incluso su salud mental. Estos elementos no son valorados desde la epistemología del positivismo.

Por otra parte, las metodologías de investigación desde las ciencias sociales, para arribar al conocimiento se enfocan en buscar las causas de los fenómenos que estudia y no en elementos externos como lo hacen las ciencias sociales. Por esto se indica que las ciencias naturales se dirigen mayormente al discernimiento. No tienen el propósito de interpretación de las acciones sociales para poder exponer los eventos que son estudiados.

Sobre la distinción entre las ciencias sociales y las ciencias naturales que es importante precisar pues de esto también depende su metodología de estudio, (Azocar, 2014) ha manifiesta que:

“ La distinción radical entre Ciencias Naturales y Ciencias Sociales. Las ciencias sociales tienen un objeto de estudio particular que de ninguna manera puede ser enfocado con los mismos métodos o supuestos usados por las Ciencias Naturales. Mientras que los fenómenos que estos abordan sólo responden a causas y no tienen una finalidad, las ciencias humanas estudian las acciones intencionales de los hombres ”.

Esto significa que desde la metodología de las ciencias naturales y exactas existe un sesgo en la construcción del conocimiento frente a lo social que son impuestos desde las formas que utilizan las ciencias naturales en la construcción el conocimiento por las características que se han mencionado del objeto de estudio desde las ciencias sociales.

Estas características se atienen a la cualidad de vastedad del medio y este mismo elemento interviene en la capacidad de producción de leyes. Lo cual significa que “...por lo tanto no puede haber una ley que lo explique todo. La sociedad cambia constantemente y toda sociedad es diferente debido a sus culturas, etc. Por lo tanto, es imposible crear una ley que explique todo de la sociedad (Azocar, 2014).

Este predominio del método científico empleado por las ciencias naturales y exactas influyó en los métodos investigativos de aquel momento por esto Max Weber conociendo la naturaleza de lo social y su objeto principal el ser humano se opuso al positivismo para incentivar el surgimiento de un método propio de las ciencias sociales con sus instrumentos como las denominadas tipologías , métodos comparativos e investigaciones interdisciplinarias.

Otra contribución de Weber a la Metodología de Investigación según (Azocar, 2014) es la utilización del Método Comprensivista con el que explica situaciones en el ámbito económico (como ciencia social) que también estudió, que consideró puede ser aplicado

a otras ciencias e implica el necesario concurso de otras disciplinas que requieren el auxilio de otras ciencias para alcanzar un conocimiento preciso. Por tanto, valoró las contribuciones interdisciplinarias en la investigación.

El método comprensivista condujo a Max Weber en su ejercicio, de entender las acciones sociales, en virtud del método señalado en la construcción de los denomina *Tipos Ideales* que permiten al investigador hacer ejercicios comparativos. Este método le permitió la comprensión y la fragmentación de las acciones sociales para disgregar sus elementos integradores y su sentido.

Las contribuciones de Max Weber tuvieron como escenario diversas áreas del conocimiento desde la economía hasta la política, la filosofía y otras. Particularmente, y de forma breve se aborda en este artículo, sus aportes en la metodología de investigación especialmente las tipologías ideales y cómo estas pueden ser utilizadas en los trabajos de graduación de derecho.

Sin embargo, no hay que desconocer que Max Weber se destaca por ser considerado uno de los fundadores de la sociología y el padre de la Sociología Moderna.

En la administración pública se reconoce sus aportes en la administración pública del Estado mediante los procedimientos utilizados para la organización, jerarquización de los servidores y departamentos a través de la denominada burocracia.

La metodología aplicada por Max Weber en la investigación ha permitido la implementación de nuevas herramientas que se practican en las ciencias sociales y a la vez, para desvincular el positivismo de las ciencias sociales como una teoría influyente en la construcción de nuevas metodologías de investigación y conocimientos.

El positivismo al que se ha hecho referencia fue considerado como un método único de investigación (monismo metodológico) que era válido para el estudio de lo que se produce en el medio social como para los fenómenos naturales.

La dinámica del positivismo origina vinculaciones que permiten acoplar según expresa (Pérez, 2015)

“(…) el racionalismo, el empirismo y la lógica inductiva y deductiva, denominado a veces como hipotético deductivo, cuantitativo, empírico-analista y racionalista, naturalista. La ciencia para ser considerada como tal, debe adaptarse al paradigma de las ciencias naturales, que caracterizaba por el monismo metodológico, el método fisicomatemático, la explicación causal y la predicción (como lo cita Guaman Chacha, Hernández Ramos, & Lloay Sánchez, 2020).

Se trata pues, de un solo método que debía ser utilizado por todas las ciencias hasta el momento en que surge el anti-positivismo de Max Weber.

Entre sus obras destacadas se encuentran:

La ética protestante y el espíritu del capitalismo (1905), La política como vocación (1919) La ciencia como profesión (1919), Sociología de la religión (1920), Economía y Sociedad (1922), Conceptos básicos en sociología (1922), Historia económica general (1923) La metodología de las ciencias sociales (1949) (Alabau, 2019),

3. Las Tipologías Ideales de Weber conceptos y ejemplo.

Los *Tipos Ideales* es uno de los aportes de Max Weber, es una herramienta importante para el análisis de situaciones más allá de lo social (con lo cual queremos aludir solo al campo sociológico) también puede ser utilizada en el ámbito del derecho.

Son construcciones que realizan los investigadores de situaciones que parten de las observaciones, la experiencia, la formación del investigador y del análisis e interpretación de las realidades. No puede negarse el hecho que por ser una creación de los investigadores se integrará de componentes producto de la subjetividad del investigador. Pero estas construcciones deben ser contrastadas por el investigador con otros autores, teorías e investigaciones realizadas. Debe ser sometida a otras ideas que pueden ser contradictorias. El producto de estas investigaciones puede dar incluso como resultado la invalidación de ciertas teorías (Falsabilidad).

Lo importante de las tipologías es que permiten al investigador entrar en el análisis de situaciones, e incluso de instituciones del derecho.

Recordemos que el derecho es producto de hechos sociales por lo cual no puede ser desvinculado de las realidades que se producen alrededor del que investiga. Y que este necesariamente tiene sus propias percepciones a las cuales se adiciona su cultura, educación, costumbres e incluso prejuicios que deben intervenir lo menos posibles en el análisis del que investiga, pero esto puede resultar un tanto difícil ya que es algo inherente a él.

Los hechos sociales que se investigan son el agente catalizador que puede activar el proceso legislativo. Por esto es importante conocer estos eventos sociales y/o conceptos, así como su dinámica a través de instrumentos que conlleven para el investigador ejercitar el análisis, la interpretación. Lo que consecuentemente, en el campo jurídico puede contribuir a mejorar o modificar los modelos existentes en este caso de legislaciones, subsumiendo los hallazgos que se derivan de la creación de estas tipologías a los nuevos

ordenamientos jurídicos. De esta forma, deben poseer elementos de las realidades y adecuarlos a la legislación.

Si bien, las tipologías ideales son un medio creado desde y para las ciencias sociales, en primera instancia para la sociología, pero también, contribuye a la comprensión de conceptos en el medio del derecho y de la ciencia política.

En esta tarea de creación e interpretación y análisis de conceptos emergen a su vez desde la mirada del investigador, elementos característicos de estos conceptos que facilitan su aprendizaje y análisis como la dinámica o proceso por el cual se producen en el medio.

La forma en que se van a producir estos tipos ideales se origina a partir de:

“Abstraer de la realidad algunas características para entender una idea para poder entender un concepto o fenómeno social” (Pérez Arguelles, 2021)

Las tipologías consisten en la construcción de modelos ideales de determinadas situaciones o instituciones o bien conceptos a los que se aspira como un máximo ejemplo de lo que deberían ser en la realidad. Esto significa que no es inminente que estos ocurran de esta forma realmente. Pero su construcción como algo puro, perfecto o bien ideal obedece a que de esta forma pueden ser comparados con las realidades. Aunque se conoce que en la realidad no se presentarían de esta forma.

Las tipologías ideales ayudan al investigador a precisar las características del elemento en estudio. Esto implica un proceso de abstracción durante sus observaciones de los elementos característicos del objeto. Lo que conlleva segregar de todo aquello no relevante que emergerá de labor de investigación, para destacar aquellos que son esenciales.

(Pérez Arguelles, 2021) señala en torno al concepto de tipologías ideales que *“Es un instrumento conceptual creado por Max Weber, usado en sociología para aprender los rasgos esenciales de ciertos fenómenos sociales. Son modelos, utopías, idea y teorías de cómo deberían ser las cosas”*.

Los tipos ideales se consideran modelos pues tiene los atributos que deberían ser repetidos o realizados. También considerados una aspiración, aunque también se señala de ellos que son utopías por su dificultad para ser alcanzados dado el grado de perfección que se requiere para que se materialice.

El tipo ideal se vincula con el concepto de utopía debido a que es *“(…) un modo optimista de concebir cómo nos gustaría que fuera el mundo y las cosas* (Significado,

2013)”. Es considerada a su vez “(...) una construcción de la realidad que es difícil que se produzca en un estado perfecto en la sociedad (Campos Alvarado, 2023, pág. 212)” Los tipos ideales representan aspiraciones de cómo queremos que sea la sociedad o determinadas instituciones o conceptos. Son considerados utopías. Al respecto se crítica el concepto de utopía:” Debido a su importante carga idealista, la utopía ofrece el suelo para formular sistemas de vida en sociedad alternativos, más justos, coherentes y éticos (Significado, 2013)”. Por tanto, al considerar los tipos ideal como algo utópico se hace en el sentido de crear modelos de conceptos o eventos sociales que tengan características en un nivel de perfección que siempre quieran alcanzarse. Por esto en los tipos ideales siempre va a existir el modelo a l cual se aspira llegar.

El papel de las tipologías consiste desde este escenario en “(...) un auxiliar porque coadyuva en las investigaciones mediante la comparación, el análisis y la producción de hipótesis (Campos Alvarado, 2023, pág. 213)”.

(Weber, 1904, pag.154) en su concepción de Tipologías ideales los concibe como utopías lo que recalca cuando indica que: “(...) el carácter de la utopía en sí, que es obtenida a partir de la exageración mental de determinados elementos de la realidad (Donato, 2007, pág. 154).

“Lo ideal de las tipologías es aquello que se considera perfecto. En la medida en que lo que se suscita en la esfera de lo social se aproxime o distancia del tipo, el investigador puede valorar los eventos, describir sus caracteres” (Campos Alvarado, 2023, pág. 213).

El análisis que permite las tipologías de Max Weber ayuda a la comprensión de los comportamientos sociales. Pero a su vez también se pueden descomponer los factores que forman parte de los tipos ideales tanto para conocer cómo se produce la acción social o concepto y encontrar posibles propuestas a estos eventos.

En el estudio realizado por (Campos Alvarado, 2023) se observa cómo fueron utilizadas las tipologías ideales de Max Weber para la comprensión de la figura de la participación ciudadana formal. Un concepto propio de las ciencias políticas pero contiene a su vez componentes del ámbito del derecho pues es a través de una norma jurídica que se precisa este comportamiento, su validación, modalidades, y de más aspectos .Adquiere su carácter formal por las normas jurídicas y algunos de sus elementos distintivos fueron obtenidos debido al contexto que utilizó la autora para su análisis integrado por la Corte Suprema de Justicia de Panamá y las expresiones vertidas en torno a este concepto plasmadas en sentencias de la Corte Suprema de justicia de Panamá de la Sala Contencioso Administrativa de los años 2014 a 2019 .

El rol de la tipología es realizar un proceso comparativo “(...) con lo que está realmente sucediendo y podremos dar cuenta si está o no cumpliendo con esos parámetros o características esenciales (...) (Pérez, Arguelles, 2021)”.

Lo anterior significa que a través de los tipos ideales se crea un modelo de lo que debe ser determinado concepto o bien imagen o proceso el cual se confronta con la realidad.

En la medida en que la realidad se aproxime al tipo ideal, que es la creación del investigador sabremos qué tan cercana se encuentra la realidad del tipo creado.

En la investigación anterior se definió una participación ciudadana formal como el tipo ideal y luego se observó la realidad tal y como se concibe la participación ciudadana desde la Corte Suprema de Justicia que representa su contexto.

Se utilizará de ejemplo la tipología ideal desarrollada para el concepto de participación ciudadana formal para que los lectores puedan tener mayores elementos para su análisis. En el cuadro que se presenta a continuación se antecede con la formulación de un concepto ideal de la participación ciudadana formal la cual es definida por la autora como: “Concepto de participación ciudadana formal: es aquella originada desde las organizaciones estatales y facultada mediante un instrumento legal que permite a los ciudadanos intervenir en la esfera pública en los procesos de toma de decisiones referentes al manejo de recursos y en acciones que producirán impactos que les afecten” (Campos Alvarado, 2023. Pág. 213).

La participación ciudadana formal tal como se desprende de su concepto es un espacio creado para integrar a la ciudadanía en la toma de decisiones sobre todo de acciones emanadas de la administración pública. Está debidamente regulada en la legislación panameña lo cual permite a su vez, que este concepto trascienda a la esfera del derecho panameño. Por lo cual, también facilita su análisis desde un instrumento metodológico de Max Weber padre de la Sociología Moderna pero igualmente válido para el campo del derecho lo cual a su vez reafirma la Teoría de Max Weber de la interdisciplinariedad que en su momento solo era concebida para el medio de la economía aunque se ha demostrado su aplicabilidad en el derecho, otra ciencia social. Y, que, por tal razón, debe ser investigada desde las herramientas propias de las ciencias sociales.

Las tres columnas que se visibilizan contienen tres tipos de participación ciudadana la formal ideal en la primera. En la segunda columna participación ciudadana formal desde la legislación y la tercera la participación ciudadana contextualizada desde las Sentencias

de la Corte Suprema de Justicia de la Sala Contencioso Administrativa de los años 2014 a 2019 . En cada una se resaltan sus características.

Cuadro N°11 Tipología de la participación ciudadana formal <i>Participación ciudadana formal ideal en el ordenamiento territorial (zonificación)</i>	Participación ciudadana formal desde la legislación vigente en Panamá en el ordenamiento territorial/zonificación	Participación ciudadana formal desde las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en materia de ordenamiento territorial /zonificación
Constituida por un instrumento legal que la faculta	Constituida por un instrumento legal que la faculta Constituida por un instrumento legal que la faculta	Constituida por un instrumento legal que la faculta mediante instancias judiciales para el restablecimiento de derechos
<i>El nivel de participación es amplio en distintas etapas investigación, discusión, creación de instrumentos participativos propuesta, toma de decisiones, en modalidades establecidas por ley</i>	El nivel de participación en modalidades establecidas por ley y con representantes legítimos, no pueden crear instrumentos de participación	El nivel de participación es restringido violentando sus facultades por promotores de proyectos y servidores públicos.
Iniciativa de participación ciudadana libre propuesta por actores sociales en libertad y por iniciativa propia	Iniciativa de participación nace de las solicitudes del sector inmobiliario o agentes económicos	Iniciativa de participación ciudadana en instancias judiciales es propuesta por los afectados ya sean ciudadanos o propietarios de bienes o inmobiliarias o agentes económicos
Utiliza metodologías participativas algunas creadas por los ciudadanos	Utiliza las modalidades que faculta la Ley	No se Utiliza las modalidades que promueve la ley
Fomenta el respeto de los derechos humanos. Se ejerce.	El respeto de los derechos humanos está presente en la norma constitucional de carácter programático como garantía no siempre tiene eficacia. Es una guía para futuras legislaciones	No se respeta la participación como un derecho humano
Promueve la tolerancia	No se refiere a la tolerancia	No se ejerce la tolerancia debidamente por que se niega el derecho de expresión cuando no se practican las formas de participación ciudadana
Es un proceso informativo y educativo que permite el conocimiento de los proyectos, la historia del lugar, su cultura y otro.	Es un proceso informativo por una exigencia legal pero puede	1.No se da siempre acceso a la información cuando no se convoca la participación ciudadana
Es una forma de resistencia al expansionismo capitalista incentivando la construcción conjunta de y reconociendo	Mantiene un equilibrio aparente entre los actores.	Favorece la expansión capitalista cuando obstruye la intervención ciudadana y da prelación a los derechos del sector económico

<i>las necesidades sociales dentro de las ciudades más que la acumulación de capitales</i>		
Busca una redistribución del poder público	Concentra el poder en las facultades del Estado	El poder se concentra en el Estado y poder económico
Integra agentes externos para la consulta por parte de los ciudadanos quienes tiene tiempo para consultas	Permite profesionales idóneos	Permite profesionales idóneos pero estos no siempre están al alcance por los costos de servicios profesionales. Sino son convocados no pueden aportar criterios técnicos
El mecanismo de consulta ciudadana se produce en el espacio que será impactado igualmente los mecanismos espontáneos de participación	El mecanismo de consulta se restringe por el área de municipios correspondientes a veces con escaso espacio para su desarrollo	El mecanismo de consulta ciudadana no siempre se realiza en el espacio que corresponde por los efectos quedando los afectados en desconocimiento
La conducta del servidor público es de un colaborador con valores y actitud de servicio	La conducta del servidor público se circunscribe a lo que la Ley ordena (burocracia)	La conducta del servidor público vulnera derechos , desviación de poder actos de corrupción
Influencia real en la toma de decisiones	La influencia en la toma de decisiones es programática	No se produce influencia en la toma de decisiones por su distanciamiento con lo público por incumplimiento de la participación ciudadana

Fuente. Campos Alvarado, Vanessa ,2023 (pág.214-215).

4. Algunas conclusiones derivadas del uso de las Tipologías Ideales

Algunas de las conclusiones del Estudio realizado para una Maestría en Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá, indican que aunque existe una participación ciudadana formal que permite la intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones la distribución del poder aún no está en equilibrio pues la construcción de las ciudades panameñas se mantiene en las manos del sector inmobiliario.

La participación ciudadana se caracteriza en la actualidad por no tener un escenario permanente en materia de zonificación sino que es coyuntural y convocada por los promotores de proyectos inmobiliarios en su mayoría con lo cual mantienen el poder.

En la participación ciudadana formal no se realizan mecanismo de comprobación en el cual se indique que las personas sujetas de instrumentos para recolección de datos tengan una vinculación directa con el área de los proyectos.

También se concluye que los servidores públicos están incumpliendo sus funciones en cuanto a la convocatoria de la participación ciudadana.

Estas son algunas de las conclusiones que permite la construcción de una tipología ideal que introduce al análisis interpretación, comparaciones desde los diferentes contextos el primero el ideal, el utópico y los otros los que describen la realidad social. Además, este ejercicio ayuda a la construcción de posibles hipótesis y conclusiones. Es un instrumento de gran utilidad en el cual se lleva al investigador a análisis exhaustivos de una temática. De este estudio y de la construcción de las tipologías ideales se derivaron otras conclusiones y propuestas. Para esta exposición solo han sido expuestos brevemente algunos de los resultados para evidenciar como pueden ser utilizados en el área del derecho sobre todo en los Trabajos de Graduación.

Las tipologías ideales a diferencia de las que se utilizan en el Derecho Penal que igualmente describen pero en su caso solo situaciones delictivas. A diferencia de esta utilizadas en lo social en donde el investigador crea los contenidos de los Tipos ideales para contrastar con las realidades.

Los tipos penales son de origen formal pues nacen de la iniciativa de legisladores y de comisiones especiales creadas para la elaboración de las normas a diferencia de los que aportarían las tipologías de Weber que son producto de la labor de investigación de los estudiantes e investigadores aspirantes a ser Licenciados en Derecho y Ciencias Políticas.

5. Las tipologías ideales y su aplicación en los Trabajos de Graduación de Derecho

Las investigaciones permiten hacer uso de un conjunto de técnicas e instrumentos para la recolección de datos.

En el ámbito del derecho es muy probable que gran cantidad de estos instrumentos para la recolección de datos y fuentes sean de origen documental además de fuentes secundarias. Lo cual no es un obstáculo para la utilización de estos métodos. Además se hace gran uso de la observación que es sumamente importante en la construcción de las tipologías ideales.

La aplicación de ambos instrumentos en las investigaciones es de gran utilidad en las de enfoque cualitativo que son las que mayormente se producen en el medio. Estas se caracterizan por dar seguimiento a procesos, análisis de contenidos escritos, palabras imágenes y también objetos que es un medio propicio para utilizar este instrumento para el análisis.

En los trabajos de investigación jurídica, a nivel de pregrado, en la carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá aun cuando existen diversas opciones de trabajo de grado, como monografías, tesis y prácticas profesionales se realizan

investigaciones con preponderancia de las fuentes documentales tales como la legislación, codificaciones, sentencias de la Corte Suprema de Justicia a nivel nacional y el derecho comparado. Aun cuando en este proceso de investigación pueda existir preocupación por los temas conceptuales, también pueden observarse los distintos procesos que se producen, que nacen en virtud de las legislaciones del país y pueden en virtud de estas crearse tipos ideales de estos para ser comparados con los que se producen en el medio e incluso provocar una comparación con las legislaciones extranjeras (derecho comparado) haciendo uso de este instrumento.

Las situaciones descritas pueden dar lugar a la formación de conceptos que pueden ser analizados desde las tipologías ideales permitiendo al investigador (estudiante) crear modelos representativos de la perfección a la cual se aspira. Los cuales se contrastarán frente a los otros que se producen en la realidad que derivan de las observaciones del investigador.

Esta observación conlleva un proceso analítico, interpretativo, comparativo, reflexivo, creativo del concepto, proceso o bien institución del derecho que permite al investigador involucrarse mayormente con el objeto de estudio al punto de ser capaz de expresar a través de las tipologías ideales de forma precisa sus características.

También dirige al investigador a conocer de una forma más directa la dinámica de la figura que está estudiando o de los procesos.

Esta dinámica de construcción de tipos ideales encamina al investigador a la lectura de las diversas doctrinas y teorías que le ayudaran en la construcción de los tipos ideales y hacer a su vez ejercicio crítico de las realidades para poder precisar en detalle sus características.

La construcción de los tipos ideales puede orientar también hacia la elaboración de hipótesis y propuestas que en definitiva se espera de un trabajo de graduación: un aporte a una situación que requiere una intervención.

En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá la primera opción del Trabajo de Grado ha sido la Tesis. A partir del año 1999 se implementan nuevas opciones que requieren el análisis documental tales como las monografías, informes de práctica profesional. En el caso de las monografías debe sustentar dos las cuales siguen los mismos parámetros de las tesis salvo con una limitante en su extensión. Igualmente en el caso de los informes de práctica profesional estos contienen una parte teórica sobre el proceso que va a realizar el estudiante, una legislación e incluso

reglamentaciones propias de cada una de las instituciones que facilitan al estudiante realizar su práctica profesional.

Los escenarios mencionados son propicios para la aplicación de las tipologías ideales

Desde el año 1999 al año 2021 se han sustentado entre monografías e informes de práctica profesional 3021 trabajos, los cuales siguen en aumento. Aunque ahora, pasaron a una nueva presentación por medio de la digitalización, según información obtenida en las bases de datos de la Biblioteca Demófilo De Buen de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

En el caso de las monografías y tesis como opción de trabajos de graduación de pregrado se utiliza un formato característico mediante el cual se califica por los jurados el trabajo escrito como extensión, contenido introducción, conclusiones finales y recomendaciones, las fuentes bibliográficas, la utilización correcta de los medios de citación, el no abuso de reproducciones, la pertinencia de la bibliografía con el tema, la utilización de la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, el uso del derecho comparado.

Es revisada la redacción a lo que agregamos la adecuada utilización de la terminología propia del área del derecho, los aportes y seriedad de la investigación.

También es verificada la forma expositiva y la sistematización para plasmarla. En las investigaciones debe existir un aporte que ponga en evidencia el conocimiento de la temática que se expone.

Como se observa y reitera, las fuentes son documentales, pero son creadas por autores expertos, en la jurisprudencia emanada de los Magistrados de la Corte Suprema de justicia y la legislación, por la Asamblea Nacional como extranjera. Sin embargo, al realizar el ejercicio de crear una tipología ideal el estudiante está construyendo nuevos conocimientos que le conducen y facilitan el proceso de hipótesis y conclusiones. Incrementa el ejercicio reflexivo que debe hacer quien construye sobre ideas basadas en realidades, discriminando y destacando los elementos primordiales de las figuras objeto de estudio lo cual evidencia un proceso significativo de aprendizaje por su capacidad de sintetizar y construir conocimientos.

Los estudiantes durante sus investigaciones reflexionan y emiten conceptos, los que refuerzan con fuentes derivadas de otras instituciones. El ejercicio de hacer una tipología ideal va en el camino de fomentar el juicio crítico, la creatividad y hacer al investigador capaz de aportar gracias a la utilización de tipos ideales y tomando de la realidad para emitir juicios críticos que a su vez deben ser constructivos.

Debido a lo anterior es nuestra propuesta que estos formularios de evaluación de los Trabajos de Graduación deben hacer énfasis en las metodologías que utilicen los estudiantes para un análisis más profundo de los temas y en la innovación en ellos pues es relevante fomentarles un espíritu crítico y a la capacidad de realizar propuestas en la búsqueda de soluciones para los temas nacionales con el objeto de fomentar la formación de profesionales que en sus investigaciones se observe un ejercicio realmente reflexivo de las realidades y aplicando los conocimientos aprendidos .

6. Reflexiones finales

La utilización de nuevas técnicas interpretativas y de análisis en investigaciones cualitativas en el ámbito del derecho contribuye al fortalecimiento de las competencias de los futuros profesionales desarrolla las capacidades críticas, analíticas, interpretativas, reflexivas y propositivas de los estudiantes.

Es innegable que las doctrinas, teorías fallos de la Corte Suprema de Justicia, legislación nacional y el derecho comparado son fundamentales para el aprendizaje que han sido vertidos por profesionales y expertos del derecho. Sin embargo, para aquel que está en proceso de formación debe promoverse, desde la metodología aplicada a lo jurídico, instrumentos que coadyuven a fortalecer sus capacidades. Pero nos preguntamos si estamos fomentando las capacidades de los estudiantes de construir a partir de sus propios juicios y evaluado de forma crítica lo que las fuentes formales emanan.

Hay que tener presente que al final de este recorrido por las aulas, los nuevos profesionales aplicaran todos estos conocimientos pero que también hay realidades que pueden modificar estos instrumentos formales gracias a la formación crítica valorativa de estos para fomentar un mejor derecho con predominio de lo justo en el.

Referencias Bibliográficas

- Alabau , I. (22 de septiembre de 2019). *Psicología on line*. Obtenido de Max Weber: biografía, teorías, aportaciones y bibliografía: <https://www.psicologia-online.com/max-weber-biografia-teoria-aportaciones-y-bibliografia-4716.html>
- Azocar, R. (23 de octubre de 2014). *Universidad Fernando Toro .Doctorando en Gerencia Avanzada*. Obtenido de Max Weber y su aporte a la metodológico a las ciencias sociales: <http://ramonazocargerenciaavanzadauft.blogspot.com/2014/10/max-weber-y-su-aporte-metodologico-las.html>
- Guaman Chacha, K., Hernández Ramos, E., & Lloay Sánchez, S. (2020). El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y Sociedad*, 265-269.

- Fernández, T., & Tamaro, E. (2004). *Biografía de Max Weber*. Obtenido de Biografías y vidas. La enciclopedia biográfica en línea: https://www.biografiasyvidas.com/biografia/w/weber_max.htm
- Pérez Arguelles, G. (7 de septiembre de 2021). *Los tipos ideales de Max Weber. Qué son y para que sirven*. Obtenido de Youtube: <https://youtu.be/BLxPlibsjF0>
- Significado, E. (2013). *Enciclopedia Significado*. Obtenido de <https://www.significados.com/utopia>
- Campos Alvarado, V. M. (6 de diciembre de 2023). Estudio de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de la Sala Contencioso administrativa de los años 2014 a 2019 ciudadana formal en el instrumento de gestión ambiental de ordenamiento Territorial en la modalidad de zonificación. *Maestría en Ciencias Sociales con Énfasis en Teorías y Métodos de Investigación. Instituto de Estudios Nacionales. Universidad de Panamá.*
- Donato (2007) El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales. *Revista Dianoia vol 52 No 59, noviembre de 2007*
- Biblioteca Demófilo de Buen de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá .Base de Datos en Excell de Trabajos de graduación del año 1999 a 2021.

Derecho fundamental e interés legítimo en el Derecho Civil Fundamental right and legitimate interest in Civil Law

Por: **Lombardo, Julio**

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Doctor en Derecho

México

Correo: julio.lombardo@up.ac.pa

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

Entregado: 28 de marzo del 2024

Aprobado: 3 de mayo del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6387>

Resumen:

El presente trabajo contiene un enlace entre las nociones de interés legítimo y derecho fundamental; y un enfoque de su interacción para crear normas tutelares de ambas nociones en el ámbito del Derecho Civil.

Palabras clave: interés legítimo, derecho fundamental, normas tutelares, Derecho civil.

Abstract:

This work contains a link between legitimate interest and fundamental right; and a perspective about the tendency to originate protective norms in the civil law.

Keywords: legitimate interest, fundamental right, protective norms, civil law.

I. Definición de interés legítimo y revisión de su contexto

A. Ideas previas

1. Relevancia del interés en el Derecho Civil.

Si hay un ámbito en el que brilla y resulta relevante la palabra **interés**, es el del Derecho y, en especial, el del Derecho Civil.

En el área del Derecho Privado a la que pertenece el Derecho Civil no se puede concebir una **estructura estable** o una **estructura operante**; es decir, el conjunto de normas o el conjunto de actos simples o de actos normativos que no haga intuir en su base la idea de **interés**.

El conjunto de normas del Derecho Civil presupone intereses privados propios de las personas comunes, como los sujetos de derecho comunes, como los obligados comunes, como los titulares

corrientes de derechos personales; como los titulares corrientes de derechos reales, como los causantes y herederos, como los titulares de derechos inherentes a la persona natural o jurídica.

En todos esos casos salen a la vista intereses tutelables con los criterios y pautas del Derecho Privado y, en particular, del Derecho Civil, como los intereses de la persona natural o de la persona jurídica; como los intereses de los acreedores y deudores, como los intereses de los testadores y de los herederos universales; como los de los propietarios y de los usufructuarios; como los intereses particulares de titulares de derechos consagrados por la Ley (vg. ocupantes y accedentes). Y también, como los guiados por la aspiración a la propia conservación y mejoramiento, sin que tales fines dependan del negocio, del derecho de contenido pecuniario, o de la normativa establecida, sino de la propia naturaleza conducente a la conservación y el perfeccionamiento que tiene el ser humano y las entidades con capacidad de actuar.

Más, ¿cuál es la dinámica en cuanto a la existencia y tutela de los “intereses”? Tal dinámica supone fines concretos cuya justificación corresponde a diversas disciplinas (vg. la Ética) y cuya satisfacción guiada por el orden y la justicia tiene que asumirla el Derecho.

Por ejemplo, algunos sustentantes de criterios éticos estrictos pueden interponer tachas en cuanto al lucro excesivo, más si una legislación prevé el fin de lucro es el Derecho Civil una de las disciplinas que debe regular el logro del lucro dentro de ciertas pautas de orden y justicia.

Pueden existir, asimismo, quienes justifiquen la presunción de la existencia del daño cuando se aplica la teoría del daño a la persona (v. el Código Civil peruano, artículo **1985**) y otros que se opongan a ella (ESPINOSA, 2022, págs. 35 - 44). Y desde un enfoque restrictivo se podría estimar que la prueba del daño excluye toda “presunción”, incluyendo el supuesto del daño a la persona.

En el léxico común el vocablo interés tiene varios significados como el de provecho, utilidad, ganancia, o como valor de algo, o en calidad de lucro derivado del capital. Más, también puede significar “inclinación del ánimo hacia un objeto o una persona”, por ejemplo; acepción que parece más vinculada con el concepto de “interés” que luce relacionado con la “legitimidad” a que se alude en el presente trabajo y según el Diccionario de la Lengua española.

Y lo anterior obedece a que cuanto aquí se proyecta como materia predominante de estudio no es ni la **utilidad**, ni la ganancia, ni el valor, sino la inclinación de la voluntad hacia un elemento,

destinado a **hacer efectiva una prestación; prestación** que ha sido definida como “la conducta que tiene que realizar el sujeto del deber” (TORRES, 2001, pág. 403).

Así que, la contraposición de elementos de la que resulta que uno de ellos viene a ser el **interés**, conduce a tener en cuenta otros como **la prestación** y **el deber** implicado en el “concepto de **relación jurídica**”. (TORRES, 2001, pág. 399 y ss.)

Es por ello que en ese conjunto de razonamientos se aspira a obtener una aproximación de nociones que sirvan para aclarar qué es el interés, qué es el interés legítimo y cómo tales nociones, implicando una estructura y una dinámica propias, llevan a un nexo con el llamado **derecho fundamental** y con la técnica utilizable en el Derecho Civil para configurar **normas directrices** y normas de desarrollo adecuadas para la tutela de intereses legítimos **simples** o **depurados**, siendo estos últimos los **derechos fundamentales** que con sus correlativos **deberes fundamentales** conducen a la fundamentación y estructuración de tales normas. (LOMBARDO, 2023, pág. 20)

Lo que no deviene un ejercicio innecesario, ya que ha existido cierta tendencia a la estimación del Derecho Civil como ámbito un tanto cuanto distanciado de la presencia de derechos fundamentales y de operaciones realizables con apoyo de tales derechos (COVIELLO, 2007, pág. 33). Y, por lo contrario, a admitir los ejemplos de normativas que han desatado dicho dilema al contemplar tipos relevantes de **derechos fundamentales** en su seno; correspondiendo a la parcela del Derecho Civil, orientar, sin duda, a la apertura de sendas disciplinarias que no resulten cerradas, en el curso de su disponibilidad, por determinados preconceptos de carácter doctrinal. En tal sentido, son atendibles los artículos 52, 53, 62 y 63 del Código Civil argentino vigente.

Mas, dentro de tal tipo de reflexiones conviene la anticipación en el sentido que, ante todo, resulta razonable considerar la existencia de las cuestiones antes citadas, es decir, las relativas al interés, a las relaciones jurídicas, al deber y al **derecho fundamental**, a la pretensión, a la legitimidad, como primer paso que preceda al establecimiento de ciertas conexiones de ellas con los fundamentos de operaciones tutelares articulables a partir de la elaboración de aquellos preceptos, que hemos denominado **norma directriz** (la **comprensiva del derecho o deber fundamental**) y **norma de desarrollo** (la comprensiva de las sanciones derivadas de la lesión del respectivo derecho fundamental o del incumplimiento del correspondiente deber fundamental).

Solo así tendrían sentido, dichas consideraciones.

II. Facetas específicas vinculadas con el derecho fundamental y el interés legítimo

A) El derecho fundamental como elemento relevante en el contexto de las relaciones jurídicas que no excluyen en su base al interés y al interés legítimo

1. Referencias al origen y definición de ese elemento.

En el estudio de los denominados **derechos humanos**, cuando se hace referencia a sus orígenes, se dan notas en torno a denominaciones que tienden a la ubicación de un elemento común, es decir, lo que se ha dado en llamar **derecho fundamental**.

Así, se alude a **derechos personalísimos**, y **derechos de la personalidad** como manifestaciones relativas a la persona humana y a su naturaleza, pero además, con un denominador común: el **derecho fundamental**, como potencialidad o facultad que resulta ser base, fundamento, del amparo ante los actos arbitrarios del Estado o los abusos de los particulares agraviantes de la persona humana. En otras palabras alusiones a que tales elementos devienen proyectados y estructurados de cara a la necesidad de tutela de la dignidad humana.

Lo que se erige como determinante, en la medida en que es condición necesaria de la eficacia del Derecho y de sus células (los derechos), la existencia del hombre como sujeto de derechos y deberes dirigidos a la satisfacción de sus necesidades vitales.

El hombre, individualmente, o congregado en **contextos sociales**, refleja necesidades tanto materiales como espirituales cuya compensación garantiza el Derecho en un entorno de orden y justicia.

Esos derechos esenciales carecerán de sentido y serán meros nombres si no corresponden a mujeres u hombres titulares de derechos y obligaciones cuyo vigor debe ser tutelado.

Ahora bien, de los derechos de la personalidad dicen VALENCIA y ORTÍZ que “carece de todo sentido dar un nombre a un derecho cuando se lo enfrenta al Estado, y un nombre diferente cuando se lo contempla en relación con los demás”... “los derechos humanos son los mismos derechos de la personalidad o fundamentales” (VALENCIA y ORTÍZ, 2000, pág. 250) y (JURADO FERRER, 2016, pág. 303).

Y todos los derechos proclamados, reconocidos e inherentes a desarrollos normativos categóricos como derechos humanos, con un contenido económico y social y algunos claramente relativos a

la persona individual y reconocidos tanto en normativas constitucionales como legales; al igual que los de viejo sello son defendidos y enfrentados a los actos excesivos estatales y a los abusos de los particulares. De suerte que el sistema jurídico total, apoyado por los subsistemas, ofrece normas que permiten tal defensa en diversos sentidos.

Se ha dicho que el derecho fundamental no excluye en su base al **interés** y al **interés legítimo**; y es que si se define el interés como inclinación de la voluntad hacia un fin determinado, si se parte, en forma simple de una de las acepciones mencionadas del vocablo **interés** como tendencia o inclinación del ánimo hacia algo, queda entonces pendiente determinar en qué consiste el **interés legítimo**.

Lo que trae consigo la necesidad de expresar algunas reflexiones en torno al término **legitimidad**, el que, en materia jurídica, se conecta, se vincula, con una serie de disciplinas como el Derecho Procesal cuando se habla de una legitimación en el sentido de una actuación legítima, de una actuación con una base justa, razonable (PALLARES, 1975) que no descarta el sentido común de **legitimidad** como conformidad con la ley y, ante todo, con la justicia, según el diccionario de la Lengua española.

A su vez en el propio Derecho Civil es mencionada la “posesión legítima” como equivalente a posesión conforme al Derecho. Al respecto son consultables los artículos 415 y 417 del Código Civil de Panamá.

Significando lo anterior que la legitimidad o condición de legítimo o legítima, de acuerdo con el léxico común y las propias ramas jurídicas, es una expresión relacionada con la conformidad con las leyes o la justicia.

De tal forma que si se pide una definición, cabría decir que el interés legítimo, reflejado en la base del derecho fundamental, es toda pretensión a la conservación o perfeccionamiento de la persona, que conduce a la configuración de un derecho fundamental; considerado éste como una potencialidad regulable por la Constitución o por las normativas que a ella se subordinan, estén o no codificadas. Y lo antes señalado concuerda con los criterios de los autores según los cuales la naturaleza del **derecho fundamental** no se deslinda con pautas de “topografía jurídica” (COVIELLO, 2007, pág. 33) y (VALENCIA y ORTÍZ, 2000, págs. 248 - 250).

Mas, para completar el alcance de este punto, conviene un señalamiento sobre el hecho indicado en cuanto a que el **derecho fundamental** no excluye en su base al interés legítimo, tal cual se ha definido. Lo que se explica en la medida en que, conforme han discernido los autores, el elemento **interés** y con mayor razón el **interés legítimo** situado en una contraposición de nociones, impone la estimación de otros elementos como el deber jurídico, las relaciones jurídicas; así como las potencialidades y situaciones fundamentales y sobre todo, porque sin ese enfoque de conjunto luce difícil pasar al desarrollo de un cuestionamiento sistemático que, sin excluir facetas estructurales y dinámicas, conlleve el logro de criterios unificadores y la revelación de nexos y métodos idóneos en cuanto al reconocimiento de pautas adecuadas para la tutela de intereses legítimos y de derechos fundamentales (normas directrices y de desarrollo) que deben protegerse en un subsistema de actos simples, no normativos.

B) Los nexos del interés legítimo con el derecho fundamental y la elaboración o el reconocimiento de normas o interpretaciones tutelares de ambos

2. El interés legítimo como base del derecho fundamental y el derecho fundamental como base de normas para proteger y contemplar soluciones normativas compensatorias de agravios a intereses legítimos

En cuanto concierne a tal, materia, luce apropiado que se retome y presente un perfil más claro del **interés legítimo**, para lo que es pertinente el enfoque del mismo como la pretensión razonable a la conservación o perfeccionamiento de la persona, sin daño a tercero (LOMBARDO, 2023, págs. 12, 18 y 22), (CARRASCO y otros, 1996, págs. 78, 79), (LOMBARDO, 2018, págs. 153 - 156) y (ALPA, 2017, págs. 37, 38).

Ahora bien, el **derecho fundamental** visto como potencialidad reconocida por la Constitución o la Ley, si conlleva los mismos fines del interés legítimo, es decir, la conservación o perfeccionamiento de la persona sin daño a tercero, debe ser visto como un interés legítimo depurado (al ser reconocido como derecho) el cual trasciende los límites del Derecho Público y puede ser estimado en el Derecho Civil (ALPA, 2017, pág. 37 y ss.) y (MARTÍNEZ, 2017, pág. 53).

Mas, consideradas las anteriores facetas, resulta relevante advertir la característica común a ambos elementos: no surgen de un negocio o de un derecho de tipo pecuniario, sino que surgen como

respuesta a la tutela que merece la integridad de la persona (VALENCIA y ORTÍZ, 2000, pág. 250) y (FERRAJOLI, 2009, págs. 142, 143).

Y en lo referente al asunto de los nexos entre interés legítimo y derecho fundamental, así como la importancia de ellos en cuanto tiene que ver con la protección de derechos fundamentales e intereses legítimos, tal como los hemos definido en el presente trabajo, corresponde mencionar la ubicación de derechos fundamentales y deberes fundamentales en su calidad de elementos conectados en lo que se denominan relaciones jurídicas, (GARCÍA MÁYNEZ, 1996, págs. 253 - 258) (TORRES, 2001, págs. 399, 400) y (PARRA, 2019, págs. 34 - 36).

El artículo 7°. Del Código Civil español, por ejemplo, contempla el comportamiento de buena fe como deber que corresponde cumplir a quien ejerce un derecho subjetivo, de suerte que no afecte a un tercero, y a esa parte de dicho artículo, la hemos denominado la **norma directriz**, en la medida en que prevé el **deber fundamental** que no se deriva de un determinado negocio o de un derecho de contenido pecuniario, sino que tiene su origen en el correlativo **derecho fundamental** a la conservación o integridad jurídica que tiene la persona a defender sus intereses legítimos agraviables por todo comportamiento contrario al deber fundamental de actuar de buena fe que contempla la norma. (Sobre la **concreción del deber fundamental** véanse los artículos 83 y 95 de la Constitución de Colombia).

Y la **norma de desarrollo** en dicho ejemplo consiste en el precepto que contiene consecuencias suspensivas o indemnizatorias que resultan a cargo del infractor del mencionado deber; habida cuenta que todas esas previsiones y consecuencias devienen contemplables en el carácter de medios de tutela que pueden ser ejercitados con fundamento en **el principio general** (GARCÍA MÁYNEZ, 1996, págs. 24, 25 y 113) y (DE BUEN, 1977, págs. 286 - 288) reconocido en ese artículo vinculado con el subsistema de **actos simples** y, específicamente, contenido en el ámbito del Derecho privado y en la rama del Derecho Civil con sus propias normas y tribunales.

Situación que es complementada con la utilidad del elemento interés legítimo, ya sea el de naturaleza común o el depurado (cuando es reconocido como derecho fundamental), en cuanto respecta a la cuestión de la pugna de intereses. Cuestión en torno a la que caben ciertas reglas derivadas del principio material de orden inherente a la **norma fundamental** del sistema jurídico y el cual exige el respeto a los derechos fundamentales previstos o supuestos en la Constitución, en cuyo ámbito es preponderante el principio de respeto a la persona.

Por lo que cabe el argumento en el sentido que, ante una pugna de intereses legítimos, prevalece como tal, el interés tutelado prioritariamente por la Constitución o aquel cuya satisfacción no conlleva daño al co-pretensor legítimo ni a tercero; y ello por la base de justicia que refleja el no implicar daño, siendo ésta una de las facetas de ese ideal que se vincula con el mencionado **principio material de orden**.

Mas, desde luego y dado lo anterior, solo vale una pauta o interpretación limitante de la efectividad de un interés legítimo, para la tutela de otro interés legítimo prioritario en virtud de la Constitución o de su propia naturaleza.

Así que, la integridad de la persona natural o jurídica, en una pugna de intereses legítimos, es un factor prioritario; sin excluir la prioridad constitucional del interés público a lo que se refieren los artículos 17 y 50 de nuestra Constitución.

III. Proyecciones normativas

A) El uso de métodos y los alcances normativos

1. Las conexiones y la utilidad jurídica del interés legítimo y el derecho fundamental

La mayor claridad sobre este tema, exige una visión que permita el cabal entendimiento del hilo conductor que no solamente liga las nociones de interés legítimo y derecho fundamental sino que, mediante el uso de la búsqueda histórica y las derivaciones conceptuales, conduce a constatar, a comprender cómo aquéllas, en el ámbito del Derecho Civil, reflejan conexiones que permiten el reconocimiento de principios generales fundantes de normas que llevan a la tutela de ambos elementos.

Ello es así, en la medida en que resulta innegable, por una parte, la presencia de intereses legítimos, vistos como simples pretensiones de obtener la conservación o el perfeccionamiento de la persona, gravitando sobre el campo del Derecho Civil; así como la misma presencia de tales intereses ya depurados en cuanto que siendo reconocidos en el ámbito del Derecho Constitucional también ocupan, con ese carácter, el del Derecho Civil, como los derechos de la personalidad.

Lo que es confirmado ante la perspectiva del uso de la investigación histórica que hace posible captar la evolución desde intereses legítimos a derechos fundamentales, hasta la creación de normas directrices y de desarrollo protectoras de ambos; a más del uso de las referidas derivaciones conceptuales, que permite **especificar**, a propósito de la integridad o dignidad de la persona, un

derecho fundamental a la conservación o mejoramiento de ésta: el derecho a la conservación o perfeccionamiento de la integridad jurídica de la persona (es decir, la **integridad jurídica** es el elemento genérico y comprende no solo las facetas de mantenimiento o mejora, sino también su tutela normativa a través de pautas de índole compensatoria). Y tal derecho a la conservación o perfeccionamiento de la integridad jurídica de la persona supone el deber fundamental de respeto a la conservación o perfeccionamiento de la persona, o más específicamente, de respeto a la integridad jurídica de la persona, o sea, de respeto a sus intereses legítimos.

2. Ubicación de los intereses legítimos y los derechos fundamentales en el sistema jurídico

A) Pautas estimables

1) Sistema y subsistema

Si es considerado el sistema jurídico como el conjunto de normas y actos regidos por la norma fundamental cuyo mandato es el de que cada una de sus unidades (normas o actos) deben ajustarse al principio (que se deriva del orden prescriptivo) de cumplimiento jerárquico y normativo conforme a los derechos fundamentales; entonces, conviene advertir la existencia de subsistemas, y en cuanto respecta a este trabajo, la del subsistema de los actos simples evaluable y tutelable de acuerdo con dicha norma.

Subsistema dentro del que deviene posible y razonable el reconocimiento o la elaboración de normas tutelares, y que consiste en el conjunto de actos de particulares que pueden adecuarse a la norma fundamental, en la medida en que no agraven intereses legítimos ni violen derechos fundamentales, como el que impone el respeto a la integridad jurídica; o que pueden proyectarse, en forma contraria, y en ese caso, imponen la protección de los agraviados, a través de las normas tutelares respectivas.

IV. Conclusiones

A) Palabras finales

1) Justificación y alcance teórico-práctico del trabajo

Resulta oportuna la estimación del tema relativo a la estructura y dinámica inherente al **interés legítimo** y orientado hacia el **derecho fundamental**; y ello es así, en la medida en que ambos elementos han generado y generan impulsos controversiales.

El interés legítimo, por una parte, ha constituido base de una definición del derecho subjetivo (IHERING, 1911, págs. 364 - 371) que comúnmente se asocia con el sujeto activo de las relaciones jurídicas, titular de un derecho vinculado con un negocio o un derecho de contenido pecuniario; mas, en este trabajo es enfocado como elemento situado en la base de un derecho fundamental, un derecho que no emana del negocio o de la potencialidad antes mencionados, sino, que se deriva desde la base, de un interés o pretensión dirigida a la conservación o mejoramiento de la persona, en cuanto concierne a la integridad jurídica de ésta.

El derecho fundamental, por otra parte, en lo que se refiere a su naturaleza y ubicación en el sistema jurídico, ha dado origen a discusiones en torno a si es una categoría exclusiva del Derecho Público o si es propia también del Derecho Privado y, más que todo del Derecho Civil; en circunstancias en que esta última alternativa ha sido considerada positivamente, con argumentos claros y contundentes.

Ante ello, conviene subrayar, además, que el nexo del interés legítimo con el derecho fundamental, resulta propicio para la configuración de normas directrices y de desarrollo, básicas para el reconocimiento y elaboración de **principios generales**, como el que prohíbe el abuso del derecho contemplado en el artículo 7º. del Código Civil español; destinables a la protección de pretensiones legítimas mediante la tutela, con las respectivas consecuencias jurídicas, del citado derecho fundamental a la conservación o mejoramiento de la integridad jurídica atribuible a toda persona e inferible, por especificación, de normas cimeras como el artículo 17 de la Constitución panameña.

Lo que implica, por otra parte, la utilidad del uso de esos elementos para facilitar operaciones tutelares de **intereses legítimos** que, como se ha visto en otro trabajo, inferibles dentro del ámbito del Derecho Civil (LOMBARDO, 2023, pág. 20) y en **la esfera de la naturaleza de las cosas**, como contexto atendible, vienen a ser de más fácil consideración casuística que la aplicación de parámetros abstractos en las vías destinadas al pronunciamiento de actos normativos judiciales en las correspondientes controversias.

Mas, la reciprocidad implícita de derechos y deberes fundamentales, y de intereses legítimos, es sustentada por el principio de respeto a los derechos fundamentales de los demás e incorporada, por la voluntad general, al cuerpo jurídico cuyo fundamento es la convivencia pacífica y justa.

En condiciones en que lo anterior entraña la unidad del sistema con el funcionamiento interdependiente de subsistemas como es el del Derecho Privado, con su rama complementaria del Derecho Civil de incontrastable y milenaria utilidad.

Bibliografía

- ALPA, G. (2017). *¿Qué es el Derecho Privado?* (C. Moreno, Trans.) Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Zela.
- DE BUEN, D. (1977). *Introducción al estudio del Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa, S.A.
- CARRASCO, A., y otros, (1996). *Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A.
- COVIELLO, N. (2007). *Doctrina General del Derecho Civil*. Buenos Aires, Argentina: Valleta Ediciones, S.R.L.
- ESPINOSA, M. (2022). *Tendencias tendenciosas. Dos ensayos sobre responsabilidad civil*. Bogotá, D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- FERRAJOLI, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A.
- IHERING, R. (1911). *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo* (Octava edición. Tomo IV). Madrid, España: Casa Editorial Bailly - Bailliere.
- JURADO FERRER, C. (2016). *Manual de Derecho Civil. General y Personas*. Bogotá, D.C., Colombia: Leyes editores.
- LOMBARDO, J. (2018). *Convergencia de principios y normas legales ante el abuso del derecho*. Universidad de Panamá, Panamá: Anuario de Derecho.
- LOMBARDO, J. (2023). *Nueva perspectiva sobre el abuso del derecho*. Universidad de Panamá, Panamá: Anuario de Derecho.
- MARTÍNEZ, A. y otros. (2017). *Derechos económicos sociales y culturales*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (1996). *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, S.A.
- VALENCIA, A y ORTÍZ, A. (2000). *Derecho Civil. Parte general y personas*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.

PALLARES, E. (1975). *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. D.F., México: Editorial Porrúa, S.A.

PARRA, J. (2019). *Derecho Civil General y de las Personas*. Bogotá, D.C., Colombia: Leyes editores.

TORRES, A. (2001). *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.

Diccionario de la Lengua Española (2014). Madrid, España: Real Academia Española.

Códigos y Constituciones

Código Civil de Panamá (2019). Panamá, Panamá, Editorial Mizrachi y Pujol.

Código Civil de Perú (2015). Lima, Perú: Gaceta Jurídica, S.A.

Código Civil español (1977). Pamplona, España: Editorial Aranzadi, S.A.

Código Civil argentino (2020). Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos humanos.

Constitución Política de Panamá (2022). Panamá, Panamá: Editorial Mizrachi y Pujol, S.A.

Constitución Política de Colombia (1995). Medellín, Colombia: Edición de Luis César Pereira.

La publicidad en el proceso penal acusatorio panameño Publicity in the Panamanian accusatory criminal process

Por: **Fernández E, Oswaldo M.**

Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Departamento de Derecho Procesal
Panamá

Correo oswaldofernandez56@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9915-0283>

Entregado: 17 de abril del 2024

Aprobado: 30 de mayo del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6388>

Resumen:

La publicidad en el proceso penal acusatorio es un principio fundamental que garantiza la transparencia y la justicia en el sistema. Este principio establece que los juicios deben ser accesibles al público en general, permitiendo que los ciudadanos observen y evalúen el desarrollo de los procedimientos judiciales. La publicidad no solo asegura que el proceso sea justo y equitativo, sino que también ayuda a mantener la confianza del público en el sistema de justicia criminal.

En el proceso penal acusatorio, la publicidad se manifiesta de varias maneras. Una de las más importantes es la apertura de las audiencias al público y a los medios de comunicación, salvo excepciones justificadas por razones de seguridad o protección de la intimidad de las partes involucradas. Además, las resoluciones y sentencias deben ser publicadas para que todos puedan conocer las decisiones judiciales y los fundamentos que las sustentan. Esto fomenta la rendición de cuentas de jueces y fiscales, y disuade posibles abusos de poder. Sin embargo, debe equilibrarse con otros derechos y principios, como el derecho a la privacidad y la presunción de inocencia. En algunos casos, puede ser necesario limitar la publicidad para proteger a las víctimas o testigos, o para evitar prejuicios contra el acusado. Este equilibrio es crucial para asegurar que el sistema judicial sea tanto transparente como justo, protegiendo los derechos de todos los involucrados mientras se mantiene la integridad y la confianza en el proceso penal, cualquier tema de reserva o secretismo va en contra de la transparencia y la credibilidad.

Palabras Claves: Asistencia Judicial, Procedimiento Penal, detención provisional, debido proceso (Código Procesal Penal [CPP], 28 de agosto de 2008), publicidad

Abstract:

Publicity in the adversarial criminal process is a fundamental principle that guarantees transparency and justice in the system. This principle establishes that trials should be accessible to the general public, allowing citizens to observe and evaluate the development of judicial proceedings. Publicity not only ensures that the process is fair and equitable, but also helps to maintain public confidence in the criminal justice system.

In the adversarial criminal process, publicity manifests itself in several ways. One of the most important is the opening of hearings to the public and the media, with exceptions justified for reasons of security or protection of the privacy of the parties involved. In addition, the resolutions and sentences must be published so that everyone can know the judicial decisions and the grounds on which they are based. This promotes the accountability of judges and prosecutors, and deters potential abuses of power. However, it must be balanced with other rights and principles, such as the right to privacy and the presumption of innocence. In some cases, it may be necessary to limit publicity to protect victims or witnesses, or to avoid bias against the accused. This balance is crucial to ensure that the judicial system is both transparent and fair, protecting the rights of all involved while maintaining integrity and trust in the criminal process-any issue of secrecy or secrecy works against transparency and credibility.

Key Words: Judicial Assistance, Criminal Procedure, pretrial detention, due process, publicity

El artículo 9 del Código Procesal Penal, señala que “Las actuaciones son públicas y que solo podrán ser reservadas cuando existan motivos justificados en el propio estatuto procesal.” El artículo 22 Constitución Nacional, indica que toda persona acusada de haber cometido un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en **juicio público** que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Ver artículos 8.5 Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 9, 358, 361 y 362 del Código Procesal Penal.

2. Alcance del principio de publicidad en el proceso penal.

Las partes y sus apoderados, así como las personas que estos autoricen, tendrán acceso a todas las actuaciones procesales; esto se conoce como **intra publicidad** o **publicidad interna**. Los abogados podrán examinar las actuaciones de investigación o judiciales, incluso aun cuando no sean partes en el caso (Código Procesal Penal, 2008, art. 287). Esta publicidad más que nada es una necesidad de tutela para las partes en cuanto a sus derechos y garantías, así como la participación en igualdad de condiciones.

En función de la transparencia pública, cualquier persona ajena al proceso puede tener acceso al mismo (**extra publicidad** o **publicidad externa**) bajo los requisitos o exigencia que establezca la Ley y el Tribunal de la causa. Una de las formas más comunes de garantizar la publicidad externa, es permitir que los ciudadanos puedan concurrir a las audiencias como una expresión de democracia.

En cuanto al tema de la **publicidad del proceso**, establecido por la doctrina y los Tribunales Supranacionales como parte del debido proceso y la tutela judicial efectiva que de él dimana; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado que el control social de la actividad jurisdiccional, la participación de los ciudadanos en materia judicial, evita procesos secretos, sirviendo de garantía contra cualquier omisión al debido proceso; por lo que el sólo hecho de restringirle a la defensa del investigado (y a éste) el derecho de conocer el contenido de la investigación, el coartar y vulnerar el debido proceso consagrado en el artículo 32 constitucional infringe en un solo acto: la publicidad, el contradictorio y la igualdad procesal que deben tener las partes.

En Panamá, el **acceso a las Salas de Audiencias** del Sistema Penal Acusatorio es libre y público, estableciéndose en el artículo 361 (Código Procesal Penal, 2008), las siguientes restricciones:

- 1) Sólo podrán ingresar las personas mayores de 12 años que estén acompañadas de un adulto que se responsabiliza por sus actuaciones.
- 2) Se podrá restringir el acceso a las personas que “se presenten en forma incompatible con la seriedad de la audiencia.” Por ejemplo, no se dejará entrar a personas en estado de ebriedad, vestimenta inadecuada, etc.

3) Se podrá expulsar de la Sala de Audiencias a las personas que de uno u otra forma obstaculicen la actividad a realizarse. Por ejemplo, Intervenciones no autorizadas, ofensas, disturbios, actitudes manifiestas de aprobación o desaprobación, etc.

3. Excepciones a la publicidad.

El artículo 362 (Código Procesal Penal, 2008), señala expresamente las excepciones al principio de publicidad, que quedan a discrecionalidad del juzgador si las aplica o no en forma total o parcial. Se trata de peligros que puedan surgir producto de la publicidad del proceso. Estas son:

- 1) Que se pueda afectar la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes (partes, testigos, peritos, etc.). Un caso muy común es la amenaza a los testigos para que no declaren.
- 2) Que se ponga en peligro un secreto oficial, profesional, particular, comercial o industrial, cuya revelación cause perjuicios graves.
- 3) Cuándo la víctima sea menor de edad.

Los límites establecidos por las convenciones internacionales al principio de publicidad en los procesos judiciales se fundamentan en excepcionalidades como la moral, el orden público, la seguridad nacional, el respeto a la privacidad de las partes, intereses de la justicia o en la protección de los derechos del niño y la familia. Es así como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 14 de 1976), señala que:

“Artículo 14.1. Todas las personas son iguales ante los **tribunales y cortes de justicia**. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. **La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una**

sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.” (El subrayado y las negritas son nuestras)

Como se puede apreciar diáfananamente y sin lugar a dudas, de la norma anteriormente transcrita, la restricción a la publicidad, en primer lugar y en principio, sólo la puede hacer el Juez, no la puede decidir ni realizar el Ministerio Público ni ninguna de las partes (posteriormente veremos una excepción). En segundo lugar, la limitación a dicho principio de publicidad se hace al momento del “Juicio Oral y Público” y no durante las investigaciones. En tercer lugar, las restricciones al principio de publicidad son de números clausus: moral, orden público, seguridad nacional, protección a la privacidad, circunstancias especiales a criterio del Tribunal y protección a los menores. Cfr., también el artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

4. Los medios de comunicación social y/o redes sociales.

El artículo 363 (Código Procesal Penal, 2008), garantiza la participación de los medios de comunicación en las audiencias, lo que deberá ser regulado por el Tribunal de la causa; pero la actividad que se realiza hoy en día en los medios de comunicación y en las redes sociales va más allá de las normas que regulan la materia. En la actualidad es bastante común que las autoridades judiciales y de investigación en América Latina, informen a la ciudadanía de sus actuaciones a través de cuentas en redes sociales y por intermedio de sus Departamentos de Relaciones Públicas.

Es bien cierto que la ciudadanía tiene derecho a estar informada de los casos que se investigan en el Ministerio Público y de las decisiones que toman los Jueces, como expresamos en líneas precedentes, porque esto garantiza “transparencia” y fortalece la democracia y por ende el

Estado de Derecho; también surge la interrogante: ¿Hasta dónde esto es positivo y cuándo se puede convertir en contraproducente?

De la mano de la publicidad procesal en el ámbito de las comunicaciones está el derecho a la información, la libertad de expresión y el escrutinio público para garantizar transparencia; aspectos propios de una sociedad democrática. Pero muchas veces ese derecho a estar informados sobre lo que sucede en los procesos colisiona con otros derechos fundamentales como son el estado de inocencia (presunción de inocencia), la imparcialidad e independencia del Juez, el derecho a la intimidad y al honor.

1) En cuanto al **estado de inocencia**, es una garantía consustancial a la existencia de un Estado de Derecho y se encuentra regulado en las normas supranacionales, en la Constitución y en la Ley procesal penal; pero puede verse vulnerado cuando en ciertas situaciones se realizan “**juicios paralelos**” en los medios y/o redes sociales o se estigmatiza a una persona frente a la sociedad como si fuese culpable. Es importante para el lector común y corriente, verificar la fuente donde se obtuvo la información, además apreciar con sentido crítico si el medio o quien escribe en la red social tiene una tendencia partidista, gremial, económica o de cualquier otro tipo de conflicto o connivencia con las personas sometidas al proceso penal. En muchas ocasiones podemos advertir, que los medios se dividen a favor o en contra en un determinado proceso judicial.

“El derecho de presunción de inocencia debe estar presente en todas las fases y en todas las instancias del proceso penal. **A diferencia del proceso penal en el sistema inquisitivo** en el cual bastaba que existiera una denuncia en contra de una persona y la referencia de su comisión por dos testigos para que pudiera ponerse en cuestión la reputación del denunciado. Incluso se generaba un mandato de detención. En México hay 0,1 millones de personas privadas de libertad mediante el recurso de la prisión preventiva.” (**Presunción de Inocencia- Instituto de Justicia Procesal Penal**).

Precisamente, protegiendo el derecho al estado de inocencia, es que en los procesos penales siempre que se hace referencia al imputado y/o acusado, se utiliza el calificativo de “presunta comisión de...” ya que la persona que enfrenta los rigores de la justicia penal solo será culpable cuando exista, reiteramos, sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, con todas las garantías ya señaladas en el aparte correspondiente al tema.

Ejemplo real: Un caso famoso de injusticia mediática, fue el de **Cheryl Ann Araujo**, ciudadana estadounidense quien el 6 de marzo de 1983, a los 21 años fue violada por cuatro hombres en una taberna en New Bedford, Massachusetts, mientras los demás clientes observaban sin hacer nada. **El Juez del caso permitió que el juicio fuera transmitido en vivo con la condición de que se protegiera la imagen de la víctima, sin embargo, no se tomó en consideración que al momento de su declaración tenía que dar su nombre y dirección.** El juicio fue transmitido en vivo a todos los Estados Unidos y los abogados de la defensa destruyeron a la víctima proyectándola como culpable por haber ido a un bar a altas horas de la noche a comprar cigarrillos y quedarse a tomar un trago. **La tesis de la defensa:** La víctima consintió el hecho o por lo menos lo provocó. **Pruebas de la Fiscalía:** Los tres estudiantes universitarios que la recogieron a la altura del bar, el equipo de enfermeras, médicos y policías que la vieron posteriormente declararon sobre el estado de terror psicológico en que se encontraba. La comunidad protegió a los imputados (todos de origen lusitano), cuatro por violación y dos por encubrimiento. El Jurado absolvió a los encubridores y condenó a los violadores, ningún estuvo más de seis años en prisión. Pero la comunidad condenó a la víctima quien tuvo que trasladarse a Miami, donde posteriormente en estado de ebriedad, el día 14 de diciembre de 1986, tuvo una colisión donde perdió la vida. Nunca superó el grado de victimización a que fue sometida mediáticamente. El parte oficial fue muerte por accidente de tránsito (Kaplan, 1988).

En cuanto al tema del estado de inocencia y la carga probatoria no se debe obviar la existencia de delitos de inversión de carga probatoria. “Un principio de Derecho Procesal deja a cargo del actor la prueba de los hechos en que se basa su acción, ya cargo del demandado, la prueba de los hechos que fundamenten sus excepciones. Sin embargo, hay casos en que la carga de la prueba se invierte, como sucede, por ejemplo, en materia de accidentes del trabajo (v.) y, en ciertos casos, de responsabilidad civil derivada del hecho de las cosas” (Inversión de la Prueba, 2020).

En materia procesal penal significa que el imputado es quien tiene la carga probatoria (*Onus Probandi*) de sus excepciones de defensa y no el acusador de su pretensión punitiva.

2) Un aspecto muy importante que también se puede violentar con la utilización inadecuada de medios y redes de comunicación es la **imparcialidad e independencia del Juez**, esto es

conocido como “**la presión mediática.**” Un Juez que conoce un caso de “alto perfil”, inmediatamente comienza a ser noticia pública y la presión mediática es cruel, inhumana e indiscriminada. En algunos casos se ha visto, en la práctica, que los medios o las redes publican toda la historia del Juez, incluso se inmiscuyen en su vida privada, atentando contra su intimidad y su honor.

Esta protección no sólo tiene que estar contenida en la normativa legal, sino que debe ser un presupuesto de los valores cívicos y morales de la sociedad. El problema de la independencia judicial, más que un problema de leyes es un problema de cultura política y ciudadana. En nuestras sociedades los Jueces se ven sometidos, además de las típicas presiones políticas, a las presiones mediáticas y/o de redes sociales, que ejercen una enorme e inadecuada injerencia en los fallos judiciales. Una cosa es la transparencia y escrutinio público que la ciudadanía debe ejercer sobre la judicatura y otra es que esa ciudadanía pretenda convertirse en Jueces.

“Por desgracia, en los tiempos que corren (en parte gracias a las redes sociales y a los medios informativos), cada vez es más difícil no entrar a valorar una situación sin estar correctamente informados. Todo ello no hace más que dilapidar lo que tantos años ha costado construir (y que esperamos poder seguir construyendo): el Estado de Derecho. A lo que nos referimos con esto es que hay una serie de mecanismos jurídicos, legislativos y judiciales, es decir, **los jueces y los procedimientos judiciales, que son quienes han de encargarse de juzgar a una persona** y que, de ninguna manera, el resto de las personas podemos realizar tal acción.” (Presunción de Inocencia: Inocente...hasta que se demuestre lo contrario, 2021)

En síntesis, el derecho a la información y a la libertad de expresión como garantía de transparencia no puede ni debe atentar contra el estado de inocencia, la imparcialidad e independencia del Juez, ni el honor o la intimidad de las personas. La información debe ser objetiva y ecuánime, ajustada a lo que va sucediendo en el proceso, de lo contrario estaríamos ante lo que la doctrina denomina como “penalización social preventiva” o “linchamientos mediáticos.”

5. Reserva en las investigaciones.

Hemos expresado que el artículo 287 (Código Procesal Penal, 2008), establece un sistema de reserva de la investigación, que podemos resumir así:

- 1) Reserva para los terceros.
- 2) Las actuaciones judiciales solo las pueden revisar o conocer las partes y sus representantes.
- 3) Los abogados podrán examinar las actuaciones para decidir si aceptan participar en un caso.
- 4) Existe deber de reserva para las partes y los funcionarios que intervengan en las diligencias.

Hasta aquí la reserva de la investigación no afectaba en ninguna circunstancia los derechos y garantías del investigado. Sin embargo, posterior al Código Procesal Penal se expide la Ley 121 de 31 de diciembre de 2013 publicada en la Gaceta Oficial No. 27446-B de 3 de enero de 2014, que en su artículo 4 a tenor literal dice lo siguiente:

“Artículo 4. Cuando en el desarrollo de una investigación, la publicidad pueda entorpecer el descubrimiento de la verdad o provocar la fuga de algún sospechoso, el fiscal competente podrá disponer por resolución fundada la reserva total o parcial de las actuaciones hasta por treinta días consecutivos. El plazo podrá extenderse por iguales periodos, pero la defensa podrá solicitar al juez de garantías o al juez competente que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva.

A pesar del vencimiento de los plazos establecidos, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, **el fiscal competente podrá solicitarle al juez que disponga sin comunicación previa a las partes, las que serán informadas del resultado de la diligencia.**

La reserva se extiende a todas las resoluciones, informaciones y seguimientos de procesos que se encuentren disponibles en la plataforma digital. **En todo caso treinta días antes de la conclusión de la investigación, el resultado de las diligencias de investigación practicadas**

con reserva será puesto en conocimiento de las partes para garantizar el derecho de defensa.” (Las negritas y los subrayados son nuestros).

El 3 de enero de 2014, en la Gaceta Oficial No. No. 27446-B, se publicó la Ley 121 de 31 de diciembre de 2013, por la cual se reforma el Código Penal, Código Judicial y Código Procesal Penal y adopta medidas contra las actividades relacionadas con el delito de delincuencia organizada. Dicha Ley 121 de 31 de diciembre de 2013, fue aprobada por la Asamblea Nacional el día 31 de diciembre de 2013 y entró a regir el día 3 de marzo de 2014 (lunes de carnaval).

La precitada Ley 121 de 31 de diciembre de 2013 (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, mejor conocida como la **Convención de Palermo**), pretende establecer un catálogo de delitos denominados como “Delitos Graves” e instaurar medidas fuertes para minimizar los índices de criminalidad en el mundo. Para conseguir estos objetivos, en la legislación señalada se introdujeron una serie de mecanismos procesales propios de un sistema procesal penal inquisitivo, mediante los cuales se restringen garantías y derechos fundamentales de las partes en el proceso (investigados, denunciados o querellantes y abogados), privilegiando la actuación del Ministerio Público y de los Organismos de Seguridad, lo que crea un desbalance en favor de la parte acusadora.

Para conseguir los fines antes indicados, el legislador, en el artículo 4 de la Ley 121 de 31 de diciembre de 2013, introdujo lo que la doctrina ha dado por denominar “reserva sumarial o reserva del sumario absoluta” o “reserva de la investigación penal”, esto es, que aunque la reserva sea total o parcial, se extienden a las partes y a sus abogados (defensores o acusadores), pero no le es aplicable al Ministerio Público, porque pesar que estamos en un sistema acusatorio, es quien unilateralmente la decreta.

El artículo 4 de la Ley 121 de 31 de diciembre de 2013, señala que **cuando el Ministerio Público estime que la publicidad puede entorpecer una investigación**, ya sea entorpeciendo el descubrimiento de la verdad o provocando la fuga de algún sospechoso decretará **la reserva total o parcial de las actuaciones hasta por 30 días**, existiendo la posibilidad de extender el plazo por igual período y el control del Órgano Judicial sólo será factible **cuando la defensa solicite su revisión**; incluso se deja por fuera al querellante.

Estamos en presencia entonces de una reserva de la investigación con control posterior a solicitud de parte defensora, si la defensa no lo solicita, no existirá control judicial.

Sigue señalando la norma *in comento* (artículo 4 de la Ley 121 de 31 de diciembre de 2013), que el Fiscal (léase Ministerio Público) puede solicitarle al Órgano Judicial, **sin comunicación previa a las partes, las que serán informadas del resultado de la diligencia** la reserva parcial de un acto en particular, que se extiende a todas las resoluciones, informaciones y seguimientos de procesos que se encuentren disponibles en la plataforma digital.

Concluye el artículo 4 de la Ley 121 de 31 de diciembre de 2013, que **para garantizar el derecho de defensa**, el resultado de las diligencias de investigación practicadas con reserva será **puesto en conocimiento de las partes unos 30 días antes de concluir la investigación.**

Para nosotros esta norma crea un fuero o privilegio a favor de una de las partes en el proceso, en este caso del Ministerio Público específicamente y en forma genérica de los Organismos de Seguridad del Estado, coadyuvantes del primero. No es aceptable desde el punto de vista jurídico, en un sistema que se denomina democrático y respetuoso de las instituciones, dentro de una sociedad civilizada que aspira a ser del primer mundo, que una norma jurídica, como el artículo 4 de la precitada Ley, diga que **cuando el Ministerio Público estime que la publicidad puede entorpecer una investigación**, ya sea entorpeciendo el descubrimiento de la verdad o provocando la fuga de algún sospechoso decretará **la reserva**, siendo que el Ministerio Público es la parte acusadora en el proceso penal. Lo anterior era propio de los sistemas inquisitivos decimonónicos, pero inaceptable en la sociedad actual.

Dicha norma fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, pero la Corte Suprema de Justicia manifestó que la misma no violentaba ningún principio, garantía o derecho de los establecidos en el texto constitucional.

Con todo respeto que se merece nuestra máxima Corporación Judicial, estimamos que existe en dicha norma una flagrante violación al debido proceso como garantía **“... constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos”** (Couture, Eduardo, 1988)

Se ha sostenido que el Debido Proceso¹ se encuentra garantizado en el artículo 32 de la Constitución Política como una garantía de igualdad de oportunidades procesales, que permite: la tutela jurisdiccional, el derecho al Juez natural, el derecho a ser oído en el proceso, que el tribunal sea competente, independiente e imparcial (excluyendo los denominados tribunales de excepción), derecho de contradicción e impugnación, etc. (Barsallo J., Pedro A., 1988)

La Corte Suprema de Justicia se ha referido en innumerables oportunidades al tema del debido proceso; en **sentencia de 22 de diciembre de 1993**, dentro del Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por **Banco del Istmo S. A.** contra el **Primer Tribunal Superior de Justicia**, manifestó lo siguiente: “El contenido esencial del debido proceso, por lo tanto, se integra con los derechos de ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial preestablecido en la ley, permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, la utilización de los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada, y también que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos. Forma también parte del núcleo de la garantía que ocupa al Pleno el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales que sean esenciales, es decir, en adición a aquellos que ya han sido destacados, los que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión, por lesionar los principios de contradicción y bilateralidad procesales.” (AMPARO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, 1999)

¹ Derecho al Debido Proceso: Es la combinación de garantías concurrentes referidas al Poder Judicial y a la administración estatal de Justicia que conducen a una situación en la que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que eventualmente pudieren asistirle, sino a través de un proceso conducido en forma legal y que concluya con el dictado de una sentencia fundada (Morello). Para Arturo Hoyos el debido proceso contenido en el artículo 32 constitucional, se refiere a: 1) Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional. 2) Derecho al Juez natural. 3) Derecho a ser oído en juicio. 4) Tribunal competente, predeterminado en la Ley, independiente e imparcial. 5) Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el Juez. 6) Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la Ley contra las resoluciones judiciales motivadas. 7) Respeto a la cosa juzgada.

Conclusiones.

1. La Constitución Nacional, los Convenios Internacionales y el Código Procesal Penal garantizan en el texto normativo y en la praxis la publicidad del proceso en cualquiera de sus fases o etapas.
2. En virtud de la transparencia y credibilidad en las actuaciones investigativas y judiciales, es sano y oportuno mantener y reforzar el principio de publicidad procesal.
3. No obstante, la publicidad procesal no puede ser absoluta, sino que tiene que regularse por la Ley y los operadores judiciales, sin infringir la normativa que regula la materia.
4. Las redes sociales y los medios de comunicación social no pueden ni deben ser utilizados para llevar a cabo juicios paralelos y emitir juicios de valor anticipado condenado o absolviendo a los procesados.
5. La actuación comedida y responsable en redes sociales y medios de comunicación social no debe interpretarse como una censura a la libertad de expresión sino como un respeto al estado de inocencia, a las partes y a los operadores judiciales. En fin, al propio estado de Derecho que se dice se pretende solidificar con estas actividades.
6. La reserva del sumario introducida por una Convención de Naciones Unidas (Convención de Palermo) es totalmente inconstitucional, aun cuando nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de con una votación de 8 a 1, ha expresado que no es inconstitucional.

Recomendaciones.

1. Fortalecer las normas regulatorias de la publicidad en redes sociales y medios de comunicación social sobre los procesos penales que cursan en el Ministerio Público u Órgano Judicial, sin que se constituya en un mecanismo de censura o persecución política.
2. Derogar en su totalidad el artículo 4 de la Ley 121 de la Ley 121 de 2013.

Bibliografía

AMPARO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INTERPUESTO POR EL LICENCIADO MANUEL ANTONIO GUILLEN MORALES, EN REPRESENTACIÓN DEL BANCO DEL ISTMO, S. A. CONTRA EL PRIMER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (Corte Suprema de Justicia 22 de Diciembre de 1999). Obtenido de <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/pleno/sn199912024.htm>

- Barsallo J., Pedro A. (1988). *Derecho Procesal I* (Vol. I). Panamá: Universidad de Panamá.
- Código Procesal Penal [CPP]. (28 de agosto de 2008). *Ley No. 63 de 2008*. Panamá: Artículo 287, 361, 362, 363.
- Constitución Políticas de la República de Panamá [Const]. (1972). Panamá. Obtenido de <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf>
- Couture, Eduardo. (1988). *Vocabulario Jurídico* (3a. Reimpresión ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Dexia Abogados*. (03 de noviembre de 2021). Obtenido de <https://www.dexiaabogados.com/blog/presuncion-inocencia/>
- Enciclopedia Jurídica*. (2020). Obtenido de <http://www.encyclopediaturidica.com/d/inversi%C3%B3n-de-la-prueba/inversi%C3%B3n-de-la-prueba.htm>
- Hoyos, Arturo. (1996). *El Debido Proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Kaplan, J. (Dirección). (1988). *Acusados (The Accused) con Foster, Jodie y McGillis, Kelly* [Película].
- Ley 121 de 2013. (31 de diciembre de 2013). *Que reforma el Código Penal, Judicial y Procesal Penal y adopta medidas contra las actividades relacionadas con el delito de la delincuencia organizada*. Panamá: G.O. 27446-B.
- Ley 14 de 1976. (28 de octubre de 1976). *Por la cual se aprueba el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*. Panamá: 08 de julio de 1977 G.O. 18373 .

El principio de especialidad como límite en la aplicación del tipo penal¹ The principle of speciality as a limit in the criminal law

Por: **González Herrera, Alberto H.**

Universidad de Panamá

Centro Regional de San Miguelito

Correo: alberto.gonzalezh@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5141-8528>

Entregado: 12 de abril del 2024

Aprobado: 24 de mayo del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6395>

Resumen

La ley penal en un Estado democrático y de derecho busca salvaguardar los bienes y valores fundamentales de la sociedad. Ello lo establece el Código Penal (2007) en su artículo 2. Debe crearse la misma como lo establece la Constitución, en la Asamblea Nacional de Diputados luego de tres (3) debates en días distintos y sancionada por el presidente de la república. Una vez entra en vigencia, la norma penal se aplica siguiendo los postulados y garantías contemplados en el Código Penal (2007) en los artículos 1 a 16, la Constitución (2004) y los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos.

Los fiscales y los jueces son los primeros llamados a fortalecer el Estado democrático de derecho, respetando el principio de legalidad y llevando a los procesos solo a quienes incurran en la comisión de delitos.

Palabras clave. Ley penal, principio de legalidad, tipo penal, principio de especialidad.

Abstract:

The criminal law in democratic State of law protect legal assets. In Panama the law is the product of the National congress. Prosecutors and judges guarantee the rule of law.

¹ Texto ampliado de la exposición presentada el día 1 de junio de 2018 en la VI Jornada internacional de Derecho Penal y Derecho Procesal: “Justicia Penal y Política Criminal; Claves para la efectividad de su aplicación en un mundo globalizado” organizado por el Instituto de Estudios Jurídicos INEJ y el Instituto Superior de la Judicatura César Quintero Correa, Hotel El Panamá, Salón Bolívar, Panamá, por invitación del Dr. Sergio Cuarezma Terán.

Key words: criminal law, principle of legality, penal type, specialty principle.

1. Introducción

La ley penal en un Estado democrático busca salvaguardar los bienes y valores fundamentales de la sociedad; debe producirse como lo establece la Constitución política de Panamá en tres debates en días distintos, previa propuesta de quienes están facultados para sugerir la creación y la reforma de las leyes orgánicas, como los Códigos nacionales dispone el artículo 165.1 de la Constitución Política (2004).

Una vez entra en vigencia un nuevo tipo penal, la norma que describe el delito se aplica siguiendo los postulados y garantías contemplados en el Código penal (2007), a saber: el respeto a la dignidad humana, artículo 1; la protección del bien jurídico, artículo 2; la mínima intervención, artículo 3; el derecho penal de acto, artículo 4; los derechos fundamentales, artículo 5; los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, artículo 6; los fines de la pena, artículo 7; los fines de las medidas de seguridad, artículo 8; el principio de legalidad, artículo 9; el derecho a juez o tribunal predeterminado por la ley, y el debido proceso, artículo 10; la nulidad por inobservancia de las garantías de legalidad o debido proceso, artículo 11; la *lex stricta*, artículo 12; el principio de tipicidad, artículo 13; el *favor rei*, artículo 14; la prohibición de doble juzgamiento y el principio de especialidad, artículo 15; la prohibición de analogía salvo que beneficie al imputado, artículo 16. De la Constitución Política (2004) resultan directamente aplicables en toda causa penal: los derechos fundamentales mínimos, artículo 17; la igualdad de armas, artículo 20; el derecho a la libertad personal, artículo 21; la presunción de inocencia y el derecho de defensa, artículo 22; el hábeas corpus, artículo 23; la garantía de no autoincriminación, el derecho a guardar silencio y no declarar contra familiares, artículo 25; la inviolabilidad del domicilio, artículo 26; la seguridad, rehabilitación y defensa social en el sistema penitenciario, artículo 28; la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones, artículo 29; la prohibición de penas inhumanas y degradantes, artículo 30; el mandato de determinación de la ley penal, artículo 31; el proceso debido y legal, artículo 32; el derecho a la acción de amparo o de tutela de garantías fundamentales, artículo 54. De los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos no pueden soslayarse, el Pacto internacional de

Derechos civiles y políticos (1966) que proclama: la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, artículo 7; el derecho a la libertad y la seguridad personal, artículo 9; el respeto a la dignidad del privado de libertad y finalidad del régimen penitenciario, artículo 10; la igualdad ante los tribunales, el derecho a ser oído y proceso debido, artículo 14; el principio de legalidad ultranacional, artículo 15; la prohibición de injerencias arbitrarias, artículo 17; la no discriminación, artículo 20. De la Convención Americana sobre Derechos humanos (1969) tenemos: la prohibición de la pena de muerte, artículo 4; el respeto a la dignidad humana e integridad personal, artículo 5; la libertad personal y examen judicial de privación de la misma, artículo 7; las garantías judiciales, artículo 8; los principios de legalidad y retroactividad de la ley penal, artículo 9; el derecho a indemnización por error judicial, artículo 10; la igualdad ante la ley, artículo 24.

En el presente trabajo de investigación planteamos la necesidad atender al principio de especialidad al momento de llevarse un proceso penal, el mismo de carácter documental y descriptivo se emplean los métodos intrasistemático y deductivo, consultando textos legales nacionales y recursos bibliográficos nacionales e internacionales.

Tratamos tres aspectos denominados: momentos de verificación del tipo penal, algunas situaciones y el principio de especialidad como límite en la aplicación del tipo penal.

Los textos punitivos o códigos penales en su libro de los delitos, al igual que en el texto panameño, en el Libro Segundo ordenan por Título los comportamientos que se prevén como lesivos a la sociedad.

2. Momentos de verificación del tipo penal

Al darse un supuesto delito debe realizarse el ejercicio de verificación si el o los hechos coinciden con algún tipo penal de los previstos en el Código Penal (2007). Esta tarea supone la realización de una interpretación adelantada y provisional del tipo penal.

La norma jurídico-penal destaca Muñoz Conde (2001) constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida, y se espera también que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista (p. 43). Sin embargo, si las

disposiciones penales no motivan al ciudadano o al mismo no le interesa observarla podía estar transitando a la esfera penal si amenaza gravemente o afecta algún bien o valor fundamental.

Luego de ocurrido un hecho que parece delito se dan las pesquisas iniciales por la policía, la Dirección de investigación judicial o la Fiscalía de Atención primaria producto de la recepción de una denuncia, una querrela o de averiguación de oficio.

Una vez que resulta una persona vinculada a algún delito, en la fase inicial de investigación contando con elementos de convicción que acrediten la existencia del mismo, puede la Fiscalía solicitar la fecha de audiencia a la oficina judicial, a fin que ante el juez de garantías se cumpla con el control de aprehensión (si fue aprehendido el sospechoso), la imputación de cargos y la solicitud de medida cautelar al indiciado o presunto sujeto activo conforme a los artículos 278 y 280 del Código Procesal Penal (2008).

El primer momento de verificación del tipo penal de manera rápida, particular, subjetiva y empírica lo realiza la policía; si se aprehende a alguien en flagrancia o al acudir al llamado de auxilio antes de perpetrado el delito o con posterioridad a su ejecución. También, se tiene que examinar el precepto penal una vez es presentada la denuncia o la querrela y por la gravedad de la misma, los investigadores proceden con el visto bueno de su superior a efectuar las primeras averiguaciones. En este momento inicial debería haber una colaboración estrecha entre la policía y el fiscal adjunto o de turno, puesto que es éste quien debe autorizar cualquier actividad investigadora dado que ostenta la idoneidad para hacer una interpretación inicial del hecho lesivo o delictivo frente a la norma penal.

El segundo momento de verificación del tipo penal se constata al presentarse la Fiscalía a la audiencia ante el Juez de garantías a formular la imputación, indicando los hechos, los elementos de convicción con que cuenta que dan fe de los mismos y señalando el tipo penal concreto o aproximado en el cual encajan los mismos. Aquí entra en juego la consideración no solo de las normas del Código Procesal Penal (2008), el denominado principio de separación de funciones, artículo 5 y la imparcialidad del juzgador sino que es indispensable no obviar del Código penal (2007) los postulados básicos contenidos en los artículos 1 a 8 y las garantías penales enunciadas en los artículos 9 a 16.

El tercer momento de verificación del precepto penal frente al caso se efectúa en la denominada audiencia de acusación o audiencia intermedia que establece el artículo 345 del Código Procesal Penal (2008) y debe concluir con la emisión del auto de apertura a juicio según el artículo 349 *in fine*. En esta se debe dar la sustentación de la acusación por la Fiscalía, aduciendo el delito o los delitos por los cuales solicita el llamamiento a juicio, si se cuentan con todos los elementos que acreditan los mismos y exige cada tipo penal. No es válido ni correcto aceptar al fiscal o al querellante la frase “lo probaremos en juicio”, si el delito es condición para ir a juicio no puede decirse que se probará el mismo, lo que debe prometer probar en juicio es que el o los acusados son responsables.

La orfandad de los tipos penales al acusar no admite considerar que hay tipicidad parcial o que se cuenta con algunos elementos del delito, o se tienen todos los elementos o debe admitirse que la conducta resulta atípica aunque se molesten los agentes investigadores o la policía.

El último momento de verificación del precepto penal ocurre en el juicio oral, donde al concluir la audiencia el tribunal al deliberar, de los hechos probados debe constatar si el sujeto es responsable o no. Aquí la certeza debe gobernar cada decisión, no basta la creencia ni la aproximación indiciaria a que hubo delito y por estar vinculado al proceso el juzgado debe sancionarse.

De haber acusado por dos o más delitos el estándar de exigencia que reclama el Tribunal de juicio ha de elevarse más pues el principio de objetividad genera el compromiso de investigar, acusar y petitionar sanción si realmente existen méritos para ello. En ocasiones se acusa por varios delitos incurriendo en inflación penal por el temor a las críticas al Ministerio Público.

Algunos ejemplos sugieren imputar y acusar de manera simultánea por delitos plurisubjetivos contra la seguridad colectiva; delitos sexuales, delitos contra la Administración pública, delitos contra la vida y la integridad personal, entre otros. Aquí no podemos perder de vista el principio de especialidad, el que nos obliga a confrontar cada vez que se estime existen varios delitos, cuál es el tipo penal que más abarca la manera como actuó o actuaron los sujetos investigados.

3. Algunas situaciones

No es correcto sostener en esa primera audiencia de imputación que existen unos hechos que se adecuan al tipo penal o que existe un concurso de delitos desconociendo la tipicidad, la especificidad o inequívoca cualidad de la conducta. No puede autorizarse la investigación de los hechos solo porque parece delito. En los tipos penales conflictivos como: violencia doméstica, previsto en el artículo 200 del Código Penal (2007) modificado por la Ley N°82, 2013; asociación ilícita para cometer delitos relacionados con drogas, artículo 312 del Código Penal (2007) y tráfico de drogas artículo 313 del Código Penal (2007); posesión simple y posesión agravada de drogas, artículos 320 y 321 del Código Penal (2007); asociación ilícita y pandillerismo, artículos 329 y 330 del Código Penal (2007); posesión ilícita de armas, artículo 333 del Código Penal (2007) entre otros, no resulta fácil la determinación de su ocurrencia por sus elementos particulares, dado que existe una línea muy delgada. El delito existe o no existe al momento de imputarlo, incluso en grado de tentativa, no resulta válido argumentar que la acción es típica y que en el término de investigación se completarán los elementos del tipo. Ello muestra una adecuación típica provisional incompleta porque no se reúnen los elementos del tipo, resultando la subsunción carente de legalidad. La conducta entonces resulta atípica y por muy grave que parezca la misma no es atendible. Toda conducta humana que no reúne todos los elementos que exige el tipo penal no puede imputarse como delito por falta de tipicidad y el juez de garantías no debe pasar ello por alto.

Presupuesto de la imputación en acto de audiencia es que existe un delito, no un hecho semejante o parecido al mismo. De igual manera, lo plasmado en el artículo 2 del Código Penal (2007) constituye un gran avance en nuestro medio, puesto que más que que orientar al legislador, guía al intérprete de la norma penal (fiscal o juez) instándole a tener como prioridad, antes de emplear el *jus puniendi*, el tipo penal, debiendo constatar si hubo lesión, afectación o amenaza grave a algún bien jurídico o valor significativo de la sociedad conforme a la Política criminal del Estado. Morrillas Cueva (2002) plantea que la función primordial del Derecho Penal es la de amparar los bienes jurídicos de la persona y de la sociedad (p. 13).

Con la adhesión a la teoría del bien jurídico nuestro sistema penal podría ser objeto de crítica, al requerir ofensividad o lesividad, pero ello es mejor a no contar con restricciones al incriminar o autorizar la tipificación de conductas. Resulta válida la observación de Roxin (2013) quien afirma que un precepto penal que no protege bienes jurídicos puede llegar a ser inconstitucional en cuanto intervención inadecuada, excesiva y, con ello, desproporcionada en la libertad del ciudadano (p. 24).

Jakobs (1995) no es partidario que el Derecho penal procure la protección de bienes jurídicos, es del criterio que las disposiciones penales buscan el mantenimiento de la vigencia de la norma (p. 5; 2001, pp. 25-31).

También, Hirsch (2007) afirma la necesidad de corroborar la afectación del principio de exclusiva protección del bien jurídico, el principio de ofensividad conocido como “offense principle” para que exista delito (pp. 48-51).

Reiteramos, el artículo 2 del Código Penal (2007) dispone lo siguiente: “En este Código sólo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulten indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, y de acuerdo con la política criminal del Estado”.

Lo cierto es que con el reconocimiento del principio de exclusiva protección del bien jurídico se marca el hito en nuestro medio, que debe llevar a la aplicación racional del Derecho penal por los operadores judiciales; además de exigir que exista mínima intervención conforme al artículo 3 del Código Penal (2007), instar a que se agote toda gestión procesal en la resolución del conflicto como insta el artículo 26 del Código Procesal Penal (2008), y, únicamente si existe una afectación o amenaza grave al bien jurídico autorizar la investigación, la acusación y el juzgamiento. Ello conduce a que sean desatinadas las políticas de ley u orden, investigando, imputando y juzgando a personas de ciertos sectores de la sociedad con incriminaciones producto de operativos de profilaxis social. Los delitos como los anteriormente anotados constituyen instrumentos jurídico-penales tendientes a frenar la ola delincencial y, a la vez son una muestra del empleo de la técnica de la anticipación de la tutela penal con los llamados “delitos obstáculo” que según la doctrina, castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico

protegido, incluso antes de que exista un peligro concreto para dicho bien (Cuesta Pastor, 2002, p. 39).

Ya hemos anotado que estos delitos de mera actividad pugnan con el principio de lesividad u ofensividad puesto que además de prescindir de la antijuridicidad formal no lesionan efectivamente al bien protegido (González Herrera, 2017, p. 49).

4. El principio de especialidad como límite en la aplicación de la ley penal

La interpretación de la norma penal atendiendo a los postulados y garantías contenidos en el Código Penal (2007) y el Código Procesal Penal (2008) conllevan el mantenimiento del Estado democrático y social de derecho.

Lo más exacto posible debe ser la coincidencia de la acción u omisión que se estima delito al confrontarla con el tipo penal respectivo. Esto lo impone el artículo 12 del Código Penal (2007) que señala: “La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.

Cuando un hecho punible requiere que una norma, de igual o inferior jerarquía lo, lo complemente, será necesaria la existencia de esa norma jurídica complementaria”.

No es posible sostener que se parece o se aproxima al delito, el comportamiento cuya imputación, acusación o solicitud de condena se plantea. El artículo 16 del Código Penal (2007) señala: “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica solo son posibles cuando beneficien al imputado”.

Tradicionalmente, la interpretación de la norma penal se hace basada en el texto del Código Penal (2007), pero con la adopción de la teoría del bien jurídico por el artículo 2 y el postulado de mínima intervención descrito por el artículo 3 habrá que hacer la comprobación de la existencia de lesividad o grave amenaza, al bien o valor fundamental tutelado. No basta la antijuridicidad formal, cualquier delito requiere la antijuridicidad material o disvalor de la conducta si se tiene presente el mandato del artículo 2 del Código Penal (2007).

La justicia penal patria no puede operar anclada en la mera legalidad, en el reproche por la infracción de la norma o la mera antijuricidad formal porque se produciría el colapso de la misma.

Urge atender al principio de especialidad que respalda lo anotado. El mismo es reconocido por el segundo párrafo del art. 15 del Código Penal (2007) que dispone lo siguiente: “Cuando varias leyes penales o disposiciones de este Código sancionen el mismo hecho, la disposición especial prevalecerá sobre la general”.

Cuello Contreras (2002) alude a la regla de especialidad que conlleva aplicar el tipo especial siempre que abarque al segundo generando su exclusión (p. 217).

Zaffaroni (2002) llama la atención sobre su consideración afirmando: Cuando se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro en función del principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generalis*) si abarca las mismas características que el otro, agregando, además, alguna nota complementaria que tona en cuenta otro punto de vista en cuanto a lesividad (p.868).

Del artículo 12 del Código Penal (2007) emana el mandato del legislador surge la obligación de quien acusa, así como de quien juzga, de enmarcar el comportamiento humano que se estima delito a la norma o tipo penal que mejor recoja o asuma el mismo si existen otros preceptos considerados.

García Caveró (2012) comenta que el principio de especialidad nos lleva a elegir el tipo penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido (p. 767).

No puede prescindirse del principio de especialidad porque daría lugar a su violación. Un ejemplo de esto puede ser, el hecho de privar de la vida a una mujer, no es posible encajar el comportamiento del agresor en homicidio agravado o simple, sino que debe encajarse en el artículo 132-A del Código Penal en alguno de sus numerales que prevén el femicidio o feminicidio.

Como subrayan Guerra de Villalaz/Villalaz de Allen (2013) el juez debe aplicar la ley especial que prevalece sobre la general (p. 31). Asimismo, lo sugiere Muñoz Pope (2003) pues la norma especial cuenta con todos los elementos de la norma general y otros adicionales (p. 172).

Parece ayer, que la jurisprudencia de los años 90 del siglo pasado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda De lo Penal, al abordar el tema de homicidio con otros delitos, recalca que el delito de homicidio agravado era la norma especial y que en virtud de ello no cabía llamar a juicio por robo y homicidio. Indicaba la Corte Suprema de Justicia entonces: “Es decir que no es factible aplicar el delito de homicidio y el de robo a la vez, porque el legislador al tipificar el homicidio agravado por razón de la comisión de delitos conexos art. 132 ord. 5°-subsume ese otro delito para que no se sancione dos veces el mismo hecho.

De manera clara el legislador brinda solución al problema, al disponer que ante varias disposiciones que sancionan un mismo hecho punible, la disposición especial debe prevalecer sobre la general, con lo cual adopta el principio de especialidad que rige el concurso aparente de tipos penales (art. 4 del Código Penal)” (Rodríguez Muñoz/González Montenegro, 1999, pp. 129-130).

Lo que hoy contempla el artículo 15 Código Penal lo tenía previsto el Código Penal derogado de 1982 en el artículo 4 en similares términos con respaldo de una postura jurisprudencial uniforme.

El artículo 16 del Código Penal (2007) creemos que no consiente que el juez de garantías si le solicitan que estime como delito un acto humano, similar o parecido al descrito por el tipo penal, avale la imputación. El artículo 16 dispone: “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. Comentan Guerra de Villalaz/Villalaz de Allen (2013) que esta prohibición obedece a que la única fuente de delitos es la ley conforme al principio de legalidad y solo se autoriza el empleo de la analogía en caso de circunstancias atenuantes (p. 84). De la misma manera, Muñoz Pope (2003) apunta que la analogía faculta para motivar causas que extinguen la responsabilidad penal o la disminuyan notablemente (p. 168).

Conclusiones

El principio de especialidad como regla de interpretación de la norma penal debe ser considerado en toda audiencia de imputación, además de los postulados de protección del

bien jurídico y de mínima intervención si los hechos llevados a la esfera judicial dan la apariencia de uno o varios delitos.

No resulta atinado permitir investigaciones, admitiendo imputaciones sobre supuestos o posibilidades cuyos elementos de convicción recabados por la Fiscalía al momento de la audiencia, no coinciden con un tipo penal claramente, ni encajan como pieza de rompecabezas o como tuerca a tornillo, dado que se desnaturaliza el correcto ejercicio del *jus puniendi* soslayando el respeto a la garantía de legalidad.

Referencias bibliográficas

- Cuello Contreras, J. (2002). *El Derecho penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Dykinson.
- Cuesta Pastor, P. (2002). *Delitos obstáculo: Tensión entre Política criminal y teoría del bien jurídico*. Comares.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho penal, parte general*. Jurista editores.
- González Herrera, A. (2017). El principio de lesividad como límite al *jus puniendi*. *Sapientia, Año 8 N°1*, pp. 40-54.
- Guerra de Villalaz, A. E./ Villalaz de Allen, G. (2013). *Manual de Derecho Penal, Parte general*. Cultural Portobelo.
- Hirsch, A. von. (2007). El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”, Hefendehl, R. (editor), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, pp. 37-52.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal, parte general*. Reppertor.
- Morrillas Cueva, A. (2002). Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro, *Criminet N°04-06*, Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/_04-06.pdf

Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho penal*. B de F.

Muñoz Pope, C. E. (2003). *Introducción al Derecho Penal*. Panamá Viejo.

Rodríguez Muñoz, O. /González Montenegro, R. (1999). *Jurisprudencia penal, doctrina y disposiciones legales, 1990-1998*. Mizrachi &Pujol.

Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, *Criminet N°04-06*, <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Zaffaroni, E. R./Alagia, A./Slokar, A. (2002). *Derecho penal, parte general*. Ediar.

Convenio MARPOL y su relevancia en el tráfico marítimo
Convention MARPOL and its relevance to maritime traffic

Por: **De Gracia, Oziel**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro de Investigación Jurídica

Investigador

Correo odg_25@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8474-2607>

Entregado: 22 de abril del 2024

Aprobado: 5 de junio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6396>

Resumen:

A través de este artículo se busca explicar que es el convenio “**MARPOL**” que por su abreviación significa **MARINE POLLUTION**, este es un convenio de suma importancia en el transporte marítimo internacional y el derecho marítimo; el convenio trata sobre la prevención de la contaminación causada por los buques.

Palabras Claves: AMP, Autoridad Marítima de Panamá, Marine, Polución, Contaminación, MARPOL, Convenio, Anexos, Protocolo, Hidrocarburos, Desechos, Agua de Lastre, Tanques, Buques, O.M.I.

Resume:

Through this article we seek to explain what the “**MARPOL**” agreement is, due to its abbreviation which means **MARINE POLLUTION**, it is a very important agreement in international maritime transport and the maritime law, this agreement deals with the prevention of pollution from ships.

Key Words: AMP, Panama Maritime Authority, Marine, Pollution, MARPOL, Convention, Annexes, Protocol, Hydrocarbons, Waste, Ballast Water, Tanks, SHIPS, I.M.O.

I. Introducción

El convenio MARPOL es de suma importancia para el tráfico marítimo mundial y para el derecho marítimo internacional, ya que es el que se encarga de la prevención de la contaminación causada por los buques es importante destacar que el 80% de la carga de transporte mundial es a través del transporte marítimo según datos de la Organización

Mundial de Comercio, que a su vez podemos decir que está dividida entre diez grandes navieras dejando el resto a todas las demás, es por esto que el convenio de prevención de contaminación de hidrocarburos es de suma importancia a nivel mundial, ya que es el que se encarga de velar por los daños que puedan causar los buques al medio ambiente. Dentro de este convenio se toman en cuenta el convenio de 1973 y el de 1978 que lo modifica y adiciona el anexo VI. El convenio está dividido en 6 anexos que tratan de la prevención de las diferentes formas de contaminación las cuales mencionaremos en la introducción pero profundizaremos en la sección III DE ESTE artículo; los anexos son los siguientes: I.- Contaminación por hidrocarburos, II.- Contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel, III.- Contaminación por sustancias perjudiciales transportadas en paquetes, contenedores, bultos, etc., IV.- Contaminación por las aguas sucias de los buques, V.- Contaminación por la basura de los buques y VI.- Para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques.

II. Origen del convenio MARPOL.

En los inicios del siglo XX, con la aparición de los automóviles, crecimiento de las industrias, guerras mundiales y otros factores que provocan mucha el aumento de la demanda de hidrocarburos hace que aumente significativamente el transporte marítimo ya que este desde sus orígenes representa el medio de transporte más utilizado para mover grandes cargas y es debido a estos factores se inicia la construcción de los grandes buques de carga de todo tipo.

La explotación de petróleo de los países de Medio Oriente y del golfo Pérsico influye en la construcción de buques tanqueros de mayor capacidad, que llegan a pesar hasta cien mil toneladas de peso muerto, para poder mover la demanda energética que tenía el mundo en esos días.

Con el paso de los años los buques tanqueros y demás tipos de buques van aumentando su capacidad de carga, pasan de las cien mil toneladas mencionadas con anterioridad a las doscientas mil y es aquí donde se da el problema que origina el convenio MARPOL. En la década de los 60 es donde aparecen las grandes contaminaciones por hidrocarburos y se da el primer gran derrame, ya con los barcos habiendo aumentado su capacidad, y este derrame es el del buque *Sinclair Petroleum* uno de los más grandes en esos momentos y el único que tenía sistema de auto descargas, el mismo explota y se

hundido frente de las costas de Brasil derramando más de sesenta mil toneladas de crudo y destruyendo mucha vida marina. Pero no es sino hasta 1967 cuando en realidad el mundo ve el tema de los derrames de hidrocarburos como un problema real y esto se da es con el derrame que deja el buque *Torrey Canyon* un buque que originalmente fue construido en Estados Unidos para transportar sesenta mil toneladas de crudo y que después se amplió a ciento veinte mil toneladas de crudo el cual viajaba de Kuwait a Inglaterra a carga completa, el mismo encalla con el arrecife de *Seven Stone* convirtiéndose en el más grande en naufragar en su época ocasionando un derrame de petróleo de más de ciento veinte mil toneladas de crudo generando una marea negra de setenta kilómetros de largo y cuarenta de ancho que llegó a afectar las costas de Inglaterra y de Francia y a provocar la muerte tanto de aves marinas como de especies marinas y su impacto fue peor ya que por la falta de experiencia en este tipo de accidentes se utilizaron detergentes que empeoraron la situación, al final viendo que no se obtuvieron los resultados esperados para la mitigación se decide bombardear la mancha negra.

Después de este accidente marítimo hay un antes y después que da como resultado la reestructuración de las normas internacionales de navegación y de manera específica en la responsabilidad civil y de prevención de estos derrames que dan como origen al convenio MARPOL en el año 1973.

III. Anexos del Convenio.

Una vez visto porque de la necesidad de evitar este tipo de accidentes en la conferencia internacional sobre la contaminación del mar del año de 1973 convocada por la Organización Marítima Internacional en su sede en Londres se aprueba el convenio internacional para prevenir la contaminación de los buques. En 1978 tomando en cuenta que el convenio no había entrado en vigor se le añade al convenio el protocolo del 78 esto es debido a la gran cantidad de accidentes que habían ocurrido en los años 76 y 77; el protocolo del 78 absorbe al texto original, ya que era un texto actualizado de lo que se había acordado en el 73. El convenio entra en vigor el 2 de octubre de 1983, se le han hecho modificaciones de suma importancia pero es importante destacar el protocolo de 1997 que es el que permite introducir enmiendas al convenio e introduce un nuevo anexo.

El convenio MARPOL actual está estructurado en seis anexos que mencionaremos y que después entrare a más detalles conforme voy avanzando este artículo, estos son los siguientes:

I.- Reglas para prevenir la contaminación por hidrocarburos.

II.- Reglas para prevenir la contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel.

III.- Reglas para prevenir contaminación por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos.

IV.- Reglas para prevenir la contaminación por las aguas sucias de los buques.

V.- Reglas para prevenir la contaminación por la basura de los buques.

VI.- Reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques.

III.I Anexo I

Es el que dictamina las reglas para la prevención de contaminación por hidrocarburos este anexo entra en vigencia en el año 1973 y trata de la construcción de los buques petroleros, de los equipos que llevan los buques a bordo, medio para bombeo y tuberías que utilizan los buques, las formas de descarga de los hidrocarburos de los buques por otro tipo de barcos que también son conocidos como de apoyo, de las instalaciones para la recepción de los hidrocarburos en tierra, de cómo se deben limpiar los tanques que transportan los hidrocarburos y de los planes de emergencia que debe tener un buque en caso de una avería y como se debe tratar estas emergencias. En fin es el que dictamina tanto las reglas para la construcción de los buques petroleros como las normas que rigen para su sana explotación.

A razón de grandes siniestros ocurridos desde la entrada en vigor del anexo 1 es necesaria su revisión y es donde se realiza la enmienda de 1992 al anexo, en donde se dictamina que a partir de esta enmienda los buques petroleros que se construyan tienen que ser de doble casco y se le pone fecha para la circulación de los buques de casco sencillo hasta el 2010 salvo algunas excepciones.

Con las enmiendas hechas podemos decir que la OMI en el anexo I ha pasado de cambiar de un enfoque correctivo a un enfoque preventivo, ya que antes se hacían los cambios debido a los accidentes que ocurrían y hoy se hacen las modificaciones previendo todas las circunstancias que le pueden ocurrir a un buque.

El anexo I en la actualidad contiene 11 capítulos que exponen 47 reglas y 4 apéndices reglas dentro de las cuales cabe destacar la regla 20 que es la relativa a la prescripción de los doble cascos.

Podemos decir con esto que el anexo 1 ha contribuido enormemente a la disminución por contaminación por hidrocarburos al establecer reglas para los equipos, construcción y planes de emergencia que puedan tener los buques en caso de averías o emergencias que tengan.

III.2 Anexo 2

El anexo 2 habla sobre la prevención de la contaminación de sustancias nocivas líquidas transportadas a granel, su entrada en vigor es en el año 1983. Las sustancias nocivas líquidas transportadas a granel están comprendidas en 4 categorías X,Y, Z y otras sustancias estas son las siguientes:

1. Categoría X: Sustancias nocivas líquidas que, si fueran descargadas en el mar tras operaciones de limpieza o deslastrado de tanques, se consideran un riesgo grave para los recursos marinos o para la salud del ser humano y, por consiguiente, justifican la prohibición de su descarga en el medio marino;
2. Categoría Y: Sustancias nocivas líquidas que, si fueran descargadas en el mar tras operaciones de limpieza o deslastrado de tanques, se consideran un riesgo para los recursos marinos o para la salud del ser humano o causarían perjuicio a los alicientes recreativos u otros usos legítimos del mar y, por consiguiente, justifican una limitación con respecto a la calidad y la cantidad de su descarga en el medio marino;
3. Categoría Z: Sustancias nocivas líquidas que, si fueran descargadas en el mar tras operaciones de limpieza o deslastrado de tanques, supondrían un riesgo leve para los recursos marinos o para la salud del ser humano y, por consiguiente, justifican restricciones menos rigurosas con respecto a la calidad y la cantidad de su descarga en el medio marino;

4. Otras sustancias: Sustancias indicadas como OS (Otras sustancias) en la columna correspondiente a la categoría de contaminación del capítulo 18 del Código Internacional de Quimiqueros que han sido evaluadas, determinándose que no pertenecen a las categorías X, Y o Z, según se definen estas categorías en la regla 6.1 del presente Anexo, porque actualmente se estima que su descarga en el mar tras operaciones de limpieza o deslastrado de tanques no supone ningún peligro para los recursos marinos, la salud del ser humano, los alicientes recreativos u otros usos legítimos del mar. La descarga de aguas de sentina o de lastre, o de otros residuos o mezclas que contengan únicamente sustancias indicadas como "Otras sustancias" no estará sujeta a las prescripciones del presente Anexo. (Convenio MARPOL 73/78, convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, de 2 de noviembre de 1973, anexo II, regla 6, numeral 1).

En el caso de la categoría X su descarga es prohibida, en la categoría Y la descarga es limitada, en la categoría Z son permitidas las descargas ya que las restricciones son menos rigurosas y en el caso de otras sustancias su descarga es permitida ya que no suponen ningún riesgo para la vida marina y salud humana.

En el convenio original las sustancias se dividían en 4 categorías la a, b, c, d y pasan a las que hago referencia en la que se clasifican de mayor peligrosidad a menor peligrosidad.

El anexo dos como mencioné se encarga de establecer la clasificación de las sustancias nocivas líquidas a granel y dictamina las reglas para su descarga, aquí es importante mencionar que el que se encarga de la reglamentación de la construcción de los buques quimiqueros es el código internacional para la construcción y el equipo de buques que transporten productos químicos peligrosos a granel por su abreviatura (CIQ), estos dos instrumentos son los que regulan todo lo relativo a sustancias nocivas líquidas a granel y me parece oportuno mencionar.

El anexo II está estructurado de la siguiente forma contiene 10 capítulos que exponen 22 reglas y 7 apéndices.

III.3 Anexo 3

Este es el que habla de las reglas para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas en bulto, su entrada en vigor es en el año 1992.

En este anexo se dictan las reglamentaciones para transportar sustancias perjudiciales transportadas en bultos.

Es importante mencionar en este apartado que las sustancias peligrosas a transportar por mar están clasificadas en el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (Código IMDG), son nueve clases que a su vez están subdivididas en 9 clases.

Las 9 clases son las siguientes:

Clase 1 Explosivos

Clase 2 Gases comprimidos, licuados y/o disueltos bajo presión

Clase 3 Líquidos inflamables

Clase 4 Sólidos inflamables

Clase 5 Sustancias oxidantes y peroxidantes

Clase 6 Venenos o sustancias tóxicas y sustancias infecciosas

Clase 7 Sustancias radioactivas

Clase 8 Sustancias corrosivas

Clase 9 Sustancias peligrosas diversas (que no se pueden incluir en las otras ocho)

Una vez ya tenemos las clases de sustancias peligrosas lo que hace el anexo III es dictaminar las normas para poder transportarlas, ya que de no cumplir con las disposiciones del anexo III no se pueden transportar.

Dentro del anexo encontramos las reglas para poder transportar este tipo de mercancía en cuanto a embalaje y envasado, marcado y etiquetado, documentación necesaria para poder transportar este tipo de mercancías y las limitaciones cuantitativas.

Es importante mencionar que dentro de las reglas específicamente la regla 9 está prohibido verter estos productos en el mar por su peligrosidad para el medio ambiente y la fauna marina salvo excepciones que serían el que se ponga en peligro las vidas de la tripulación de la embarcación.

El anexo III está conformado por 11 reglas y un apéndice que es de suma importancia, ya que determina los criterios para saber si una sustancia es peligrosa para transportar y su nivel de peligrosidad.

III.4. Anexo 4

El anexo IV trata sobre las reglas para prevenir la contaminación por las aguas sucias de los buques y su entrada en vigor data del año 2003.

Las aguas sucias sin tratar pueden ser un problema para la salud humana y ahí es donde aparece este anexo que contiene las reglas sobre las descargas en el mar de las aguas sucias como también del equipo necesario para poder realizar esas descargas y de igual forma las reglas para poder descargar en los puertos.

Importante mencionar que en este anexo se establece una distancia en la que los buques podrán tirar las aguas sucias si las aguas fueron tratadas por una planta de aguas sucias que tenga el barco a 3 millas marinas de la tierra más próxima y de no cumplir con esta regla de tratar las aguas sucias se podrán verter a 12 millas náuticas de la tierra más próxima. Estas reglas aplican para los buques que tengan arqueo igual o superior a las 400 toneladas o que tengan una certificación para transportar más de 15 personas. Estas normas fueron implementadas para que los buques no descarguen aguas sucias sin tratar en las costas de países porque muchos de estos viven del turismo y esto afecta.

En este anexo también se reglamenta que los estados o como se les conoce estado rector del buque tendrán instalaciones para poder hacer las descargas cuando sus buques estén en tránsito por sus aguas jurisdiccionales estas instalaciones tendrán capacidad y personal para que el buque no tenga demoras descargando las aguas sucias.

Las certificaciones emitidas por el estado rector del puerto para el tema de contaminación de agua no se podrán entregar por más de 5 años y estas son renovables.

El anexo IV también reglamenta de cómo es el manejo para las descargas de estas aguas en las zonas espaciales.

El anexo IV está estructurado con 18 reglas y 2 apéndices.

III.5 Anexo 5

El anexo V dictamina las reglas para prevenir la contaminación ocasionada por la basura de los buques y su entrada en vigencia data del año 1988.

Estas reglas son tan importantes como las anteriores porque la basura que se tira desde los buques puede ser igual de perjudicial que la contaminación que se da por la contaminación por hidrocarburos o productos químicos y puede afectar de igual forma a la flora y fauna marina, he de aquí la importancia de las reglas de este anexo.

Este anexo se aplica a toda clase de embarcación, ya sea de carga o de pasaje incluyendo plataformas o naves de recreo como yates.

En el pasado se pensaba que tirar desechos al mar no afectaba en nada el medio ambiente marino sin embargo esto no es cierto y la regla más importante que tiene este anexo es la total prohibición de tirar plásticos al mar.

Importante señalar que en el anexo V en la parte de definiciones se establece a que se le denomina basura y la definición es la siguiente:

Por basuras se entiende toda clase de desechos de alimentos, desechos domésticos y operacionales, todos los plásticos, residuos de carga, cenizas de incinerador, aceite de cocina, artes de pesca y cadáveres de animales resultantes de las operaciones normales del buque y que suelen eliminarse continua o periódicamente, excepto las sustancias definidas o enumeradas en otros anexos del presente Convenio. El término "basuras" no incluye el pescado fresco ni cualesquiera partes del mismo resultante de actividades pesqueras realizadas durante el viaje, o resultantes de actividades acuícolas que conlleven el transporte de pescado o marisco para su colocación en la instalación acuícola y el transporte de pescado o marisco cultivado desde dichas instalaciones a tierra para su procesado. (Convenio MARPOL 73/78, convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, de 2 de noviembre de 1973, anexo V, regla 1, numeral 9).

Al igual que en el anexo IV se establecen zonas especiales en el mar para evitar las contaminaciones por basuras. De igual forma establece como pueden desecharse estas basuras al igual que el anexo IV, las basuras tratadas que no estén en zonas especiales y

siempre que la embarcación este en movimiento, las basuras de alimentos tratadas se podrán tirar a más de 3 millas marinas de la tierra más cercana y de no ser tratadas a 12 millas marinas de la tierra más próxima.

En el caso de las zonas especiales que como ya expliqué son zonas protegidas hay diferentes lineamientos para poder tirar los desechos de alimentos y es que solo se podrán tirar a más de 12 millas marinas los desechos que estén tratados, hay una peculiaridad que en las zonas del antártico los desechos de las aves, partes o las aves no pueden ser desechadas a no ser que estén tratadas.

En el caso de las instalaciones receptoras de basura los estados firmantes se comprometen en tener instalaciones adecuadas para la recepción de basuras en la que los buques sin que estos lleguen a sufrir demoras innecesarias en sus travesías depositan la misma.

En el caso de los pequeños estados que no cuenten con estas instalaciones debido a sus altos costos podrán establecer acuerdos regionales para que sean tratadas en los países que si cuentan con las instalaciones de recepción de basura.

El anexo V está estructurado con 14 reglas y 2 apéndices.

III.6 Anexo 6

Este es el último anexo que se añadió al convenio MARPOL y se añade en el año 1997, su entrada en vigor es en el año 2005 y trata sobre las reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques.

Este anexo es muy técnico pero aquí explicaremos de forma general de que trata y sus reglas.

El mismo es aplicable a todas las embarcaciones esto incluye buques y plataformas.

Existen dos casos para que las reglas expresadas en el anexo VI no se apliquen a los buques y son la siguiente:

1. Cuando las emisiones sean necesarias para proteger la seguridad de los barcos y de las vidas de las personas que se encuentran en ellos.

2. Cuando las emisiones se den por la avería ocasionada por el buque o algún equipo del buque. En esta no se tomará como excepción cuando algún tripulante o propietario haya causado el mal funcionamiento con dolo.

Como expliqué este anexo es aplicable a todas las embarcaciones o plataformas y se hará una inspección para corroborar que el buque cumple con los requisitos exigidos por el anexo 6 y el certificado no podrá tener una vigencia más allá de los 5 años.

Tipos de certificaciones:

Certificado (IAPP) que es el certificado que se emite legitimando que el buque cumple con todos los requisitos para la prevención de contaminación atmosférica. Esta certificación se entregará por un periodo no mayor de 5 años.

Certificado de eficiencia energética, su finalidad es buscar el uso de equipos y maquinarias que den mayor eficiencia energética y esto se ve reflejado en la búsqueda de menos contaminación con estos equipos y maquinarias. Esta certificación será emitida durante toda la vida útil del buque

Declaración de cumplimiento sobre la notificación del consumo de fueloil y la clasificación de la intensidad de carbono operacional esta declaración son las que emiten los buques sobre el nivel de consumo de fueloil y de la intensidad de carbono. Esta declaración estará vigente durante todo un año y los 5 primeros meses del año siguiente. En este caso el estado de dar el visto bueno con lo estipulado en el anexo asume toda la responsabilidad de la declaración al darle el visto bueno.

Este anexo busca reducir el cambio climático a través de dictar las normas para aumentar la eficiencia energética de los buques y de esa forma bajar los grados de contaminación y reducir el impacto de los buques en el cambio climático

Este anexo está estructurado con 30 reglas y 11 apéndices.

IV. Convenio MARPOL en Panamá

El convenio MARPOL está regulado en Panamá a través de la ley No. 17 de 1981 del 9 de noviembre de 1981 que es la que aprueba el convenio internacional para prevenir la contaminación de buques y aprueba los anexos I, II, III IV y V y por otro lado la ley 30 de 26 de marzo de 2006 que adiciona al convenio MARPOL el anexo VI.

Importante mencionar que los buques pueden recibir un descuento como incentivo en las tarifas siempre que cumplan con el anexo VI y los descuentos se pueden conseguir de la siguiente manera:

- Que los buques sean propulsados por gas licuado totalmente como combustible.
- Que se establezca un indicador operacional de eficiencia energética y que tenga por lo menos un año operando y esto ayude a disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero.
- Que el índice de eficiencia energética del proyecto sea menor al índice prescrito.

Panamá como estado rector de puerto y estado de abanderamiento es el encargado a través de la Autoridad Marítima de Panamá de supervisar que se cumplan los anexos. Para realizar las inspecciones no las hace el mismo estado sino que delega esas funciones a empresas aprobadas por la autoridad para que realice las inspecciones y así poder emitir las certificaciones a los buques.

V. Conclusión

Como ya comenté este convenio es de suma importancia para el tráfico marítimo mundial, así como también para el derecho marítimo, ya que en este se establecen las reglas para evitar la contaminación generada por los buques y los estados le han dado esta importancia al ser ratificado por una gran cantidad de países que siguen los lineamientos; este convenio ya tiene más de 50 años desde su entrada en vigencia. Los anexos de este convenio buscan prevenir todas las contaminaciones que puedan ocasionar los buques o plataformas como son las de hidrocarburos, por sustancias nocivas transportadas a granel, aguas sucias de los buques, basuras que vierten, sustancias nocivas a granel la contaminación atmosférica en fin todas las sustancias que están dentro de un buque que contaminan, esto nace del interés por lo grandes daños que han ocasionado las embarcaciones a lo largo de la historia. La OMI cambia su manera de actuar puesto que antes actuaban sobre la marcha y muchas veces improvisando y sin saber a ciencia cierta si los resultados serían favorables y luego pasa a la prevención para evitar cualquier desastre ecológico.

Para nuestro país este convenio es sumamente importante debido a que es el país con más registros de buques en el mundo y debe acatar las reglas estipuladas en el convenio

MARPOL promulgadas por la OMI al ser una potencia mundial en el tráfico marítimo y por tanto velar que las reglas se cumplan como estado rector de esas embarcaciones.

Espero que este artículo pueda ayudar a las personas que quieran saber acerca de este convenio el cual junto con el SOLAS son los más importantes en el mundo marítimo.

Referencias Bibliográficas:

MARPOL, edición consolidada 2022, obtenido de https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/marima_mercante/normativa-maritima/convenios/2_marpol_version_consolidada_2022v2.pdf

Ley No. 17. CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACIÓN POR LOS BUQUES, 1973; PROTOCOLOS Y ANEXOS I, III, IV, V (MARPOL 1973). 9 de noviembre de 1981 G.O. 20545

Ley 30. POR EL CUAL SE APRUEBA EL PROTOCOLO DE 1997 QUE ENMIENDA EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACION POR LOS BUQUES... 26 de marzo de 2006 G.O. 24773

Catástrofes y accidentes (s.f.) obtenido de https://cetmar.org/documentacion/mareas_negras_catastrofes.htm

RedMam (s.f.), Crónicas Marítimas, obtenido de <https://www.redmamla.org/es/cronicas-maritimas/marpol-7378-el-convenio-internacional-para-prevenir-la-contaminacion-por-los>

García, Roberto (s.f.), EL CONVENIO MARPOL 73/78, obtenido de <https://ingenieromarino.com/el-convenio-marpol-7378/>

Organización Marítima Internacional (s.f.), Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL), obtenido de [https://www.imo.org/es/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-\(MARPOL\).aspx](https://www.imo.org/es/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx)

Carnero, Gonzalo (s.f.), Convenios y Protocolos internacionales, obtenido de <https://cetmar.org/documentacion/Convenios.htm#ca>

Merida, Luis (2010), Anexo I Marpol 73/78: La respuesta de la OMI a los retos ambientales actuales (II), obtenido de <https://marygerencia.com/2010/06/16/el-anexo-i-del-convenio-internacional-para-prevenir-la-contaminacion-por-los-buques-marpol-73-78/>.

Merida, Luis (2010), Anexo II MARPOL 73 / 78: La respuesta de la OMI a los retos ambientales actuales (III), obtenido de <https://marygerencia.com/2010/07/16/marpol-73-78-anexo-ii/>

**Los datos personales. Una crítica a la interpretación
(Libertad vs manipulación)
Personal data. A critique of the interpretation
(Freedom vs. manipulation)**

Por: **Contreras Filiciotto Angel Gabriel**
Universidad Oberta de Catalunya
España

Correo: angelfiliciotto@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-0783-6975>

Entregado: 25 de abril del 2024

Aprobado: 31 de mayo del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6397>

Resumen

El presente ensayo busca brindarle al lector un pantallazo del contexto actual de los datos personales donde nos encontramos con innumerables paradojas al considerar el uso de los mismos ilícito o lícito según el contexto político del momento y no por las acciones como tal. Es por eso que me he dado la tarea de brindar al lector un ensayo escrito desde el sentido común donde nos encontramos con situaciones de gran trascendencia que han pasado desapercibidas y otras parecidas que han sido juzgadas de la manera más dura atendiendo a una clara preferencia subjetiva y no objetiva, y donde los Derechos Humanos parecen no existir.

Palabras clave: datos personales, derecho internacional, manipulación, desinformación, libertad, DDHH.

Abstract

This essay seeks to provide the reader with a snapshot of the current context of personal data where we find ourselves with innumerable paradoxes when considering their illegal or legal use according to the political context of the moment and not due to actions as such. That is why I have given myself the task of providing the reader with an essay written from common sense where we find situations of great importance that have gone unnoticed and other similar ones that have been judged in the harshest way based on a clear subjective preference and not objective, where Human Rights seem to not exist.

Key words: personal data, international law, manipulation, disinformation, freedom, human rights.

Introducción

Los datos personales no son más que aquella información vinculada a una persona natural creados por su accionar en la vida cotidiana (profesional y general). Anteriormente en la jurisprudencia se hablaba de “Habeas Data” como el derecho al acceso a esa información personal o que estuviera entrelazada con el sujeto de derecho, sin embargo, con el pasar del tiempo, los datos personales fueron mutando o transformándose a lo que conocemos hoy en la era digital, de ahí que los diferentes países y organizaciones internacionales se hayan preocupado por regular y hablar de los datos personales, de ahí se desprenden los derechos “ARCO” que no son más que un habeas data moderno.

Contrario a la opinión común o pensamientos erráticos sobre los datos personales, estos no son nuevos, siempre han existido desde que el individuo camina por primera vez en la faz de la tierra; no obstante, lo que sí se ha modificado es la proporción y creación de esos datos personales, es decir, hoy el individuo del siglo XXI crea una cantidad abrumadora de información (datos personales) a diferencias de sus predecesores (el hombre de las cavernas). Otro tema de gran relevancia es que hoy la vida del individuo no se desarrolla solo en la vida física y las relaciones con sus pares, hoy la vida se desarrolla igualmente (incluso más que la física) en el ámbito digital, donde el individuo pasa gran parte de su tiempo libre y gran parte de su tiempo de trabajo.

Todo esto no ha hecho plantear completamente la vida en sociedad, ya que, los delitos, faltas, ataques y demás temas relacionados ya no se relacionan solamente en el mundo físico, sino también, en el digital. Es por eso, que hoy más que nunca es necesario darles el valor que les corresponde a los datos personales entendiéndolos como parte del individuo y propiedad absoluta del mismo, elevándolos a DDHH considerando que la repercusión que tienen en su vida es crítica y donde la tarea no será simple.

Protección de Datos

La protección de datos personales se ha vuelto una necesidad (Desgens-Pasanau, 2022, pág. 1) en el mundo globalizado y digitalizado, cuyos DDHH rectores son la identidad (Declaración Universal DDHH, art. 6) y la intimidad (Ibidem, art. 12), pues los datos personales son transmisibles, pero no separables del ser humano, es una especie de

nacionalidad (Boutin, 2018, pág. 255), pero que, no necesita viajar con el titular directamente, sino que en el cosmos digital puede desprenderse de su titular (mas no desvincularse), mientras que la nacionalidad no.

Los datos personales como un DDHH debe ser protegido fervientemente por las legislaciones y de igual manera, el titular de los datos debe estar consciente de la realidad que lo rodea, y tratar con el debido cuidado sus derechos, pues, en el ciberespacio lamentablemente una vez que la información sube a ese entorno, difícilmente es eliminada luego.

Así lo establece el art. 1 de la Ley 81 del 2019 sobre Protección de Datos Personales, que citamos in extenso:

“Esta Ley tiene por objeto establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimientos que regulan la protección de datos personales, considerando su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, por parte de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, lucrativas o no, que traten datos personales en los términos previstos en esta Ley.

Toda persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, lucrativa o no, puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga con arreglo a la presente Ley y para los fines permitidos en el ordenamiento jurídico. En todo caso, deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta Ley les reconoce.”

Vemos así que, para nuestro derecho patrio tiene desde rango constitucional (Constitución de Panamá, art 44), como para el derecho convencional se consagra en la vida privada y la protección a la intimidad.¹ Esto le da un valor sustancial en la actualidad, pues, no se remite solo a los juzgados nacionales defender dicho derecho sino también a los internacionales cuando en el Estado parte no se pueda garantizar la protección de los mismos.

Fallo contra GOOGLE Europa

¹ Tanto en la Convención Universal de DDHH como el Pacto de San José

Para los que conocen el caso en inicio consideraran que no tiene mucho que ver con los datos personales, ya que, la multa que asciende a más de 4000 mil millones de euros se refiere a manipulación del mercado por comportamientos monopolistas, sin embargo, para el autor, no termina ahí el caso, incluso por el accionar y por la explicación de la misma jurisprudencia parecería que Google no buscaba solamente dinero o mantenerse como marca física vendiendo más dispositivos con su software y aplicaciones, la razón es más profunda que eso, al querer mantener como predisposición una función el “Google Search”.

Con esto Google garantizaría el seguir como líder (o al menos como una de las empresas más importantes) en almacenamiento de información mundial, considerando que (en occidente al menos) el buscador preferido por las personas es el de Google. Esto le permitiría a la empresa de manera sustancial mantener un mercado amplio y versátil para ofrecer publicidad y quien sabe, controlar también el consumo de sus usuarios al elegir que publicaciones salen de primero en el buscador y cuáles no. Eso por supuesto sería una de las proyecciones más inmediatas que se le viene a la mente al autor, sin embargo, analicemos primero el caso en cuestión. (European Commission, 2017) El mismo surge por dos pliegos de cargos enviado por la Comisión de la Unión Europea en el 2015 (European Commission, 2015) y 2016 (European Commission, 2016) respectivamente, donde se le alegaba en el primero a la empresa que estaba abusando de su posición dominante en el mercado con una investigación que se remonta al 2010 (European Commission, 2010) sobre su buscador de compras (Google Shopping) donde la misma empresa se beneficiaba exaltando su marca versus la competencia que quedaba relegada en el buscador.

La comisión entre otras cosas investigo que el 90% de los ingresos de Google se deben a la publicidad que ofrecen en sus plataformas, de igual manera en la Unión Europea el 80% de los dispositivos utilizan Android (sistema operativo de Google), por ende, la empresa se ha convertido en un gran coloso de la información (datos personales) y ha sabido lucrar de manera exorbitante con eso hasta llegar al punto de cometer competencia desleal contra otras compañías.

Aquí hay que tener en cuenta algo, ni el autor ni la Unión Europea consideran que ser líder en el comercio es algo malo, errático, nocivo, peligroso o similar en principio, lo que se considera inmoral (e ilegal) es que las empresas empiecen a retorcer la voluntad del mercado

manipulando la información basada en su poder dentro del mismo para sacar una ventaja desproporcionada. Una cosa es ganar el interés de los consumidores con innovación e imaginación y otra muy distinta es manipularlos para que solo vean una opción o en su defecto atender contra la competencia como una opción mala.

La Comisión Europea se basó en el artículo 112 sobre su tratado de funcionamiento (TFUE) donde alegaban que la conducta de la empresa fue nociva para la competencia basándose en su poderío en el mercado, lo que resulto en detrimento para la competencia que se vio denigrada en su buscador de comparación de precios (Google Research) donde la caída del tráfico varió por país entre 85% a 92% y también en el navegador (Google Chrome) donde los datos recolectado de los usuarios se utilizó para beneficiar a la compañía y su poderío frente a la competencia, mejorando los resultados de búsqueda para sí mismos. Recordemos también que, actualmente los algoritmos que se utilizan en estas plataformas aplican un principio de predictibilidad e individualización donde las opciones del individuo se tienden a modificar según los “*clicks*” que dan en la búsqueda o según lo que quiera promover la corporación dueña del servidor. Esto también conlleva a un conflicto moral, filosófico y doctrinal, ya que, se alega entonces que el individuo pierde su verdadera libertad de elección (libertad individual), debido a que, las elecciones que hace y el consentimiento que otorga están controlados quirúrgicamente por estos sistemas.

Vemos entonces que la UE falló a favor de la competencia y de la libertad del individuo (en teoría) considerando que la empresa Google había manipulado de manera desproporcional en una búsqueda implacable de control sobre el consumidor y de detrimento a la competencia en un ataque directo e indirecto a través de sus plataformas.

Ahora bien, considero que es importante desglosar el accionar de la empresa frente a los sucesos que acontecieron y que tuvieron su desenlace en la multo multimillonaria al coloso tecnológico. Tenemos el inicio donde la compañía es investigada en el 2010 por manipular sus buscadores al preferir información de su propia compañía. Esto tuvo como resultado un beneficio económico considerable al permitir que los ingresos por los servicios digitales de la compañía escalaran a un 90% del total. Aquí la pregunta es ¿Fue meramente por dinero o fue para obtener poder? En la explicación de la Comisión alegan que, por ambos, claramente, pero la comisión pasa por alto el poder general que le otorga ese flujo de información a la

empresa, es decir, ellos fallan contra Google por manipular el mercado y obtener una ventaja y ganancia desproporcionadas en detrimento a la competencia que se tradujo también en una especie de manipulación al consumidor para que eligiera la información que a ellos les beneficiara económicamente y comercialmente en general. El análisis del caso aquí a mi juicio trasciende considerablemente en los Datos Personales, toda vez que, el corazón de la compañía se basa en la obtención de los mismos, y al tener miles de millones de datos en este caso de una posición geográfica específica (Unión Europea) le otorga a compañía un poder político absoluto frente a los Estados y las libertades del individuo. El poderío que se utilizó para fines comerciales fácilmente se podría utilizar para fines sociales y políticos manipulando a la población de esa región o de cualquiera según las pretensiones de la compañía o el mejor postor (algún político inescrupuloso). Viendo entonces la potencialidad maligna (control poblacional) frente a la potencialidad positiva (información personalizada), se hace urgente considerar que el almacenamiento de la información se considere una violación a los DDHH y que el flujo de los mismos en el uso de los consumidores a través de las diversas plataformas debe estar en extremo anonimato y no debe ser viciado so pretexto de calidad en el servicio como se usa hoy la individualización de los mismos alegando que el usuario recibe información acorde a sus gustos e interacciones. Los datos y la información deben ser neutrales en las plataformas y debe ser el individuo en su búsqueda el que decida que quiere ver y que no, los algoritmos predictivos que vician la información deben ser ilícitos por su potencialidad dañina y controladora.

Amazon vs Europa

Similar al caso anterior, la mega corporación de ventas por internet, Amazon, empieza a ser investigada por la Comisión Europea (Comission, 2020), a finales del 2020, por supuesto comportamiento desleal y conductas de monopolio. Casi un año después la Comisión Europea multa a la empresa por más de 800 millones de dólares. (Leggett, 2021) La motivación surge en dos vertientes, la primera, el alcance de la compañía y su poderío en el mercado para aventajar a la competencia y subyugar a las empresas minoristas; y segundo, la manipulación y transferencia de datos personales a terceros.

Decide en base a eso la Comisión Europea que la empresa en cuestión se aprovechó de su ventaja comercial y económica para darle prioridad a sus productos y manipular de igual

manera la publicidad de su plataforma. En el caso del incumplimiento de las leyes de datos personales de la Unión Europea, se refieren a que la empresa compartió datos personales con terceros, cosa que es contraria a su legislación

Más allá de la decisión y de los hechos, una cosa queda clara y es que estas megas corporaciones tienen una capacidad de manipulación considerable y de momento no hay un sistema que pueda asegurarnos que las empresas guardan y cuidan los datos personales de sus usuarios.

Este caso no pienso desarrollarlo en extenso, considerando su similitud al anterior, sin embargo, es necesario traer a colación ejemplos de los conflictos que se han desarrollado alrededor de los datos personales y como las jurisdicciones toman cartas sobre el asunto (leyes antimonopolio o leyes de datos personales). Considero que la gravedad y la crisis que provocan los datos personales y su uso no se van a limitar a esas dos ramificaciones jurídicas, estamos en una sociedad que está por ver como todo el ordenamiento jurídico muta al ámbito digital y con ello su aplicación y protección dentro de ese rubro, es decir, las leyes no se cumplen o violan solo en la vida física, también se realiza en el ámbito digital, donde la novedad y la inexperiencia parecen dejar a la deriva a los individuos y nos hace pensar ¿Anteriormente cuanta manipulación y acceso de datos personales sin consentimiento pleno hubo?

Cambridge Analytica y Facebook

Todo se remonta a la época anterior al brexit en Reino Unido, la campaña por la candidatura republicana de Ted Cruz (primarias) y posteriormente a la candidatura republicana de Donald J. Trump por la presidencia de Estados Unidos de América en 2016.

Cambridge Analytica fue una compañía experta en asesoría electoral para proyectar a sus clientes al alcance necesario para ganar una elección, no obstante, se descubrió tiempo después que sus métodos eran de dudosa moral e incluso de dudosa legalidad.

El conflicto jurídico estalló alrededor del 2018 cuando se descubrió que la empresa se dedicaba a la minería de datos masivos para así influenciar en los votantes que fuesen más susceptibles en su voluntad o que no estuvieran seguros por quién votar. En si la empresa se dedicaba a usar la red social Facebook para su recolección de datos donde el profesor de la

Universidad de Cambridge, Aleksandr Kogan (BBC Mundo, 2018), creo un test de personalidad que le permitió acceder a información de los usuarios de la red social e incluso a chats y amigos sin el consentimiento de estos últimos.

Lo que se alega con lo anterior es que la empresa de asesoría Cambridge Analytica pudo entonces compartir información y ubicar a los simpatizantes del entonces candidato Donald Trump y compartir información que disuadiera a los contrincantes que apoyaban a la candidata demócrata Hillary Clinton. El problema radica a nuestro juicio la manera en las que se obtuvieron los datos personales, aunque parece ser que los medios de comunicación, además de los juristas que estudiaron el caso se preocuparon más por la victoria de uno de los candidatos y no en si por la violación de la privacidad. Obviamente alegaron algún tipo de manipulación y riesgo en el sistema democrático mundial que quedaba a la deriva de las manipulaciones por internet, además de la influencia que la información falsa o no generaba. En el caso de estas últimas por ejemplo, se alegó que la estrategia de la compañía fue compartir información falsa de corrupción de la candidata demócrata, paradójicamente los mismos no dijeron absolutamente nada ante la arremetida mediática que sufría Trump, en ese momento como candidato, e incluso durante los cuatro años de mandato y hasta la actualidad, donde no solo admitieron como veremos a continuación una maquinación para censurar simpatizantes del entonces Presidente Trump, sino de censurar a todos aquellos que no se acoplaban al discurso unidireccional del globalismo. Es decir, que ante la evidencia empírica y por lo cual se le juzgo a Cambridge Analytica no fue la manipulación o la obtención irregular y/o ilícita de los usuarios sino haber asesorado al candidato o propuesta contraria a la globalización.

Con esto no pretende el autor apoyar o brindar apoyo moral a un comportamiento que considera ilícito (obtención de datos personales sin consentimiento pleno e informado) sino criticar la simpleza filosófica y jurídica con la que se ha tratado el tema, donde criticamos y juzgamos al individuo o los individuos, más no juzgamos o criticamos las acciones per se, y eso lo veremos a continuación.

Situaciones Similares

Considerando los casos de Cambridge Analytica y Facebook, sumado al terrorismo mediático del 2020, se torna en exceso incongruente que para una empresa la recolección de datos

signifique un medio de manipulación y acción ilegal, pero, cuando esa misma manipulación o búsqueda de seducción que se utiliza para persuadir o convencer y así permitirle ganar al candidato de la opinión unidireccional del conglomerado globalista, no significa ningún daño o manipulación, sino más bien, una gran estrategia digna de méritos por el loable interés de las mega corporaciones en el supuesto bien mundial.

Vamos entonces a analizar los casos parecidos a los ilícitos que hoy brillan por la ausencia de investigación, interés mediático o pena ejemplar.

Caso Obama 2008

Tenemos el primer caso, campaña presidencial del 2008 en USA, candidato demócrata y posterior presidente progresista Barack Obama. Que en principio no fue tan invasiva como se alega sobre la de Cambridge Analytica usando una aplicación para recolectar datos suponiendo que era para un estudio psicológico cuando en realidad se usaba para entender más al electorado y aprovecharlo para sus clientes, si bien es cierto, cada campaña juega con la psicología y esto ha sido algo histórico desde los inicios de la política en la humanidad, no obstante, hay que aceptar que algunos son más extremos que otros.

Ahora bien, la campaña de Obama, aunque menos invasiva en la obtención de datos y el uso de estos en redes sociales, no dejaron de hacer lo mismo que hizo posteriormente la campaña de Trump. Usar redes sociales para obtener el interés del electorado, la diferencia es que en esta campaña no se ha visto toda la comitiva de unidireccionales diciendo algo en contra, por eso analicemos la situación.

Corría el 2008 durante las campañas primarias y presidenciales el entonces candidato Barack Obama se mostraba como la figura joven y de cambio que podría mejorar la condición de decadencia en el país. Ahora bien ¿Cómo fue su campaña desde las redes sociales? En palabras simples, fue parecido a la que posteriormente utilizarían los demás candidatos, incluyendo Trump, es decir, aprovechar el uso de datos masivos de las redes sociales estudiando a los votantes según sus preferencias. Es por eso que el equipo de Obama vio una mina de oro en las redes sociales donde podrían utilizarlo para atraer a los jóvenes y crear un sentido de pertenencia o de similitud frente a un candidato que se mostraba cercano a ellos y sus costumbres tecnológicas.

Desde su página de “Obama Everywhere” se crearon más de dos millones de perfiles, doscientos mil eventos, más de treinta mil grupos de voluntarios, se recaudó una considerable cantidad de dinero a través de los perfiles de los usuarios y se realizaron más de tres millones de llamadas días antes de las elecciones. (Echeverría, 2015)

Ahora bien, sabiendo que la mayoría de los usuarios ignoran a donde van sus datos y para que las usan las redes sociales ¿No sería igual de alarmante o por lo menos no debería haber un interés en investigar todas las campañas que usan redes sociales en la actualidad?

Considerando el sustento que se tuvo contra Cambridge de desinformación y manipulación, se vuelve bastante intrigante saber cómo una campaña anterior recolectó la cantidad exorbitante de tres millones de teléfonos, además, de la creación específica de perfiles para los diferentes grupos de votantes (jóvenes, latinos, afroamericanos, etc.) ¿Cómo supo la campaña que esos grupos eran importantes? Considerando que los recursos en una campaña cualquiera que sea son limitados, se vuelve bastante difícil creer que los mismos se hayan utilizado al azar o que haya sido una mera casualidad el buscar el impacto en la campaña digital sin que mediara alguna información de viabilidad electoral y que el resultado de la misma diera también con alguna ganancia para el candidato, ya sea, dinero, información o votos. Si la gran mayoría (para no decir todas) las redes sociales utilizan algoritmos similares para recaudar la información y así mostrarle al usuario las sugerencias en base a sus intereses de búsqueda, sería la misma acción de inmoralidad que se le criticó y sancionó a Facebook y a Cambridge Analytica, solo que de manera diluida y aceptada en los términos y condiciones que realizan los usuarios al entrar a una red social o la aceptación de las “cookies” en las páginas web. (Vergara, 2019) La situación aquí no es quien es mejor candidato o presidente, quien apoya un partido o no, sino simplemente plantear las situaciones que se tornan similares, las “cookies” por ejemplo, se utilizan para el marketing digital donde las páginas donde se aceptan por parte de los usuarios pueden obtener los registros previos de navegación del mismo, esto le permite al programador o informático crear una base de datos de los usuarios para así explotar de mejor manera el marketing o la información de su página para atraer a la mayor cantidad de personas. (Frow, 2019, pág. 208) Si al final lo que se critica es la obtención de datos personales, la utilización de los mismos para inclinar a los electores a un lugar u otro, esto a través de las redes sociales y durante la historia de las mismas jamás

ha sido consentido por el usuario sabiendo al 100% para que se usarían la totalidad de sus datos obtenidos por estas páginas o servicios online.

Entonces al final caemos en un discurso simplista y contradictorio donde a uno se le reconoce como un gran estadista y estrategia por usar las redes sociales para llegar a la casa blanca y el otro se le critica por lo mismo. Indiferentemente de si fue más invasivo la obtención de los datos o el vicio de la voluntad para dar con los mismos, el principio del consentimiento bien informado y que considerando los vicios de los mismos (error, violencia y dolo) (Código Civil de Panamá, art. 1112), se torna difícil creer que la mayoría de usuarios haya consentido su información personal para que lo llamasen voluntarios de un candidato específico o para que se le sugirieran videos o publicaciones de los mismos.

Si la protección de los datos radica en la voluntad consciente del individuo en su totalidad, tendríamos que considerar la eliminación de toda recolección de datos a nivel digital por las redes sociales y páginas web.

Caso 2020 (elección de Biden y pandemia)

Tenemos el caso de las elecciones tal vez más mediática de todos los tiempos, donde se compartía una cantidad de información absurda por minuto y donde la manipulación y la censura estuvieron a la orden del día. En su momento llamaban conspiranoicos y extremistas a los que se quejaban de la censura hacia medios conservadores en redes sociales por parte de las mega corporaciones para favorecer al candidato demócrata de ese momento (Joseph Biden) donde usaban “shadowbanning” (Nicholas, 2023, pág. 4) entre otras estrategias para que solo un discurso tuviera la ventaja, más allá de decir que no estaban directamente en la campaña demócrata. (Ball, 2021)

Esto aceptado tiempo después por la desclasificación de información que realizó Elon Musk al comprar Twitter en 2022. Donde no solo la empresa oculto y censuro información de los desvaríos del hijo del entonces candidato demócrata (Biden), sino que además se dedicó a poner en tela de juicio cada “*tweet*” del entonces presidente Trump, donde incluso se le atribuyo mensajes de odio y de subversión el día de que manifestantes se tomaron el capitolio, eliminando el video que había subido el presidente Trump llamando a la calma, la paz y de

retornar a casa, evidencia que se vio al momento en que Musk reactivó la cuenta del ahora expresidente.

No solo Twitter sino las más grandes redes sociales “mainstream” respondieron en ese año (y los siguientes) a un discurso unidireccional que acarrearía censura segura para el que lo pusiera en tela de juicio, llamando todo lo que no se ajustara a sus intereses una “desinformación o conspiración”. Al final, en gran medida todas las críticas de los conservadores se evidenciaron cada vez más como una verdad irrefutable ante la manipulación desmedida de las grandes corporaciones.

Una pregunta que surge es siendo la excusa de la censura y aplicaciones varias en las redes sociales a limitar el discurso de un sector de la población ¿Es garantía de democracia y DDHH? Si la democracia es la elección de la mayoría y siendo dicha elección voluntaria y de alguna manera consciente, aunado al debido proceso y juicio justo ¿No sería contrario a la misma el limitar el discurso hacia una sola vía? ¿Y la libertad de expresión, un DDHH por excelencia? Llegando al punto esquizofrénico de llamar antidemocráticos a aquellos que piden auditorías de votos. Caso similar se darían unos años después en las elecciones de Brasil donde Musk terminaría por despedir casi a todo el equipo de Twitter (ahora “X”) que se radicaba en ese país por favorecer en su mayoría a un solo candidato (el socialista Lula). (Ramirez, 2023) El terror autoritario que los usuarios empezaron a sufrir en el 2020 no se fue solo de manera electoral, sino también, de manera general durante la Pandemia de 2019, donde solo un discurso tenía cabida, aunque el mismo fuese irregular, lo importante era de dónde provenía el mismo, es decir, si venía de alguna organización internacional o de algún progresista, todo bien, si venía de alguien con sentido común, censura inmediata. No se criticaba la acción sino al individuo que la realizaba. Fue así como ninguno de los medios de comunicación “mainstream”, llamaron conspiranoica o extremista a la entonces candidata a la vicepresidencia por el partido demócrata (Kamala Harris) (Kelly, 2020) por desconfiar en la vacuna que promovía la administración Trump (Pfizer) durante el mes de septiembre del 2020, posterior a la elecciones (días después) aprobada como tratamiento de emergencia y luego apoyada masivamente por la administración Biden, al punto tal de despedir y amedrentar a aquellos que no se la quisieran poner. (Biden Administration, 2021)

Las redes sociales empezaron una purga digital contra aquellos que simplemente pidieran alguna seguridad sobre el tratamiento experimental que estaban promoviendo, incluso, si se dudaba de la eficacia eran tildados como un peligro para la población mundial al dudar de algo que se promovía como un elixir traído por el mismísimo salvador. Nos encontrábamos por todos lados con cintillos en las redes sociales si publicábamos algo referente al tema y si era en contra te aparecían mensajes de que las vacunas eran 100% efectivas contra el Covid-19 y la transmisión del mismo, promovieron además que nadie más moriría y que la pandemia desaparecería tan rápido como su aparición a finales del 2019 en China. No paso mucho tiempo cuando ya se evidenciaba la desinformación atroz que promovieron aquellos que se atribuían la verdad absoluta o que se presentaban como dueños de la misma, y así de nuestros datos personales y libertad. Tuvimos incluso que presenciar desvaríos grotescos como alegar información científica y consejos de expertos para ver que los “expertos” en los medios de comunicación (que podrían fácilmente llamarse medios de desinformación) eran personalidades como Gates y Thunberg, donde uno no termino la universidad y no tiene ni siquiera estudios referentes a medicina y la otra ni siquiera se graduó de la escuela. Aquí la situación no es colocar al lector a elegir entre un bando u otro, lo que se busca es darle al lector la posibilidad de preguntarse ante una doctrina que castiga la desinformación pero que en otros lados la promueve ¿Hay realmente una protección de datos y libertad?

Cuando vemos que el común denominador es castigar al individuo y no las acciones que realizan queda claro que el comportamiento cultural y filosófico imperante se maneja de manera subjetiva y que no importa realmente la protección al usuario, sino que el mensaje lo den los lacayos útiles a la geopolítica actual.

La desinformación en los últimos años fue rampante y solo se limitaba por el usuario que la compartía, no porque realmente atentara contra la libertad o la información en general. Otro ejemplo de eso fueron los medios de comunicación, promoviendo un terrorismo mediático atroz que debería ser sancionado con penas ejemplares donde promovieron las muertes diarias creando un terror sin igual ante la población y sacando de contexto la realidad de la situación. Por ejemplo, en Panamá años anteriores (2016) (MINSAL, 2017, pág. 25) hubo alrededor de 9000 muertes (Perea, 2016) por causas relacionadas a la obesidad, durante el 2020 solo se reportaron 4000 (OPS/OMS, 2021, pág. 1) muertes por covid-19, sin embargo,

nunca hubo conteo de muertes a tiempo real por causas relacionadas a los desórdenes alimenticios, incluso, en la actualidad se considera en occidente una especie de fobia decir que los cuerpos obesos son insanos.

La mutación (o desprestigio) de la privacidad

La privacidad en la actualidad está tan prostituida como algunos términos políticos donde los usuarios han relajado y cambiado totalmente su proyección de vida y de identidad en las redes sociales a comparación de la vida en sociedad antes de la llegada de las mismas. Hoy tenemos usuarios en redes sociales que publican su información más íntima, su dirección a tiempo real y su residencia, fotos donde dejan poco a la imaginación e incluso “*chats*” donde comparten algunas palabras con conocidos en las “historias”, lo cual en términos simples sería una violación a la privacidad del tercero si no consintió dicha publicación.

Esto también ha permitido que las redes sociales se hayan convertido en un Kraken informático donde todo lo que sea datos se lo traga como ese ser mítico del mar, lo que ha permitido a las compañías amasar grandes fortunas y volver sus servicios indispensables para la vida de los individuos, sin que estos se den cuenta en gran medida de lo que estaba ocurriendo a su alrededor y que hacen precisamente con los datos que comparten y que arroja su accionar interno en las plataformas.

La repercusión moral y cultural es preocupante, considerando el leve respeto por la privacidad que tenemos hoy, nos ha llevado a pensar en locuras políticas como la vigilancia 24/7 durante el Covid-19, cuya idea no ha dejado de existir pasada la cúspide de la Pandemia. De igual manera las personas han sufrido toda clase de calumnias e injurias que no han sido castigadas con el rigor que se merecen, mientras que, la sociedad sigue en caída libre hacia una decadencia cultural donde las publicaciones cada día son más obscenas y se vende el pudor de una persona por unos cuantos “*likes*”. Vivimos en una generación que ha prostituido por completo su privacidad y su pudor, para luego quejarse de los comentarios negativos que arrojan algunos usuarios. Hemos tergiversado la libertad individual con libertinaje donde se castiga el pensamiento disidente contra globalismo, pero, se celebra las fotos en ropa íntima de un individuo “orgulloso de su cuerpo”.

La situación es simple en el sentir de la ley y de la aplicación que se le dará a la misma, esta dependerá exclusivamente del nivel cultural y de los usos y costumbres que tenga dicha sociedad en la época en que vivimos. De igual manera un juez en algún momento de nuestra historia podría determinar alguna violación a la privacidad de un individuo dando un fallo que no proteja la misma como en anteriores épocas se hubiese hecho, determinando que si el individuo en las diferentes redes sociales publicaba fotos con poca ropa o sin prenda alguna, no estaría entonces aquel que publica fotos del primero en redes sociales violentando intimidad alguna, en todo caso, no se podría castigar por violación a la privacidad sino por alguna especie de copyright si el primero se dedicaba a la venta de contenido para adultos y haya sufrido de alguna manera una violación de copyright que haya puesto en detrimento su capacidad adquisitiva, no obstante, que un individuo alegue violación a la intimidad por fotos personales teniendo un accionar poco conservador, dejaría su valor de privacidad en estándares realmente bajos para exigir algún daño similar, ya que, no se le estaría dañando la imagen como tal, sino en todo caso, su economía; y donde la publicación en cuestión responde al consentimiento de la Ley. (Ley 81 del 2019, art. 6)

La situación en las diferentes plataformas digitales ha llegado al punto que refleja la decadencia cultural que vive la sociedad occidental actual, donde se celebra el libertinaje y publicación que coloca en detrimento el valor del individuo en su pudor y que elimina todo rasgo de privacidad, pero eso sí, si usted ejerce su libertad de expresión en comentarios que resalten aspectos negativos o positivos es considerado un odiador en potencia, un extremista o incluso un peligro para la sociedad. Al final, la generación actual tiene que entender que la libertad se refiere al derecho que tiene un individuo de opinar sobre algún tema o comportamiento en diferentes vías, arriesgándose así a que su prójimo este o no de acuerdo con lo que se dice; de igual manera, el valor de la privacidad e intimidad de un individuo lo determina ese mismo individuo y su accionar en dichas redes sociales, el valor de sus datos personales igualmente.

Una cosa muy distinta seria tomar la imagen de un individuo, venda contenido para adultos o no, publique fotos intimas o no, para una página cualquiera que sea su índole y esta a su vez facture con la imagen y contenido tomado de sus cuentas (ya sea de plataformas pagas o de plataformas gratuitas), ahí entonces el accionar si podría varias. Se podría argumentar que

se viola la identidad del individuo, sus datos personales, su pudor, entre otras cosas. Ejemplo de esto es que a veces toman fotos en bikini de mujeres para publicarlas en páginas pornográficas como slogans o similares, incluso en la actualidad con la ediciones y modificaciones fotográficas se puede llegar a hacer muchas más locuras con la imagen de los usuarios en redes sociales, ni hablar con los sistemas que hoy se están poniendo de moda que permite tomar la imagen de una persona y realizar un video realizando un discurso creado mediante una IA.

Dependerá entonces cada situación en particular que ley se aplicara (datos personales, copyright, derecho penal, etc.) y de la evidencia empírica que arroje la misma, basado en la gravedad del daño que se le hace al individuo según su calidad de vida y afectación económica. Sin embargo, una cosa debe quedar clara, la aplicación de la ley en consideración a la afectación de la intimidad o privacidad en el desarrollo de la vida del individuo no debe afectar sus DDHH o el valor que tiene como ser humano en cuestión, es decir, una cosa es que un político corrupto se critique por el hecho de señalarlo como tal y que a su vez a este no le guste, al igual que un individuo cuya privacidad o intimidad es inexistente por voluntad propia y se queje de que las personas han visto más de lo que deberían, y otra cosa muy distinta es que su humanidad se considere menos o más que otros, es una delgada línea en el que el jurista deberá transitar. Lo que no debemos olvidar es que cada derecho conlleva una obligación o resultado, por ende, el accionar que hagamos al respecto de nuestros derechos tendrán así un efecto en la sociedad, si el efecto no es el esperado la responsabilidad nos guste o no sigue siendo de nosotros generalmente, alegar que nos ofende como piensa el otro es un argumento que roza el totalitarismo. (Joly, 2002, pág. 13)

Ley de datos personales en Panamá (Ley 81 Del 2019).

La ley de datos personales en Panamá su fundamento en la Ley 81 del 2019 (cuya vigencia llego en el 2021 por mandato de la misma ley) y el Decreto Ejecutivo 285 del 28 de mayo de 2021, serían las leyes relativas a la protección de datos en Panamá.

La ley Nacional toma el ejemplo de la Legislación Europea de 2016 (Reglamento 679) Incluso tienen sus instituciones que buscan garantizar la protección de los datos personales, en el caso panameño es la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI) y la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental (AIG), en el caso de la

Unión Europea está el Comité Europeo de Protección de Datos (European Data Protection Board).

En resumen, la ley panameña de protección de datos busca garantizar las libertades fundamentales de los individuos a través del buen manejo de los datos personales. Se consideran que hay datos personales y datos personales sensibles los cuales requieren de un tratamiento más riguroso, de igual manera los datos personales de los menores de edad.

La ley en general se traduce en el simple consentimiento de quien pertenecen los datos y el debido funcionamiento de quien los posee donde debe haber una evidente y necesaria transparencia, confidencialidad y proporcionalidad. La misma agrega también los llamados derechos ARCO que son una especie de habeas data moderna que se refiere a la capacidad de acceso, rectificación, cancelación y oposición a los datos personales. Siendo una ley relativamente nueva quedaría por verse como se desarrollará en la legislación nacional, considerando los antecedentes que han surgido en regiones como la Unión Europea, se torna bastante difícil pensar que el manejo irregular de los datos personales no llegue a Panamá o no se esté realizando en este momento. Igualmente queda la duda ante las excepciones que plantea la misma ley en torno al interés social de como violentarían la protección de dichos datos, el uso y su publicidad, recordemos que en los últimos años durante la Pandemia de Covid-19 lo relativo a los derechos fundamentales en datos personales fue prácticamente violentado a mansalva a lo largo y ancho del globo, incluyendo Panamá.

Hay interpretaciones que sería de gran valor esclarecer, por ejemplo, el caso de los datos médicos, vacunaciones y demás. Siendo los datos médicos, datos sensibles según la legislación nacional ¿Cuál es la interpretación política y social? ¿Se debe publicar o se debe proteger aún más? La evidencia empírica arroja incongruencias, donde, los pacientes positivos por VIH o enfermedades similares no son obligados a decir o contar con cierto tratamiento, sin embargo, si te da la gripe de moda (Covid-19) (García, 2022) y aun no teniéndola si tienes cierto nivel de persecución y de violación a la privacidad donde eres vigilado aun teniendo la vacuna y debes estar en constante alerta antes las pruebas para verificar la negatividad o positividad del virus en tu organismo. (U.S Embassy, 2022) La interpretación que vemos con este simple ejemplo es atroz en un nivel de esquizofrenia política abismal. (SWI, 2022)

Otros temas interesantes que nos llega por la ley en cuestión es la interpretación de la voluntad en los datos personales de los individuos y las plataformas digitales, siendo estas últimas una especie de bibliotecas digitales de datos que son utilizados por un sin número de actividades de las cuales el usuario no está al tanto y que a nuestra consideración la excusa de haber aceptado los términos y condiciones no es válido para usar los datos personales de manera unilateral, considero que los términos y condiciones según la ley nacional e incluso la de la Unión Europea es violatorio a los DDHH, considerando que si el usuario presenta la negativa de aceptarlos, de plano no puede usar las plataformas digitales, siendo estos últimos lo más parecido a una vía pública. Si el desarrollo de la vida del individuo pasa por este cosmos digital es imperativo que las legislaciones a nivel mundial consideren que las plataformas digitales no les pueden imponer términos y condiciones que vulneren esos derechos a los usuarios.

En el caso del derecho al olvido, plasmado también en la ley nacional, se torna en extremo complicado que el Estado panameño pueda garantizar el mismo de manera eficiente, debemos considerar que lo publicado en internet, ya sea, por voluntad del individuo, por hacker o filtraciones, es prácticamente un viaje de ida sin regreso, una vez que la información personal se publique en la red digital es en extremo complicado que se pueda llegar a eliminar en su totalidad.

Por último, y sin ánimos de extender esta obra, quedaría ver como el Estado panameño sería capaz de contemplar el buen uso de los datos personales en toda plataforma digital, además de la intriga en el aseguramiento de la eliminación de los mismos cuando así sea solicitado y es que, una cosa es lo que se publica en redes sociales y otra cosa son los datos que estos mantienen en sus servidores.

Conclusiones

Consideramos entonces que el individuo y los datos personales no son ninguna novedad de la época moderna y postmoderna, los seres humanos a lo largo de la historia han creado datos personales y de ellos se ha desprendido información valiosa cada vez que realizan alguna acción; las diferencias serían que en la época de las cavernas escribían en las cuevas ciertos mensajes que podrían trascender en el tiempo y significar algo, sin embargo, la mayoría de datos que de ellos se desprendían no eran almacenados con el rigor actual, donde el individuo

vive una realidad online donde cada paso que da es un dato que es almacenado en sus Smartwatch, donde cada “*clic*” en las redes sociales significan tendencias y preferencias.

Es así como pasamos de una información poco valiosa a una con carácter económico, político y social, que requiere una protección sustancial y una comprensión del que la posee distinta a la que se tenía anteriormente. Entendamos que el comportamiento general de la sociedad actual con respecto a sus datos es parecido a la de inicios del siglo XXI, y que aún no comprendemos en su totalidad la capacidad que tiene una simple publicación y la proyección que puede lograr un comentario, una foto, un video.

Aunado al incremento en el interés, al valor y el uso de los datos personales, le sumamos también las incongruencias actuales que no se limitan al uso errático del individuo como usuario de redes sociales, sino a las legislaciones y juristas en general que parecen haber caído en un vórtice de contradicciones ante el bombardeo informativo y el uso de los datos, donde parece que estamos juzgando a los individuos y no a las acciones, provocando así que una paradoja entre DDHH, pues, para uno si son protegidos y para otros no, la igualdad pasa a segundo plano cuando el aspecto ideológico y político es el principal, así un individuo que realice una acción igual o parecida a otros, pero que, según el impacto mediático o los intereses globales es juzgado en consecuencia de manera positiva o negativa, lo que da como resultado que los datos personales queden a merced de los caprichos de los gobernantes, medios de comunicación, jueces, entre otros; y no frente a un ordenamiento congruente y objetivo que los protejan de las manipulaciones y ataques.

Bibliografía

Adeva, R. (12 de Febrero de 2015). *El país*. Obtenido de

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/02/12/lifestyle/1423759688_212376.html

Ball, M. (4 de Febrero de 2021). *TIME*. Obtenido de [https://time.com/5936036/secret-2020-election-](https://time.com/5936036/secret-2020-election-campaign/?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=editorial&utm_term=politics_2020-election&linkId=110717147)

[campaign/?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=editorial&utm_term=politics_2020-election&linkId=110717147](https://time.com/5936036/secret-2020-election-campaign/?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=editorial&utm_term=politics_2020-election&linkId=110717147)

BBC. (31 de Mayo de 2017). *BBC*. Obtenido de <https://www.bbc.com/news/world-europe-40106526>

BBC Mundo. (20 de Marzo de 2018). *BBC*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>

Biden Administration. (9 de september de 2021). Executive Order 14043. washington, DC, USA.

Boutin, G. (2018). *Derecho Internacional Privado*. Panama: Maître Boutin.

Comission, E. (10 de Noviembre de 2020). *European Comission*. Obtenido de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077

Der Bundesgerichtshof. (12 de Julio de 2018). *juris bundesgerichtshof*. Obtenido de <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=85390&pos=0&anz=115>

Desgens-Pasanau, G. (2022). *La protection des données personnelles les principales clés décryptage du RGPD*. París: LexisNexis, S.A.

Echeverría, A. C. (Junio de 2015). *La Campaña de Obama 2008*. Madrid: Universidad Pontifia Comillas.

European Comission. (30 de Noviembre de 2010). *European Comission*. Obtenido de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624

European Comission. (15 de Abril de 2015). *European Comission*. Obtenido de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_4780

European Comission. (14 de Julio de 2016). *European Comission*. Obtenido de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2532

European Comission. (27 de Junio de 2017). *European Comission*. Obtenido de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784

FACEBOOK. (Febrero de 18 de 2023). *FACEBOOK*. Obtenido de <https://es-la.facebook.com/help/1568013990080948>

Frow, J. (2019, Vol. 25, No.2). Cookie. *Culture Review*, 208-210.

Garcia, L. (16 de Febrero de 2022). *La Estrella Panamá*. Obtenido de <https://www.laestrella.com.pa/nacional/220216/nuevos-requisitos-viajeros-panama>

Joly, M. (2002). *Dialogo en el Infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*. Barcelona: El Aleph.

Kelly, C. (5 de Septiembre de 2020). *CNN Politics*. Obtenido de <https://edition.cnn.com/2020/09/05/politics/kamala-harris-not-trump-vaccine-cnntv/index.html>

Leggett, T. (30 de Julio de 2021). *BBC*. Obtenido de <https://www.bbc.com/news/business-58024116>

MINSA. (2017). *Boletín Estadístico*. Panamá: MINSA.

Nicholas, G. (2023). Sunsetting “ Shadowbanning”. *Introducing an ISP-WIII essay series exploring the terms and concepts that constitute Platform Governance*, 1-11.

OPS/OMS. (2021). *Reporte de Situación COVID-19 Panamá*. Panamá: OPS.

Perea, C. (4 de abril de 2016). *La Estrella Panamá*. Obtenido de <https://www.laestrella.com.pa/vida-y-cultura/salud/49-panama-muertes-obesidad-relacionadas-NILE105899>

Ramirez, N. M. (9 de Enero de 2023). *RollingStone*. Obtenido de <https://www.rollingstone.com/politics/politics-news/elon-musk-fired-brazil-twitter-content-moderation-1234657777/>

SWI. (06 de Enero de 2022). *SWI*. Obtenido de https://www.swissinfo.ch/spa/coronavirus-panam%C3%A1_la-vacunaci%C3%B3n-contr-la-covid-ser%C3%A1-obligatoria-para-funcionarios-en-panam%C3%A1/47241192

U.S Embassy. (28 de Junio de 2022). *U.S Embassy in Chile*. Obtenido de <https://cl.usembassy.gov/es/actualizacion-de-los-requisitos-de-entrada-a-los-ee-uu-politica-sobre-vacunacion-para-vuelos-internacionales-con-destino-a-ee-uu/>

Unión Europea. (30 de Marzo de 2010). Tratado de Funcionamiento. Europa.

Vergara, J. (5 de Agosto de 2019). *Cyberclick*. Obtenido de <https://www.cyberclick.es/numerical-blog/cookies-en-informatica-que-son-y-para-que-sirven>

La protección del derecho interno de las inversiones de Minera Panamá y los recursos naturales

Protection of Panama's mining investments and natural resources under domestic law

Por: **Gómez Muñoz, Wilfredo A**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Panamá

Correo: wgomezygomez@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4525-7718>

Entregado: 2 de mayo del 2024

Aprobado: 25 de junio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6404>

Resumen

La actividad minera en la actualidad ha pasado a jugar un papel protagónico en las economías en América Latina y muy en especial en nuestro país, debido a múltiples factores vinculados a la evolución y desarrollo de las tecnologías y de los cambios que inciden en el sistema de producción.

Este análisis investigativo tiene la finalidad de demostrar por un lado; que nuestro sistema jurídico que regula la actividad minera en Panamá requiere de actualización, razón por la cual, las inversiones extranjeras y las concesiones para la explotación de la minería, se realizará sin mayor obstáculo jurídico, tomando cada vez más fuerza de forma compulsiva, debido a las pocas barreras o leyes que deben regular con mayor rigurosidad dichas inversiones.

Antes de entrar en el análisis, de forma directa a las actividades y procedimientos que exigen dicha actividad minera, trataremos de forma muy general, de explicar, cómo ha sido la actividad minera en Panamá, a partir del surgimiento de la nueva república desde 1903 hasta nuestros días. Expondremos el comportamiento de las transnacionales, de las inversiones en Panamá, las causas que condujeron a la declaración por parte de nuestros tribunales locales, la inconstitucionalidad de los contratos leyes y las violaciones que cometió la empresa concesionaria, frente a nuestro derecho interno y el alcance del derecho internacional como instrumento jurídico en defensa de las inversiones en nuestro territorio.

La relación Jurídica desarrollada en medio de los acuerdos financieros alcanzados por las partes, en torno a la extracción de oro y plata en la mina de Donoso y las consecuencias que

puede acarrear dichas declaraciones de inconstitucionalidad vs. La seguridad de los capitales invertidos en nuestro territorio, son tareas que se le presentan a Panamá. Estos retos le auguran a nuestra legislación un compromiso que tendrá que superar, sin lugar a duda, en los tribunales internacionales.

Cuál sería el papel que jugaría en el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI)**. En caso de que las partes involucradas, acuerden resolver las diferencias surgidas por dicho contrato en el seno del **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, (CIADI)**, cuál sería el desenlace ante un eventual fallo en estos tribunales con respecto a nuestra legislación desde la óptica del derecho interno y los intereses de la república de Panamá.

Palabras Claves: Minería cielo abierto, derecho interno, derecho internacional, inversiones extranjeras, regalías, Dualismo, Monismo, contrato ley.

Abstract

Mining activity has currently come to play a leading role in the economies of Latin America and especially in our country, due to multiple factors linked to the evolution and development of technologies and the changes that affect the mining system production.

This investigative analysis has the purpose of demonstrating on the one hand; that our legal system that regulates mining activity in Panama requires updating, which is why foreign investments and concessions for mining exploitation will be carried out without major legal obstacles, gaining more and more force in a compulsive manner, due to the few barriers or laws that should more rigorously regulate such investments.

Before entering into the analysis, directly to the activities and procedures that such mining activity requires, we will try in a very general way to explain what mining activity has been like in Panama, from the emergence of the new republic from 1903 to our days. We will expose the behavior of the transnational, the investments in Panama, the causes that led to the declaration by our local courts, the unconstitutionality of the law contracts and the violations committed by the concessionaire company, regarding our internal law and the scope of international law as a legal instrument in defense of investments in our territory.

The Legal relationship developed in the midst of the financial agreements reached by the parties, regarding the extraction of gold and silver in the Donoso mine and the

consequences that such declarations of unconstitutionality may entail vs. the security of the capital invested in our territory are tasks that are presented to Panama. These challenges predict for our legislation a compromise that will have to be overcome, without a doubt, in international courts.

What would be the role it would play in the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID). In the event that the parties involved agree to resolve the differences arising from said contract within the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), what would be the outcome in the event of a possible ruling in these courts with respect to our legislation? From the perspective of internal law and the interests of the Republic of Panama.

Keywords: Domestic law, international right, dualism, monism, contract law royalties, forcing investments, open pit mining.

Introducción

A raíz de la crisis surgida por el contrato minero con la empresa extractiva Minera Panamá S.A., Se hace necesario indagar más allá de los resultados judiciales emanados de nuestra corporación de justicia, es decir La Corte Suprema de Justicia, debido a las dimensiones alcanzadas por la crisis, primero por las amenazas a las que están expuestos los recursos naturales que subyacen en el subsuelo del país y segundo, por la seguridad Jurídica que debe revestir y asegurar, tanto las inversiones extranjeras como nuestro derecho interno. Debido a esta situación se hace necesario demostrar en la presente investigación, cuál ha sido la realidad que rodea la crisis de la mina de Donoso y así despejar algunas dudas de forma clara, las verdaderas razones que nos condujeron al colapso del contrato con la empresa minera y el Estado Panameño, cuál sería el papel a jugar en el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI)**. En caso de que las partes involucradas, acuerden resolver las diferencias surgidas por dicho contrato en el seno del Centro **Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, (CIADI)**.

Es importante señalar, que una de las causas de la crisis es porque se debe a que la mina de Donoso, está íntimamente ligada al medio ambiente; situación está que en los últimos años

se le ha venido mostrando gran interés tanto nacional como internacionalmente debido a la necesidad de establecer normas, Convenios y acuerdos dentro de la comunidad internacional que garanticen el aseguramiento de la población que allí convive y, a su vez frenar en lo posible la volátil situación en la que se encuentra el planeta tierra y la capa de ozono. Razones por las cuales, la sociedad civil panameña en su conjunto, se manifestó de forma virulenta en las calles, exigiendo el cierre de la mina y la derogación del contrato Ley con la empresa extractiva que opera en Donoso, situación está que desde 1977 ha venido exacerbando la calma y la paciencia de la sociedad civil.

Es nuestro interés exponer de forma diáfana, en esta investigación, las causas que condujeron al colapso de esta relación con inversionistas financieros foráneos, basada en un contrato viciado de inconstitucionalidad y por otro lado, sometido a los criterios e intereses políticos. Esta empresa logró sortear y mantenerse en abierta actividad de extracción de oro, plata, cobre y molibdeno en un área de 13 mil hectáreas y con posibilidades de expandirse hacia otras áreas, bajo un contrato que también tuvo la suerte que se le extendiera el periodo de la concesión por más de los 40 años en todas las actividades. La empresa, Minera Panamá y el gobierno, negociaron un primer contrato en 1997, este contrato fue declarado inconstitucional y desde entonces, dicha empresa ha venido operando al margen de la ley, situación está que, pone de manifiesto el nivel de corrupción existente, en esta relación comercial de grandes proporciones, en detrimento de los intereses del Estado panameño.

Por otro lado, los derechos adquiridos por esta compañía minera, para explotar los yacimientos de Petaquilla, van más allá de nuestra soberanía y esto es debido a que el Estado le otorgó, más de 3,000 metros de nuestro espacio aéreo para sobrevuelos controlados o prohibidos por la propia empresa, más las 13 mil hectáreas, del territorio concesionada para la operación y explotación de la mina de Donoso, en otras palabras el contrato les cedió, de nuestro espacio soberano, 13 mil hectáreas de tierra, 3 mil metros del espacio aéreo y no contentos con estos beneficios, la empresa también podía contar con más tierras, de ser necesario, para la explotación de los minerales o los recursos que yacen en nuestro subsuelo, esta realidad también ocurrió con la riqueza hídrica de la región y los puertos que tenga a bien utilizar; I la otra situación que vulnera nuestros derechos, son la interpretación de las normas que regulan los derechos de los trabajadores panameños,

establecidas en el Código laboral, ya que el personal no panameño, contratado para la explotación de la mina, no están acorde a las exigencias establecidas por nuestro Código laboral, que determina claramente cuanto es el número de extranjeros que pueden ser contratados siempre y cuando la empresa certifique la necesidad de contratar extranjeros como mano de obra especializada que en nuestro medio no es posible conseguir, sin embargo en la práctica quedo demostrado que el personal allí contratado en su gran mayoría no es mano de obra especializada por lo tanto esta acción de la empresa ha sido constante y abiertamente violatoria a las normas internas dictadas por nuestro ordenamiento jurídico.

La empresa Minera, Panamá S.A. al margen de las tierras ya concedidas podrá expandirse hacia otras tierras; en la medida de que la empresa considere que dichas tierras le son necesarias para su actividad extractiva, a expensas de sus dueños, que en su mayoría son campesinos que practican la agricultura de subsistencia; Ante estos beneficios otorgados a la empresa minera en contra de los derechos de la población local del derecho interno, regulado por nuestra Constitución Política de la República, la Ley, y la Declaración Universal de los derechos Humanos, La Declaración Interamericana de loa Derechos Humanos y el Acuerdo de Escazú, del 4 de mayo de 2018, que establece el derecho que le asiste a las poblaciones vulnerable por esta actividad extractiva a cielo abierto.

En el caso específico del contenido del Acuerdo Escazú, este contempla los derechos que le asiste a las personas que viviendo en comunidades que están dentro del perímetro de la mina explotada, la empresa como el propio gobierno están obligados a mantenerlos informados y permitirles la participación en todas aquellas actividades que les afecten, como es el caso de la Mina de Petaquilla contamina el agua, el oxígeno y las tierras fértiles aptas para la producción agrícola.

De cara ante esta situación es de sumo interés que, a través de esta investigación se pueda destacar ante la importancia de nuestro derecho interno como único instrumento jurídico que nos permitirá establecer barreras, de contención y así salvaguardar y proteger nuestra soberanía, la sociedad y a todas las personas que en ella habitan. Definiendo así nuestra cultura como identidad nacional. Ante esta realidad legal, todo el conjunto de normas de ese derecho interno, que se define como el cuerpo de normas internas que tienen como objetivo regular las relaciones jurídicas entre el individuo, el Estado y el vínculo con el

Derecho Internacional, que se define como un todo, amparado bajo el bloque de la convencionalidad.

Por otro lado es menester que en esta investigación se aclare o se explique, para el conocimiento del lector, cual es la suerte que le espera a las empresas de capitales extranjeros; es decir qué recursos le asisten a las empresas inversoras en nuestro territorio, en el caso de entrar en conflicto con las autoridades locales por la supuesta violación de lo que se establece el contrato de concesión.

Este análisis es pertinente debido a la experiencia vivida con la mina en Donoso En primer lugar y en segundo lugar cómo se les garantiza a esas empresas y al margen de las leyes internas, su inversión. En el caso específico en el territorio panameño, tomando en cuenta que la historia de las inversiones extranjeras se ha visto envuelta en conflictos legales, incluso con medidas de fuerza, so pretexto de garantizar esos capitales o el aseguramiento del cobro de deudas adquiridas por los Estados.

En el pasado, las inversiones extranjeras adolecían de un Derecho Internacional capaz de garantizar el aseguramiento y retorno de esos capitales, invertidos más allá de sus fronteras, sin menoscabo del derecho que le asiste al país receptor de esas inversiones; y la protección de su riqueza natural, a través del derecho interno consagrado en la Constitución Política de la República y ley.

La historia de los conflictos surgidos en medio de las inversiones extranjeras se remonta a la “Doctrina Calvo” figura jurídica creada por el propio jurista Carlos Calvo que aportó como instrumento jurídico de Derecho Internacional la llamada “Doctrina Calvo que en su esencia, plantea. “Que los conflictos surgidos por deudas adquiridas con extranjeros, las mismas debían ser resuelto o solucionados en los tribunales locales” es decir en los tribunales del país receptor de las inversiones foráneas. Ante esta figura de Derecho interno, en el derecho Internacional se han venido tejiendo diversas opiniones de diferentes Estados que en su momento han esgrimido la Doctrina Calvo, como forma de darle solución a esos conflictos surgidos en medio de las inversiones extranjeras.

De esta manera es necesario que citemos una institución de carácter internacional y con autonomía en su actuar, creada por el Banco Mundial con el objeto de establecer una

regulación o tribunales de carácter internacional con capacidad jurídica para atender los conflictos entre el Estado y las empresas inversoras de capitales foráneos.

Se trata del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones. Este convenio fue preparado por los ejecutivos del Banco Mundial y tiene como finalidad el aseguramiento de los capitales invertidos en los países miembros del convenio CIADI de 1965. Es importante reiterar nuestro interés de dar a conocer información valiosa de este convenio a raíz de la crisis surgida entre Panamá y la empresa Minera Panamá, debido al incumplimiento de la empresa y la decisión de la Corte Suprema de Justicia, donde declara inconstitucional el contrato Ley número 406 del 20 de octubre de 2023.

La minería extractiva en Panamá

La historia de la minería en América Latina y en especial en Panamá, se remonta desde mucho antes de la llegada de los conquistadores europeos en el Continente Amerindio, para los pobladores indígenas esta era una actividad diaria con el objeto de fabricar sus propias herramientas de casería, prendas y atuendos, para adornar sus formas de vestir, al igual que lo utilizaban para confeccionar rudimentariamente sus utensilios de cocina y, de esta manera obtenían los instrumentos donde preparaban sus alimentos.

Para la época de nuestros indígenas se dedicaban a la extracción de plata y oro, actividad está que se caracterizó por la forma rudimentaria a través de procedimientos de colar en los ríos con el uso de bateas, herramienta que le permitía separar el oro de las piedras, arena y sedimentos de los ríos; sin embargo hay que resaltar que esta forma de extraer el oro sigue siendo hoy una práctica, pero regulada por la ley, en los lugares más apartados en espacial en aquellos ríos que todavía se da el avistamiento de oro; de esta manera los indígenas y lugareños tenían acceso a metales preciosos. Esta época se le conoció como el periodo precolombino.

A partir de la llegada de los conquistadores españoles a la América en 1502, se inicia una segunda etapa caracterizada por el interés de los europeos, de adquirir la riqueza natural del nuevo continente, en especial los españoles, intensifican el interés de España por los metales preciosos, iniciándose así el saqueo y trasiego de oro y plata desde América hacia el reino de España, en el caso específico de Panamá, nuestro Istmo se constituyó en el paso obligado y centro gravitacional del primer emporio colonial español en tierra firme para explotar el oro y la plata que se destinaba hacia España; esta actividad extractiva de metales

preciosos se mantuvo entre 1502 hasta 1821, tal como lo establece el Boletín de la Sociedad Geológica Mexicana “La conquista y el asentamiento se puede mapear a partir de los registros españoles, comenzando en el norte del Darién y luego avanzando hacia el oeste hasta Panamá en 1519 y Nata en 1522. Desde aquí, las expediciones partieron por Veraguas durante el próximo siglo en los distritos auríferos de Veraguas (Concepción), sur de Veraguas, Coclé y el Centro de Veraguas. La atención regresó a Darién en 1665 y llevo al descubrimiento de Espíritu Santos de Cana, la mina de oro más importante hasta esa fecha en América.

Este periodo se caracterizó por la importancia que adquirió el Istmo de Panamá, por su abundante riqueza de metales preciosos y por su posición geográfica- geoestratégica que para entonces se desconocía, la existencia del Mar del Sur y que al ser descubierto selló la suerte del resto de las colonias en América y se inició de esta manera la explotación y trasiego de oro y plata por el Camino Real y luego el camino de Cruces que permitió la comunicación entre el mar Caribe y el Océano Pacífico. A partir de 1513, estos eventos de la época colonial le permiten a la corona española ordenar la construcción de las dos primeras ciudades en tierra firme de América, la ciudad de Nombre de Dios en lo que es hoy parte de la provincia de Colón y en el pacífico lo que es hoy Panamá Viejo. A partir de esta fecha, el Istmo de Panamá se constituyó en la ruta del comercio mundial entre Europa, el viejo continente y el Nuevo Mundo, conocido hoy como el Continente Americano.

Posterior a la independencia de Panamá de España, se da el tercer periodo que abarca desde 1821 hasta 1903, durante este periodo Panamá se une de forma voluntaria a la Gran Colombia y surgió de esta manera la Nueva Granada, sin embargo, hay que destacar que a pesar de que Colombia, Panamá y Venezuela no pertenecían al reino de España, la legislación colonial implementada para regular la actividad minera en el periodo colonial, se mantuvo vigente por un periodo muy corto. Entre las regulaciones coloniales heredadas en el nuevo continente están; **El Fuero Viejo de Castilla, Las siete Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento de Briviesca, Ordenamientos reales de Castilla y por ultimo las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno.**

Luego de la separación de Panamá de Colombia, el Istmo de Panamá se constituye en la nueva república, dejando atrás el periodo en que Panamá fue un departamento de La Gran Colombia, un periodo muy breve que se inició en 1821 y culmina en 1903, la nueva

república inicia su vida republicana promoviendo sus propias normas, sin embargo, todo lo relativo a la minería y recursos naturales siguió manteniendo en sus primeros años la normativa heredada del sistema jurídico colombiano,

La Cuestión Minera a Partir del Surgimiento de La Nueva República.

La Constitución de 1904:

La nueva República de Panamá, se inicia a partir de 1904, resaltando así, todo lo concerniente a la minería y los recursos naturales que posee en todo el territorio, a partir de 1903, con el surgimiento de Panamá como Estado soberano e independiente y con la aprobación de la primera constitución de 1904, Panamá aparece como sujeto de derecho internacional, en el concierto de las naciones con identidad propia, de forma tal que las cuestiones relativas a la **Hacienda Pública Nacional**, el Estado a través de nuestras constituciones, le confiere rango constitucional, a todo lo relativo a los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio nacional y contemplando dentro de la constitución en siete artículo, los bienes pertenecientes al Estado panameño, estos recursos son protegidos y regulados, entre estos artículos, se destaca el artículo 115 que a la letra decreta:

Artículo 115.- Pertenecen a la República de Panamá:

1. Los bienes existentes en el territorio que por cualquier título pertenezcan a la República de Colombia;
2. Los derechos y acciones que la República de Colombia poseyó, como dueña dentro o fuera del País; por razón de la soberanía que ejerció sobre el territorio del Istmo de Panamá;
3. Los bienes, rentas, valores, derechos, y acciones que pertenecieron al Extinguido Departamento de Panamá;
4. Los baldíos y las salinas; y las minas de Filones y aluviones, ó de cualquier otro género, y las de piedras preciosas, sin perjuicios de los derechos legítimamente adquiridos.

Se puede observar que la constitución que le da vida jurídica a la nueva República y estableció las primeras normas de carácter constitucional, en todo lo relativo a la minería en la naciente República y, por otro lado es importante señalar que la Ley número 76 de

15 de junio de 1904, entra a desarrollar de forma más precisa las condiciones legales que regían en la época para los dueños autorizados para explotar dichas minas en el territorio nacional.

El artículo número 1 de la citada Ley 76 de 1904, estableció lo siguiente:

Artículo 1° Todo dueño o empresario de minas estará en la obligación de presentar anualmente a la secretaria de Fomento un plano de los trabajos emprendidos en cada una de las pertenencias que se le hubiere adjudicado, con los títulos en mención. Dará también informe detallado de las respectivas maquinarias y su clase, de los métodos y sistemas empleados en el laboreo, el número de jornaleros y empleados durante el año, el producto aproximado de la mina o minas y todos los demás datos necesarios para la estadística.

La constitución de 1941:

Describe todo lo relacionado con los recursos naturales, lo contempla en el título XII, como Economía Nacional y Hacienda.

El artículo 145, en especial el numeral cuatro, cinco y seis establece lo siguiente:

Artículo 145.- Pertenece a la República de Panamá:

1...

2...

3...

4. Las Tierras baldías

5. Las salinas y las minas de todas clases, las cuales no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán concederse derechos para la explotación a personas particulares, naturales o jurídicas, de acuerdo con la Ley;

6. Las guacas indígenas, cuya exploración y explotación serán reguladas por la Ley;

Mientras que los artículos 146 y 147 hacen referencia al carácter público de los recursos mineros y otros, y que los bienes que por razones de concesiones otorgadas a particulares, solo serán por un periodo de veinte años.

Esta Constitución de 1941, a pesar de ser una constitución de corte social, la misma incorporó, todo lo relativo a la minería en nuestro territorio, pero a diferencia de la

primera constitución, esta constitución del '41 fue más allá, incluyendo en esta Constitución la riqueza arqueológica y así reguló las guacas o tumbas de nuestros Antepasados, como lo son las sepulturas de nuestros aborígenes con todas sus pertenencias.

La Constitución de 1946:

La nueva república, reitera su interés de mantener asegurada las riquezas que subyacen en nuestro subsuelo, la constitución de 1946, establece el derecho constitucional que le asiste a la nueva nación, de darle un tratamiento adecuado al problema minero dándole mayor seguridad constitucional a los recursos naturales de la república, a diferencia de las otras constituciones, el artículo 208, así lo expresa:

Artículo 208. Pertenece al Estado panameño:

1....

2....

3....

4....

5, El subsuelo que puede ser sujeto a concesiones para la explotación de sus riquezas según lo establece la Ley.

La propiedad minera concedida y no explotada; dentro del término que fije la Ley revertirá al Estado.

6. Las salinas, las minas y los yacimientos de todas las clases no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser concedidas en usufructo a personas naturales y jurídicas, de acuerdo con la Ley; todo ello sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos;

7....

8....

Como podemos observar, en esta constitución a diferencias de las anteriores, el Estado se preocupó o por lo menos trata de ir hacia el aseguramiento de todos los recursos minerales que se encuentran en el territorio panameño, de manera que en el artículo 257 se estableció constitucionalmente lo siguiente:

Artículo 257, Pertenece al Estado:

1....

2....

3....

4....

5. Las riquezas del subsuelo, que podrían ser explotadas por empresas estatales o mixtas, o ser objeto de concesiones, o contratos para su explotación, según lo establezca la Ley.

Los derechos mineros otorgados y no ejercidos dentro del término y condiciones que fije la Ley, revertirán al estado.

6. Las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase, que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el estado, mediante empresas estatales mixtas, o ser objeto de concesiones u otros contratos para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamenta todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal.

7....

8....

La Constitución Política de 1972:

Esta Constitución en el título X dedicado a la Hacienda Pública, Capítulo 10. Reconoce los bienes y derechos del Estado y reitera en el **artículo 226**, numeral 4 y 5, lo siguiente:

Numeral 4. Las tierras baldías e indultadas; las riquezas del subsuelo, que podrían ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establece la Ley, los derechos mineros otorgados y no ejercidos dentro del término y condiciones que fije la Ley, revertirán al Estado;

Numeral 5. Las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, o ser objeto de concesión u otro contrato, para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamentará todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal.

Por otro lado, en esta misma constitución en el artículo 227, numeral 3 y 4, se establece lo siguiente.

Numeral 3. Las tierras y las aguas destinadas que el Estado ponga al servicio público de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y acueductos;

Numeral 4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial;

Si se observó lo estipulado por esta constitución de 1972, todo lo que esté vinculado a la minería, aguas y espacio aéreo, su reglamentación es mucho más de avanzada dando por sentado el interés del estado de asegurar a través de las diferentes constituciones la salvaguarda de la riqueza que posee nuestra nación en todo el territorio. Un ejemplo de ello se puede observar en el artículo 228 que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 228: Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y de interés público.

Está claro que para estos tiempos nuestra nación ya había madurado lo suficiente como para tener clara la orientación de, hacia donde debemos enfocar nuestra realidad nacional, buscando el mayor y posible interés social para todo el conglomerado haciendo uso de los recursos del Estado y maximizando los bienes a la mayor población posible.

Lo ideal es el interés público, tener claro cuáles son las necesidades del colectivo, de manera que se establezcan políticas de Estado dirigidas a dar respuesta, en especial a las comunidades que adolecen de servicios públicos eficientes y oportunos, basados en la riqueza que genera el Estado.

El Código de Recursos Minerales:

Desde 1904, todas las constituciones con que ha contado la República de Panamá hasta 1972 y más allá, han tenido la certeza de garantizar la seguridad en la explotación y extracción de los recursos minerales que subyacen en el subsuelo y en cualquier parte del territorio Nacional; sin embargo en la actualidad este tema ha adquirido mayor relevancia debido a que Panamá cuenta con un Código de Recursos Minerales, se creó bajo el Decreto Ley No. 23 de 22 de agosto de 1963, publicado en la Gaceta Oficial No.15162 del 13 de julio de 1964, Como se puede observar este Código cumple ya 60 años de existencia, razón por la cual se necesita de forma urgente revisarlo y hacerle los ajustes y modificaciones acorde a la realidad nacional e internacional. En especial en aquellos artículos que establecen la

forma de otorgar las concesiones a las empresas privadas en especial a los inversores extranjeros.

Por otro lado es de urgencia notoria que las autoridades de la república revisen y procedan a un avalúo de los registros y pagos tipificados en los artículos 204 y subsiguientes de este Código y en especial, sobre los montos de las regalías, que en la práctica no se ajustan a los beneficios que debe recibir la nación panameña, tomando en cuenta los cambios de precios de los minerales en este caso; oro, plata, cobre, molibdeno y cualquier otro mineral que en los mercados internacionales, el valor haya subido en razón de su importancia y necesidad para la industria.

En la actualidad la forma tan rápida y variante en que se mueve y se desarrolla la industria y la tecnología en especial por la necesidad emergente de los mercados internacionales, los países en vía de desarrollo están en desventajas debido que no cuentan con una economía industrializada, pero son ricos en materia prima y recursos naturales que pueden muy bien, resolver sus problemas económicos a través de sus recursos, pero en una relación más justa y equitativa; de manera que sus riquezas no sean saqueadas sin obtener un beneficio tangible, producto de las concesiones otorgadas a los capitales extranjeros, dicho beneficio debe ser lo más justo posible; tanto en la Inversión y los costos, como en los beneficios a recibir.

Esta realidad que se plantea se encuentra literalmente expuesta en el artículo uno de nuestro Código de Recursos Minerales, que a la letra plantea lo siguiente:

Artículo 1. El presente Código se denominará Código de Recursos Minerales y tendrá por objeto estimular y reglamentar la exploración y extracción de minerales, primordialmente a través de la iniciativa e inversión privada, en todo el territorio de la República de Panamá y, a la vez, promover el desarrollo vigoroso de la investigación, transporte y beneficio necesario o convenientes para asegurar la disponibilidad de estos minerales en una escala nacional e internacional.

Como se puede observar, este primer artículo de nuestro Código minero, desarrolla de forma general toda la actividad minera; sin embargo creemos firmemente que las observaciones que hacemos de la necesidad de hacer modificaciones a nuestro código minero, obedecen al interés de muchos panameños a que la redacción de varios artículos deben apuntar hacia una redacción mucho más precisa y no dejar las interpretaciones diversas o ambigüedades,

que a la postre terminan negociando con ciertos tecnicismos y desventajas en detrimento de nuestra nación.

De igual forma hacemos las observaciones de los dos últimos párrafos del artículo 2 de este Código, que permite a través de esta redacción y sin lugar a dudas, que las empresas dispongan de forma abierta, hacer buen uso de los recursos minerales extraídos por la concesionaria

Este artículo plantea lo siguiente:

Artículo 2. No podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser concedidos en usufructo, en la forma y condiciones que la constitución y este Código señalan.

Los minerales extraídos mediante concesiones mineras otorgadas de conformidad con este Código, pertenecen al concesionario. Esto sin lugar a duda es totalmente cierto porque lo establece la ley; es decir el Código de Recursos Minerales.

El punto es que los tiempos están cambiando de forma precipitadamente y muy rápido, situación está que incide de manera directa a la hora de pactar acuerdos o contratos en el momento de forma tal que lo pactado se hace extemporáneo de forma inmediata; por lo tanto soy de la opinión que las reglas de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los tratados son y deben ser la base jurídica de lo pactado sin embargo las interioridades que subyacen, como el intercambio de intereses, los contratos en materia de inversiones extranjeras es saludable que el Estado que otorga la concesión debe establecer pautas que permitan a la nación negociadora un contrato que pueda ir ajustándose ante la realidad de un mundo cambiante, sobre todo en materia de pagos, intereses, regalías e impuestos, de esta manera nuestra nación protege sus intereses pactado con la empresa extractiva, producto de la dinámica tan cambiante de las relaciones internacionales y con ello, las relaciones de producción, se hace necesario establecer contratos de inversión que permitan sobre la marcha dejar claro la necesidad de hacer ajustes en especial en los precios de los mercados y otros temas de manera que la nación, disponga de manera más favorable de sus recursos naturales y maximizar las utilidades, según el caso y la realidad del momento.

Por otro lado, por tratarse de recursos naturales donde es evidente que la nación que otorga la concesión es único propietario, el Estado está obligado a velar por el máximo de las utilidades dándole un tratamiento de carácter social y de interés público en todo momento,

de manera que la empresa concesionaria acuerde tomar en consideración los ajustes necesarios por tratarse de políticas de Estado, acorde a los precios en el mercado internacional.

Ante esta situación es oportuno comentar algunas realidades que se vivieron en los momentos en que Panamá negociaba con el Gobierno de Washington el tratado Torrijos Carter, que a la postre abolió el nefasto tratado Hay Bunau Varilla de 1903, que regulaba todo lo relativo al Canal de Panamá, en estas negociaciones los representantes del Estado panameño siempre esgrimieron como estrategia de negociación la tesis de que El Canal de Panamá siempre ha sido un recurso natural propiedad del Estado panameño, esta aseveración, se pudo sustentar a pesar de que la delegación de Washington se reusaba a aceptar estas realidades, Panamá les demostró que el Canal de Panamá es y sigue siendo un recurso natural sencillamente porque el trasiego de buques por esta vía, es posible debido al suministro de agua que fluye a través de la cuenca hidrográfica que alimenta las esclusas en especial por el río Chagres, su principal río, permitiendo de esta manera la operación de esclusaje de Norte a Sur y viceversa, de los buques mercantes. Estos argumentos esgrimidos por la delegación Panameña, no solo convenció a los negociadores de Norte América sino también a la comunidad internacional, esta estrategia le valió a Panamá como argumento, demostrando que una nación, por débil que sea, posee dos grandes recursos uno de ellos son su riqueza natural y su posición geográfica y segundo recurso es su población, es decir su fuerza activa, de manera que los negociadores que le plantaron sendos argumentos los negociadores de Los E.E.U.U. De Norte América, lograron de esta manera concluir un tratado como lo fue El Tratado Torrijos-Carter que sustituyó el Tratado de 1903, dejando claro que nuestro canal es un recurso natural.

A partir de allí, siendo el canal nuestro y bajo administración panameña, las autoridades que administran la vía acuática periódicamente están revisando las tarifas de peajes por el uso del canal por las navieras, ajustándolas acorde con el desarrollo de las relaciones comerciales y los precios en el mundo naviero, pero con la participación de los usuarios de la vía acuática, es decir que en este caso, las partes llegan a acuerdos bajo un mutuo entendimiento, para el aumento de los precios del peaje.

En consecuencia, por qué no entrar en una negociación si es el caso, con los inversores extranjeros para la exploración y extracción de nuestros recursos mineros en nuestro territorio, de manera que podamos maximizar, las utilidades y ganancias, producto de la explotación de nuestras minas, Modificar nuestras leyes pero sobre todo someter a una revisión y actualización profunda de nuestro Código de Recursos Naturales, ajustándolo a la realidad del mundo moderno y de los precios internacionales actuales, pero también con una proyección a futuro de forma tal que se introduzcan reformas que permitan en el futuro y sobre la marcha poder ir readecuando nuestras utilidades con la realidad del momento.

Creemos firmemente que pactar un contrato donde las partes asuman el compromiso de asumir con mayor grado de responsabilidad los costos de explotación y exportación de nuestros minerales, sería lo más justo y de esa misma manera que los dividendos de ganancias y regalías sean invertido de la mejor manera en las necesidades del momento y de forma equitativa, en la medida de lo posible.

Mucho se ha hablado en materia de recursos mineros; sin embargo, las normas vigentes al igual que el Código de recursos mineros, su normatividad sigue siendo obsoleta, se requiere de forma inmediata su adecuación ante una realidad cada vez más cambiante un reflejo de ello lo podemos observar en la gráfica que nos presenta, El Panamá América, publicada el 10 de junio de 2021:

Cobro comparativo a las Empresas Mineras por Regalías, más el ISR en los principales países productores

Australia Meridional	44.6 %
México	41.6%
Perú	40.7%
Canadá	40.1%
Chile	39%
Argentina	38%
Brasil	38%
Panamá	2%

La fórmula es la combinación regalías + impuesto sobre la renta.

Es un hecho notorio que el cuadro comparativo publicado por el Diario El Panamá América

Demuestra que el contrato Ley No. 9 de 1997 negoció con muchas ventajas para la empresa Minera Petaquilla, pero con desventajas muy altas para Panamá, hoy, Minera Panamá a través del contrato Ley 406 mantenía dichas ventajas económicas. Es vergonzoso observar como los distintos gobiernos le permitieron a esas compañías mineras negociar contratos que lesionan nuestro patrimonio, donde se pacta que el beneficio por regalías para Panamá es solo el 2% de utilidades en comparación a los pagos que esas mismas empresas hacen, en otros países pagan en concepto de regalías e impuestos hasta el 45%, hay sin lugar a duda, una lesión patrimonial al Estado panameño, producto de las leyes flexibles y tolerantes, alejadas de la realidad nacional y desconectadas de los precios actuales en el mercado Internacional, aunado a esto, gobiernos débiles e incompetentes incapaces para hacerles frente a empresas tan poderosas, cuyo único fin es trasegar riquezas hacia su país de origen.

Ante esta realidad es oportuno citar la opinión del abogado y ambientalista, Harley Mitchell: Lo recomendable, es que la economía no dependa de la explotación de recursos naturales no renovables que nos deja a largo plazo una economía tangible en el país; ya que existen otras actividades de desarrollo sostenible como ecoturismo y fomentar energía renovable.

Por otro lado, en ocasión del escándalo que ha ocasionado la crisis minera, debemos analizar cómo operan las élites del poder económico, en especial en América Latina a través de grandes empresas transnacionales, ya que su forma de operar es a través de transnacionales que controlan las inversiones por medio de la compra de acciones, en empresas como Minera Panamá S. A. Esto le permite tener presencia en todas las economías de Latinoamérica y, no conforme con esto, se hacen presente a través de grupos políticos adeptos que operan a nivel nacional en detrimento de las mayorías y de los recursos de aquellos países donde han hecho inversiones financieras para la explotación de sus patrimonios naturales.

Esta realidad está enfocada en las transnacionales y sus grandes propiedades y sus relaciones surgidas de entre sus accionistas, mientras que su presencia se traduce en Bancos y empresas que se venden como empresas modelos y de reputación intachable, pero que en el fondo su extracción e exportación de capitales se basaba en un sistema fiscal flexible y, en la mayoría de estas empresas, operan con doble facturación, llevando así un doble

registro de sus ganancias; de esta manera evaden el pago de grandes sumas de dinero, traducido en impuestos no reportados al país que otorgó la concesión.

Otra forma de operar es a través de estrategias traducidas en alianzas comerciales, áreas de influencia comercial o tratados de libre comercio que para los efectos son lo mismo y actúan como instrumentos que tiene como finalidad negociar en igualdad de condiciones; sin embargo dentro de los acuerdos subyacen tecnicismos jurídicos que van controlando y maniatando a través de la integración regional y la geopolítica, a los gobiernos ya mediatizados por el control financiero, de manera que cuando las grandes empresas financieras y de inversión deciden cerrar las pinzas sobre los recursos de estos países, en su mayoría, de economías débiles, quedan a merced de tratados o contratos en desventajas desde cualquier punto de vista, ante estas grandes corporaciones o transnacionales financieras de inversión.

Para mayor información y sustento de esta realidad es importante citar lo planteado por Julián Cárdenas, Francisco Robles -Rivera y otros...

Las teorías sobre la existencia de una clase capitalista transnacional arguyen que un conjunto de personas y organizaciones, desarraigadas de los Estados- Nación, buscan reproducir el capital transnacional, controlan organismos Supranacionales y son el estrato social más alto a nivel global, el derribo de las fronteras, la movilidad del capital y su expansión geográfica, han generado las bases estructurales para la emergencia de una clase capitalista transnacional, cuyo espacio de acción va más allá de países y regiones concretas.

Ante esta realidad de cómo operan las élites empresariales, se suman a esto los gobierno complacientes que sin reparo, violentan todo el sistema Jurídico y de esta manera el derecho interno se ve supeditado al derecho internacional, que se presenta como ya lo hemos planteado anteriormente, provistos de todo tipo de estrategias y tecnicismos jurídicos, al punto de lograr que el país que otorga la concesión, lo haga sin limitaciones a favor de la empresa que opera con toda libertad en detrimento de los intereses de la nación. Por eso no es de extrañarse que a pesar de que la Ley No. 6 de 1997, que aprueba el contrato entre El Estado y La sociedad Minera Petaquilla, S.A. Se introdujo el pago de contribuciones por regalías al 2% condenando de esta manera el contrato Ley 406 de 2023, a recibir beneficios muy por debajo de lo justo o de los precios reales.

El Derecho Interno vs El Derecho Internacional y Las Inversiones Mineras

Antes de entrar a diseccionar los pro y los contras sobre el derecho Interno a la luz del Derecho Internacional, debemos establecer cuáles son las características, alcance y ubicación de ambos sistemas Jurídicos, tomando en cuenta que ambos derechos gravitan en dos grandes esferas del mundo jurídico de forma distintas; ambos se interrelacionan por la necesidad de establecer el clic jurídico para que de esta manera nazca a la vida jurídica el objeto de la relación de ambos derechos, en la actualidad y en un mundo modernizado por la tecnología y el desarrollo de las relaciones de producción. No puede un Estado actuar por la libre de forma independiente, el hombre en sociedad y en especial por sus relaciones internacionales, necesita obligatoriamente apoyarse y sustentar sus necesidades domésticas proyectando sus objetivos a través del derecho interno pero con armoniosa colaboración con el derecho Internacional. En el mundo actual no hay y no existen economías autárquicas, las economías de hoy en día dentro de la comunidad internacional no podrán desarrollarse ni sobrevivir sin sus relaciones recíprocas con el resto de las naciones.

Ante esta realidad, debemos primero conceptualizar cuales son las corrientes y defensores de las distintas teorías que abogan por las diferentes corrientes, veamos qué plantea la teoría **dualista** sobre uno y otro derecho. Esta teoría apareció por los alrededores de los siglos XIX Y XX, en la Europa Central la defienden Heinrich Trippiel y Dionisio Anzilotti. Estos defensores de la teoría dualista plantean los siguientes criterios:

Sus teorías plantean que ambos derechos son independientes uno del otro, que cada uno de ellos se sustenta en necesidades distintas y en dos grandes esferas, pero que a su vez se desarrollan de forma paralela por la necesidad de uno sobre la otro y viceversa. El Derecho Interno está dirigido a desarrollarse dentro del Estado de acuerdo a las necesidades surgidas entre los súbditos, el Estado y sus instituciones, sustentado por las leyes y la constitución, mientras que el derecho Internacional es un derecho supranacional; ya que su radio de acción gravita y está dirigido a la comunidad internacional en sus relaciones recíprocas. Este derecho no tiene alcance y mucho menos poder coercitivo en cuanto a los individuos dentro de una sociedad.

El Derecho internacional tiene su base jurídica en las convenciones, tratados y acuerdos y tienen su aplicación entre los Estados, que acuerdan de buena fe, compromisos bilaterales o multilaterales, pero siempre de carácter obligatorio entre los sujetos del derecho internacional; es decir entre los estados. De existir un conflicto que surja entre estos dos

derechos, prevalecerá el derecho interno, como primera instancia. Cabe destacar que en el caso de Panamá la crisis que generó el Contrato ley No. 406, que otorgaba un segundo período a Minera Panamá, Fue la Corte Suprema de Justicia la que tuvo que determinar al final y declarar la inconstitucionalidad de este Contrato Ley y así darle una salida objetiva a la crisis en que se encontraba el país. Aquí vemos un claro ejemplo de la primacía del derecho interno pero por tratarse de inversiones extranjeras, las empresas inversoras, involucradas en la crisis minera y por el fallo de la Corte, Suprema, les asiste el derecho de acudir a las esferas internacionales, pero esta acción o derecho que le asiste a los inversionistas primero tendrán que agotar los recursos que la Ley les permite en la esfera de los tribunales internos de Panamá, es decir; que para que prevalezca el derecho interno frente al derecho internacional, se debe necesariamente que agotar las instancias de los tribunales locales.

Una segunda teoría es la Monista, los defensores de esta teoría son, Hans Kelsen, Josef Kunz y George Scelle, estos definen el derecho interno al igual que el derecho internacional, como la existencia de un solo derecho, sus argumentos se basan en que el sistema jurídico es un todo en su conjunto, pero que para su mejor aplicación e interpretación se le define por áreas o por materia, es decir sigue siendo un solo orden jurídico.

Kelsen por ejemplo sostiene que el derecho interno inclusive se puede ubicar dentro del derecho Internacional y viceversa y que son los factores culturales políticos y éticos los que al final van a definir donde se ubica uno u otro derecho.

Sin embargo, es interesante citar la posición dualista que plantea, como y donde se ubica el derecho internacional con respecto al derecho Interno. “Nos retrotrae a la esencia de la teoría dualista, al considerar que se requiere de una ley interna que apruebe o desaprobe los tratados internacionales. Que en este caso será la constitución de cada Estado, la que admitirá no solo la aprobación de un tratado sino que le dará la jerarquía constitucional correspondiente a todos los acuerdos o tratados que apruebe el Estado en sus relaciones de buena fe con otros Estados.

Anteriormente expliqué la realidad de las economías en los momentos actuales y apuntábamos que no hay en la actualidad economías que puedan valerse por sí solas, economías cerradas o economías autárquicas, esta realidad frente a la necesidad cada vez más abiertas en un mundo en desarrollo, conectado con el exterior, los Estados se ven obligados a recurrir

necesariamente a las relaciones comerciales y políticas dentro de la comunidad. Ante esa realidad Los Estados en sus relaciones económicas están cada vez más comprometidos, a la negociación y celebración de acuerdos comerciales o el establecimiento de zonas de influencias comerciales, al igual que la celebración de tratados; todo esto a través de políticas de promoción para el incremento en las actividades comerciales y de inversiones.

Conceptualizadas las diferentes esferas en las que gravitan el Derecho Interno y el Derecho Internacional, nos queda entonces por analizar el caso panameño, en especial el contrato Ley No. 406 del 20 de octubre de 2023, que otorga por un periodo más, la concesión a la Sociedad Minera Panamá S. A. Cabe destacar que la crisis que provocó las protesta en las calles, son a causa de un contrato que a todas luces se demostró que era y es inconstitucional, estas inconstitucionalidades vienen del contrato Ley No. 9 de 26 de febrero de 1997, entre la República de Panamá y la Sociedad Minera Panamá, para la explotación de los recursos que subyacen en la mina de Donoso.

Es responsabilidad de nuestros gobiernos, el manejo de la Administración Pública con responsabilidad y eficiencia, bajo la observancia de las normas del derecho interno en especial de nuestra constitución. Por otro lado también son responsables de la interpretación y aplicación de las normas internas con el objeto de crear condiciones jurídicas atractivas que permitan la promoción e inversión de los capitales foráneos en especial ante un mundo cada vez más globalizado y bajo la observancia del derecho internacional, con economías cada vez más supeditadas al ámbito político e internacional.

Esta realidad que rodea las necesidades y objetivos de los Estados por lograr las inversiones extranjeras, del derecho internacional ya no es una cuestión que opera fuera de nuestras fronteras, por respeto, siempre la soberanía del derecho interno y la constitución de los Estados contratantes, se hace necesario concebir el derecho internacional como una necesidad inherente al derecho interno, orientado siempre, hacia un desarrollo tecnológico a escala mundial las nuevas formas de hacer negocios, bajo una era de cambios en las políticas de producción, destinada al consumo de la urbe mundial.

La presencia, cada vez más creciente, del derecho internacional en la vida doméstica de los pueblos hace necesario la modernización y actualización de la administración pública,

sobre todo en el ámbito de las inversiones debido a la simbiosis entre los países que importan inversiones y los países que exportan inversiones de capitales.

En consecuencia y por todo lo expuesto, el Contrato Ley No. 406 del 20 de octubre del 2023, que otorga una extensión del contrato inicial No. 9 del 26 de febrero de 1997 a la empresa, “Sociedad Minera Panamá,” a mi juicio este contrato Ley 406 no solo reitera las inconstitucionalidad es señaladas y anunciadas por la población civil, sino que, además viola de forma abierta otros artículos de nuestra constitución Política, la Corte Suprema de Justicia, en la resolución que emite, hace alusión a los artículos que la empresa Minera Panamá no acató, por lo tanto hace inconstitucional el Contrato Ley No. 406.

Para la mayoría de los panameños, los artículos que la empresa ignora de nuestra Constitución son en materia como el medio ambiente. Este aspecto es de carácter obligatorio para la empresa debido a las implicaciones que les acarrea a las poblaciones circundantes en la mina, debido a que las operaciones de extracción de los minerales, conlleva el uso de químicos y sustancias lesivas a la salud por la contaminación del agua de consumo doméstico y el oxígeno en el ambiente en que se vive; entre otros. Todo esto sin tomar en cuenta que la explotación de oro en una mina de cielo abierto trae como consecuencia condenar a todas las poblaciones de los territorio que están alrededor de la mina, provocando problemas a la salud como lo es la infertilidad en las personas que conviven en el área y de la contaminación del suelo y subsuelo; es decir que no se podrá hacer uso de esas tierras por más de cincuenta años según estudios.

Esta arbitrariedad legalizada en un contrato Ley deja claro el poco importa de las normas y convenios internacionales que exigen la regulación del Medio Ambiente y la participación de los afectados en todo los aspectos que afecte a las poblaciones inmersas en el área de explotación minera, el convenio ambiental de Escazú de 2018, donde ha señalado en el desarrollo de su articulado la obligación de las partes, en respetar y acogerse a lo señalado por el Convenio Escazú y respetar los derechos de los pueblos que se vean afectados por la extracción minera.

En pocas palabras la ley No.41 del 1 de julio de 1998, establece las políticas nacionales del medio ambiente y la organización Administrativa del Estado para la gestión ambiental, Gaceta No. 23578 del 3 de julio de 1998, quedo ante este contrato en letra muerta, alejada de toda la realidad que presenta dicha ley.

Otro aspecto lesivo a nuestra soberanía ha sido el uso del espacio aéreo negociado y aprobado por las partes, donde El Estado le sede a la empresa minera el espacio aéreo, para que la empresa pueda brindarle seguridad y desarrollo de sus actividades extractivas. El artículo 3 de nuestra constitución es claro al elevar a rango constitucional los límites de la superficie que consagran el territorio de la República de Panamá, que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 3.

El territorio de la República de Panamá comprende la superficie terrestre, el mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica, de acuerdo con los tratados de límites celebrados por Panamá y esos Estados. El territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado o enajenado, ni temporal ni parcialmente a otros Estados.

Nuestra constitución no ha podido ser más clara en cuanto a la soberanía de nuestro territorio; sin embargo, la Empresa Minera Panamá lesiona nuestra soberanía, adjudicándose el derecho de ocupar nuestro espacio aéreo, bajo el silencio cómplice de nuestras autoridades locales.

Por otro lado, la empresa recibió de parte del Estado panameño, las tierras necesarias para las operaciones, pero no conforme con estas tierras, el contrato le permite durante el desarrollo de sus actividades extractivas, acaparar más tierra en detrimento de la agricultura de subsistencia que practican los moradores de la región de Donoso y otras poblaciones aledañas.

Solo por mencionar algunos temas consagrados en nuestras normas internas, que fueron declarados inconstitucionales y por ser tan extensa la narrativa de estas violaciones, solo se han mencionado ciertos artículos de la Constitución Política de Republica, por tal motivo solo me limito a citar los artículos que fueron conculcados por este Contrato Ley N 406 del 20 de octubre de 2023. Artículos 3, 4, 17, 19, 20, 32, 118, 119, 121, 159, (14 y 15), 163 (1) 206, 259, 257, 266, 290 y 316. La población civil a través de los distintos abogados que presentaron diversos recursos de inconstitucionalidad en contra de este Contrato Ley, pudo demostrar que las reacciones de protestas a lo largo de todo el país estaban fundamentadas en violaciones en las que incurrió la empresa Minera Panamá, S.A.

Cabe destacar que el contrato Ley No. 406 que otorga la concesión a la empresa Minera Panamá S.A. nace a la vida jurídica como una ficción jurídica, debido a que El Estado tiene la obligación por mandato de la Ley No. 22 del 27 de junio de 2006, reformada por la ley No. 53 del 2020, que regula las contrataciones públicas y dicta otras disposiciones, ceñirse al mandato de estas normas de contratación Pública, es notorio que estos contratos no fueron sometidos al escrutinio de las licitaciones públicas, más aún cuando la propia ley establece que cuando se trata de empresas extranjeras al igual que sus dueños, el dueño de la empresa debe consignar como requisito un escrito donde deja plasmado su renuncia a reclamos diplomáticos en caso de conflictos entre la empresa y el Estado panameño. De esto, nada se ha cumplido; por lo tanto el Contrato Ley 406 es a todas luces inconstitucional, como lo ha señalado. La Corte Suprema de Justicia.

Para terminar, es importante señalar que al existir diferencias entre el Estado y la empresa Minera Panamá S.A., donde está en juego la inversión de la empresa por el fallo de inconstitucionalidad, declarado contra el Contrato Ley N0. 406, situación está que obliga a la empresa suspender todas las operaciones de explotación de la mina y de inmediato llegar a un acuerdo con la empresa para buscar la mejor manera de concluir dichas actividades, pero la pregunta es qué pasará con la inversión hecha por la empresa minera, donde deben acudir los dueños de la empresa para resolver el conflicto que pone en riesgo los capitales invertidos en Minera Panamá S.A.

Hasta ahora solo he explicado la realidad de las consecuencias jurídicas y políticas que nos ha causado la Empresa Minera por la forma como ha interpretado el Contrato Ley 406, sin embargo es necesario establecer un criterio objetivo sobre cuál va a ser la actitud con respecto a las inversiones que hasta ahora ha llevado a cabo en Panamá la empresa minera, bajo la protección Jurídica del Contrato Ley 406, en especial y de las normas internas que a mi juicio, la Empresa no observo el acatamiento de nuestro derecho interno y la constitución.

A partir del momento que el Estado panameño a través de sus órganos de justicia, es decir La Corte Suprema de Justicia emitió la resolución que deja sin efecto el Contrato Ley No. 406, la empresa tiene y le asiste el derecho de garantizar la seguridad de la inversión hecha a través de la concesión que el Estado Panameño le otorga y que ahora le fue desconocido por el fallo de la Corte Suprema debido al incumplimiento de las normas internas de

Panamá en ese sentido, la empresa deberá llevar este conflicto a las esferas de los organismos internacionales.

En la esfera internacional existe el “**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones**” CIADI. Este centro, como ya lo habíamos mencionado anteriormente, fue creado por el Banco Mundial con el objeto de mantener un foro que le permita a los Estados que entran en conflictos, para la solución de sus diferencias a través de esta Organismo de arbitraje. Para ello, El Estado y la empresa en cuestión deberán cumplir con ciertas condiciones que exige este organismo, como condición para que exista el arbitraje por parte del CIADI. Este convenio tiene como requisitos tres condiciones principales en primera línea:

- **El primer:** Es el requisito material; Es decir que la controversia debe estar fundada en una inversión y de naturaleza jurídica
- **El segundo:** Requisito es que el inversionista debe ser parte del Estado miembro del CIADI.
- **El tercer:** Requisito establece que la inversión hecha por la empresa debe estar sustentada en el consentimiento de las partes a través de:
 - ◆ Un tratado que esté basado en el trato justo y equitativo de la inversión
 - ◆ En un contrato de concesión donde las partes así lo decidieron
 - ◆ En tercer lugar que exista una ley que ampare esa concesión y
 - ◆ Debe existir el consentimiento de las partes en conflicto de llevar su diferendo al CIADI.

El CIADI es un organismo sin fines de lucro y tiene presencia en más de 120 países, como tampoco es vinculante a ninguna estructura jurídica de país alguno, es decir no responde a ningún gobierno es una institución autónoma. Este último requisito, sobre el consentimiento el mismo debe esta o aparecer en el tratado, convenio o ley de forma tal que las partes en común acuerdo deciden que sus diferencias sean llevadas a este organismo de solución de conflicto, cabe destacar y para finalizar. El CIADI. Tiene la capacidad de acoger cualquier demanda de cualquier país incluso no siendo miembro de este organismo siempre y cuando exista el consentimiento.

Conclusiones.

- 1- El Estado panameño necesita urgentemente modificar y actualizar nuestro sistema Jurídico, acorde al derecho internacional, conectado al desarrollo tecnológico y los nuevos modos de producción.
- 2- De acuerdo a nuestro sistema jurídico interno, los beneficios que se obtienen por las concesiones mineras no se equiparan con la riqueza que se extrae de nuestra minería.
- 3- Los Estados al igual que las empresas inversoras deben concluir contratos de inversión apegados a las normas vigentes y actualizadas.
- 4- Las empresas inversoras en Panamá no cumplen con los requerimientos del derecho interno e internacional.

Recomendaciones.

- 1- Panamá debe modificar y reorientar la administración pública en su totalidad con un enfoque de actualidad y potencializar nuestro sistema jurídico.
- 2- Nuestro Código de recursos minerales es obsoleto y requiere de profundas reformas.
- 3- Panamá necesita valerse de profesionales capaces y conocedores de la materia a negociar con los capitales transnacionales y exigir mayor beneficio de las riquezas extraídas en concepto de impuestos y regalías.
- 4- Nuestro gobierno debe exigir, a la hora de negociar y otorgar concesiones mineras, la protección del medio ambiente, en especial por el bienestar de las poblaciones que se encuentran dentro de las áreas mineras concesionadas.
- 5- Obligar a las empresas mineras a restaurar las áreas afectadas por la explotación de los recursos mineros.

Bibliografía:

- Gina; A. Alvarado G. (214). Legislación de la Industria Minera en Panamá.: Tesis.
- Cárdenas, J. Robles Rivera, F., & Martínez-Vallejo, D. (s.f.). Los Dueños de América Latina: Las redes entre los Grandes Propietarios Transnacionales. Año 12/2020; Publicaciones; Centre for International Affairs, Barcelona, año 12/2020, Barcelona.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Año 2006 Convenio CIADI, Reglamentos y Reglas. Washington D.C. Banco Mundial.
- Chen Barría, J. (2023). Contrato de Minería Panamá “El Nuevo Enclave de Panamá en el siglo XX”. Panamá: Portobelo.

Contrato Ley No. 406 de Concesión Minera entre el Estado y la Sociedad Minera Panamá, S.A. Gaceta Oficial No. 29894-a de 20 de Octubre de 2023.

Convenio de Viena. (1970). El Derecho de los Tratados. Naciones Unidas.

Corte Suprema de Justicia - Pleno. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Inconstitucionalidad del Contrato Ley No. 406 de 20 de Octubre de 2023.

Moreno Pujol, J. & Mizrachi Lalo, R. Código, de Recursos Naturales y Legislación Ambiental, editorial. Mizrachi & Pujol, S. A. República de Panamá.

Moreno Pujol., J. & Mizrachi Lalo, R. (1972). Constitución Política de la República de Panamá.

Tamborini, F. (s.f.) Historia y Destino de la Doctrina Calvo: Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo. Pisa: Universidad de Pisa.

Kundamuller Caminiti: Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Interés Público. San Salvador, El Salvador, Circulo de Derecho Administrativo, año 2023.

Ley N0. 9 de 26 de Febrero de 1997, Gaceta Oficial, N0. 23235, del 28 de Febrero de 1997; Por el Cual se Aprueba el Contrato celebrado entre el Estado y la Sociedad Minera Panamá.

Lay No. 39 de 14 de Noviembre de 1997. Gaceta Oficial No. 23420 de 18 de Noviembre de 1997. Por el cual se Aprueba el Convenio entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de Canadá, para la Promoción y Protección de las Inversiones.

Ley No. 69 de 26 de Octubre de 2010, Gaceta Oficial No. 26653-a del 29 de Octubre de 2010. Que aprueba el Tratado de Libre Comercio entre la República de Panamá y Canadá.

Ley No. 22 de 27 de Junio de 2006, Gaceta Oficial No. 25576 de 28 de Junio de 2006, Reformada con la Ley No. 53 de 2020, Que Regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones.

La responsabilidad civil derivada del hecho de las cosas en el Derecho positivo panameño
Liability for Damages Caused by Things in Panamanian Law

Por: **Mercado, Lidia**

Universidad de Salamanca (USAL)

España

Correo: lidia.mercado@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5919-8651>

Entregado: 2 de mayo del 2024

Aprobado: 21 de mayo del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6405>

Resumen:

Este trabajo contiene un análisis de la responsabilidad extracontractual derivada del “hecho de cosas” examinando la responsabilidad por cosas movibles (muebles) e inmovibles (inmuebles) que se poseen, utilizan o explotan en el contexto de la industrialización o de la sociedad del riesgo creado. Se trata de situaciones *especiales* que regula el Código civil panameño relativas a los daños cometidos por «determinadas» cosas.

Palabras clave: responsabilidad civil, Derecho de daños, cosas inanimadas, cosas movibles, cosas inmovibles, derecho civil panameño.

Abstract:

This paper contains an analysis of tort liability arising from the “fact of things”, examining liability for movable and immovable things that are used, exploited, or used in the context of industrialization or created risk society. This publication examines the *special* situations the Panamanian Civil Code regulates regarding damages caused by «certain» things.

Keywords: *liability, tort, Damages, Inanimate Things, movable things, immovable things, Panamanian civil law.*

I. Introducción

La **calificación** o valoración del “tipo” de responsabilidad civil *extracontractual* deviene fundamental en el estudio del Derecho de daños y en este sentido, un segmento importante lo constituye la denominada *responsabilidad por el hecho de las cosas*, régimen jurídico que es resultado de la sociedad moderna o sociedad industrializada, así como la construcción de edificios o estructuras que «incrementan» el **riesgo** de causar daño a otras personas. A menudo, se inserta en esta categoría no solo las “cosas inanimadas” o inmovibles como las

edificaciones (bienes inmuebles) sino también los semovientes, o un el lenguaje técnico-jurídico más adecuado las cosas “movibles” en referencia a los animales.

Se trata, por lo tanto, de examinar las diferentes hipótesis o supuestos que pueden generarse y que regula el Código civil panameño.

La responsabilidad por el hecho de las cosas constituye una “creación pretoriana” (véase Quézel, C. 2023, Sec. 3 - n°423) es decir, su desarrollo y comprensión es producto de la **evolución** de la jurisprudencia de los ordenamientos de tradición continental o del sistema romano-germánico específicamente en el ámbito de la **responsabilidad objetiva simple**.

En Francia, por ejemplo, los *primeros avances jurisprudenciales* devienen de fallos proferidos por la Cour de Cassation, como sucedió en el caso *Jand'heur* de 13 de febrero de 1930, fundamental en el estudio de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas.

En este supuesto de hecho una persona fue atropellada por un “camión”, el tribunal de segunda instancia rechazó aplicar el régimen de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, porque el accidente ciertamente fue causado “por un automóvil” (una cosa mueble) pero que circulaba bajo el impulso y dirección de la mano del hombre. Por consiguiente, no se reportó prueba de un defecto de fabricación. El tribunal de apelaciones añadió que, para obtener una indemnización por los daños, la víctima debía más bien demostrar la culpa del conductor. Como no se trataba de defecto en la cosa, sino de culpa por parte del conductor no concedió la indemnización. Sin embargo, la Corte de Casación civil señaló que no importa el “estado de la cosa” o si esta es animada o inanimada, esto es, si es bien mueble o inmueble, porque el régimen de responsabilidad recae sobre la **custodia** (principio del guardián de la cosa) y no sobre la cosa misma. Por lo tanto, las causas de exoneración serán caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima. (Starck, B.1972, p. 157, n° 378).

Así pues, mediante este fallo histórico se sientan las bases para la “objetivación” de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas. **La responsabilidad civil objetiva simple** es una noción amplia, porque comprende como lo explica el profesor Christoph Müller:

“disfunciones o irregularidades de todo tipo en torno a los objetos, pero también la *responsabilidad objetiva simple* comprende la violación de los *deberes de diligencia* objetiva por la falta de contratación de mano de obra calificada, o el daño ocasionado por un producto defectuoso, el exceso en el ejercicio de los derechos de

propiedad de la tierra como bien inmueble o la violación de un deber de diligencia objetiva en relación al comportamiento de otro”.

(Müller, C. 2013, p. 8, n°16)

Por consiguiente, como quiera que la noción “responsabilidad objetiva simple” deviene extensa en su estudio, es necesario *delimitar* en qué extremo del Derecho civil se sitúa la responsabilidad por el hecho de las cosas, es decir, cuáles son los **casos específicos**, cualidades o circunstancias de hecho que contempla la legislación civil panameña. ¿En qué casos se puede invocar *responsabilidad por el hecho de las cosas*?

No resulta adecuado un abordaje inmediato de este tema, sin antes determinar dónde exactamente se sitúa la *responsabilidad por el hecho de las cosas* en el contexto de la **responsabilidad aquiliana**, porque este régimen jurídico implica la *obligación* de reparar el daño resultante de cosas u objetos que una persona tiene **a su cargo**, pero con particularidades en torno a la «**carga de la prueba**» precisamente porque como, hemos señalado, acoge un «sistema» de responsabilidad objetiva u objetivada.

En el estudio de la noción “daño” y su consecuente reparación económica, debe analizarse con *carácter preliminar* los casos en que procede la invocación de responsabilidad civil extracontractual (conocida también como responsabilidad civil delictual), porque mediante esta «clasificación elemental» podremos consagrarnos al tema que nos ocupa en este artículo. Se trata de una cuestión de orden metodológico para garantizar el correcto entendimiento de esta área fundamental del Derecho civil.

Así, podemos afirmar que los “**tipos**” de responsabilidad civil **extracontractual** que contempla nuestra legislación positiva y en definitiva, los ordenamientos jurídicos inspirados en la misma tradición jurídica (romano-germánica) son los siguientes:

— una persona **responde** de los daños ocasionados a otro individuo (desde el punto de vista extracontractual) cuando:

i) Se trate de la responsabilidad “por el hecho propio” o se trate de **(ii)** responsabilidad por el “hecho ajeno o hecho de otro”, también conocida como responsabilidad indirecta o por el hecho de un tercero, tipo de responsabilidad que no solo se observa en los ordenamientos jurídicos de tradición codificada como el nuestro, en el *common law* se denomina *vicarious liability* (véase Dunlop, B., 1962, p. 240 y 241). Así mismo, nuestra legislación civil

contempla **(iii)** la responsabilidad extracontractual por el hecho de los animales que se poseen y por último, **(iv)** la responsabilidad por el hecho de las cosas “inanimadas”.

En virtud de esta **tetra** dimensión que hemos esbozado en materia extracontractual, debemos precisar cuál es el alcance de cada uno de estos “tipos” de responsabilidad civil extracontractual o delictual para finalmente abocarnos, al tema que nos corresponde: la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas.

En primer lugar, hemos señalado que se erige la responsabilidad por el hecho propio, tipo de responsabilidad extracontractual que implica que una persona es responsable por su actividad personal (su actividad humana) cuando por culpa o negligencia cause daño a otro de conformidad con el **principio general *neminem laedere*** que inspira el **artículo 1644** del Código Civil Panameño. Este es el prototipo más frecuente o regla general en materia extracontractual. El artículo 1644 del C. Civil dice:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.
Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados”. (Cfr. Código civil panameño).

En segundo lugar, una persona también es responsable de las acciones de los sujetos que están bajo su «**cuidado**», «**tutela**» o «**supervisión**», esto es, de sus *dependientes* como lo establece el **artículo 1645** del Código Civil panameño a propósito de la responsabilidad por el hecho ajeno.

En este sentido, se trata de los supuestos en torno al padre y la madre respecto a sus hijos menores o hijos incapacitados que están bajo su autoridad, porque se erige un «deber» permanente *de vigilancia (culpa in vigilando)*. En este sentido, “se considera el descuido o desperfecto en el acto de vigilancia de otra persona” (véase Castán Tobeñas, J. Derecho civil español y común, Tomo IV, obligaciones y contratos, tema CVII).

Añádase, que la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 1645 del Código civil panameño, alcanzará también las acciones u omisiones de los dependientes respecto a los directores y dueños de establecimientos educativos que son responsables por el personal contratado, así como los maestros y directores son responsables también de los actos dañosos en que incurran los alumnos si el daño se ocasionó mientras estaban bajo su custodia o

supervisión. De igual forma, una persona será responsable por las acciones u omisiones de un trabajador sometido a un régimen de «subordinación jurídica» y «dependencia económica», porque el empleador, debe *garantizar* que el trabajador en el ejercicio de sus funciones no cause daño a otro (culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*). De igual forma, el Estado será responsable por los daños que ocasione un funcionario público en el ejercicio de la actividad que desempeña.

En tercer lugar, la responsabilidad civil extracontractual de la persona que responde de todo daño que causen los **animales** que posee y es preciso remarcar, que tal responsabilidad civil por “bienes semovientes” procede **sin distinción** de *animales domésticos, animales peligrosos o animales dañinos*.

Es decir, un animal siempre es fuente de “riesgo” y en este sentido, la culpa debe considerarse *por el solo hecho de tenerlos*, cuestión que también será analizada en la presente comunicación. Así las cosas, resulta indistinto la clase o tipo de animal que se posee, porque tal criterio no constituye un factor determinante en nuestro Código civil. Nuestro Código civil es claro al señalar en el artículo 1647 lo siguiente que:

“el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”. (Cfr. Código civil de la República de Panamá, editorial Mizrachi & Pujol, edición actualizada 2022).

Señala el civilista panameño, Narciso Garay que en la responsabilidad extracontractual por los hechos de los animales siempre **se presume** la culpa del poseedor del animal. En este sentido, basta que su poseedor se sirva del animal y si este ocasiona daño, será responsable de indemnizar al afectado por el ataque sin importar que se le haya escapado o extraviado. (Garay, N. 1986-87, p. 72).

En cuarto lugar, observamos el régimen que nos ocupa: la *responsabilidad por el hecho de las cosas* “inanimadas” que son cosas que no están movimiento mediante el impulso y la dirección del hombre. Es el caso, fundamentalmente, de los edificios que forman parte de la categoría de bienes inmuebles. Así, los objetos o cosas sobre los cuales una persona ejerce un derecho real de propiedad y que causen daño a otro generan la obligación de reparar

económicamente al afectado y en el sistema de tradición romano-germánico, esta idea descansa en el desarrollo del principio “**guardían de la cosa**” en razón de los peligros que puede suponer para los demás. (Véase Bénac-Schmidt, F. y Larroumet, C. (1989). pp. 25-52).

Por lo anteriormente señalado, debemos precisar, que la responsabilidad por el hecho de las cosas “inanimadas” se regula **específicamente** en los artículos **1648, 1649, 1650 y 1651** del Código civil panameño, cuando se trate, reiteramos, de cosas “inanimadas”.

Dilucidado este esquema preliminar, el presente artículo tiene por objeto analizar el *concepto y alcance práctico* de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas en el Derecho civil panameño, sobre todo, por tratarse de un tema escasamente abordado en la doctrina nacional.

II. Del advenimiento del maquinismo a la era de la automatización mediante el uso de I.A: precisión conceptual en torno a la responsabilidad del fabricante *vis-à-vis* la responsabilidad por el hecho de las cosas

Surgen interrogantes frente al advenimiento de la sociedad tecnológica en la cual, un componente fundamental es el uso de **Inteligencia Artificial (I.A)** en la fabricación de “cosas” de las que se sirve el hombre en su vida cotidiana generando dudas sobre el incremento del riesgo para las personas.

Sin embargo, en esta comunicación debemos realizar una precisión de método para afirmar que la inteligencia artificial y las “cosas” que se producen, con frecuencia encuentran su propio cauce o **especial** tratamiento doctrinal, normativo y jurisprudencial en el régimen de la *responsabilidad del fabricante por producto defectuoso* caracterizado porque también constituye un tipo de responsabilidad objetiva.

Por consiguiente, no deben confundirse ambos regímenes. Es decir, nuestro Código civil **es claro y preciso**. Solo en los **casos específicos** que señala este cuerpo legal, se aplicará el régimen de la “responsabilidad por el hecho de las cosas” por ejemplo, un supuesto son las “cosas animadas” a propósito de los semovientes y su posibilidad de desplazamiento autónomo como animales o el caso de un **propietario** que no tiene el cuidado necesario o la diligencia sobre su aparato o artificio como señala el **artículo 1650** del Código civil. Se trata de la “*valoración de la diligencia*” que genera una forma de responsabilidad objetiva, porque evidentemente no se puede reprochar a un individuo no haber hecho lo que no estaba en

condiciones de realizar” (Cfr. Ripoll Montijano, M.G. 2013, p. 1590), pero si estaba en condiciones de hacerlo y no lo hizo entonces debe reparar el daño.

En este sentido, a propósito de la responsabilidad por el hecho de las cosas el **artículo 1650** del Código civil panameño establece:

“Igualmente responderán los propietarios de los daños causados por la explosión de **máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia** y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en un lugar seguro y adecuado”.

Pero lo cierto es que en relación a las máquinas que caracterizan la era tecnológica actual, es decir, los **robots móviles autónomos**, nuestra doctrina poco se ha pronunciado al respecto y generan una interrogante. No obstante, reiteramos que normalmente este tipo de supuestos de daños ocasionados por inteligencia artificial se subsumen al régimen de la responsabilidad del productor o fabricante. Con todo, por tratarse de cosas que se desplazan de un sitio a otro de manera independiente en virtud de un sistema algorítmico o de inteligencia artificial surge la duda de si debe insertarse o no en la categoría de bienes “semovientes” como extensión de este régimen que hasta ahora se ha constreñido a los animales.

Los robots móviles autónomos desde luego, son “son cosas” por consiguiente su estatus jurídico, es el de “objetos de derecho” (carentes de conciencia) se solucionan mediante la óptica clásica del Derecho Romano que le concibe como un bien que puede desplazarse por sí solo: como bien mueble semoviente haciéndole extensivo a este tipo de tecnología avanzada el tratamiento que se le brinda a los animales como bienes muebles. Sin embargo, ello no impide que una persona como propietario del robot sea responsable por causas no imputables a la concepción o fabricación de la cosa, esto es, que el daño ocurra porque su dueño no atendió las instrucciones de uso.

Se trata, por lo tanto, del examen de la noción **funcionabilidad** de la cosa. En este punto, debemos advertir que en materia de responsabilidad civil derivada de un objeto existe **responsabilidad funcional** y **responsabilidad estructural**. Por consiguiente, la calificación de la cosa u objeto causante del daño es importante. Si se trata de una cosa fija (es decir, inamovible) su calificación es estructural, como ocurre con el *mantenimiento de los edificios* o de estructuras insertas en la categoría de bienes inmuebles. En cambio, si el daño emana de una cosa que se puede movilizar de un lugar a otro de forma independiente, como es el

caso de los robots móviles autónomos en este se le califica como responsabilidad funcional y es necesario determinar si el daño es resultado de un defecto de fabricación o de su uso inadecuado.

Evidentemente durante el desarrollo del régimen de la *responsabilidad por el hecho de las cosas* no existía un componente tecnológico como el que caracteriza a la sociedad actual, pero lo cierto es que los daños ocasionados por “cosas” impulsadas por inteligencia artificial (I.A) incrementan el “riesgo” desde el punto de vista de su propietario quien debe responder siempre por los daños que ocasione su **máquina autónoma**.

Sin embargo, este tipo de supuestos normalmente responde en la práctica a *defectos de diseño* o *defectos de fabricación* reiteramos y no solo a “defectos de uso” por parte del dueño o propietario de la máquina inteligente *vis-à-vis* el principio de responsabilidad por el hecho de las cosas, que **en cambio**, se basa en la legislación civil panameña, **únicamente** en la responsabilidades *especiales* que recoge nuestro Código civil en cuanto a la *reparación, vigilancia, precaución* o *medidas necesarias* para impedir un daño con ocasión específicamente de animales o de una heredad de caza o edificio en tanto cosas inanimadas.

Ahora bien, una importante idea, contribución o aporte general que nos brinda el *régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas* en materia extracontractual y que además puede extrapolarse a los daños producidos por tecnología, es la siguiente regla conocida como el **principio del guardián de la cosa**, según el cual:

“un sujeto es responsable del daño que ha causado no sólo por su actividad propia (acción u omisión culposa o negligente), sino también por el daño que es causado “por el hecho de las cosas” que tiene en su custodia” principio que —a juicio del civilista **Michel Juglart** — pasaría casi desapercibido durante todo el siglo XIX, pero en un momento determinado, a raíz de los descubrimientos científicos y ante el progreso de las máquinas, los tribunales se encontrarían en dificultades cuando alguien le pidiese que garantice equitativamente la reparación de los daños causados por ciertas cosas inanimadas, este será especialmente el caso de los accidentes causados por máquinas manipuladas o puestas en ejecución mediante la mano del hombre”. (Juglart, M. 1967, p. 236, n°552).

En este sentido, la ocasión es oportuna para advertir que la idea de “máquinas” hoy es diametralmente distinta a la época que en que se formula el régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas. Las máquinas hoy se someten a la denominada “automatización robótica” a la utilización de algoritmos de aprendizaje automático y redes neuronales

profundas que pretenden emular el cerebro humano. No se trata ya de la simple mecanización de las fábricas textiles o de máquinas a vapor utilizadas en la industria de la imprenta o de turbinas aplicadas a la industria de la aviación, de los buques y un sinnúmero de avances durante el siglo XX. Es decir, estamos frente al surgimiento del denominado *machine learning* que persigue la mayor *productividad* posible en el mercado y que ha penetrado en sectores tan complejos como la salud para la detección precoz o el diagnóstico de enfermedades, el sector automotriz (Tesla), la industria del entretenimiento (Spotify), venta de bienes de consumo (Amazon) o incluso en la industria inmobiliaria (Airbnb).

La inteligencia artificial ha transformado la fabricación de cosas y se extiende también a la optimización de las cadenas de suministro y a la prestación de servicios al consumidor, por consiguiente surge la necesidad de revisar el régimen de la responsabilidad del fabricante en nuestro Código civil como hemos tenido la oportunidad de analizarlo en otras publicaciones, debido a que la responsabilidad por producto defectuoso es objetiva, no es subjetiva. Se basa en la *absorción* de la culpa o negligencia por el agente que ocasionó el daño por el solo hecho de haberlo fabricado e introducir ese “riesgo” a la sociedad donde se vende la cosa impulsada por I.A al público. Un riesgo que le reporta un beneficio económico al empresario fabricante cada vez que un consumidor tiene contacto con la cosa para su uso. Por lo tanto, se refuerza el “deber de seguridad” en los procesos de fabricación.

En definitiva, el régimen de la responsabilidad del fabricante tiene un tratamiento “especial” en la doctrina, la jurisprudencia y la normativa vigente. Esta temática está regulada específicamente en el **artículo 1642-A** que sigue atado, desafortunadamente, al elemento dolo, culpa o negligencia, cuando la **evolución** del Derecho civil nos conduce a una responsabilidad objetiva (completa) para proteger a los consumidores, es decir, la responsabilidad basada en el **riesgo** o en la idea de **garantía** en todo caso, impulsada siempre una finalidad de reparación al más débil incluso desde el plano extracontractual.

En este sentido, la redacción del artículo 1642-A de nuestro Código civil debe ser objeto de revisión para que refleje el lenguaje técnico-jurídico que fortalezca este tipo de responsabilidad en la era de la inteligencia artificial (I.A). En definitiva, en la fabricación de productos, para responsabilizar al autor del daño, solo basta probar: la existencia del daño; la existencia de un hecho y el vínculo causal entre el hecho y el daño. No debe probarse dolo,

culpa o negligencia, precisamente por la dificultad de obtención de esa prueba (por parte del consumidor) frente al empresario fabricante.

En cambio, al tenor de nuestro Código civil la **responsabilidad por el hecho de las cosas** encuentra **supuestos específicos o concretos** según se trate de cosas “semovientes” o “inanimadas”. Así tenemos, (i) la responsabilidad por los daños causados por los animales que se poseen y (ii) la responsabilidad por el propietario de un edificio o heredad de caza. En este sentido, el uso de cualquier “cosa” o “bien” que asegura un beneficio y que al mismo tiempo crea riesgo de daño si no se actúa con la debida diligencia genera este tipo de responsabilidad, pero en este régimen debe subsumirse a los supuestos específicos que contempla nuestro Código.

La persona titular del bien, es quien ejerce el control de aquello que posee o le pertenece y, por lo tanto, está obligado a no permitir que el daño ocurra a otro. Por esta razón, es preciso delimitar que la responsabilidad por el hecho de las cosas procede por “cosas animadas” o “cosas inanimadas” en razón de su posibilidad o no de desplazamiento autónomo que contempla la norma.

En **Sentencia de 26 de diciembre de 2001** proferida por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, se esclareció el alcance de este régimen jurídico. La Sala Primera de lo Civil dijo lo siguiente:

“[...] la responsabilidad objetiva, aclara la Sala, tiene cabida cuando se trata de *responsabilidad por el hecho de las cosas de los animales o por la ruina de un edificio o falta de reparaciones del mismo*, entre otros casos contemplados en nuestro Código Civil y leyes complementarias.

En los motivos, la recurrente pretende hacer descansar los daños reclamados por los demandantes como si estos daños hubiesen sido originados por defectos de construcción, en cuyo caso, según el recurrente, debe responder es el arquitecto o constructor y no el dueño o propietario del inmueble o edificio que se construye. Lo anterior hace obligante dejar debidamente aclarado, que el presente caso, tal como se desprende de los hechos de la demanda y lo debatido y probado en el proceso, no

se trata de una responsabilidad por hecho de terceros sujetos al señorío o sumisión de otra persona, en este caso al propietario, ni de daños producidos por ruina o defectos de construcción, que repetimos, es causa de la responsabilidad reconocida y denominada por la doctrina y jurisprudencia como "Responsabilidad por el hecho de las cosas". (EL subrayado es nuestro - Caso S. Joseph Setton vs. Estructuras Nacionales, S.A. y Platinum Tower Corp. Sentencia de 26 de diciembre de 2001, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Magistrado Ponente: José A. Troyano).

De igual forma, el civilista panameño Dulio Arroyo Camacho señale que:

“al hablar del principio de la responsabilidad objetiva, la responsabilidad del daño causado por las cosas no es más que una consecuencia necesaria del derecho de propiedad, independientemente de toda idea de culpa en el propietario. El que tiene el beneficio de una cosa dicen los partidarios de esta teoría debe soportar sus riesgos”. (Arroyo Camacho, D. 1977, p. 11).

Así, en lo que hace referencia a la noción hecho de la “cosa animada” o “cosa inanimada” y las consecuencias patrimoniales dañosas que puede generar un objeto, este tema ha sido de interés en **Derecho comparado**, principalmente en los trabajos de los profesores **Gabriel Marty** y **Pierre Raynaud** quienes señalan:

“desde la promulgación del Código Civil de Francia hasta finales del siglo XIX, ha sido comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia francesa que sólo existen **dos casos particulares** de responsabilidad “*por el hecho de las cosas*” que son: (a) la responsabilidad respecto de los animales y (b) la responsabilidad en materia de edificaciones, que estaban reguladas respectivamente por los antiguos artículos 1385 y 1386 del Código Civil, pero una profunda modificación se produjo cuando, para responder a las nuevas *necesidades nacidas del desarrollo de las máquinas* y de los accidentes se aplicó una interpretación extensiva del artículo 1386 o

del desarrollo de las obligaciones contractuales de seguridad, en una sentencia de junio de 1896 donde se estableció el principio de una nueva y general responsabilidad por cosas inanimadas, vinculada al apartado 1 del artículo 1384 del Código Civil. Desde entonces, y a lo largo de casi un siglo de trabajo jurisprudencial y doctrinal, con muchas variaciones y retoques, la construcción de la responsabilidad por las cosas en general ha seguido ganando importancia y esto ha pasado a primer plano”. (Marty, G y Raynaud, P. 1988, p. 584).

Por lo anteriormente señalado, podemos afirmar, que el Derecho civil francés ha tenido un rol importante en la evolución de la responsabilidad por el hecho de las cosas, al igual que el derecho belga o el Derecho civil quebequense (Quebec, Canadá) pero en muchas ocasiones, se observa la clara distinción entre ambos regímenes, esto es, la responsabilidad del fabricante por producto defectuoso y la responsabilidad por el hecho de las cosas. Así pues, examinemos el tratamiento normativo que se le brinda a esta temática en la República de Panamá.

III. La noción “hecho de las cosas” en la legislación civil panameña: los casos específicos

Nuestro Código civil, no contiene una disposición que de modo expreso y **general** utilice la denominación “responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas” en materia extracontractual, pero en todo caso, no significa que este tipo de daños queden sin reparación económica debido a que se aplica por *interpretación extensiva* los presupuestos que rigen la responsabilidad aquiliana, en los **casos específicos** que establece el Código civil. (Garay, N., 1986-87, p.74).

La responsabilidad por el hecho de las cosas, es resultado, sobre todo, de la *evolución* de la jurisprudencia en torno a los supuestos que particularmente reconoce nuestro código. Este régimen jurídico comprende – a juicio del civilista panameño **C. Timpson**:

“los daños provenientes de cosas inanimadas y el supuesto de daños de bienes inmuebles como edificios en ruinas, así como los daños producidos por riesgo de la “cosa” en cabeza de su propietario que es una consecuencia de **aplicación extensiva** del artículo **1644** y **artículo 1650** del Código Civil panameño. Este régimen jurídico es parte [...] de las huellas del *progreso humano* que han generado los

más variados riesgos al que se enfrentan terceros o extraños y que pueden ser la “causa potencial” de la afectación.

La responsabilidad por el hecho de las cosas ha sido totalmente absorbida por las teorías que se inspiran en factores objetivos a la luz de las cuales se sustentan ciertos sectores de la responsabilidad”. (Timpson, C. 2011, p. 53).

Participando de la **doctrina civil clásica** panameña en este tema, podemos afirmar que se nos presentan **tres situaciones específicas** en la cuales se aplica la noción “hecho de las cosas” (véase Garay, N., 11986-87, p. 72-77), pero antes debemos realizar una precisión en torno a los daños ocasionados por bienes semovientes.

A. La cuestión de los semovientes: la responsabilidad extracontractual del poseedor de un animal

Tratándose de animales, –desde el punto de vista estrictamente de Derecho Civil, estos se reducen a «objeto de derecho». Se trata de bienes muebles que por su posibilidad de desplazamiento (autónomo) se denominan “semovientes” y forman parte del patrimonio de un sujeto pudiendo causar daño a otra persona.

Así, por ejemplo, la embestida o ataque impetuoso e inesperado de un animal no debe ser siempre causado por “instigación” o “un acto de provocación” por parte de un tercero, porque el animal puede causar daño sin que medie culpa de la víctima.

Los animales se califican como “cosas animadas” tipo de bienes muebles que implican para su poseedor un **deber de vigilancia**. Sobre esta idea general se fundamenta el artículo 1647 del Código civil panameño que dice:

“El poseedor de un animal o el que se sirve de él es responsable de los perjuicios que causará, aunque se le escape o extravíe. Solo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor de culpa del que lo hubiese sufrido”.

Este tipo de responsabilidad, como vemos, establece como única causal de exoneración que el poseedor del animal demuestre la existencia de fuerza mayor o culpa de la víctima. No obstante, debemos realizar algunas **precisiones**: en primer lugar, porque nuestro Código civil no distingue, como hemos remarcado anteriormente, entre “clases” de animales haciendo extensivo este tipo de daños a todo tipo de animal.

En segundo lugar, nótese que el artículo 1647 del C.Civil utiliza la palabra “poseedor” o “el que se sirve de él” porque al igual que sucede en la legislación civil española- señala Luis **Diez-Picazo**, “la norma no hace directamente responsable al propietario del animal sino al poseedor o al que tiene señorío de hecho o un interés en su utilización o posesión”. (Diez-Picazo, 2005, p. 570.)

Debe considerarse, además, que los antecedentes históricos de este tipo de responsabilidad civil extracontractual especial se remontan directamente al Derecho romano a propósito de la «**actio de pauperie**» cuya primera regulación apareció en las XII Tablas.

La autora Nadja El Beheiri, constata, que en la historia del Derecho romano este tipo de responsabilidad se reducía inicialmente:

“al cabeza de familia por los daños provocados por animales cuando se excitaba su ferocidad (pero excitada por causas no previsibles por el propietario). Se trataba de animales de propiedad privada, por lo tanto, no destinados a los anfiteatros para espectáculos o ejecución de la pena de muerte. De igual forma, es importante destacar, que, en Roma, los animales salvajes estaban excluidos de la responsabilidad objetiva estricta por *actio de pauperie* porque se trataba de animales sometidos a una relación con el hombre (en calidad de dueño), caracterizada por el elemento de coacción y de titularidad que este ejerce sobre ellos como cosas, como seres carentes de juicio y cuyo movimientos o reacciones no pudieran preverse (Cfr: El Beheiri, N. 2021, p.47).

De igual forma, en el Derecho romano, para los demás supuestos, se aplicaba la denominada *actio de feris* a propósito de los animales que si eran considerados peligrosos y que siendo fieros por naturaleza no deban llevarse a lugares donde las personas pudieran sufrir daño físico patrimonial. (Vid. Rosso Elorriaga, G.F. 2016, p.84.).

En la construcción **jurisprudencial panameña** sobre la responsabilidad por los daños causados por animales, destaca la **Sentencia de 16 de junio de 1999** emitida por la **Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá** porque reafirma las causales de exoneración de la obligación de reparar.

El supuesto de hecho de esta sentencia, implica a dos padres de familia que demandan la indemnización de daños como resultado del ataque de un perro a su hija menor. En este caso, el juzgador aplicando el artículo 1644 y 1647 del Código Civil señala lo siguiente:

“Sobre la aducida violación del artículo 1647 del Código Civil panameño nos resta decir que, como se dejó expresado al analizar la primera causal de este recurso, **la prueba** mediante la cual se acreditó que los demandados eran los propietarios del perro que mordió a la niña *fue la del indicio, sin que el recurrente haya logrado desvirtuarla y menos haya podido acreditar* que el daño se produjo debido a fuerza mayor o por culpa del que lo hubiese sufrido, condiciones indispensables para relevar a los demandados de responsabilidad. Como con acierto lo advirtiera el Tribunal Superior.

El fundamento de este tipo de responsabilidad [...] estriba en la falta de vigilancia o cuidado que debe tener el dueño o poseedor de un animal doméstico; con motivo que impulsa a la ley a presumir que los daños causados por esta clase de animal, es debido a la culpa de su respectivo propietario.

Por ello, la víctima solamente tiene que probar el daño causado por el animal y quien es su dueño o poseedor, pues con estos elementos queda establecida la responsabilidad; quedando en manos del poseedor la posibilidad de destruir la presunción de culpa, si demuestra que le fue imposible evitar el daño o que la víctima se expuso imprudentemente a él." (fs.200).” (El subrayado es nuestro. Sentencia de 16 de junio de 1999 –Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia – Magistrado ponente Eligio a. Salas.

En definitiva, nuestra jurisprudencia nacional reconoce la consagración de la responsabilidad por los daños causados por animales y la subsume al régimen de la **responsabilidad civil objetiva** porque **se presume** que el daño ocurrió por culpa del poseedor del animal, por el solo hecho de ser el “poseedor” le corresponde solo a él, en calidad de demandado, acreditar que el

daño ocurrió por una **causa ajena** al simple descuido de su parte, esto es, por fuerza mayor o culpa del perjudicado o víctima.

Con todo, existen nuevas **corrientes** en **Derecho Civil Comparado** a propósito de los animales y su “des cosificación” tendencia moderna basada en la filosofía ética y medioambiental denominada *ecocentrismo*, esto es, orientada a la salvaguarda de seres vivos. Esta tendencia ha sido acogida, por ejemplo, en **España**, con el advenimiento de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre que modifica el *Código civil español* y más luego, con la Ley 7/2023 sobre protección de los derechos y el bienestar de los animales.

La Ley 17/2021 en comento, genera la necesidad de advertir que en el ordenamiento jurídico español el poseedor del animal seguirá respondiendo por los daños que ocasionen sus animales, con todo, dicho ser vivo revestirá otro *status jurídico* bastante híbrido, es decir, a nuestro juicio, con ciertas zonas grises para el Derecho civil que le calificará “como seres vivos dotados de sensibilidad” cuando finalmente, en todo caso, tendrá que recurrir supletoriamente al mismo régimen clásico en materia de daños, es decir, el régimen jurídico de los bienes o cosas semovientes (véase Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales - Boletín Oficial del Estado N.º 300, 16 de diciembre de 2021).

La República de Panamá, mantiene un enfoque clásico en torno a los animales que pueden causar daño y que, desde el punto de vista del Derecho civil, sobre todo, tratándose de animales domésticos, animales de granja, animales salvajes se le considera “semovientes” (por su posibilidad de desplazamiento autónomo), estos son susceptibles de apropiación privada, de detentación material, transmisión, forman parte del tráfico jurídico o de la masa hereditaria de un sujeto. No obstante, en Panamá se protege la vida silvestre y la variedad de especies en peligro de extinción y que en la diversidad biológica constituyen un eslabón fundamental para mantener nuestro ecosistema.

B. La responsabilidad del propietario de una heredad de caza

Llegados a este punto, dentro del régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas, esta vez, “**cosas inanimadas**” debemos analizar en primer lugar, el artículo 1648 del Código civil panameño.

La responsabilidad sobre cosas que no se pueden desplazar de un lugar a otro sin menoscabo de su esencia o utilidad se califican como bienes inmuebles, cosas inanimadas. Así, el artículo 1648 del Código civil panameño, recoge el supuesto de una **heredad de caza** que consiste en una *porción de terreno* en el cual su dueño se dedica a la caza legal, específicamente a la *multiplicación* de sus animales, sin embargo, en ocasiones tal multiplicación (llevada a cabo en dicho terreno) puede llegar a ser desmedida causando daño a los propietarios de predios colindantes o vecinos. Lo consideramos un tema fundamental, porque la responsabilidad por el hecho de las cosas, de manera frecuente, suscita demandas ante los tribunales cuando terceros o vecinos exigen la reparación de un daño al propietario o poseedor de un inmueble donde la persona lleva a cabo actividades que pueden causar perjuicios.

Cabe mencionar y sin alejarnos estrictamente del ámbito patrimonial del artículo 1648 del Código Civil panameño que en la República de Panamá la caza es permitida, siempre y cuando no se trate de especies amenazadas o en peligro de extinción. Añádase que la caza legal en Panamá exige estar inscrito en alguna asociación o club de caza deportiva. Dicha actividad está regulada en la Ley 24 de junio de 1995, el Decreto ejecutivo N°43 de julio de 2004, la Ley 39 de noviembre de 2005 y la ley 57 de mayo de 2011 sobre armas de fuego.

La noción heredad de caza, puede ser definida como una heredad dedicada a la crianza de animales cuya multiplicación puede causar daño físico a los vecinos o en su cosecha o productos.

En este sentido Narciso Garay advierte que:

“este tipo de responsabilidad deviene de la *voluntad* de aquel que para su recreo o por simple especulación utiliza su heredad de caza, pero quedando expuesto a daño las fincas inmediatas.

No se trata de responsabilidad objetiva, sino de responsabilidad por culpa del propietario (**responsabilidad subjetiva**) por no haber tomado las medidas para evitar el daño por piezas de caza. Por consiguiente, el artículo 1648 del Código Civil panameño, se cimenta en una *presunción de culpa* por parte del dueño de la heredad de caza, porque no solo es necesario evitar la multiplicación de la caza, sino que no debe oponerse a que los dueños de las fincas vecinas”.

C. La responsabilidad por bienes inmuebles como edificios: falta de reparaciones o estado ruinoso

En tercer lugar, ajustándose también al régimen de la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas “inanimadas”, observamos los edificios.

El propietario de un edificio en *estado ruinoso* que puede ocasionar la muerte a otra persona o una pérdida económica grave al vecino a o un tercero.

El artículo 1649 del Código civil panameño establece lo siguiente:

“El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de las reparaciones necesarias.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio”. (*Cfr.* Código civil panameño).

Tratándose de un inmueble con estas características (de falta de mantenimiento o de reparaciones necesarias) puede inesperadamente derruir con ocasión de desprendimientos peligrosos.

— De los artículos 612 del Código civil panameño y la denuncia de obra ruinoso

Ahora bien, en el régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas “inanimadas” se observan algunas precisiones a propósito de la “denuncia de obra ruinoso”. En este sentido, el civilista Narciso Garay advierte lo siguiente:

“A. Si los terceros que sufren daño no son vecinos, se aplica el art. 1649 del Civil y los terceros tendrán derecho a indemnización si prueban que la ruina del edificio sobrevino por la falta de reparaciones necesarias.

B. Pero si los terceros son vecinos entonces hay que diferenciar las siguientes hipótesis:

— Si los vecinos ya habían denunciado la obra ruinoso, entonces tienen derecho a indemnización sin necesidad de probar la “causa” de la ruina, como causa del daño. El dueño

puede excepcionar probando que la caída del edificio se debió acaso fortuito.

— Pero si los vecinos no habían denunciado y notificado la querrela de obra ruinosa, entonces, para obtener indemnización tendrán que acogerse al artículo 1649 y probar que la ruina proviene específicamente de la falta de mantenimiento necesario o de las reparaciones que amerita el inmueble”. (Garay, N. 1986-87, p. 75).

Añádase que el **artículo 612** del Código Civil Panameño establece que:

“El que tema que la ruina de un edificio vecino le cause perjuicio, tiene derecho a querrellarse para que al dueño de tal edificio se le mande derribarlo, si éste estuviere tan deteriorado que no admita reparación o para que, si la admite, se ordene al dueño hacerla inmediatamente. Si el dueño no procediere a ejecutar lo que se le ordene, se derribará el edificio, o se hará la reparación a su costa. Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el dueño rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga”.

D. Sobre los daños producidos por cosas en cabeza del propietario

Por último, en cuanto a los daños producidos por el riesgo de la cosa, el artículo 1650 establece lo siguiente:

“Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

1. por la explosión de **máquinas** que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado;
2. por los **humos excesivos**, que sean nocivos a las personas o a las propiedades;
3. por la **caída de árboles** colocados en sitio de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor;

4. Por las **emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes**, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”. (Cfr. Código civil de la República de Panamá).

IV. Conclusión

La consideración *especial* al daño ocasionado por el “hecho de las cosas” se constriñe a los casos concretos que establece el Código civil panameño, los cuales han sido objeto de examen y debemos remarcar, que este régimen constituye un tema escasamente examinado en nuestra doctrina y que debería revisarse para realizar una mejor sistematización y empleo del lenguaje utilizado en nuestro código dotándole de mayor precisión. Este régimen que implica una conducta u omisión calificada como ilícito civil por la falta de atención o la debida diligencia del propietario de un bien conlleva una serie de hipótesis sancionadas y plenamente tipificadas en nuestro código para asegurar, desde el plano extracontractual, el importe de indemnización al afectado como cuestión de justicia en cada caso concreto y como efecto disuasivo en el comportamiento del agente dañoso.

Se le exige al propietario de un bien que sea cuidadoso y actúe con extrema diligencia en el uso y mantenimiento de los bienes que le pertenecen. En el Derecho panameño los bienes semovientes se rigen por las normas del Código Civil que regulan los bienes muebles y las cosas fijas o inamovibles se insertan en la categoría de inmuebles. A simple vista, parece una afirmación evidente, pero hemos visto, que en el estudio del daño la responsabilidad del poseedor, dueño o “guardián de la cosa” constituye un componente que refleja la evolución del Derecho civil hacia la denominada responsabilidad objetiva.

Bibliografía citada

A. Doctrina

Albaladejo, M. (1997). Derecho civil, t. II, vol. II, Barcelona: editorial Bosch.

Arroyo Camacho, D. (1977). Estudios Jurídicos, Tomo II.

Bénac-Schmidt, F. y Larroumet, C. (1989). “Responsabilité du fait des choses inanimées”, Recueil Dalloz Encyclopédique. Paris: editorial Dalloz, pp. 25-52.

Dunlop, B. (1962). *Liability for damage cause by things from the common law point of view*, Canadian Bar Review, Vol. 40, N°2, pp.240-254.

- El Beheiri, N. (2021). Actio de pauperie: el caso del oso escapado. Un análisis en clave fenomenológica. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (43), 39-55.
- Fernández Cabanas, J. (2019). La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios, editorial Thomson Reuters-Aranzadi.
- Garay, N. (1986-87). *Derecho civil I*. Panamá: editorial Imprenta Universitaria.
- Juglart, M. (1967). Cours de droit civil – Tome I – Biens et obligations. París: editorial Montchrestien.
- Marty, G. y Raynaud, P. (1988). *Les obligations*. París: editorial Sirey.
- Nuñez Tomás, M. (1994). *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona: editorial Bosh.
- Quézel-Ambrunaz, C., (2023). *Le droit du dommage corporel*, París: editorial Lextenso
- Piret, R. (1958). La responsabilité du fait des choses inanimées en droit français et en droit belge, Les Cahiers de droit, Vol. 3, N°6, p. 153-170.
- Ripoll Montijano, M.G. (2013). La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, Anuario de Derecho Civil (ADC): tomo LXVI, 2013, fasc. IV, pp. 1503-1604.
- Ruelle, A., (2021). Les responsabilités du fait d'autrui en droit romain dans la ligne de mire de Domat et de Pothier. AA.VV Le fait d'autrui Responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Lovaina: Anthemis, pp. 9-42.
- Starck, B. (1972). Droit civil – Obligations. París: Libraries Techniques.
- Timpson, C. (2011). *Derecho de obligaciones – efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*. Panamá: Imprenta Talleres de copias S.A.

B. Normas Jurídicas

Código Civil de la República de Panamá – Editorial Mizrachi & Pujol, edición actualizada 2023.

C. Jurisprudencia nacional

- Caso S. Joseph Setton vs. Estructuras Nacionales, S.A. y Platinum Tower Corp. Sentencia de 26 de diciembre de 2001, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Magistrado Ponente: José A. Troyano.
- Caso Scott T. y Scott B. vs. Eugene D. Barnes. Sentencia de 16 de junio de 1999 –Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Magistrado ponente: Eligio a. Salas.

Caso Jand'heur – (Francia) Cour de Cassation, Chambres réunies, du 13 février 1930. Fallo de importancia histórica en materia de responsabilidad civil extracontractual obtenido en [Legisfrance.com](https://www.legifrance.com) a través del siguiente link: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952821/>

Tutela jurídica a la adopción del niño, niña y adolescente, como institución familiar en Panamá
Legal guardianship to the adoption of the child, girl and adolescent, as a family institution in Panama

Por: **Corcho Díaz, Boris Alexis**

Universidad Santa María La Antigua (USMA)

Derecho Civil

Panamá

Correo: bcorchod@usma.com.pa / bcorchod@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7479-8165>

Entregado: 2 de mayo del 2024

Aprobado: 29 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6406>

Resumen

Se analiza jurídicamente la adopción desde sus implicaciones sociales, culturales, religiosas y políticas, aportando una posición sobre la realidad en las políticas públicas, los derechos y las garantías constitucionales en Panamá, se puntualizan las normas de la Constitución Política de la República de Panamá, la ley N°46 del 17 de julio de 2013 General de Adopciones de la República de Panamá, el Código de la Familia Ley N°3 del 17 de mayo de 1994, entre otras normativas que regulan la adopción de niños, niñas y adolescentes (NNA), la posición sobre el interés superior del NNA, y el derecho a tener una familia (heterosexuales y biológicamente estables, por medio de procedimientos judiciales incluyendo la colocación familiar); con el objeto de analizar los diversos efectos que dicha institución jurídica familiar (adopción) conlleva en los NNA al ser adoptados por personas de manera individual o conjunta.

Palabras claves: adopción, colocación familiar, interés superior, pareja heterosexual, familia biológica.

Abstract

Adoption is legally analyzed in its social, cultural, religious and political implications, providing a position on reality in public policies, rights and constitutional guarantees in Panama, the rules of the Political Constitution of the Republic of Panama are specified, the Law No. 46 of July 17, 2013 General Adoptions of the Republic of Panama, the Family Code Law No. 3 of May 17, 1994, among others that regulate the adoption of children and adolescents (NNA), the position on the best interests of the child, and the right to have a family (heterosexual and biologically stable, through judicial procedures including family placement); in order to analyze the various

effects that said family legal institution (adoption) entails in children and adolescents when they are adopted by individuals individually or jointly.

Keywords: adoption, family placement, best interest, heterosexual couple, biological family.

Introducción

Actualmente Panamá está organizada, en un Estado soberano e independiente, cuya denominación es la República de Panamá, su gobierno se constituye en un Estado unitario, republicano, democrático y representativo en Derecho y basado en la Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, en la estipulación de los derechos abren el panorama jurídico social, cuya génesis se enmarca en el derecho natural y su universalización a través del derecho positivo vigente, existiendo la preeminencia del derecho natural y los derechos humanos que tienen los ciudadanos frente al Estado Panameño, tal como se desprende del preámbulo constitucional.

De igual forma los artículos 17 y 19 que señalan los derechos y deberes individuales y sociales, así como las garantías fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, que deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, los cuales son indispensables y están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley, sobre la base de que no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo y religión. (CONSTITUCION POLITICA DE PANAMA, 2024)

La investigación comprende una revisión exhaustiva de los derechos fundamentales que inciden sobre la institución familiar de la adopción y el deber por parte del Estado Panameño, en garantizar la aplicación e inobservancia por parte de los operadores de justicia en el sistema judicial respecto a los supuestos de hecho y normativas de la materia in comento, con la finalidad, de que los ciudadanos panameños y los extranjeros residentes o no en el país, asuman una visión integral de la adopción como parte del proceso de desarrollo y formación de la humanidad, en el que se pretenden un mejor país, mediante la construcción de una sociedad más organizada, apoyada en los valores fundamentales de una familia biológicamente reconocida (pareja heterosexual).

Se señalan las normas establecidas en La Constitución Política de la República De Panamá, la ley N°46 del 17 de julio de 2013 General de Adopciones de la República de Panamá, el Código de la Familia Ley N°3 del 17 de mayo de 1994, entre otras normativas que regulan la adopción de niños, niñas y adolescentes (NNA), y el derecho a tener una familia (heterosexuales y biológicamente estables, por medio de procedimientos judiciales incluyendo la colocación familiar); con el objeto de analizar los diversos efectos que dicha institución jurídica familiar (adopción) conlleva en los NNA al ser adoptados por personas de manera individual o conjunta. Por estas razones, el presente artículo documental bibliográfico titulado: Tutela jurídica a la adopción del niño, niña y adolescente, como institución familiar en Panamá, está sustentado bajo un estudio documental de la legislación patria y las normativas que regulan la adopción de NNA, apoyado en una investigación de tipo analítico descriptivo del autor con carácter documental bibliográfico, que se enmarca en el paradigma cualitativo, los cuales tiene por finalidad recopilar y analizar, los principales aspectos normativos nacionales entre otras generalidades sobre la adopción de niños, niñas y adolescentes (NNA) en forma individual o conjunta en Panamá.

I. La adopción: implicaciones sociales, culturales, religiosas y políticas en sus dimensiones:

la adopción ha evolucionado con el transcurrir del tiempo, siendo el resultado de una concatenación de afectos, emociones, conductas psicológicas, morales, culturales, sociales, propias del contexto por su impacto público en la sociedad creando un marco de preocupación social que involucra diversos entes agentes e instituciones que componen los ejes transversales a nivel mundial, donde no escapamos de ser protagonistas u espectadores ante la ocurrencia de los diversos hechos que se generan como consecuencia de la institución *up supra*.

Por ende, la adopción en su origen no se consideraba como una forma de filiación, simplemente fue creada para garantizar la transmisión del patrimonio de los herederos, para ello se realizaba acto jurídico de gran formalidad religiosa entre el adoptante y el adoptado únicamente, por ello sólo podía realizarse en favor de personas adultas, dado que con el surgimiento de la adopción a mediados del siglo XIX, se consideraba que la adopción era una institución en favor y de protección al adoptado, donde resultaba desplazado por el interés preferente de los adoptantes, por cuanto de esta manera entendían que por medio de la adopción se pretendía procurar un sucedáneo de la paternidad a quienes no tenían o no podían procrear y tener hijos.

Desde la perspectiva con el transcurso del tiempo, esa concepción fue variando hasta nuestros días con el reconocimiento de la institución de la adopción, tanto por la sociedad como por el Derecho en los diversos ordenamientos jurídicos, en pro del desarrollo armónico de su personalidad, concibiéndose como condición *sine quanon* que el NNA deben crecer en un entorno familiar adecuado, digno, con las condiciones mínimas en un clima de felicidad, amor y comprensión, necesarios para su desarrollo como persona.

Con base en el derecho natural y las normas positivas, es de considerar que la familia a que tiene derecho el NNA no es necesariamente o únicamente la biológica pues debe comprender valores, principios y afectos que son insustituibles e indispensables en la vida de todo ser humano. Por todo ello, la adopción tiene como objetivo primordial y último de proporcionar una familia digna a los NNA que no la poseen, cuyo norte es el interés superior del NNA, basado en el respeto de sus derechos humanos fundamentales.

Empero, de algunos casos donde la filiación biológica no cumple con tal cometido, en otras palabras, la adopción permite la posibilidad de elegir a aquella persona o personas que se consideran como más adecuadas para atender las necesidades de los NNA que carecen de una familia.

Siendo así, necesario considerar como esencial e importante, conocer el adoptante en cuanto a su capacidad para garantizar al NNA el entorno más apropiado e idóneo en pro del interés superior, los cuales variará conforme a las necesidades y prioridades de cada NNA, pues cada uno es diferente y es este sentido es de considerar la pareja de orientación heterosexual como aquella que puede satisfacer ese interés del NNA que debe prevalecer ante todo sobre cualquier otro derecho.

De tal forma que esta legitimación o idoneidad para adoptar, podría concederse, siempre y cuando fuera acorde y necesaria para el interés del niño, para la adopción individual de un NNA, o la adopción individual de los hijos del conviviente, o conjunta de varios NNA.

II. Derechos y garantías de la adopción individual o por parejas: la posición sobre el interés superior del niño, y el derecho a tener una familia:

Partiendo de la hipótesis sobre la importancia que tiene la familia como base fundamental en el desarrollo del ser humano, lo que constituye un paso previo e indispensable que respalda la institución familiar denominada adopción, se hace necesario, fijar una posición por cuanto dicha institución viene a resolver jurídicamente un problema social como lo es conceder una familia a

NNA, que en el mayor de los casos ellos provenientes de concepciones tormentosas, traumáticas e irresponsables, o en el peor de los casos uniones disfuncionales.

A lo largo de la historia del derecho se consideraba la adopción como un beneficio para los padres sin descendencia, en donde se ignoraba y desconocía los derechos y necesidades de los NNA, pues el criterio se basaba solamente en que se favorecía al niño, luego se comenzó a tratar como de gran importancia el interés superior y los derechos de los niños, motivado por la carencia de afectos de los adoptantes.

Indiscutiblemente en nuestro país prevalece este principio del interés superior del niño, los cuales está consagrado en la legislación interna vigente así como en las normas internacionales de los convenios que sobre la materia, has sido suscritos y ratificados por Panamá, de acuerdo con este enfoque sobre la adopción, se incorporan elementos de ética y justicia, se introduce el respeto a las garantías constitucionales de los derechos de los NNA, lo que obliga a las autoridades competentes a velar y cuidar la aplicabilidad de este principio sobre cualquier otro interés, pues son ellos sus principales representantes, teniendo presente que el valor de la infancia y la necesidad del gesto solidario, constituyen el mayor desafío parece centrarse en el desarrollo de una cultura social sobre la adopción, para aquel NNA que requieran una nueva familia con posibilidad de crecer dentro de las normas de la convivencia familiar, de valores, ética y moral, se les brinde la protección que necesita y se merece en los primeros años preparatorios hacia su vida adulta.

Para comprender mejor la figura jurídica de la institución de la adopción en el ordenamiento jurídico panameño, trátase de individual o en pareja, es importante señalar que predomina el criterio de las parejas heterosexuales. Es de indicar que nuestra Carta Magna, **la Constitución Política De La República De Panamá**, en el capítulo 2° que se refiere a la familia los cuales comprende desde el Artículo 56 al 63, fundamenta estos preceptos constitucionales en lo siguiente:

1. Proteger el matrimonio, la maternidad y la familia, proteger la salud física, mental y moral de los menores NNA, garantizándoles el derecho a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales, y considera que el matrimonio es fundamento legal de la familia, igualmente reconoce las uniones de hechos entre personas de distinto sexo legalmente capacitadas mantenidas durante 5 años consecutivos asimilándolos al matrimonio civil.

2. Por lo que se refiere a la patria potestad, considera que es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos, están obligados a alimentar, educar y protegerlos para lograr un adecuado desarrollo físico y espiritual, respetándolos y asistiéndolos, dejando como de especial regulación el interés social en beneficio de los NNA.
3. Por otra parte, establece que todos los NNA son iguales ante la Ley y tienen los mismos derechos, dejando poco claro pero a la vez se pueden incluir los hijos que resultan de la adopción.
4. Simultáneamente da carácter igualitario al término filiación, determinando que no se consignará declaración alguna que establezca diferencia en los nacimientos o sobre el estado civil de los padres en sus actas de inscripción, ni en ningún atestado, ni partida de bautismo o certificado de filiación.
5. Otro punto es la facultad que se le otorga al padre del hijo nacido con anterioridad a esta Constitución para ampararlo mediante la rectificación del acta o atestado los cuales no se requiere el consentimiento de la madre, pero si del hijo en caso de ser mayor de edad.
6. Particularmente el Estado velará por el mejoramiento social y económico de la familia y organizará el patrimonio familiar como garantía a futuro.
7. En definitiva, el Estado creará un organismo destinado a proteger la familia con la finalidad de promover la paternidad y la maternidad mediante la educación familiar, así mismo dar atención especializada a los padres o tutores así lo soliciten, brindar protección a los NNA, custodiar, readaptación social, en caso de ser necesarios, y señala la existencia de jurisdicción especial de menores para proteger a los NNA de cualquier riesgo o peligro que atenten contra su vida.

Conviene destacar que los derechos de la infancia están recogidos en la **Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Organización de Naciones Unidas** el 20 de noviembre de 1989, y en nuestro país por la **Ley 46 de 17 de julio de 2013, Ley General de Adopciones de la República de Panamá**, y en el **Código de la Familia**, con la finalidad de regular y establecer los derechos, la Convención recomienda a los Estados realizar los esfuerzos necesarios para garantizar y crear los mecanismos institucionales que le aseguren al niño por adoptar la selección de personas capaces de asumir las obligaciones propias de la función parental.

Sobre la base, la **Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Organización de Naciones Unidas** el 20 de noviembre de 1989, contempla en su preámbulo, artículos 1, 3, 18 y 21, algunos aspectos que nos ocupa, tal es que en su Preámbulo recuerda los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre; reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad. A tal efecto:

1. El Preámbulo: recuerda principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre; reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidados y asistencias especiales en razón de su vulnerabilidad; subraya especialmente:

“la responsabilidad primordial de la familia en cuanto a la protección y la asistencia, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño antes y después del nacimiento, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad, cumpliendo con el ejercicio de los derechos del niño”.

2.- Interés Superior del Niño:

- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
- Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
- Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Por lo que se refiere al interés superior del niño, establece que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo, y que corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo y estipula como responsabilidad de padres y madres la crianza de los niños y el deber del Estado brindar la asistencia.

3.- Responsabilidad de Padres y Madres:

- 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.
- 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
- 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

En lo que respecta a la adopción los Estados que reconocen y/o permiten la adopción, se regirá y cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que se cumplan todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción sea admisible, así como también las autorizaciones y protecciones legales emanadas de las autoridades competentes.

4.- Adopción: Los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna,
- b) Que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas

interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

- c) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- d) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- e) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- f) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Cabe destacar, con base en la norma Constitucional panameña, la **Convención de los Derechos del Niño**, se crea el **Código de la Familia**. Ley N°3 de 17 de mayo de 1994, Código de la Familia, con base en la norma in comento, establece en su articulado 1-5, 12-13, 21-22, 290-315, desde los principales cimientos que forman la base fundamental hasta los específicos en la adopción, donde cabe resaltar:

1.- Primeramente, considera la unidad familiar, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la igualdad de los hijos y la protección de los menores de edad, como principios fundamentales.

2.- Reconoce la potestad de los jueces y autoridades administrativas para conocer de la preferencia al interés superior del NNA y la familia.

3.- Dispone que sus normas son de orden público y de interés social y se aplicarán con preferencia a otras.

4.- Establece que los derechos familiares son, personalísimos, irrenunciables e indisponibles, y que los NNA tiene la capacidad de ejercicio en los casos determinados en este Código y en otras leyes.

5.- Sienta su posición al considerar que la familia se constituye por personas naturales unidas por el vínculo de parentesco o por el matrimonio y que en el caso del parentesco puede ser de tres clases: por consanguinidad, por adopción o por afinidad.

6.- Destaca que el parentesco por adopción es la relación que existe entre el adoptante y sus parientes, con el adoptado y sus descendientes.

7.- Simultáneamente le concede en igualdad de condiciones y derechos a los parientes por consanguinidad del adoptante, para el adoptado en la misma línea y grado que corresponde a todo hijo o hija de la persona que lo prohió.

8.- Define la adopción como la institución jurídica familiar en favor del hijo o hija que no lo es por consanguinidad.

9.- Establece como requisitos para la adopción que el adoptante haya cumplido 18 años de edad, y que sea, por lo menos 15 años mayor que el adoptado, en el caso de la adopción conjunta, ambos cónyuges deben ser mayores de edad, y el menor de los cónyuges debe por lo menos tener 15 años mayor que el adoptado.

10.- Aclara que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción.

11.-A su vez señala que los adoptantes deben gozar de condiciones afectivas, morales, sociales y económicas que los hagan idóneos, como padres, dejando a su discrecionalidad el régimen de los bienes que los padres poseen antes de la adopción.

12.- Preserva el vínculo jurídico familiar creado por la adopción como definitivo, irrenunciable e irrevocable.

13.- Establece y sienta posición al considerar que la adopción tiene lugar entre personas de un mismo sexo. Sólo quedarán exceptuados de lo dispuesto en el inciso anterior:

- El caso en que un cónyuge adopte el hijo o hija del otro; y
- Cuando ambos cónyuges adopten conjuntamente un extraño.

14.- Prohíbe la adopción en el caso de:

- el tutor a su pupilo;
- La realizada por un cónyuge sin el consentimiento de su consorte; y
- Los parientes en línea recta y de hermanos.

15.- Taxativamente señala que pueden ser adoptados los menores de 18 años de edad que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

- Que carezcan de padre y madre;
- Los hijos de padres desconocidos;
- Los que están en estado de abandono;
- Los que teniendo padre y madre o uno solo de ellos, mediase el consentimiento de los mismos; y
- Los NNA maltratados. Si el NNA tiene 7 o más años de edad debe ser escuchado.

16.- En el caso de los extranjeros menores de 7 años adoptados por panameños adquieren la nacionalidad panameña, y se consideran panameños por naturalización, sin necesidad de carta de naturaleza.

17.- Regula otros casos especiales en que debe proceder la adopción, como: en estado de abandono el NNA cuyos padres o guardadores lo confían a una institución, el menor cuyos padres rehúsan el cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la relación parental en definitivo, dando plena competencia los juzgados sobre el caso, con plena facultad para que el juez pueda promover la adopción y que declare la pérdida de la patria potestad o la tutela en caso de ser necesario. Con la comparecencia personal de los interesados e intervención del Ministerio Público o del Defensor del Menor, cuando existan motivos justificados y ofrezca ventajas para el adoptado. Todo ellos en pro del interés del NNA, conforme al procedimiento judicial establecido a tal efecto.

18.- Concibe que la adopción crea un vínculo de parentesco entre el o la adoptante y el adoptado, igual al existente entre padre o madre e hijos biológicos, el cual se derivan los mismos derechos y deberes del parentesco por consanguinidad y se extiende legalmente a los descendientes del adoptado y a la familia del adoptante.

19.- Señala que la persona adoptada deja de pertenecer a su familia biológica o natural y forma parte de su nueva familia, sin perjuicio de la subsistencia de los impedimentos matrimoniales de consanguinidad y los derechos o prohibiciones establecidos en las leyes.

Es importante señalar, que en la adopción conjunta, no se producirá este efecto con relación al padre o madre de sangre del adoptivo. Aunque la adopción no determina ningún parentesco entre el adoptante y la familia del adoptado, salvo con los descendientes de éste.

20.- Impone que el adoptado, aunque conste su filiación biológica, ostentará los apellidos de su adoptante o adoptantes, además le atribuye al adoptante la patria potestad o relación parental con respecto al adoptado.

21.- En resumen, el texto ut supra regula los derechos y deberes de la patria potestad y la relación parental, sus causas de extinción, pérdida, suspensión y prórroga, que rigen la adopción. Es de señalar, que el objetivo principal del proceso de adopción en Panamá, está revestido por una serie de solemnidades y requisitos, los cuales en su propia esencia va depender si es nacional o internacional, por los cuales se debe cumplir con dichos requisitos para proceder a la adopción de NNA de forma y fondo que nos establece la ley especial (ley 46 de 17 de julio de 2013 general de adopciones de la república de Panamá); es de aclarar que las adopciones son fuente de parentesco civil y constituyen un estado civil entre adoptado y adoptante cuyos efectos son irrevocables, inalienables e imprescriptibles considerando que la adopción construye vínculos de filiación.

Considerando, de gran importancia **la Ley 46 del 17 de Julio de 2013, General de Adopciones de la República de Panamá**, dentro los cuales se destacan los artículos 1, 2 Numerales: 2-3-4-5, artículos 3,4 Numerales: 2-3-4-5-8-9-10, artículos 25, 29, 45-48,50,51 Numeral 2, y artículos 52 y 55, resaltando:

1. **Ámbito de Aplicación:** la ley se Aplicará para la adopción de personas menores de edad, que han sido declaradas en estado de adaptabilidad, previa resolución judicial, incluyendo en dicho tramite los menores de edad que estén próximos a cumplir la mayoría de edad.
2. **Propósitos de la ley:** Orientar a los progenitores a tomar la decisión de dar su consentimiento para la adopción.
 - Proteger al NNA de la separación innecesaria de su familia biológica nuclear y/o consanguínea.
 - Facilitar la colocación permanente con familias acogentes padres adoptivos.
 - Orientar a los progenitores a tomar la decisión de dar su consentimiento para la adopción.
 - Brindar a los futuros padres adoptivos toda la información integral disponible del NNA del niño asignado para aceptarlo o rechazarlo.

3. El interés superior del niño, niña y adolescente: principio que tiene por objeto, asegurar la protección del derecho de estos a permanecer y convivir en el seno de la familia consanguínea, o en su defecto en el de otro familiar.

4. Definiciones:

- Acogimiento preadoptivo: cuidado integral por la futura persona o familia adoptante al NNA.
- Adopción: Institución Jurídica de protección permanente, de orden público e interés social constituida como última medida de protección del NNA del hijo o hija que no lo es por consanguinidad y le restituye el derecho a formar parte de una familia.
- Adoptado: persona que no siendo hijo o hija por consanguinidad, lo es por la ley.
- Adoptante: persona mayor de 18 años que cumple con los requisitos legales para adoptar.
- Familia acogente: la que brinda cuidado integral, temporal y no institucional al NNA como alternativa de convivencia familiar asignada por la autoridad jurisdiccional.
- Familia biológica nuclear: el padre y la madre de la persona menor de edad.
- Familia consanguínea: comprende a todas las personas unidas por el vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad en línea recta, directa ascendente y colateral conforme a la certificación genealógica.

5.- Principios que rigen la adopción:

- Se debe atender en interés al adoptado, respetando los derechos y garantías de la constitución panameña, la promoción, protección y defensa de los derechos humanos, previniendo la sustracción, venta y tráfico de NNA.
- Interés superior del NNA asegurando que se respete su derecho a la familia y a la convivencia familiar.
- Última medida de protección para el restablecimiento del derecho a la familia del NNA.
- Primacía de la adopción nacional sobre la internacional, que solo procederá cuando sea posible la nacional profiriendo en las solicitudes nacionales a los

panameños sobre los extranjeros aun cuando uno solo de los cónyuges sea panameño.

6.- Procedimiento de la declaratoria de adoptabilidad: procedimiento administrativo para solicitar la pérdida definitiva de la patria potestad.

7.- Tipos de adopción en Panamá:

- Nacional: los solicitantes sean panameños o extranjeros con más de dos años de domicilio habitual.
- Internacional: cuando los solicitantes tengan domicilio habitual en un país distinto al NNA, en tal caso el NNA será trasladado luego de su adopción a otro país o para constituir la adopción en otro país.
- Hijo o hija de cónyuge conviviente: siendo necesario 2 años para el caso de matrimonios y 5 años para las uniones estables de hecho, incluyendo los casos de fallecimiento de cónyuges durante el proceso.

8.- Prohibiciones a la adopción: señala algunos casos dentro de los cabe destacar, los niños por nace; la madre adolescente no emancipada; a los padres biológicos otorgar de manera directa y voluntaria el NNA a los padres adoptivos salvo, que se trate del cónyuge conviviente en unión de hecho o familiar consanguíneo; a los padres adoptivos disponer de los tejidos u órganos del adoptado para fines ilícitos; la personas adoptantes no deben tener ningún tipo de relación o afiliación con organismos nacionales o internacionales destinado para tales fines; a los padres adoptivos tener cualquier tipo tener cualquier tipo de contacto con los padres biológicos del NNA, que puedan influenciar en el consentimiento de cualquier autoridad o entidad involucrada con el proceso de adopción excepto que sean familia biológica o consanguínea; la obtención de beneficios indebidos , materiales o de cualquier índole.

9.- La persona adoptada: puede ser menor de 18 años cuando el juez competente haya declarado su esto de adoptabilidad y determine que se restablezca el derecho a la familia.

10.- Respeto a la opinión del NNA: deberá ser escuchado durante el proceso de la adopción y expresar su opinión, los cuales serán valoradas conforme a su madurez dejando constancia de ella en la audiencia.

11.- Adopción de NNA indígenas o de otras etnias: se da preferencia a los adoptantes de su propia etnia, siempre que cumplan con los requisitos de esta ley.

12.- Puede ser adoptante: las siguientes personas:

- Los mayores de edad legalmente capaz y en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos.
- Hombre y mujer unidos en matrimonio por un periodo mínimo de dos años o en unión de hecho siempre que exista consentimiento de ambos, conforme a la constitución panameña, convenios y leyes especiales.

13.- Condiciones para adoptar: los adoptantes deben poseer comprobadas condiciones afectivas, sociales, morales, salud física y psicológica, así como disponer de los recursos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas, deben ser idóneos para asumir los derechos y obligaciones de padres, no deben tener antecedentes penales, así mismo la existencia de descendientes de los adoptantes, no impiden la adopción.

14.- Adopción conjunta o individual: es conjunta cuando los adoptantes sean cónyuges o convivientes en unión de hecho y de distinto sexo, en caso de que uno de ellos desista, se continuará el proceso con el cónyuge interesado, pero en caso de separación de cuerpos, divorcio y de la convivencia, se podrá seguir con el proceso si ambas partes manifiestan su deseo sin perjuicio de que pueda convertir el proceso en adopción individual (siempre que no se trate del cónyuge culpable y que no posea ninguna patología que afecte al NNA); también podrán adoptar la persona solteras como adopción individual, siempre que se trate a favor del interés superior del NNA.

III. Conclusiones

Conforme a la investigación realizada se concluye:

Al señalar los derechos y garantías de la adopción individual o por parejas: la posición sobre el interés superior del NNA, y el derecho a tener una familia en Panamá, es de recurrir al principio universal del interés superior del niño, establecido en la Constitución y las leyes especiales con base en las normas internacionales de los convenios suscritos y ratificados por Panamá, es de resaltar que sobre la adopción se incluye la ética, la moral y la justicia, considerándolas dentro de las garantías constitucionales de los derechos de los NNA, siendo necesario que las autoridades competentes apliquen este principio con prioridad a cualquier otro considerando la infancia y la

solidaridad contextual, que prevalece socialmente en la adopción, de frente a la familia panameña que brinda la protección necesaria en la formación y desarrollo de su personalidad.

Referencias

- Asamblea Nacional de Panamá. (2015). ANTEPROYECTO N°011 QUE REFORMA LA LEY 46 DE 2013, SOBRE LA ADOPCIÓN EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Recuperado de http://www.asamblea.gob.pa/antproy/2015_A_011.pdf
- Constitución Política de la República de Panamá. (s.f.). Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>
- SIJUSA.** (2023). *Código de la Familia* (18ª ed.). Panamá: Sistemas Jurídicos S.A.
- República de Panamá. (2013, 17 de julio). Ley N° 46 del 17 de julio de 2013 General de Adopciones de la República de Panamá. Gaceta Oficial Digital. Recuperado de https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2016/11/Ley-46-de-013.pdf
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). McGraw-Hill Education. <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas.** (s.f.). [Derechos del Niño]. Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

El Proceso Constituyente: Fundamentos y significado democrático
The Constituent Process: Foundations and democratic significance

Por: **De La Cruz Luna, Rodrigo**

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

Correo: rodrigo.delacruz@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8296-9031>

Entregado: 22 de abril del 2024

Aprobado: 5 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6407>

Resumen:

En la búsqueda de fortalecer la democracia y consolidar un sistema político sólido y participativo, la conformación y ejecución de un proceso constituyente en Panamá es un tema de suma relevancia.

Este artículo busca contribuir al debate académico y político, sobre el proceso constituyente, proporcionando un análisis comprensivo basado en la experiencia internacional.

Palabras claves: Democracia, Participación ciudadana, Movimiento Social, Poder Constituyente, Proceso Constituyente.

Abstract

In the quest to strengthen democracy and consolidate a solid and participatory political system, the conformation and execution of a constituent process in Panama is a highly relevant issue.

This article seeks to contribute to the academic and political debate on the constituent process by providing a comprehensive analysis based on international experience.

Keywords: Democracy, Citizen Participation, Social Movement, Constituent Power, Constituent Process.

I. ¿Qué es la Constitución?

Es la Ley fundamental o Carta Magna de un Estado, la ley más importante, que da origen al sistema jurídico vigente en el país. Reconoce derechos a los ciudadanos y establece

deberes a los gobernantes. Organiza el Estado y establece límites al poder de los gobernantes.

Por ser la Ley más importante, es creada precisamente por el pueblo, ya que la misma va dirigida a todos sin excepción.

II. Definición de democracia

El término Democracia tiene su origen en dos palabras del griego: “*Demos*”, pueblo, y “*Kratos*”, gobierno. Se traduce etimológicamente como “el gobierno del pueblo”, refleja la idea fundamental de la misma, modo de gobierno en el cual todas las personas pueden participar en el proceso de toma de decisiones para generar el bien común. . Precisamente, el politólogo y constitucionalista Doctor Cesar Quintero, define Democracia de la siguiente manera: “*La Democracia es un conjunto, que implica una forma de gobierno cuya esencia consiste en la participación de la mayoría del pueblo en el gobierno*” (Quintero, 1973)

Como fuente constitucional, está plasmado en el Artículo 1° de la Constitución Política, el cual dispone que “*La Nación panameña está organizada en Estado soberano e independiente, cuya denominación es República de Panamá. Su Gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo*” (Constitución Política de la República de Panamá, 2017), como vemos establece la organización y atribuciones de los poderes públicos como también se reconocen y garantizan los derechos humanos.

Mientras que en el ámbito internacional, existen diversos instrumentos legales que reconocen a la democracia como lo son: Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículos XX, XXIV, XXXII y XXXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la misma línea, otros Tratados apuntan a la participación democrática, como lo son: Artículos 7 y 14 numeral 2.a de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer; Artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, y el Artículo 42 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

La democracia no es cambiar en las elecciones el gobierno que consideran malo por otro peor, sino convertirnos en fiscalizadores de nuestras autoridades electas para que cumplan

con las demandas que conllevan su cargo, gira entorno a construir un gobierno democrático que abarque a la mayoría de la población del país, desde la experiencia de gobierno democrático hasta la consolidación e institucionalización de un gobierno democrático, este solo es el inicio del proceso democrático, cuando las personas participan en las decisiones, se puede lograr construir una sociedad en la que cada persona sea libre y pueda realizar su vida conforme a sus deseos y preferencias.

Es posible que el concepto democracia que damos parezca simple, podemos verlo como un régimen perfecto de gobierno, aunque resulta bastante complicado si lo pensamos a fondo y en relación con otras personas.

Las sociedades democráticas celebran la pluralidad y la diversidad, no pretenden uniformar a todas las personas y despojarlas de las características que las hacen únicas y diferentes frente a los demás; lo que sí pretenden hacer es reducir las desigualdades que impide a las personas la realización de sus derechos de autodeterminación.

III. Poder Constituyente:

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos ayuda a definir el término Poder como *“dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo”*, también encontramos el término Constituyente el cual es definido como *“que constituye o establece”*, y el Poder Constituyente es aquel *“que corresponde a la soberanía popular para organizarse, dictando y reformando sus Constituciones”*.

Nos atenemos al concepto de Poder Constituyente como el derecho de los pueblos de darse sus propios ordenamientos e instituciones. La diferencia de este concepto con el antes citado, en el último se determina o se precisa cuál es la fuente del poder constituyente, que se basa en la voluntad pueblo y ejerce su poder como voluntad originaria, soberana, suprema y directa, no dependen de una norma preestablecida, ya que estrechamente está relacionada al principio de la libre autodeterminación.

Corresponde analizar la titularidad del poder constituyente, este se lo damos a nuestra propia Carta Magna donde nos dice que *“El Poder Público sólo emana del pueblo...”* (Constitución Política de la República de Panamá, 2017), nos aclara que el titular del Poder Constituyente es el Pueblo, al ser el sujeto del poder constituyente, este debe descubrir su potencial unitario y lograr, a medida que se organice de manera autónoma y

convertirse en fuerza ordenadora y unitaria, buscando lo que une a esa multitud heterogénea, en el trabajo político prioritario de las organizaciones populares.

Características del poder Constituyente.

El poder constituyente tiene sus particularidades que lo diferencian de cualquier otra especie de poder político.

1. Originario.

Surge sin la necesidad de apoyarse de una norma positiva anterior de un Estado, como consecuencia de la ruptura del ordenamiento jurídico anterior, bien sea como resultado de un cambio revolucionario, un golpe de Estado.

La voluntad del pueblo es representada por convencionales electos en elecciones.

2. Soberano.

El poder constituyente es soberano porque opera con plena libertad, sin limitación legal alguna.

En democracia la soberanía característica del poder constituyente deriva solo del pueblo, por lo que es un poder indivisible no subrogable y solo pertenece al pueblo, por lo que no pertenece o recae en ninguna persona electa en elecciones populares, en ese sentido las Constituciones de todos los Estados de Derecho, tienden a reconocer la soberanía popular en nuestra Constitución la soberanía popular se encuentra enmarcada en el Artículo 2 de la Constitución Política *“El Poder Público sólo emana del pueblo...”* (Constitución Política de la República de Panamá, 2017).

3. Extraordinario.

Entra en acción en situaciones históricas muy especiales que normalmente son momentos de crisis, ruptura y renovaciones políticas. En condiciones de normalidad, el poder constituyente se encuentra latente y solo entra en acción en situaciones políticas de cambio muy particulares.

IV. Participación Ciudadana:

Es un componente clave en cualquier sociedad democrática, puede ser directa o indirecta, y puede adoptar diversas formas, como el voto en elecciones, la participación en procesos de consulta popular, la presentación de iniciativas ciudadanas, convirtiéndose en una

herramienta importante para garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y la toma de decisiones equitativas y efectivas, ayudando a prevenir la corrupción y el abuso de poder.

En Panamá, la participación ciudadana se ha convertido en una prioridad para la sociedad civil, los medios de comunicación y los ciudadanos comunes han estado activamente involucrados en la promoción de la participación ciudadana y en la defensa de sus derechos y libertades fundamentales.

Algunos aspectos clave de la participación ciudadana en Panamá:

- a. Participación electoral:** La participación ciudadana en las elecciones es uno de los pilares fundamentales de la democracia en Panamá. En las elecciones presidenciales de 2024, según el Informe a la Nación presentado por el Tribunal Electoral de Panamá, la participación fue del 77.64% (Tribunal Electoral, 2024), una de las más altas de la historia del país. Los ciudadanos panameños también tienen derecho a votar en elecciones regionales y locales, así como a participar en referendos y plebiscitos.
- b. Transparencia y rendición de cuentas:** La transparencia y la rendición de cuentas son fundamentales para la participación ciudadana en Panamá. El gobierno de Panamá ha establecido Ley N° 6 del 22 de enero del 2002 que dicta normas para la Transparencia en la gestión pública, establece la acción de Habeas Data y dicta otras disposiciones, para regular y garantizar la transparencia en la gestión pública y ha creado instituciones como la Contraloría General de la República y la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI) para supervisar y hacer cumplir estas leyes.
- c. Participación ciudadana en la sociedad civil:** La sociedad civil en Panamá ha estado muy activa en la promoción de la participación ciudadana y en la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Las organizaciones de la sociedad civil, como la Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa (APEDE), el Consejo Nacional de la Empresa Privada (CONEP) y la Alianza Ciudadana Pro-Justicia, El Sindicato Único Nacional de Trabajadores de la Industria de la Construcción y Similares (SUNTRACS), Asociación de Profesores de la República de Panamá (ASOPROF), han estado trabajando en conjunto con

los ciudadanos, para promover la participación ciudadana en todos los alrededores de la sociedad.

Los movimientos sociales en Panamá han sido parte integral de la historia del país, abordando una variedad de temas como la lucha por los derechos laborales, la democracia, la justicia social y la soberanía. Algunos de los movimientos sociales más significativos en Panamá son:

- 1. Movimiento estudiantil de 1964:** En 1964, los estudiantes universitarios de Panamá lideraron un movimiento social que protestó contra la presencia de los Estados Unidos en la Zona del Canal de Panamá. La protesta se convirtió en un conflicto armado, conocido como la "Crisis de la Zona del Canal", que resultó en la muerte de al menos 22 panameños y cuatro estadounidenses. A pesar de la violencia, el movimiento estudiantil de 1964 fue un momento crucial para la historia de Panamá, ya que ayudó a establecer la identidad nacional y la resistencia contra la opresión extranjera.
- 2. Protestas contra la Dictadura de Noriega:** El General Manuel Antonio Noriega asumió el poder en 1983 y enfrentó crecientes protestas, debido a acusaciones de corrupción y violaciones de derechos humanos. Las tensiones culminaron en 1989 con la invasión estadounidense de Panamá para derrocar a Noriega.
- 3. Movimiento indígena:** En los últimos años, los pueblos indígenas de Panamá han liderado un movimiento social que ha luchado por el reconocimiento de sus derechos y por la protección de sus tierras y recursos naturales. Los líderes indígenas han organizado manifestaciones sociales y han presionado al gobierno para que reconozca sus derechos y les dé una mayor representación política.
- 4. Movimientos Ambientalistas:** El rápido desarrollo económico en Panamá, han aparecido movimientos ambientalistas que buscan la protección de los recursos naturales y la biodiversidad, la defensa de los ecosistemas, como la selva tropical y las áreas protegidas, ha sido una preocupación creciente.

La juventud, el movimiento estudiantil, los movimientos obreros y campesinos, han logrado mantener viva la inquietud política por reformas y nuevas formas de participación, muestra de esto fueron las protestas encabezada por el movimiento organizado finales de 2023 contra el Contrato Ley de Concesión minera entre el Estado panameño y la empresa Cobre Panamá.

El doctor Marco Gandasegui sociólogo panameño hace alusión que, *“los movimientos sociales modernos panameños tienen una historia que se remonta a la construcción del ferrocarril interoceánico a mediados del siglo XIX”* (Prado, 2021) este sería el precedente histórico moderno más antiguo de un movimiento social y popular en nuestra república.

V. Proceso constituyente

Tiene como fin una nueva Constitución adaptada a las necesidades reales de la población; llevado a cabo por el pueblo organizado en asambleas populares, en los barrios, ciudades, lugares de trabajo, centros de estudios, elaborando propuestas a través del debate popular, haciendo real el poder soberano que tenemos para transformar y mejorar nuestra sociedad.

Con este proceso los ciudadanos obtendrán fundamentalmente vivir en un sistema elegido por ellos mismos, haciendo uso de sus libertades y su conciencia. Un sistema adaptado a las necesidades actuales incorporando mejoras y beneficios sociales, como son los sanitarios, educativos, laborales, de vivienda, medioambiente, y elaborando una economía, que estén al servicio del bien común y no de una minoría, pues sólo el pueblo velará por sus intereses.

Experiencias Internacionales de Procesos Constituyentes

Como ya lo hemos mencionado, los cambios de las constituciones a lo largo de la historia han sido impulsados por el propio pueblo, en los últimos años podemos mencionar algunos de los procesos constituyentes

A. Bolivia

Sus orígenes se remontan a la marcha indígena de las tierras bajas de 1990, cuyas principales demandas fueron "Territorio y Dignidad".

El 6 de agosto de 2006 mediante la Ley No. 3364 del 6 de marzo de 2006 se estableció constitucionalmente una Asamblea Constituyente en la capital de Bolivia, Sucre, luego de una prolongada crisis social y política.

El 2 de julio de 2006 se eligieron 255 constituyentes, quienes iniciaron sus labores el 6 de agosto, donde trabajaron inicialmente en la aprobación del Reglamento Interno de conformidad con el Artículo 21 de la Ley de Convocatoria, este riguroso trabajo preliminar no se completó hasta el 6 de octubre, el reglamento de debate de la Asamblea

Constituyente boliviana establecía que el trabajo de la redacción del texto de la nueva constitución, debía realizarse a través de comisiones y subcomisiones

B. Islandia

Luego de una serie de protestas sociales denominadas "Revolución de las cacerolas" contra la clase política y los banqueros, producto de la crisis económica y social que conllevó al colapso bancario de 2008 y 2009, también la necesidad de una nueva Constitución que reemplazara a la que se mantiene en vigor desde 1944.

En 2011, se presentó al Parlamento la propuesta de nueva Constitución, varios expertos constitucionales plantearon objeciones técnicas debido a la falta de claridad en ciertos Artículos.

En octubre de 2012 fue sometido a un referendo no vinculante, que fue aprobado por el 67%, el acto no despertó un masivo interés en los islandeses. Menos de la mitad de ellos acudieron a las urnas, a pesar de esto, el problema es que el Parlamento aun no ratifica la nueva Constitución.

Anne Meuwese, investigadora de la Universidad de Tilburg, Países Bajos, expone en su libro *Popular Constitution-Making: The case of Iceland: en "casi cada etapa del proceso la población estuvo involucrado y a menudo de forma muy activa"* (Meuwese) esto debido a que la elaboración de este proyecto de Constitución, prácticamente en cada etapa contó con la participación de la población, un hecho innovador y participativo a nivel mundial.

La actual Carta Fundamental de Islandia se remonta al establecimiento de la República en 1944, al respecto la politóloga Hélène Landemore, profesora de la Universidad de Yale, Estados Unidos de América, señala en su Artículo académico titulado *Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment "una versión ligeramente modificada de la constitución colonial anterior al siglo XIX."* (Landemore, 2015)

Algunas fallas en el sistema constitucional del país serían corregidas gracias a este innovador proceso constituyente. Como ejemplo de las disposiciones añadidas por el nuevo texto, podemos señalar el Artículo 65, que introduce un referéndum nacional para aceptar o rechazar una norma y fija un umbral mínimo del 10% del censo electoral, lo que crea un nuevo espacio para la ciudadanía participación. Si el Estado se obliga a traspasar

alguno de sus poderes, ésta deberá ser aprobada en referéndum obligatorio conforme a lo dispuesto en el Artículo 111.

Este proceso fue una iniciativa única que buscaba redactar una nueva Constitución a través de la participación ciudadana y la deliberación colectiva, en respuesta a la crisis financiera y con el objetivo de fortalecer la democracia en el país. Aunque no se promulgó una nueva Constitución, el proceso tuvo un impacto significativo en la conciencia política y la participación pública en Islandia.

C. Chile

Las diversas propuestas de reforma a la constitución de 1980 elaboradas por la comisión designada para esta tarea, fueron presentadas sin la participación de la ciudadanía. La dictadura del general Augusto Pinochet, ratificada por referéndum el 11 de septiembre de 1980, los resultados fueron cuestionados porque no hubo padrones electorales además de garantías debido a las aún severas restricciones a las libertades democráticas, un proceso electoral justo, especialmente aquellas relacionadas con el pleno ejercicio de las libertades de expresión, reunión e información, que caracteriza todas las actividades de este régimen militar.

En 2013, la presidente Michelle Bachelet propuso importantes cambios al texto constitucional en su segundo mandato, inició lo que llamó el “proceso constituyente”, que culminó con el anuncio de su sucesor, el presidente Sebastián Piñera, a pocos días del vencimiento del plazo constitucional Piñera suspendió el nuevo proyecto constitucional.

En octubre de 2019 comienza una ola de protestas populares contra el aumento de las tarifas del transporte público en la ciudad de Santiago, así como casos de neoliberalismo, desigualdad social, costo de vida y corrupción derivada e implementada en una constitución autoritaria.

El objetivo más notable de la movilización popular es la ratificación de la nueva Constitución, para lograrlo, casi todos los partidos políticos acordaron una nueva Constitución política, que culminaría con un referéndum nacional el 25 de octubre de 2020 donde fue rechazado el texto de la Constitución enviado a consulta constaba con 388 artículos que reemplazaría la Constitución de Pinochet de 1980.

Más allá del rechazo del proceso de cambio estructural o rechazar la posibilidad de una nueva Constitución Política, los chilenos exigen cambios estructurales más profundos y

una Asamblea Constituyente originaria, donde tanto los sectores progresistas como los conservadores deberán darse la oportunidad de actuar al respecto.

VI. Implicaciones y Aplicaciones Prácticas

La implementación de las lecciones aprendidas de los procesos constituyentes puede tener profundas implicaciones prácticas. Se discutirán formas de mejorar la participación ciudadana, los mecanismos de deliberación democrática y la protección de derechos en el diseño de un nuevo marco constitucional.

Debemos dejar atrás la Constitución militar de 1972, la cual solo ha sido objeto de reformas Actos Reformativos de 1978, el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994 y el Acto Legislativo No. 1 de 2004, las cuales se emprendieron reformas parciales que poco hicieron para fortalecer la democracia, tanto que los panameños vivían dentro de precarios mecanismos institucionales, se convirtieron en lo que patéticamente Ferdinand Lassalle llamó “una hoja de papel”.

La ciudadanía exige que se les den nuevas instituciones políticas y jurídicas que cumplan con sus exigencias, esto debe generar el inicio de un proceso constituyente, el cual debe ser legalizado en referéndum para realizar un proceso constituyente, entendiendo a este proceso como una serie de pasos a dar para ratificar un nuevo texto constitucional el cual se convierta en el símbolo democrático y legítimo de la voluntad del pueblo.

Los descubrimientos de actos corrupción, inéditos en la historia de nuestra república, han provocado conformismo de los panameños ante estos sucesos, alimentando la indignación de la ciudadanía, que se ha manifestado contra las autoridades para que pongan fin a su armonía con la corrupción y la impunidad existente, la respuesta popular a estos hechos han sido hasta ahora desorganizados y carente de un liderazgo unificado, algo que debemos corregir urgentemente, el poder constituyente en el perímetro de la institucionalidad, es un cambio que se logra a través de elecciones, por lo que estos cambios no sólo sirven al marco de liderazgo establecido, sino que también inician el proceso de ruptura democrática constitucional.

La participación amplia de la sociedad civil en el proceso constituyente es esencial para garantizar la legitimidad y representatividad de la nueva constitución, sin embargo, somos un país diverso, con diferentes realidades y necesidades en sus distintas regiones, la

consultar a los ciudadanos sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente en Panamá refleja la importancia de la participación ciudadana en la democracia.

Ante la Asamblea Nacional se han presentado numerosas propuestas para llevar a cabo una consulta ciudadana, siendo la presentada por las organizaciones Grupo Unidos por la Constituyente y Movimiento Voluntad por la Constituyente, quienes por intermedio del Doctor Miguel Antonio Bernal, presentaron ante la Oficina de Participación Ciudadana de la Asamblea Nacional la más reciente propuesta a una quinta papeleta en las elecciones generales a celebrarse en Panamá el próximo 5 de mayo del 2024. Dicha propuesta fue declarada no viable al existir ya el Anteproyecto de Ley N°085 del 10 de agosto de 2023 presentado por la Diputada Zulay Rodríguez.

Algunos de los sectores de la sociedad panameña vienen impulsando la quinta papeleta, para que sea incluida en las elecciones de mayo y se le pregunte al pueblo, si quiere o no una nueva Asamblea Constituyente Originaria, ya que la paralela creada por los diputados, desconoce el Poder Constituyente y la soberanía popular.

La discusión y el reto de una nueva Constitución en Panamá se enmarcan en un contexto político y social complejo. El éxito de este proceso surgirá de la voluntad política de los actores involucrados, el grado de consenso que se logrará construir, la participación ciudadana efectiva y una consideración cuidadosa de los intereses y necesidades de todos los panameños. Si se aborda con transparencia, responsabilidad y apertura, una nueva constitución podría convertirse en una herramienta para fortalecer la democracia, proteger los derechos de los ciudadanos, y promover un desarrollo sostenible e inclusivo en el país.

VII. Conclusiones

Debemos asegurar la participación de diversos actores y sectores de la sociedad, la inclusión de grupos indígenas, organizaciones de la sociedad civil, movimientos sociales, partidos políticos y otros actores relevantes, al involucrar a una amplia gama de voces y perspectivas, se garantiza que el proceso constituyente refleje la diversidad y pluralidad de la sociedad panameña.

Es esencial que sea un proceso constituyente que proteja los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo que garantizara que la nueva Constitución sea un instrumento que proteja y promueva los derechos y libertades de todos los ciudadanos.

VIII. Referencias

- Amaya, J. (2018). *El control de la democracia y de las reformas constitucionales*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Antinori, I. (1992). *La Constituyente, es el camino para la Democratización Nacional*. Panamá: Imprenta Ziur.
- Arauz, H. (2005). *El Poder Constituyente en Panamá - Un Análisis Crítico De Su Evolución*. Panamá: Librería Universal Books.
- Arroyo, D. (1983). Sentido y Alcance del Artículo Segundo de la Constitución de la República de Panamá. En *Anuario de Derecho N°12* (págs. 43-76). Panamá.
- Bernal, M. A. (2021). *¿Hacia dónde vamos?: Crítica a la teoría pura de la política criolla*. Panamá: Instituto de Estudios Políticos e Internacionales.
- Constitución Política de la República de Panamá. (2017). Panamá: Editorial Interamericana S.A.
- Córdoba, R. (2009). *La asamblea constituyente paralela: Un estudio jurídico-político*. Panamá: Instituto de Estudios Políticos e Internacionales.
- De La Guardia, J. (1983). *Participación y Democracia en Panamá: una aproximación al estudio de la realidad panameña*. Panamá: Universidad de Panamá.
- De Vega, P. (1988). *La reforma constitucional y problemática del poder constituyente*. España: Edit. Tecnos.
- González Montenegro, R. (2011). *La Problemática de la Reforma Constitucional*. Panamá: Lithio Editorial Chen.
- González Montenegro, R. (2023). *Unas Reflexiones Críticas sobre el Poder Constituyente*. Panamá: Procuraduría de la Administración de Panamá.
- González, P. (2003). *El rol de la Constitución en las Sociedades Democráticas*. República Dominicana: Edit. Criplo.
- Gurziz, S. (2005). *La Evolución Jurídica del Poder Constituyente en el Istmo de Panamá*. Panamá: Universal Books.
- Landemore, H. (2015). Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 23, Number 2.
- Lassalle, F. (1983). *¿Qué es una Constitución?* Madrid: Ariel.
- Luis, A. (2015). *¿Cuál Constitución? La Constitución Pendiente de Panamá*. Panamá: Asamblea Nacional de Panamá.
- Meuwese, A. (s.f.). *Elaboración de constituciones populares: el caso de Islandia. Los fundamentos sociales y políticos de las constituciones*. Prensa de la Universidad de Cambridge.

- Naranjo, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Colombia: Edit. Temis.
- Pedreschi, C. (1980). *Asamblea Constituyente y Realidad Nacional*. Panamá: Imprenta Ziva.
- Pedreschi, C. (2004). *Una nueva Constitución: ¿Por qué y cómo?* Panamá: Edit. Libertad Ciudadana.
- Pisarello, G. (2014). *Procesos Constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Editorial Trotta.
- Prado, S. (2021). *Hogueras Rebeldes, antología del movimiento estudiantil y juvenil panameño (1920-2020)*. Panamá: imprenta Boski .
- Quintero, C. (1973). *Principio de Ciencia Política*. Panama: Editorial.
- Quintero, C. (1998). *Crítica a la Teoría Tradicional del Poder Constituyente*. Panamá: Editorial Portobelo.
- Rodríguez, R. D. (2000). *Democracia participativa y nuevos movimientos sociales*. Panamá: Cultural Portobelo.
- Serna De La Garza, J. M. (2009). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina: Tendencias y perspectivas*. México DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- TricbunalElectoral. (2024). *Informe a la Nación de Elecciones Generales*. Panama.
- Turner, A. (2014). *La constitución de 1946 y la constituyente que le dio origen*. Panamá: Lithio Editorial Chen.
- Zambrano, F. (2012). *Hacia un Tribunal Constitucional*. . Panamá: Instituto de Estudios Políticos e Internacionales.

**La metodología de la investigación jurídica en el nuevo Código Procesal Civil a la luz del procedimiento probatorio de divulgación (Discovery).
The methodology of legal research in the new Code of Civil Procedure in the light of the probative procedure of disclosure (Discovery).**

Por: Carreyó, Nelson

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Metodología y Ciencias del Derecho

Panamá

Correo: nelsoncarreyo@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-4772-7891>

Entregado: 2 de abril del 2024

Aprobado: 5 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6408>

Resumen

En el presente artículo vinculamos la Metodología de la Investigación Jurídica con el Derecho Procesal mediante el examen del Procedimiento de Divulgación o Discovery como método para permitir la resolución de conflictos de naturaleza civil de manera más efectiva desde el ángulo probatorio. Se examina el origen del instituto y se ofrecen algunas orientaciones sobre los diferentes instrumentos reflejados en el Código Procesal Civil creado por la Ley 402 del 9 de octubre de 2023 y que a partir de 2025 entrará en vigor derogando el Libro II del Código Judicial. El estudio del instituto abordado en este trabajo, en conjunto con otros como la definitiva entronización de la oralidad en el proceso civil y la Audiencia Preliminar exigen un pormenorizado análisis para hacer que los avances obtenidos con su utilización logren los objetivos propuestos de eficacia y economía procesal redundando en una justicia acorde con la modernización y la científicidad.

Palabras clave: Divulgación. Métodos. Pruebas anticipadas. Metodología de la Investigación Jurídica y Derecho Procesal.

Abstract:

In this paper, the Research Methodology is linked to Procedural Law through the examination of the Disclosure or Discovery Proceeding as a method to allow the resolution of conflicts of a civil nature more effectively from the evidentiary angle. The origin of the institute is examined and some guidance is offered on the different instruments reflected in the Civil Procedure Code created by Law 402 of October 9, 2023 and which will come into force on 2025, repealing Book II of the Judicial Code. The study of the institute addressed in this work, together with others such as the definitive

enthronement of orality in the civil process and the Preliminary Hearing, require a detailed analysis to ensure that the progress obtained with its use achieves the proposed objectives of procedural efficiency and economy. resulting in justice in line with modernization and scientificity.

Key words: Disclosure, Discovery. Methods. Anticipated evidences. Legal Research Methodology and Procedural Law

Introducción

Estas primeras líneas son para agradecer a Dios por permitirme contribuir en con esta publicación. La materia objeto de este trabajo se ubica en el Derecho Procesal y el Derecho Probatorio, encontrando tipicidad en los artículos 434-458 de la Ley 402 del 9 de octubre de 2023 publicada en la Gaceta Oficial N° 29887-A del 11 de octubre de 2023 que adopta el Código Procesal Civil y deroga todo el Libro II de la Ley 29 de 25 de octubre de 1984 que adoptó el Código Judicial.

Como sabemos el sistema legal de cualquier nación es un reflejo de su sociedad y evoluciona con ella; por lo que en Panamá, la legislación en materia procesal, ha sido objeto de un proceso continuo de revisión destinado a adaptarla a las cambiantes necesidades sociales con la finalidad de garantizar una administración de justicia eficiente y efectiva.

La Teoría General del Derecho Procesal y del Derecho Probatorio seguramente evolucionarán significativamente con el Procedimiento de Divulgación en el procedimiento civil, lo cual generará discusiones teóricas y prácticas debido a la introducción de instituciones del sistema anglosajón o *common law* al romanista o continental como es dicho procedimiento. Esto será realidad el próximo 2025. Por tanto su análisis y estudio son de gran utilidad, pertinencia y actualidad para la academia y el foro.

En la Introducción de mi libro Derecho Procesal Marítimo (Carreyó 2019) escribí que

“el procedimiento de divulgación o Discovery, el, cual permite conocer anticipadamente el cúmulo de medios de prueba de nuestro adversario y cuyas bondades y experiencia estimamos son útiles para reformas no solo del procedimiento marítimo que ya requiere revisión en este aspecto, sino de nuestro procedimiento civil.”

La última parte del anterior pasaje se hizo realidad con la Ley 402 de 2023.

Los esfuerzos en el presente trabajo son para de manera general articular el mundo epistemológico del pensamiento complejo y transdisciplinar, la Metodología de la Investigación Jurídica y el del Derecho Procesal y de manera particular exponer cada uno de los apartados identificados en al inicio de esta Introducción.

1. Conceptos principales sobre el tema probatorio en general.

El término prueba no es unívoco ni exclusivo del Derecho y comparte con todas las ramas del conocimiento la característica de reconstrucción del pasado y medio para encontrar la verdad utilizando la ciencia, el método, y la investigación, para convencer sobre una determinada hipótesis.

Sin poder analizar a profundidad la discusión acerca del carácter científico que se presenta en el derecho procesal sobre la prueba en términos generales y la prueba pericial, por ejemplo, Google nos ilustra diciendo que “ciencia” es una rama del saber conformada por un conjunto de conocimientos *“objetivos y verificables...obtenidos mediante la observación y la experimentación, la explicación de sus principios y causas y la formulación y verificación de hipótesis,”* y que tiene como característica *“una metodología adecuada para el objeto de estudio y la sistematización de los conocimientos.”*

De allí que consideremos que entre la prueba en derecho procesal y la prueba científica en general, existan más similitudes que diferencias ya que en el proceso la actividad probatoria también es de naturaleza esencialmente objetiva y susceptible de confirmación o algún grado de control, y además, se logra mediante la observación, experimentación y explicación de principios, causas e hipótesis, todo ello bajo una sistematización de pasos o metodología.

Es desde este ángulo que vinculamos la Metodología de la Investigación Jurídica con el Derecho Procesal intentando hacerlo mediante la Transdisciplinariedad, es decir, buscando integrar disciplinas, y que desde dicha integración surja un desarrollo epistemológico relevante, más allá de su individualidad, y también desde la Teoría de la Complejidad o del Caos, por medio de la cual se pueden encontrar nuevos hallazgos, informaciones y por tanto evidencias.

Como metafóricamente dice Weiss, P. (1971)

Al igual que un pintor, que se aleja periódicamente del cuadro para conseguir mejor perspectiva, el investigador sale a veces de las profundidades de su especialidad para revisar el tejido coherente y significativo que se forma de innumerables componentes hilados en forma tan poco visibles como el suyo propio.

Para ser buen abogado y tener éxito en los trámites procedimentales es imprescindible probar nuestras afirmaciones, las de nuestros clientes o la de terceros. Va de suyo entonces que para ello por tanto se requiere ser también buen investigador pues todo procedimiento probatorio está precedido por una investigación aun desde el prisma del lego.

Si añadimos a lo anterior la científicidad, y por tanto una metodología, el resultado tenderá a ser más robusto y susceptible de convencer, lo cual se logra precisamente con (quizá la más importante de las funciones que se cumple en la práctica el Derecho y otras disciplinas) la actividad probatoria¹.

Lo anterior se proyecta desde el aprendizaje a la luz de la cotidianeidad vital para lograr, sobre todo, el saber ser y convivir, por medio de un saber hacer, desde la formación por competencias pero humanizadora y dignificante.

A quienes tenemos como labor la docencia todo ello se debe identificar en el acto educativo (a todos los niveles) a la luz del paradigma constructivista siempre con la finalidad de vivir en un mundo mejor.

Como se puede ver, la Epistemología de la Investigación Jurídica no puede ser reduccionista, sectorial, minimizada o monodisciplinaria, sino que un marco de investigación y acción verdaderamente útil, debe ser complejo y multidimensional por naturaleza, lo cual supone enfoques conceptuales y metodológicos que asuman dicha realidad.

No es fácil encontrar autores que aborden este tema, álgido por naturaleza; sin embargo, Mancha, P. (2015), citando a Ruhl (1996), nos da ejemplos de la aplicación jurídica de la Teoría de la Complejidad en su naturaleza normativa al referirse al “*patchiness and coupling*” sosteniendo que “*(p)atchiness refers to the degree of dispersal of the lawmaking power, and coupling refers to the degree of interrelatedness between the units into which that power is dispersed*”.²

1. Algunos términos pertinentes.

2.1. La prueba, el medio y la fuente.

¹ Además de tener el derecho, por supuesto, y de que nos sea concedido, como algunos jocosamente pudiesen decir.

² La irregularidad se refiere al grado de dispersión del poder legislativo, y el acoplamiento se refiere al grado de interrelación entre las unidades en las que se dispersa ese poder. (Traducción libre)

Conviene diferenciar estos términos. Mientras que la prueba es el conjunto de razones por las cuales el juzgador admite un hecho, el medio es el instrumento a través del cual lo logra; y la fuente es el mismo hecho del cual se deduce la prueba.

2.2. Probática y prueba.

El derecho probatorio es la rama del derecho que se ocupa de las pruebas jurídicamente contempladas. Abarca todo el conjunto normativo que regula la prueba de los hechos en el proceso y básicamente se descompone en reglas de admisibilidad, práctica y valoración.

En consecuencia, el derecho probatorio propiamente no enseña a probar, y que como acabamos de ver es el objeto de la probática, sino que lo reglamenta. Tal vez por esto Sentís Melendo consideraba una incongruencia los términos derecho y probatorio pues la prueba es libertad, y en el momento en que el Derecho intenta someterla a normas rígidas deja de ser prueba para convertirse, si no en su caricatura, en algo que ya no lo es (Sentís, 1979, citado por Cruz, 2015).

Muñoz Sabaté (2007) por su parte nos dice que *“La probática es una epistemología de la prueba concebible como ciencia aplicada para lograr, partiendo de una previa actividad investigadora, la reconstrucción de los hechos en el proceso judicial”*. Por tanto, uno de los aspectos que más importancia tiene en materia de litigios es la producción de medios de prueba que puedan permitir al juez la reconstrucción de los acontecimientos que no presencié.

De allí que al hacer uso de la Divulgación podamos enriquecer el procedimiento probatorio con el objeto de alcanzar el valor verdad como uno de los fines del derecho. Además, entre mayor sea la cantidad de elementos de convicción que se aporten al proceso, mayor será la probabilidad que haya coincidencia entre validez y verdad.

2.3. El Discovery o Divulgación

En mi libro Metodología y Técnicas de Investigación Jurídica (Carreyó, 2019) manifiesto que

“la tarea del descubrimiento de las fuentes (formales y materiales) del conocimiento, provocar la curiosidad propia de todo proceso de investigación científica, a través de las actividades que envuelven sus fases, observando fenómenos de la realidad, estableciendo suposiciones o ideas, probando su grado de fundamento, revisándolas o analizándolas, y aclarando, modificando, o generando nuevas”.

Estas ideas son perfectamente aplicables al procedimiento bajo análisis.

El vocablo describe la institución procesal de origen anglosajón objeto de nuestro estudio cuyo objetivo es la revelación de hechos, documentos, títulos u otras cosas que están dentro del exclusivo conocimiento o posesión de una de las partes y que le son necesarias a la contraparte para el ejercicio más efectivo de su derecho de acción.

El procedimiento es revolucionario al realizarse sin control judicial inicial puesto que las normas permiten que las partes se intercambien directamente las peticiones de pruebas entre sí sin la participación directa y control a priori del juez.

3 El Procedimiento de Divulgación o Descubrimiento (Discovery)

Me he sentido atraído por esta institución a la que vamos a dedicar especial atención y quizá mi enamoramiento con ella provenga de su extranjería y desconocimiento; pero no puedo dejar de atribuirle importancia al desafío que implica convencer de sus beneficios y de la necesidad de su integración al derecho procesal civil panameño.

3.1. Origen y ubicación de la Institución

Sabemos que en el mundo occidental existen dos formas de procesamiento principales identificadas de diversas maneras: por un lado la del derecho continental, derecho civil o *civil law*, y por el otro la del derecho consuetudinario, anglosajón o del *common law* cuya génesis está en el derecho casuístico o del precedente, de las que a su vez se deriva una rica diversidad de vertientes o corrientes³.

El sistema de procesamiento anglosajón o del *common law* tiene un procedimiento bifásico que se inicia con una etapa preparatoria (*pre-trial*) en la cual se permite obtener información sobre defensas y pruebas de la parte contraria, antes del juicio o antes del inicio del proceso propiamente dicho, en la que se practican pruebas⁴ en audiencia oral.

Por su parte, en el sistema civilista el proceso se inicia con lo que se conoce como la traba de la *litis* o *litis contestatio*, o fase de resistencia que en la moderna doctrina se identifica como la *relación procesal*. Quiere decir entonces que se entabla la demanda que se notifica al demandado a quien a partir de ese momento le corre término para

³ En términos generales el modelo *anglosajón* tiene como referentes a Inglaterra y Estados Unidos, mientras que el *civil* tiene al francés seguido por Bélgica e Italia, el *austríaco-alemán* seguido por los países escandinavos y Europa oriental y Japón, y el portugués y español de enorme influencia en Brasil y América latina respectivamente.

⁴ A lo largo de este trabajo utilizaremos indistintamente los términos “pruebas” y “medios de prueba” para significar tanto las razones o motivos que conceden certeza a los hechos, como los instrumentos a través de los cuales dichas razones se hacen de conocimiento del juzgador. Las pruebas tienen manifestación formal (medios), sustancial (hechos) y resultado subjetivo (convencimiento del juzgador). H. Davis, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Temis S. A., Bogotá, 2005, p. 19.

contestar, defenderse y oponer excepciones o contraatacar, todo lo cual supone la producción de medios de prueba.

Los procedimientos del *common* y *civil law* se han desarrollado en dos direcciones: mientras que en el del *civil law* predomina la prueba documental y una significativa dirección judicial (inquisitivo), en el *common law* la aportación escrita es menor y la obtención de pruebas se deja más en la actividad de parte (dispositivo).

La función que esencialmente cumple el Procedimiento de Divulgación es contrarrestar los inconvenientes del sistema adversarial o dispositivo en el sentido que, si no le favorece, una de las partes puede ocultar o negarse a proporcionar información a la otra; también, al igual que con el Aseguramiento de Pruebas el propósito es evitar la pérdida o desaparición de medios de prueba.

Referirme al Procedimiento de Divulgación constituye motivo de satisfacción no solamente porque ha sido parte de la especialidad en mi formación académica sino por cuanto he tenido la oportunidad de comparar resultados en distintos sistemas de procesamiento local e internacionalmente, además de sentirme atraído por esta institución, confesando mi apasionamiento con ella por lo que no dudé en aceptar el desafío que implica intentar convencer de la utilidad e importancia de su integración a todo el derecho procesal panameño y de otros países.

El Discovery, como se le conoce en el mundo anglosajón al Descubrimiento, es una institución que en la práctica resulta de enorme utilidad y que como antes expresamos podría y de seguro logrará que la justicia civil cumpla con mayor eficacia su rol en la sociedad.

La génesis del instituto se encuentra en la Federal Rules of Civil Procedure (26 a 37) de Estados Unidos, cuya primera versión surgió en 1938 y en la que como antes explicamos existe una fase preparatoria y una fase de debate y pruebas.

Según Wikipedia, dichas reglas tienen como antecedente el procedimiento ante las *Chancery Courts* del Reino Unido donde nacen las “*posiciones*” o *absolución de posiciones*” que en algún tiempo eran admitidas por nuestro ordenamiento procesal civil pero que de éste fueron erradicadas ya que presentaban afectación de derechos en casos de negativa a declarar, respuestas evasivas o incomparecencia de la parte citada.⁵

⁵ Se trataba de preguntas de la parte contraria a las que solo se podía responder aceptándolas o negándolas.

Estas “*positiones*” fueron eventualmente reemplazadas por interrogatorios y si bien el Discovery no existía en el common law, si se vieron en los procedimientos ante los tribunales de derecho consuetudinario en Equidad llevando a otra innovación a mediados del siglo XV para perpetuar testimonios de personas de edad avanzada o con problemas de salud.

Las reglas fueron adoptadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 20 de diciembre de 1937, en vigor desde el 16 de septiembre de 1938, representando una evolución significativa en la historia del procedimiento civil de ese país pues fue la primera vez que los tribunales federales contaron con uniformidad normativa en los litigios civiles. La más reciente versión data de 2017.

En Panamá hemos venido desarrollando un Discovery a nuestra medida y propia cultura, haciéndose presente desde hace muchos años cuando a través de la Ley 8 del 30 de marzo de 1982 se adoptó el Código de Procedimiento Marítimo (1982), cuyo Título III (Reglas Comunes al Procedimiento Marítimo), Capítulo VII (Pruebas), Sección 2.^a (Aseguramiento de Pruebas) la incluye, y posteriormente con las reglas de procesamiento en el Derecho de Protección al Consumidor (2006) que actualmente lo recoge sin cambios en el Capítulo IV Título VI (Procedimiento Jurisdiccional) la Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007 (artículos 130-189).

Aunque Panamá es un país que se ubica dentro de los sistemas jurídicos de corte romanista, y por tanto del *civil law*, la influencia anglosajona, específicamente estadounidense, se ha hecho presente de manera intensa a través de esta institución configurando un régimen de procesamiento mixto que incluye importantes instituciones como la Audiencia Preliminar (*pretrial hearing*), el procedimiento abreviado (*summary judgement*), y el *Discovery*, que pervive con instituciones propias del sistema matriz del derecho civil, y complementan y contribuyen a su mayor efectividad.

Según el Comité Asesor de las Reglas, en la última reforma de las FRCP (2020) se estableció que objetivo es “*conducir a las partes a gestionar las disputas y aportar eficiencia*” mediante “*intercambios sinceros sobre los propósitos de la deposición*” refiriéndose también a “*la estructura de información de la organización pueden aclarar y centrar los asuntos a examinar, y permitir ...designar y preparar un testigo o testigos apropiados, evitando así desacuerdos posteriores*” lo cual incluye personas jurídicas y dibuja de cuerpo entero el Principio de Lealtad y Buena Fe Procesal. (De-Lucchi-López-Tapia, Y. (2023, p. 15).

3.2.Diferencia con otros procedimientos similares. Las Pruebas Anticipadas y Aseguramiento de Pruebas vs el Procedimiento de Descubrimiento o Divulgación

Mientras en el Código Judicial el Aseguramiento de Pruebas se encuentra regulado en el Capítulo II (arts. 815-831) del Título VII (Pruebas), y se confunde con los diferentes medios de prueba, en el nuevo Código Procesal Civil está en el Capítulo II, aparte y diferenciado de otros procedimientos del Título II (Pruebas) Libro III (Disposiciones Comunes a los Procesos), De esta manera se impide y subsana que se *identifique como Aseguramiento de Pruebas lo que en realidad se denomina en la doctrina norteamericana e inglesa de donde proviene, el Descubrimiento o Divulgación.*

El Aseguramiento de Pruebas o Pruebas Anticipadas, a diferencia del Descubrimiento o Divulgación, constituye el procedimiento para obtener aquellas pruebas que pueden practicarse antes que la *litis* se trabee. Son medidas encaminadas a impedir que el medio se desvirtúe o se pierda, o que su práctica se haga imposible, y busca conservar las cosas y circunstancias de hecho que deben ser probadas en el proceso. Por su parte, las reglas del Procedimiento de Divulgación tienen aplicación una vez trabada la *litis* pero antes que se practique la Audiencia Final (AF).

3.3.Finalidades u objetivos del Procedimiento de Divulgación

Las normas que regulan el Procedimiento de Divulgación sirven para determinar y cernir los hechos de la demanda en beneficio de la economía procesal. Al igual que la Audiencia Preliminar, por medio del Procedimiento de Divulgación se ahorra tiempo y esfuerzo en la obtención de pruebas e información que de otra manera no sería de conocimiento de los sujetos procesales bajo cuyo control no se encuentran, especialmente del juzgador.

Sus notas más sobresalientes y características son:

3.3.1. Las actuaciones son inicialmente interpartes, es decir sin la participación del tribunal.

Según el art. 438, el trámite se inicia dejando copia del escrito en las oficinas del apoderado judicial de la parte a quien va dirigido, la cual deberá contestar al tribunal dentro de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la notificación. Los artículos 435 y 436 confirman que el procedimiento se inicia interpartes. El artículo 435 dice que *“La divulgación de medios de prueba se efectuará siempre entre las partes del proceso,*

sin necesidad de intervención del juez, excepto en las circunstancias previstas en este Capítulo.”

Y el 436 dice que a menos que el juez fije limitaciones, cualquier parte podrá exigir a las otras que le suministren, admitan, reconozcan o muestren información, cosas, documentos y hechos o se sometan a exámenes físicos o mentales y permitan el acceso a propiedades y terrenos, **sin la intervención del tribunal**, con relación a cualquier asunto, no sujeto a secreto profesional, o que tenga restricciones legales.

Sin embargo, el artículo 438 dice que la parte que solicita la divulgación también deberá presentar copia de dicho escrito al tribunal adjuntando una declaración jurada haciendo constar lugar y fecha en que dio traslado del escrito de divulgación. Este requerimiento no era parte de las normas de divulgación originales pero la práctica judicial de así hacerlo se impuso, lo cual ha sido recogido por esta norma.

Las peticiones pueden alcanzar incluso a terceros en posesión de documentos susceptibles de ser descubiertos o divulgados, único caso que incluye un test de proporcionalidad (art. 478).

3.3.2. El descubrimiento se puede hacer completo desde los inicios del proceso

El Procedimiento de Divulgación permite a un abogado saber tanto de un caso, con ciertas limitaciones, como el abogado que representa a la contraparte y ella sabe. Los hechos, opiniones, conclusiones, teorías, y aun el material con el que se prepara el proceso están allí para ser investigados a través de este procedimiento.

Se trata de un instrumento para investigar lo bueno, lo malo y aun lo que parece indiferente en un caso, si se desarrolla con una metodología de interrogación correcta. Permite entonces que aquel a quien se le interroga se vea precisado a su vez a profundizar e investigar más su propio caso. El interrogatorio deberá tener un máximo de veinticinco (25) preguntas y estas podrán contener preguntas relacionadas.

Por su parte, el intercambio de hechos concede a todas las partes la oportunidad de obtener información desde un momento incipiente del proceso de manera eficiente y efectiva. Si cada parte tuviese que obtener dicha evidencia unilateralmente, y sin ayuda de la otra u otras, como actualmente sucede, el resultado es predecible. Existirá mayor dificultad en lograr conocer la verdad y por tanto de demostrarla durante el proceso.

3.3.3. Equilibrio

El Procedimiento de Divulgación suministra a las partes y sus abogados amplia oportunidad para descubrir casi cualquier cosa que necesite conocer en un caso y el tribunal tiene amplias facultades para concederlo o denegarlo.

No se permite una divulgación ambigua o “*de todo lo que la otra parte sepa o conozca*”, es decir una investigación sin concreción material. Las normas contienen un balance entre la necesidad de una parte de conocer los hechos con la capacidad de la otra de suministrarlos.

3.3.4. Documentación de testimonios

Las normas de divulgación permiten establecer tanto el conocimiento como el desconocimiento de un testigo o la parte y localizar e identificar evidencia tangible para una utilización posterior.

Las declaraciones podrán ser con testigos voluntarios (art. 440) notificando con al menos cinco (5) días de anticipación a todas las partes, o mediante boleta con al menos diez (10) días al testigo (441) y se tomarán ante persona autorizada por el tribunal quien también podrá ser funcionario y cuyo nombre se encuentre dentro de lista confeccionada por la Corte Suprema. El interesado deberá notificar a la contraparte la cual tendrá 10 días para oponerse a la petición (art. 438) y pagará por los equipos de grabación, honorarios de la persona autorizada y la transcripción (art. 445.6).

3.3.5. Determinación de la pretensión y de los hechos importantes o esenciales y la corrección de la demanda.

Esta función de las normas de divulgación es similar a la de la Audiencia Preliminar al disminuir aún más los esfuerzos por obviar discusiones innecesarias o estériles.

Obsérvese que si el demandante no pueda explicar, habiéndosele requerido, cómo se desglosa el monto de la cuantía reclamada y qué documentos o pruebas la justifican, el juez ordenará la corrección de la demanda a fin de que se haga, salvo casos de pretensión de daño moral. El juez igualmente ordenará la corrección de la demanda solicitando eliminar una pretensión si habiéndose pedido indicar o señalar los hechos de la demanda que la sustentan, no enuncie ningún hecho que la sustente. En ambos casos, si el demandante no corrige oportunamente, se archivará el expediente (art. 450).

3.3.6. Promueve la celebración de transacciones y arreglos

La divulgación permite el intercambio de información, opiniones, reclamos, y defensas suministrando a cada parte la oportunidad de observar la conducta, actitudes y respuestas de testigos así como verificar autenticidad de documentos oportunamente, es decir antes de la Audiencia Final con lo cual se facilita una evaluación realista del valor del caso.

Una utilización exhaustiva del Procedimiento de Divulgación deja pocas razones a abogados razonables para no satisfacer los mejores intereses de sus clientes y decidir adecuadamente si continuar con el proceso o terminarlo por transacción o negociación.

3.3.7. Promueve la adopción de decisiones basadas en hechos exactos, no en conjeturas y sorpresas.

El Procedimiento de Divulgación permite al litigante estar mejor preparado y convertirse en un profesional más efectivo, aumentando la posibilidad de que las resoluciones sean más justas y por tanto jurídicas. Contar con hechos demostrados por la contraparte los hace más creíbles y válidos para sustentar la teoría del caso. Y el juzgador se sentirá más seguro al fundamentar su sentencia.

3.3.8. Proporciona un método económico de resolución de disputas

Cuando obtenemos medios de prueba de la contraparte no se tiene que invertir en gravosos peritajes que hacen más caro los procesos. Por ejemplo, con descubrir los ingresos reales podemos desarrollar una tesis que arroje resultados numéricos sin acudir a un contador, economista o actuario. Tampoco se tiene que invertir en investigar hechos cuantitativos que puedan incidir en los aspectos monetarios del proceso o identificar testigos que den fe de dichos aspectos.

Estas finalidades constituyen ventajas o funciones que se identifican con, y son esenciales para, el mantenimiento de los principios que adornan nuestro sistema de derecho procesal. Es más, la efectividad de los Principios del Derecho Procesal se ve mediatizada sin la existencia de mecanismos como este procedimiento. Si logramos que se acepte esta idea como cierta, habré cumplido el propósito del presente artículo.

No dudo que habrá quienes propongan que este método obstaculiza el proceso; pero esta actitud seguramente se derivará de su desconocimiento o utilización inadecuada de las normas que lo regulan.

Otros dirán que permite atrasarlo, pero esto sólo demostraría los abusos que podrían derivarse de una deficiente utilización para lo cual debemos estar preparados.

No obstante, para la mayoría de los abogados, de lo cual tampoco me cabe la menor duda, el Procedimiento de Divulgación constituye o constituirá un mecanismo eficiente y efectivo, así como económico, de representar un cliente en un proceso judicial, una perspectiva que por sí misma debe servir para promover su utilización. El sistema fomenta y estimula a los abogados a ser más diligentes y a utilizar métodos más económicos de intercambio de información.

Hace mucho tiempo Newton descubrió, en otro contexto, que toda ventaja tiene una desventaja. Esto es así también con el Procedimiento de Divulgación. Puede resultar caro y lento al principio; pero a la larga fuerza a la contraparte a prepararse mejor, o a reaccionar también utilizando el Procedimiento de Divulgación lo cual redundará en efectividad y justicia.

Sin embargo, si se deja de aplicar la teoría y *rationale* fundamento del procedimiento, el peligro está al acecho. Por tanto, la comprensión y aplicación de las razones de cada norma es la mejor manera para determinar cómo debe ser interpretada y aplicada.

Dichas normas se han adoptado basadas en una serie de supuestos que pueden o no presentarse en los hechos o circunstancias específicas de cada caso. Ello indica entonces que no pueden utilizarse de manera automática o mecánica, sino que requieren la comprensión de un filósofo legista y la aplicación de un artista jurídico, ambas de cuyas cualidades deben adornar tanto al abogado litigante que las ponga en práctica como al juez que las vaya moldeando con la jurisprudencia.

4. Tipos de medios susceptibles del Procedimiento de Divulgación

El artículo 434 enumera dichos medios diciendo que son:

- “1. **Declaraciones juradas** mediante preguntas orales o escritas.
2. **Interrogatorios** escritos dirigidos a las partes.
3. **Suministro y exhibición de documentos** u otros objetos.
4. Permiso para entrar en terrenos u otras propiedades con el objeto de efectuar **inspecciones** y para otros fines.
5. **Exámenes físicos o mentales.**
6. Solicitud de **admisión de hechos** y reconocimiento de cosas o documentos relacionados con el objeto del proceso.”

Sería muy extenso analizar cada uno. Por razones de espacio dejaremos para una próxima entrega esta tarea, limitándonos a esbozar algunos aspectos y comentarios de nuestra práctica.

5. Prohibiciones o limitaciones

A petición de parte y por justa causa, la parte requerida puede pedir protección del tribunal contra molestias, humillaciones, gastos injustificados u otro abuso solicitando que no se permita la divulgación o que solo se haga bajo ciertos términos y condiciones, incluyendo hora, fecha y lugar.

También se puede pedir que la divulgación sea por un medio distinto al solicitado, o que se investiguen solo ciertos asuntos, o que se haga únicamente en presencia de personas designadas por el Tribunal y que una vez que una declaración sea sellada solo pueda ser abierta por orden del Tribunal.

Finalmente, la norma permite pedir que se prohíba la divulgación de un secreto comercial u otras investigaciones, descubrimientos o informaciones confidenciales y que las partes presenten al tribunal determinados documentos o informaciones simultáneamente y en sobres sellados para ser abiertos solamente cuando el tribunal lo ordene.

6. Onus probandi

La parte que se oponga a la Divulgación tiene sobre sus hombros la carga de la prueba para demostrar por qué no se debe permitir o conceder la prueba que se pide dar a conocer.

En un caso emblemático de la jurisprudencia norteamericana la parte requerida objetó una solicitud de divulgación porque a su juicio constituía lo que se ha llamado peyorativamente una “*expedición de pesca*” de documentos, utilizando el mismo lenguaje de dicho caso *Hickman vs Taylor*.

Una parte no puede negarse a responder interrogatorios basándose en que la información solicitada es únicamente de su abogado pero eso no fue lo que aconteció en *Hickman* sino que se había solicitado la presentación de documentos preparados por el abogado de una parte después que se presentó la demanda.

En realidad lo que se necesita saber es qué calidad y cantidad de peces podemos capturar. La conclusión fue que en casos de necesidad, la entrega de la información puede estar permitida cuando está incorporada en la documentación del abogado pero solo cuando no

se encuentran disponibles métodos alternativos para adquirirla como testigos o documentos públicos.

Según Wikipedia, la única limitación constitucional es que la petición “*no sea irremediablemente amplia o gravemente gravosa*”. Si se pide que se produzca “*prácticamente todos los registros de una empresa, o si la carga de clasificar los registros casi paralizaría la operación ordinaria de la empresa,*” la orden no sería lícita. Quizás la confusión esté en el uso de la metáfora “*expedición de pesca*”. El término se utiliza para caracterizar la citación vaga, ambigua o demasiado inclusiva.

7. **Materia susceptible de ser investigada con el Procedimiento de Divulgación**

En cuanto a la naturaleza de la materia o información el artículo 436 dice que puede ser “**Identificación y datos de contacto de personas**” con conocimiento de asunto que deba ser revelado, como testigos o no, especificando si serán llamados a declarar o no; 3. El cálculo de la **cuantía** de la demanda y documentos o pruebas que la sustenten, incluyendo documentos que corroboren su extensión; y 4. Información respecto a contrato de **seguro**.

Igualmente son susceptibles de descubrirse 5. La identidad y datos de contacto de cualquier **perito** que vaya a ser utilizado en el proceso, sea que vaya a presentar informe o simplemente asesore técnicamente a la parte requerida, 6. La identidad y datos de contacto de cualquier **testigo con conocimientos técnicos** sobre la materia en discusión, sea que vaya a declarar como testigo técnico o no, y 7. La identificación de **documento o prueba** a ser utilizada durante el proceso en soporte o defensa de las reclamaciones, incluyendo aquella que digitalizada o electrónica en posesión, custodia o control de la parte requerida.

En el Procedimiento de Divulgación se puede obtener cualquier información relacionada a cualquier asunto (no sujeto a secreto profesional) que sea conducente en relación con el objeto litigioso. Entre los aspectos a tomarse en cuenta está que cualquier asunto incluye lo que la imaginación permita. Quizá en cuanto a la nota de conducencia sea que se suscite mayor controversia. Lo que puede resultar conducente para unos puede no serlo para otros. Lo cierto es que dependerá de la manera como la jurisprudencia vaya dándole forma a la norma. En Estados Unidos se ha interpretado de manera amplia permitiéndose acceso irrestricto a fuentes de información.

No se distingue entre lo sustantivo y lo procesal. Por ejemplo, preguntas acerca de responsabilidad y daños, así como sobre competencia, pueden ser admitidas como claramente divulgables. Los tribunales incluso pueden ampliar los límites de conducencia. Por ejemplo, asuntos que se relacionen o conduzcan a otros que podrían tener relación con

cualquier hecho relevante. Las solicitudes de divulgación se deberán considerar conducentes si existe por lo menos una posibilidad de que la información buscada pueda ser de relevancia a la causa. Opiniones, defensas y conclusiones también son susceptibles de ser declaradas divulgables.

8. Las sanciones

La Ley 402 introduce una serie de sanciones de apremio corporal, multas, indicios, aceptación de hechos, archivo de expediente, impensables hasta ahora, pero indispensables para lograr su cometido.

El artículo 439 dice que quien incumpla la solicitud o haga uso indebido de la información incurrirá en desacato y será sancionado según lo dispuesto en el art. 798, y pagará los gastos y honorarios legales que el trámite genere a la parte requirente y afectada con el incumplimiento. Y el art. 798 señala como pena el apremio corporal por el tiempo de su omisión que no será mayor a 6 meses, pero se podrá sustituir por sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas cuyo importe será a favor del litigante afectado por el incumplimiento.

El procedimiento sancionatorio se inicia por querrela del afectado y no se puede sancionar si existe otra sanción civil o procesal o por rebeldía, ni mientras esté pendiente reconsideración o término para interponerla (art. 799)

Siempre que se sancione con multa a una persona que no se encuentra presente, el juez mediante auto indicará la falta, el fundamento, el monto de la multa y el plazo para pagarla, concediendo 5 días para descargos y pruebas, luego de lo cual confirmará, disminuirá o liberará del pago (art. 800).

Mientras el auto que decide los descargos es apelable en el efecto devolutivo, el que sanciona con multa por actos incurridos durante audiencias o diligencias es reconsiderable.

El segundo párrafo del art. 452 dice:

“Si se formula objeción, esta debe expresar su fundamento. La contestación debe negar específicamente la veracidad de lo afirmado o la autenticidad de un documento, o exponer en detalle las razones por las cuales la parte no puede contestar afirmativa o negativamente. El juez ponderará estas razones y, de no encontrarlas justificadas, ordenará inmediatamente a la parte que conteste afirmativa o negativamente.”

El tema de las sanciones puede surgir cuando se responda la Aceptación de un hecho así:

“Respuesta: Declaramos bajo la gravedad de juramento que hemos solicitado la información pertinente a fin de aceptar o negar este hecho y la misma todavía no nos ha sido suministrado, en consecuencia la información que tenemos al respecto es insuficiente para negar o aceptar lo expuesto, por lo que nos comprometemos que tan pronto tengamos la información que tenemos al respecto es insuficiente para negar o aceptar lo expuesto, por lo que nos comprometemos que tan pronto tengamos la información más completa y más específica la suministraremos a la parte solicitante y al Tribunal.”

Una respuesta de esta naturaleza seguramente será objeto de inconformidad de la petente exigiendo aplicar la norma arriba citada que regula las sanciones, ordenando contestar y concediendo término para ello.

Tampoco sería aceptable otra que dijese: *“Una vez que tengamos las informaciones completas concurremos a brindar satisfactoriamente las respuestas a los aseguramientos...”*.

¿Cuánto tiempo se tendría que esperar para que una parte haga llegar la información? Hasta que le provoque? Este es el punto que deseamos enfatizar. La ley ordena que la parte a quien se le formula una petición de Divulgación hacerlo dentro de un término. ¿Cumpliría una parte que responda de las maneras antes expuestas con este término legal? Evidentemente que no. Esto sería poner excusas que no deben ser toleradas por el tribunal por cuanto subvertiría el fundamento mismo de la institución de la Divulgación.

¿Se puede, válidamente, dejar de contestar una pregunta con la excusa que el cliente no ha suministrado información suficiente? Obsérvese que este aspecto está precisamente regulado por la ley. Si la parte demandada no expresa que ha efectuado una investigación razonable como la ley ordena en el segundo párrafo del art 452 es susceptible de ser sancionada.

Es importante que los jueces adopten decisiones respecto a este punto que sirva de orientación a los litigantes, o de docencia procesal, que lo que la ley ordena que sea la parte, no los abogados, (aunque éstos sean los intermediarios a través de quienes las partes se comunican con el Tribunal) quienes establezcan si han hecho o no una investigación razonable sobre lo que se pregunta, para que así tenga sentido la norma.

La violación de la norma de esta manera afectaría sensiblemente los fundamentos y raíces mismas de la institución. ¿Cómo agilizar los procesos si las peticiones no se contestan o se hace con evasivas; y cuando surgen discrepancias éstas no son zanjadas oportunamente por el juez para que la Audiencia Final sea más fluida y efectiva?

La parte demandada o preguntada puede aprovechar para contestar extemporáneamente que niega el hecho si las objeciones no son resueltas oportunamente pues de lo contrario esto constituirá una ventaja procesal para quien omite su deber de responder. Podemos comprender que muchas veces las respuestas no se dan porque los abogados no las recibimos de nuestros clientes; pero eso no puede bajo ninguna circunstancia servir de excusa, pues debe dejarse claro que es al cliente a quien deberá afectar y sufrir las consecuencias, aunque de paso también pudiera incidir en la reputación del abogado.

Ese tiempo que la requerida disfruta, transcurre en su favor y en detrimento de la contraria. Si una parte, injustificadamente se niega a contestar exponiendo excusas sin validez, impide que la parte que interroga o la parte activa en el Procedimiento de Divulgación pueda conocer una respuesta, aunque sea negativa, con la consiguiente afectación del derecho de probar por cuanto no se le puede dar seguimiento a las respuestas como por ejemplo cuando éstas son ambiguas, evasivas o sin fundamento.

Una omisión en la respuesta es mucho más dañina que una respuesta ambigua o evasiva, y esto es importante dejarlo claro por cuanto si una parte contesta (aun indebidamente) las preguntas o admite/inadmite hechos, la contraparte puede tener tiempo de presentar otra petición antes de la Audiencia Final para permitirle preparar mejor su caso o para que las sanciones de la Ley cobren valor y sentido.

Esperamos y pedimos que este asunto no sea objeto del desdén judicial. La Ley ofrece todos los instrumentos sancionatorios para lograrlo. Si el sujeto pasivo de la Divulgación no contesta aduciendo que la parte que representa no puede contestar porque, por ejemplo, se trata de una persona jurídica, ello constituiría un argumento totalmente improcedente y susceptible de sanción que la ley regula específicamente (art.442).

Lo importante es que no se deje transcurrir mucho tiempo sin que el tribunal se pronuncie sobre las objeciones ya que éstas impiden que la finalidad de la divulgación se cumpla. Y el tribunal tutelaría dicho incumplimiento si no se pronuncia sobre la licitud de la objeción oportunamente puesto que el tiempo transcurre en beneficio de la parte que omite

su carga procesal y naturalmente en perjuicio de quien como actor tiene en principio el deber de probar.

Como dice el art. 452, la contestación debe negar específicamente la veracidad de lo afirmado o la autenticidad de un documento, o exponer detalladamente las razones por las cuales la parte no puede contestar afirmativa o negativamente las cuales serán ponderadas por el juez quien de no encontrarlas justificadas ordenará a la parte que conteste afirmativa o negativamente. Incluso los testigos que injustificadamente no comparezcan podrán ser sancionados con desacato lo cual consideramos un notable avance (art.448).

9. Oportunidades probatorias

¿Cuál es el momento oportuno para activarse con el propósito de obtener los medios que puedan apoyar la pretensión y la expedición más ágil de una resolución al conflicto mediante el Procedimiento de Divulgación?

Para comprender la naturaleza jurídica del Discovery panameño, es preciso preguntarnos si existe un período probatorio o mejor dicho cuáles son las oportunidades probatorias.

En los actuales sistemas de prevaleciente orientación continental como el panameño existe un período probatorio angustioso, como en otras jurisdicciones de similar origen.

Sin embargo, la incorporación del procedimiento bajo análisis ha hecho que las pruebas se puedan presentar desde la presentación de la demanda. En efecto, además del Discovery, y contrario a lo que ocurre en EU, como consecuencia del sistema monofásico del proceso, en Panamá la iniciativa probatoria se puede utilizar desde que se traba la *litis* y con la Ley 402 hasta diez -10- días antes de la Audiencia Preliminar, lo cual permite a los sujetos procesales estar mejor preparados para el debate y lograr una más efectiva justicia.

Reiteramos que en el derecho procesal civil panameño ya no existe un término probatorio angustioso como aún se mantiene en otras jurisdicciones salvo la marítima y de protección al consumidor. Y esto es un avance frente a todos los demás procedimientos como el laboral y administrativo (de Panamá y otros países), pues ninguno que haya tenido alguna experiencia litigando negará que hoy tiene un testigo y el día de su comparecencia no se presenta; hoy sabe que existe un documento pero mañana desapareció o fue ocultado.

En el procedimiento civil el momento para practicar la Divulgación transcurre desde la presentación de la demanda (y antes, a través del verdadero Procedimiento de

Aseguramiento de Pruebas), hasta **10 días antes de la Audiencia Preliminar**. Las oportunidades para aducir pruebas están establecidas por el art. 618 así:

1. Con la demanda y su contestación o fecha que debió ser contestada
2. con la reconvención o demanda de coparte,
3. con las excepciones, incidentes y demás escritos, o
4. hasta 10 días antes de la Audiencia Preliminar

Las contrapruebas hasta 5 días antes de la Audiencia Preliminar.

El artículo 620 dice que en materia de recursos, consulta y pruebas para la segunda instancia, los procesos de mayor cuantía, así como los procesos de menor cuantía, se regirán por lo establecido en el Código y que las sentencias dictadas por el Tribunal de Apelaciones y Consultas tienen carácter definitivo, sin ulterior recurso salvo que reformen, revoquen, deciden prestaciones o hagan declaraciones nuevas no discutidas por las partes, las cuales solo serán reconsiderables. Veamos ahora otras instituciones procesales que hacen que el Discovery sea efectivo.

10. La oralidad como instrumento imprescindible para la efectividad del Discovery

10.1 Ideas previas

Habiendo listado los medios probatorios que la ley permite puedan ser obtenidos mediante Discovery, es pertinente ahora destacar que para que exista un verdadero Discovery es indispensable un sistema de procesamiento en que existan audiencias orales. Sin una fase de procesamiento oral, el Discovery pierde su razón de ser y no logra las ventajas que se derivan de su existencia.

Lo anterior no significa que el proceso tenga que ser completamente oral, aunque nuestra propuesta siempre ha sido que sea aún más, conscientes que existen aspectos que no son susceptibles de diligenciarse sino por escrito como p. ej. la presentación de la demanda.

En el procedimiento civil existe tres tipos de audiencia oral: Audiencia Preliminar (AP), Audiencia Final (AF) y audiencias especiales. Examinemos por ahora solo la AP.

10.2. Audiencia Preliminar (AP)

Se debe fijar a más tardar entre los veinte (20) a sesenta (60) días contados desde el vencimiento del término de traslado de la demanda, de la reconvención, demanda de coparte o de excepciones previas que deban decidirse en audiencia, y dicha fijación no admite recurso alguno y es en principio inaplazable.

Al respecto merece advertir que la norma que la regula (art. 252) parece reflejar una contradicción por cuanto mientras en una parte dice que “*se realizará, aunque no concurra una de las partes, siempre que esté presente su apoderado*” más adelante dice que “*se celebrará con las partes que comparezcan*”, que “*será inaplazable*”, que “*la ausencia de las partes o apoderados deberá justificarse antes*” de la fecha y que solo se tendrá por justificada si se fundamente en “*fuerza mayor o caso fortuito*”.

Es importante decir que el artículo 253 impone como sanción a una inasistencia injustificada del demandante la presunción de ciertos “*los hechos en que se fundan las excepciones susceptibles de confesión*” y respecto del demandado, de aquellos en los que se funda la demanda, pero añade, “*salvo prueba en contrario*”.

Si no concurre ninguno de los apoderados, vencido el término sin que se justifique la inasistencia, se podrá declarar terminado el proceso lo cual también se aplicará para demanda de reconvencción y de intervención de terceros principales y solo por inasistencia injustificada de todos los litisconsortes necesarios; cuando sean facultativos, las consecuencias se aplicarán al litisconsorte ausente, añadiendo multa de B/.500.00 a B.1, 500.00.

Abierta la audiencia, el juez exhortará a solucionar mediante conciliación o mediación y seguidamente requerirá se determinen los puntos controvertidos y se fijen los hechos en los que están de acuerdo o no haya controversia y aquellos sobre los que hay disconformidad para determinar la pertinencia de pruebas aportadas.

De esta manera fija el objeto del debate sin dar curso a pretensiones o alegaciones contradictorias o excluyentes entre sí, permitiendo ratificarse de pruebas enunciadas y demás aportadas, y para que las objeten además de debatir acerca de la exclusión e inadmisibilidad por impertinentes, improcedentes, inútiles o prohibidos.

Si hubiere excepciones previas y de especial pronunciamiento o incidentes que afecten la continuación, previo traslado, resolverá y evaluará lo manifestado por las partes y las pruebas aportadas *para resolverlos en el mismo acto* contra cuya decisión es apelable en efecto suspensivo, la que los niega en el devolutivo.

El juez admitirá las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, siempre que sea pertinente, procedente, útil y no prohibida, prescindiendo de las relacionadas con hechos que declaró probados.

Si decreta dictamen pericial, señalará término para aportarlo, por lo menos diez (10) días antes de AF y en procesos en que sea obligatorio practicar inspección judicial, fijará fecha y hora para practicarla antes de la AF.

Fijado el objeto litigioso, si los hechos admitidos quedan excluidos de prueba, y solo queda una cuestión de derecho, salvo que se requiera practicar otras pruebas, oirá en el mismo acto alegatos hasta por treinta (30) minutos cada parte y dictará sentencia pudiendo autorizar un tiempo superior atendiendo condiciones del proceso y garantizando igualdad, pero a solicitud de parte contra cuya decisión no procede recurso alguno.

Si existen pruebas por practicar o hechos que requieran ser acreditados, cerrará el acta y fijará el objeto del debate, los hechos controvertidos, la prueba admitida y aquellas que requieren ser practicadas, fecha y hora de AF y todo lo necesario para la evacuación de las pruebas entendiéndose que las partes presentes quedan notificadas al cierre del acta incluyendo la fecha y hora de la AF que será entre los 20 y 40 días desde el cierre cuya resolución que es irrecurrible.

En síntesis, lo que busca la AP es instar a que se admitan hechos y documentos que hagan innecesario practicar pruebas, determinar puntos controvertidos, limitar número de peritos y los puntos sobre los cuales versarán sus dictámenes, señalar fecha y hora para la AF y otros asuntos cuya consideración pueda contribuir a hacer más expedita la tramitación.

Como se puede observar, en esta audiencia se delimita el objeto del proceso, lo cual tiene una incidencia enorme en el derecho de probar.

10.3. Pruebas en Audiencia

Entre las pruebas que se pueden practicar tenemos interrogatorios, solicitudes de aceptación o reconocimiento de hechos y datos, acuerdo de las partes para la toma de declaraciones, declaraciones prejudiciales, inspección de documentos, examen físico y mental de personas, inspecciones judiciales y reconocimiento de documentos privados.

Si se pide, por ejemplo, una declaración de parte para que se practique en audiencia se estaría infringiendo el procedimiento que ordena que las pruebas se practiquen antes de la AF porque de esa manera las audiencias se hacen menos largas y el juez puede prepararse mejor y tener un más adecuado conocimiento previo del caso que le permita adoptar decisiones más rápidamente.

El orden observado en audiencia es que el demandante inicie la presentación de sus pruebas y luego el demandado, para luego en ese mismo orden, se practique previa oportunidad para cada contraparte de objetar.

10.4. ¿A quién pertenecen las pruebas?

La doctrina alude a este tema como Principio de la Comunidad de la Prueba y consiste en que la prueba no pertenece a quien la aporta ni sólo a esta parte puede beneficiar.

Muchas veces la prueba aportada por un litigante puede beneficiar al otro; también se ha tratado de insinuar, a veces con éxito, lamentablemente, que se puede renunciar a la prueba una vez introducida al proceso, lo cual es totalmente contrario a derecho si no se cuenta con la anuencia de la contraparte.

El juzgador debe negar, con base al principio que comentamos, el desistimiento de la práctica de una prueba de peritos por una parte como por ejemplo el examen físico de una persona designando varios facultativos médicos ante quienes se practicaron dichos exámenes; una vez presentadas y sobre todo practicadas. Las pruebas son del proceso y no de la parte.

10.5. Publicidad de las grabaciones

En ocasiones se ha prohibido la utilización de medios de grabación para perpetuar declaraciones sosteniéndose que era para evitar que otros testigos conocieran el dicho de los anteriores y de allí se derivase alguna ventaja.

Pero como las transcripciones se expiden y se adjuntan al expediente pudiendo ser conocidas y obtenidas por cualquiera de los sujetos procesales, y ya que ello permite preparar el caso y en nada afecta la justicia, consideramos que una prohibición en tal sentido podría afectar el derecho de probar. Además, el tribunal mantiene las grabaciones originales bajo su custodia y son las únicas oficiales. Por el contrario, duplicar grabaciones asegura la prueba en la medida que de extraviarse o si se produce algún problema técnico, la parte puede suplir dicha deficiencia aportándolas.

Conclusiones

En este trabajo abordamos conceptos básicos sobre la prueba y dimos razones para incluir la Transdisciplinariedad y Complejidad identificando métodos a través de los cuales se puede investigar y obtener información útil para las partes y el tribunal.

Analizamos el origen, las características y los diversos instrumentos que conforman la institución explicando que su propósito es acceder a los medios de prueba que se encuentran en poder del contrario, previa intimación, para que los presenten directamente y sin intervención del tribunal. Destacamos sus ventajas para la justicia e identificamos las oportunidades probatorias y cómo funciona el *Onus Probandi* así como otros instrumentos

propios de la institución como la AP y aquellos con los que se diferencia como el Aseguramiento sin dejar de aludir a la oralidad como parte esencial del método de procesamiento.

Discutimos con cierto detalle las consecuencias de no cumplir con las disposiciones y términos explicando razones y dando ejemplos del procedimiento, que promete convertir el proceso en un método más versátil, equilibrado, fácil con mayor efectividad en el cumplimiento de normas debido a un variado sistema de sanciones.

Finalmente identificamos oportunidades para cumplir términos, y consideramos que su éxito dependerá en gran medida de la labor que desarrollen los jueces en la labor de interpretación, aplicación e integración normativa.

Referencias Bibliográficas

- Bentata, B. (2011). *Avances jurisprudenciales del procedimiento marítimo*. Libro conmemorativo de X años de legislación acuática venezolana. p. 129-151. Caracas: Editorial Colson S.A.
- Bentata, B. y Chumaceiro, E. (2004). *El procedimiento marítimo*. III Congreso de Derecho marítimo. Asociación venezolana de Derecho Marítimo.
- Carreyó, N. (2019). *Metodología y Técnicas de Investigación Jurídica*. Editorial Jurídica Venezolana.
- Cruz, H. (2015). *Nuevas tendencias del derecho probatorio*. Ediciones Uniandes. 2ª Edición. Buenos Aires, P. 139.
- De la Rosa, G. (1970). *La prueba judicial y práctica del Discovery en la Unión Europea*. Art. 23 del CLH de 1970. Revista Internacional de Doctrina y jurisprudencia.
- De-Lucchi-López-Tapia, Y. (2023). *La evolución de la institución del "discovery" en las Federal Rules of Civil Procedure estadounidense: especial referencia a su tratamiento en la obra del profesor Angelo Dondi*. Recuperado el 7 de marzo de 2024 de <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/26589?show=full>
- Estados Unidos de Norteamérica, *Federal Rules of Civil Procedure*.
- Fernández, A. (2006). *El procedimiento marítimo venezolano*. Caracas: Ediciones marítimas venezolanas.
- García, R.,(2012). "La necesidad de actualización del Discovery en el procedimiento marítimo", en *Memoria del IX Congreso Panameño de Derecho Procesal, Revista*

- del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Editorial D’Vinni, Bogotá, pp. 505-531.
- Hickman vs Taylor. (329 U.S. 495 (1947).
- La Haya (1987). *Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil del 18 de marzo de 1970*, BOE, núm. 203 de 25 de agosto de 1987, p. 26206-26221.
- Mancha Romero, P. M. (2015). *Caos, Complejidad y Derecho: aportaciones de John B. Ruhl. Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 49, 259–280.
<https://doi.org/10.30827/acfs.v49i0.3285>. Recuperado el 27 de febrero de 2024 de <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3285/3313>
- Márquez, S. (2012). “*La rebeldía como funcional al proceso civil*”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 28, Universitat de València, Valencia, págs. 1-23.
- Matheus, C. (2012). *Régimen Probatorio en el Procedimiento Marítimo*, Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas, p. 275.
- Panamá, *Código de Procedimiento Marítimo de Panamá*, publicado en Gaceta Oficial Digital, lunes 13 de julio de 2009.
- Rodríguez, A. (2017). “*La Prueba de Discovery en el Procedimiento Marítimo*”, *Derecho Marítimo Venezolano*,. Recuperado el 12 de junio de 2020 de <https://derechomaritimovenezolano.wordpress.com/2017/09/02/la-prueba-de-discovery-en-el-procedimiento-maritimo>.
- Ruhl, J.B. (1996). *Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and Its Practical Meaning for Democracy*. 49 Vand. L. Rev. 1406.
- Sentis Melendo, S. (1979). *La prueba*. EJEA. Buenos Aires. P. 336.
- Simpson, R. (1996). *Civil Discovery and depositions. Trial Practice Library*, 2.^a ed., Wiley Law Publications, New York.
- Taruffo, M. (2006). *El proceso civil de "civil law"*. *Revista Ius et Praxis*, 12 (1): 69 – 94.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Artículos y conferencias. Santiago: Metropolitana.
- Ulloa, W. (2013). *Comentarios sobre la Prueba de Exhibición en la Ley Venezolana de Procedimiento Marítimo*. *Derecho Marítimo Iberoamericano*, pp. 422, 426.
- Venezuela, *Decreto con fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo de Venezuela*, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.554 extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Madrid.

Weiss, P. (1971). *El Sistema Viviente: Determinismo Estratificado*. Recuperado el 21 de febrero de 2024 de <https://core.ac.uk/download/pdf/39061489.pdf>

Wikipedia. Recuperado el 5 de marzo de 2024 de https://en.wikipedia.org/wiki/Fishing_expedition

Yannuzzi, S. / (2015). *Régimen de Pruebas en el derecho marítimo venezolano*.

Primeras jornadas de derecho procesal marítimo. Caracas: Gráficas Oregon C.A.

La acción de nulidad como vehículo procesal para el control de legalidad de actos administrativos que afecten a particulares
The nullity action as a procedural vehicle for the control of the legality of administrative acts affecting individuals

Por: **Paz Moreno, Félix Humberto**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Departamento de Derecho Procesal

Profesor Especial I

Correo: felix.paz@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-2652-7785>

Entregado: 17 de mayo del 2024

Aprobado: 12 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6409>

Resumen:

Teóricamente la Acción de Nulidad es una institución procesal destinada de manera única y exclusiva al cuestionamiento de los actos administrativos de carácter general cuya búsqueda lo es el control objetivo de legalidad, no obstante resulta importante indicar que dicha acción popular también puede proponerse contra actos administrativos individuales y personales como alternativa a la Acción de Plena-Jurisdicción cuando esta última no pueda ser ejercitada por parte del particular.

Palabras claves: Acción de Nulidad, acto condición, desviación de poder, control de legalidad, acto administrativo.

Summary:

Theoretically, the Nullity Action is a procedural institution intended solely and exclusively for the questioning of general administrative acts whose search is the objective control of legality, however it is important to indicate that said popular action can also be proposed against administrative acts individuals as an alternative to the Full Jurisdiction Action when the latter cannot be exercised by the person.

Keywords: Nullity Action, conditional act, deviation of power, legality control, administrative act.

I. Introducción

La Acción de Nulidad ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, es de esas instituciones procesales que a simple vista parecen tener un claro fin como lo es el llamado control objetivo de legalidad, sin embargo, cuando la administración parece emitir un acto en el que coloca al administrado en una situación de vulnerabilidad particular, parece que esta herramienta es útil siempre y cuando no se busque la restitución de un derecho subjetivo.

Lo anterior es cierto en la medida en que su doctrina más conservadora y antigua mantenga vigencia, pero resulta que las nuevas corrientes procesales han cuestionado estos aspectos para dar paso a una relativa “apertura” para la utilización de dicho mecanismo procesal, cuando se expidan actos administrativos que coloquen a los particulares en una condición de vulnerabilidad frente a la administración.

Teóricamente es la Acción de Plena-Jurisdicción, el remedio utilizado por particulares cuando en efecto han sido sometidos a un acto arbitrario por parte de la administración, no obstante resulta que la Acción de Nulidad también ha comenzado a ocupar dicho espacio aunque con ciertos recelos que todavía no consolidan una doctrina renovada de cara a las libertades civiles y políticas de los ciudadanos.

De todos modos veamos como nuestro tribunal de lo Contencioso-Administrativo ha flexibilizado un poco su admisibilidad cuando el particular se encuentre en una condición de vulneración y como lo ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en base al estándar convencional, en el entendido de que los actos de la administración pueden acarrear responsabilidad internacional del Estado por actuaciones del Poder Ejecutivo y con ello se hace imprescindible gozar también de una herramienta de utilidad para la defensa de las víctimas en sede interna.

Veamos como esta acción popular puede ser ensayada de manera estratégica cuando por razones de prescripción no existe la posibilidad utilizar la Acción de Plena-Jurisdicción.

II. CONTENIDO

A- Los fines y alcances de la Acción de Nulidad

Sobre el abordaje de la Acción Contencioso-Administrativa de Nulidad a fin de determinar sus fines y alcances, no sabe duda que la misma tiene como función primordial el control objetivo de legalidad, siendo ésta una clara conclusión a la cual ha llegado la normativa vigente, la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de

la Corte Suprema de Justicia y toda la doctrina que sobre ella han desarrollado los tratadistas y estudiosos de la materia.

Bernal, Carrasco y Domingo sobre esta Acción han referido que:

“4.3. Proceso Contencioso-Administrativo de Nulidad

El proceso Contencioso-Administrativo de Nulidad ha sido concebido por la Constitución Política de la República de Panamá y la Ley para solicitar y obtener, por cualquier persona, únicamente, la declaratoria de nulidad, por ilegalidad, de actos administrativos de efectos generales, que resulten infractores del ordenamiento jurídico objetivo.

En este tipo de proceso judicial, la Procuraduría de la Administración tiene la atribución de intervenir en Interés de la Ley, lo que se debe traducir en la emisión de un concepto (opinión) en Derecho, que finaliza recomendando a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que el acto sea declarado ilegal o no ilegal, según se estime que el mismo ha infringido o no el ordenamiento legal objetivo. Además, la Procuraduría debe participar en la práctica de las pruebas, diligencias judiciales y alegaciones necesarias para sostener su concepto jurídico ante el Tribunal.” (BERNAL, et al. 2013, p. 532)

En el mismo sentido la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo en su jurisprudencia constante ha manifestado:

“Expuesto lo anterior, es interesante destacar que a través de los Autos 17 y 25 de junio de 1993, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia estableció las siguientes características en torno a las demandas contenciosas-administrativas de nulidad: a) Finalidad: La demanda de nulidad cuestiona la legalidad del acto protegiendo dicha legalidad desde un punto de vista objetivo. Preserva el orden jurídico abstracto. (...). b) Demandante: En la demanda de nulidad puede demandar cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, domiciliada en Panamá. (...). c) La Pretensión: En la demanda de nulidad se pide únicamente la declaración de nulidad del acto administrativo. (...). d) Intervención de terceros en el proceso: En la demanda de nulidad cualquiera puede

intervenir como tercero. (...). e) Facultades del Juez: En la demanda de nulidad se confronta el acto impugnado con la norma infringida estando el juez facultado sólo para decretar la nulidad del acto impugnado y para dictar disposiciones en reemplazo de las anuladas. (...) f) Prescripción: En la demanda de nulidad no hay término de prescripción, puede interponerse en cualquier momento a partir de la notificación, expedición o publicación del acto administrativo. (...) g) Suspensión Provisional: En la demanda de nulidad la jurisprudencia reciente ha sostenido que procede esta medida, cuando el acto impugnado en forma manifiesta pueda causar perjuicios a la colectividad, y si no respeta el principio constitucional que establece la separación de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial. (...) h) Carácter del Acto Impugnado: La demanda de nulidad se interpone contra actos de carácter general o abstracto. (...) i) Naturaleza de la Sentencia: En la demanda de nulidad la sentencia anulatoria es declarativa. (...) j) Efectos de la Sentencia: En la demanda de nulidad la sentencia anulatoria produce efectos erga omnes, es decir, contra todos en general. (...)"

.....

Como se puede observar, la naturaleza de las acciones de nulidad gira en torno a cuestionar la legalidad del acto, protegiéndose dicha legalidad desde un punto de vista objetivo a fin de preservar el orden jurídico abstracto. De igual manera, se interpone contra actos de carácter general como consecuencia se solicitar únicamente la declaratoria de nulidad del acto administrativo, entre otras características." (Sentencia de 15 de febrero de 2021 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 390-19)

Como es claramente destacable, la Acción de Nulidad ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, se encuentra diseñada de tal forma que su finalidad y alcance tiene como destino el control objetivo de legalidad, cuestionando así la legalidad del acto administrativo desde una vertiente imparcial, manteniendo la vigencia del orden jurídico abstracto y que el resultado de la decisión tenga efectos sobre todos los asociados en general,

excluyendo en principio cualquiera posibilidad de ser utilizada como un mecanismo de control en contra de actos que puedan vulnerar derechos subjetivos.

Ahora bien, resulta interesante que en algunos supuestos el mecanismo procesal de la Acción de Nulidad, ha sido admitido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando se ha utilizado por parte de un particular a quien la administración le ha causado de forma específica un perjuicio, decisiones de admisión que inclusive se han confirmado por el resto de la Sala cuando se ha impetrado el Recurso de Apelación por parte de la Procuraduría de la Administración o terceros que intervienen.

B- La Desviación de Poder y la Acción de Nulidad.

El fenómeno jurídico de la Desviación de Poder en el derecho administrativo panameño encuentra su base teórica en el modelo francés y su existencia normativa en la Ley 38 de 2000 sobre Procedimiento Administrativo en General, pero sin duda una de las más claras y manifiestas expresiones de la conculcación de intereses particulares.

El Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Víctor Benavides sostiene:

“En Panamá, el control de la legalidad de los actos discrecionales, por Desviación de Poder, si bien se ha configurado respecto del modelo francés, en la generalidad de los casos, su desarrollo se ha limitado a la causal de control, por razón de la búsqueda (de parte del funcionario agresor) de intereses individuales y particulares.” (BENAVIDES, 2012, p. 56)

Así mismo sobre la Desviación de Poder, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo mediante fallo de 6 de mayo de 2010 al resolver una Acción de Nulidad dejó por sentado:

“A manera de docencia, es menester enseñarle a la letrada que la desviación de poder se produce cuando el acto se emite con la apariencia de legal, más se hace para beneficiar a una persona o personas, determinadas, por lo que en primera instancia, debe cumplir con los requisitos exigidos por ley, toda vez que es contradictorio, alegar que se ha vulnerado el orden legal de otras formas como violación directa o interpretación errónea, aunado al yerro de desviación de poder. (Sentencia de 6 de mayo de 2010 de la Sala Tercera

de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.
Expediente 315-08)

Teniendo claro lo anterior, tenemos un supuesto en el que de darse por parte del administrador, un acto que por su naturaleza busque eventualmente “afectar” intereses individuales y particulares, y muy en concreto beneficiar a una persona, siendo ello un acto de la administración que se sostenga en detrimento de otra, podemos encontrarnos ante el fenómeno jurídico de la Desviación de Poder el cual no necesariamente se restringe para ser repelido mediante la Acción de Plena Jurisdicción como el clásico mecanismo de control de intereses particulares, sino también la utilización del mecanismo procesal de la Acción de Nulidad para la declaratoria de nulidad por ilegal del acto por parte del tribunal competente, siendo ella la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el alcance de su definición, ésta la podemos encontrar en el numeral 37 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000 la cual se puede leer así:

“37. Desviación de poder. Emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley.”

Ahora bien, sobre la configuración del fenómeno jurídico de la Desviación de Poder en la medida que afecten intereses particulares y que ante ello tengamos el remedio procesal de la Acción de Nulidad para la declaratoria de ilegalidad del acto, aun cuando no ha sido una doctrina que se ha podido “asentar” lo suficiente en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, debemos reconocer que existen claras tendencias destinadas a asimilarlo como una posibilidad plena.

Sobre este tema, en una Acción de Nulidad interpuesta en contra de la Resolución No. 19 de 22 de julio de 2015 emitida por el Ministerio de Comercio e Industrias, la cual decidió resolver administrativamente la concesión del proyecto minero Molejón que se había otorgado a la empresa Petaquilla Gold S.A., la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ordenó su admisión mediante Resolución de 11 de septiembre de 2020, no obstante, el resto de la Sala al resolver Recurso de Apelación interpuesto por la Procuraduría de la Administración, revocó la decisión mediante Resolución de 1 de octubre de 2021, ordenando así su inadmisión.

C- Restablecimiento de un derecho y la Acción de Nulidad

Importante que iniciaron indicando que hasta el momento no ha sido posible la utilización de la Acción de Nulidad para el restablecimiento de un derecho, pero evolutivamente como lo hemos indicado, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en alguna medida le ha otorgado exámenes de admisibilidad en positivo cuando se trata de atacar un acto de carácter particular que ha sido emitido por la administración, siempre y cuando no pase por alto la salvaguarda del orden jurídico objetivo.

Sobre el tema, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo mediante Resolución de 11 de diciembre de 2011, confirmó la Resolución de 14 de mayo de 2019 la cual declaraba la Admisión de una Acción de Nulidad para que se declarara nula por ilegal la Certificación de Ocupación No. 140 de 25 de junio de 2018 emitida por la Dirección de Ingeniería Municipal del Distrito de la Chorrera en los siguientes términos:

“Bajo este marco jurídico, este Tribunal sostiene que, un elemento que generalmente contribuye a diferenciar entre las demandas de nulidad y las de plena jurisdicción, es si el acto es de carácter general o individual, sin embargo, esta diferenciación no tiene carácter absoluto, pues la jurisprudencia y la doctrina acepta la posibilidad de demandar a través de la acción de nulidad un acto de carácter particular cuando esta demanda no implique el restablecimiento de un derecho como pretensión, sino que tenga como finalidad salvaguardar el orden jurídico; y cuando el actor no sea la persona a quien el acto le ha creado una situación jurídica en particular.

Así, por ejemplo, se han admitido demandas contencioso administrativa de nulidad contra permisos de construcción, autorizaciones, licencias, contratos, adjudicaciones, nombramientos, actos administrativos de elección, entre otros, por personas distintas a las que se les reconoce un derecho a través de estas actuaciones.

De allí que, la Sala ha señalado que el interés que muestre el demandante en las acciones contencioso administrativas, constituye también un elemento importante de diferenciación del tipo de acción que se debe ejercer, toda vez que la acción de nulidad se interpone por un ciudadano

que muestra interés de que los entes públicos actúen conforme al orden legal; en cambio, la acción de plena jurisdicción, es interpuesta cuando hay un derecho subjetivo lesionado o al menos un interés directo del agraviado por el acto administrativo impugnado.” (Auto de 11 de diciembre de 2011 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 5-2019)

Se desprende claramente del extracto jurisprudencial, que existen actos que afecten intereses particulares, los cuales incondicionalmente pueden ser cuestionados por vía de la Acción de Nulidad, aunque la sala es categórica en dejar claro que aunque esa consideración es posible, no parece dar cabida a que la misma permita la restitución de un derecho como pretensión, sino limitarse de manera única y exclusiva a la salvaguarda y protección del orden jurídico objetivo.

Si bien esta tesis quizás dependerá del planteamiento que individualmente se haga sobre cada Acción de Nulidad presentada, en la que se debe demostrar por parte del accionante que en efecto no es la restitución de un derecho lo que busca el particular, sino la salvaguarda del derecho objetivo, de todos modos algunos estudiosos sobre el tema observan con relativo convencimiento esta doctrina, ya que parece estar muy condicionada a la naturaleza de la pretensión y no del acto.

Para el autor Edgardo Molina Mola, esto es así en los siguientes términos:

“Se ha dicho, durante mucho tiempo, que si el acto es general, lo que procede es el Recurso Contencioso-Administrativo de Nulidad, y que si el acto es individual, lo que procede el Recurso Contencioso-Administrativo de Plena Jurisdicción. La jurisprudencia panameña ha sostenido esta posición casi invariablemente y en muy pocos casos ha sostenido la otra tesis, hoy aceptada en otras legislaciones, de que lo que determina la acción a presentarse no es la naturaleza del acto, sino la naturaleza de la pretensión. Si lo que se pretende es la nulidad de una norma sin pretender ningún derecho, lo que corresponde es la acción de nulidad no importa que se trate de un acto individual, sino se reclama la restitución de un derecho. Por tanto, esta posición admite la acción de nulidad contra los actos

individuales cuando no se reclaman derecho y solo se pide la nulidad de una norma general.” (MOLINO, 2010, p. 285)

Detallada la posición del autor, y de la forma en como la Sala Tercera le ha otorgado cobertura a esta aproximación, no cabe duda que existen supuestos en los que particulares pueden ensayar esta acción, sin depender exclusivamente de la Acción de Plena Jurisdicción, la cual se por sí conlleva mayores elementos de materialidad procesal para la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

D- Actos Condiciones y Acción de Nulidad

Para la comprensión del fenómeno jurídico del acto condición, tomaremos en consideración lo ensayado por Bernal, Carrasco y Domingo quienes manifiestan lo siguiente:

“4.3 Acto Condición

El Acto Condición coloca al sujeto en una situación en la cual se le aplican normas generales preexistentes, de tal suerte que solo rigen para el mientras el acto tenga vigencia; por tanto, se considera un acto intermedio entre el acto reglamentario y el de efectos particulares. La finalidad de los actos condición es regular materia de importancia para el desarrollo económico e institucional del país, preservar la buena marcha de la Administración, los bienes públicos y el desarrollo de actividades de interés social.”

(BERNAL, et al. 2013, p. 270)

Este es otro de los supuestos en lo que es viable ensayar la Acción de Nulidad, con el fin de atacar el acto administrativo que coloca al particular en una condición en la que se ha aplicado normativa de carácter general.

La doctrina que consideró a la Acción de Nulidad como una institución destinada exclusivamente al control de los actos administrativos de carácter general se encuentra superada, lo que nos lleva a entender del otro modo que los actos administrativos de carácter particular no solamente pueden ser impugnados por la vía procesal de la Acción Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción o de la Acción Contencioso-Administrativa de Protección de Derechos Humanos, sino también por aquella.

Molino Mola nos dice al respecto que:

“La situación del acto condición, que participa de ser una situación individual, pero que coloca a una persona en una situación general, permite

que se pueda generalmente ejercer contra el acto condición acción de nulidad, ya que cualquier persona podrá demandar el acto condición, en razón de que este se basó para su expedición en una norma general que establecía los requisitos para emitir este acto y si al emitirlo se violaron las reglas de la ley, entonces en defensa del orden legal, cualquiera puede demandar el acto condición que viola la ley.” (MOLINO, 2010, p. 285)

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un Recurso de Apelación interpuesto por un tercero interesado en contra de la Resolución de 8 de julio de 2020 la cual admitió una Acción de Nulidad para que se declarara nulidad parcial por ilegal el Resuelto de Personal No. 145-1 de 30 de abril de 2015 emitido por el Ministerio de Seguridad Pública sostuvo:

“Cabe señalar que la Sala Tercera en reiteradas ocasiones ha admitido Acciones de Nulidad contra este especial tipo de Acto, tomando en consideración que para que la situación jurídica general alcance a un individuo determinado, es esencial que a través de un Acto Administrativo se coloque al individuo en la circunstancia o condición instaurada con anterioridad por la Ley o el Reglamento; por lo que cualquier persona, en defensa del orden legal, puede impugnar un Acto Condición a través de la Acción antes mencionada.”

Nos encontramos entonces ante uno de los supuestos más claros y categóricos en los que la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, ha permitido el examen de actos administrativos que afecten a particulares a través de la Acción de Nulidad, siendo éstos los llamados actos condiciones.

E- La Acción de Nulidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el entendido de que la Acción de Nulidad en los Estados Partes que conforman el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, ha estado destinada primordialmente al control objetivo de la ley en relación a los actos administrativos de carácter general, es menester indicar que el Tribunal de San José consideró en el año 2006 que la Acción de Nulidad no parece satisfacer el estándar convencional sobre el restablecimiento de un derecho subjetivo que se le ha conculcado a una víctima en materia de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia mediante Sentencia de 1 de julio de 2006 dejó por sentado:

“341. Una reparación adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. Recursos como la acción de reparación directa o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando está de por medio un acto administrativo que pueda producir daños, tiene unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso no apropiadas para los fines de reparación que la Convención Americana establece.”

Resulta interesante identificar que en dicha jurisprudencia, el Tribunal de San José considera que la Acción de Nulidad no posee la suficiente trascendencia como para lograr los fines que la Convención Americana de Derechos Humanos enmarca de cara a la reparación de las víctimas, lo que ha llevado a profundas discusiones sobre la utilidad o no de la misma en favor de particulares o víctimas como lo considera el Sistema Interamericano.

Ahora bien, no olvidemos que la mayoría de los Estados Parte poseen recursos idóneos y efectivos para la restitución de un derecho subjetivo cuando así se ha violentado por un acto de la administración, como ocurre en sede interna con las Acciones de Plena Jurisdicción y de Protección de Derechos Humanos, con las particularidades y características de cada uno. A pesar de lo anterior, este tribunal en una jurisprudencia más reciente, ha cambiado de enfoque con respecto a la Acción de Nulidad como vía para la protección judicial de Derechos Humanos violentados, siendo este caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* el cual fue resuelto mediante Sentencia de 13 de octubre de 2011 en el que se consideró que:

“210. A este respecto, resulta relevante destacar que la Corte Europea ha considerado que el recurso es efectivo por contar con una revisión judicial suficiente aun cuando el órgano judicial no estuviere facultado para analizar todos los aspectos de una decisión administrativa, si aquél es capaz de anular dicha decisión bajo distintos supuestos, entre ellos una incorrecta interpretación de los hechos o de la ley. Igualmente, este Tribunal se ha pronunciado sobre un caso en el cual el recurso judicial disponible era un recurso de nulidad, encontrando que el mismo resultaba idóneo para la protección de los derechos violados en dicho caso.

211. Por tanto, la Corte concluye que, en el presente caso, el recurso de nulidad podría haber representado un recurso efectivo, en la medida en que la anulación de la decisión administrativa permitiera amparar a las presuntas víctimas contra el acto violatorio de sus derechos. En el presente caso, para que el recurso de nulidad fuera efectivo éste tendría que conllevar tanto la anulación del acto como la consecuente determinación o, de ser el caso, el reconocimiento de los derechos establecidos a través del artículo 31 de la Ley 17.613.”

Como puede apreciarse, la Corte Interamericana considera que la efectividad de la Acción de Nulidad sería apropiada en base al estándar de la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre y cuando dicha acción permita restituirle al agraviado sus derechos conculcados debido a la emisión del acto administrativo que los vulneró.

III. Conclusión

Actualmente la Acción de Nulidad no puede ser vista como una acción popular cuyo único fin lo es remediar los actos administrativos que se apartan del control objetivo de legalidad, sino también como una acción con plenas facultades y alcances destinados a cuestionar una situación general que afecta a un individuo en particular.

Si bien todavía es muy temprano y académicamente deshonesto afirmar que la Acción de Nulidad puede ser utilizada ampliamente en reemplazo de la Acción de Plena Jurisdicción y la Acción Contencioso-Administrativa de Protección de Derechos Humanos, somos de la consideración que la simplificación del derecho en un plazo mediano terminará por sumergir la acción en estudio como otra herramienta más en favor del administrado para la salvaguarda de sus intereses, derechos y garantías en el orden legal.

Lo anterior significa, que en términos del alcance político de dicha institución, nos estamos aproximando a especie de una Acción “Contencioso-Administrativa” de Nulidad, es decir, una herramienta que colocará al individuo en plena controversia frente al Estado debido a la emisión de un acto administrativo que lo afecta de manera particular, aunque sea sobre la base de una condición general.

En lo que respecta al derecho que busca ser restituido, sin dudas todavía no existe en la jurisprudencia de la máxima corporación de justicia intenciones de poder incluir esa aproximación, no obstante, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos está

comenzando a dar las primeras líneas de lo que puede considerarse un recurso idóneo y efectivo en sede administrativa, que en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos permita la reparación del daño causado al administrado.

Quizás con la adopción del nuevo Código de lo Contencioso-Administrativo, podamos ver luces más claras, pero sin duda es una herramienta que puede ser ensayada contra actos particulares y no exclusivamente de carácter general.

IV. Bibliografía

Textos

BENAVIDES PINILLA, VICTOR LEONEL. Compendio de Derecho Público Panameño. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá D.C., Colombia. 2012.

BERNAL, MANUEL y otros. Litho Editorial Chen, S.A. Panamá, Panamá, Primera Edición. 2013.

MOLINO MOLA, EDGARDO. Legislación Contenciosa-Administrativa Actualizada y Comentada. Universal Books. Panamá, Panamá, Segunda Edición. 2010.

Jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia:

Sentencia de 15 de febrero de 2021 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 390-19.

Sentencia de 6 de mayo de 2010 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 315-08.

Auto de 11 de diciembre de 2011 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 5-2019.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011.

El daño al proyecto de vida como daño a la persona Damage to the life project as damage to the person

Por: **Zamora-Smith David Ellister**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Correo: david_z_s@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8781-1222>

Entregado: 7 de mayo del 2024

Aprobado: 12 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6410>

Resumen:

El presente trabajo tiene por finalidad aportar precisión conceptual con respecto al daño al proyecto de vida y sus características esenciales. De este modo podríamos ensayar la reparación integral basada en parámetros previamente establecidos ante un daño -conceptualmente- autónomo pero que todavía se mantiene en la sombra del daño moral, a pesar de gozar de bases sólidas como parte del daño a la persona.

A lo largo de nuestro ensayo hacemos mención especial de la labor del jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, quien, en miras de desarrollar un derecho justo, realizó diversos estudios relacionados al daño a la persona, adoptando diversas reflexiones provenientes del derecho italiano, dedicando parte de su vida a demostrar un nuestro sistema jurídico latinoamericano la posibilidad de reconocer el daño al proyecto de vida.

Palabras claves: daño a la persona, daño al proyecto de vida, libertad fenoménica, rubros indemnizables.

Abstract

The purpose of this work is to provide conceptual precision regarding the damage to the life project and its essential characteristics. In this way we could try comprehensive reparation based on previously established parameters in the face of a damage that is -conceptually- autonomous but that still remains in the shadow of moral damage, despite enjoying solid bases as part of the damage to the person.

Throughout our essay we make special mention of the work of the Peruvian jurist Carlos Fernández Sessarego, who, in order to develop a just law, conducted various studies related to harm to the

person, adopting various reflections from Italian law, devoting part of his life to demonstrating in our Latin American legal system the possibility of recognizing the damage to the project of life.

Keywords: harm to the person, damage to the life project, phenomenal freedom, compensable items.

1. El daño a la persona

El “*daño a la persona*” es un concepto amplio que comprende todas las afectaciones que sufre el ser humano, centro, creador y finalidad del derecho, siendo el impulso de la sociedad y quien dirige el Estado. Ahora bien, como aspecto de la clasificación del daño destaca como el conjunto de menoscabos extrapatrimoniales que van desde la vida misma, los derechos de la persona, la integridad física y el proyecto de vida.

Por esta razón nacen figuras como “*daño biológico*”¹ conocido como un concepto médico-legal no reservado exclusivamente al derecho (noción abarcadora), y que luego, de la mano de autores como Alpa y Busnelli se ensaya el concepto de “*daño a la salud*”² alejado de toda idea de producción de riquezas y cuyo norte es el bienestar psicofísico del individuo, asegurando la reparación de la integridad personal (Alpa, 2018).

La elaboración de estos conceptos se llevan a cabo en los años sesenta del Siglo pasado, con sustento en el Artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 que tutela el “*derecho a la salud*” como derecho a la persona³; o mejor dicho, como daño que recae sobre el bienestar de la persona y la afectación a la calidad de vida, luego como desarrollo a la personalidad, adecuándolo al mismo

¹ El daño biológico es el daño psicofísico de la salud. De acuerdo con Franzoni citado por Agurto “*en sus orígenes el daño biológico nació para corregir y eliminar las disparidades de tratamiento creadas por el sistema tradicional de la liquidación del daño a la persona dirigida por los automatismos de las tablas vinculadas a la producción del rédito, a la edad, al sexo, a la capacidad laboral, etc.*” (2019, p.40).

² Señala MCausland (2015) que el daño a la salud no es taxativo “*se refieren a la pérdida o el deterioro de funciones físicas o psíquicas [...] a la pérdida de la imposibilidad o la dificultad de realizar actividades rutinarias o placenteras o desarrollar roles de la vida [...], a la afectación negativa de la vida social, cultural o laboral*” (p. 62). Se traduce más bien a un género que a una especie. Y es que el daño a la salud consiste en consecuencias que derivan de dicha lesión, entiendo a la salud como una afectación general en la persona. Guido Alpa (2018) considera que el derecho a la salud es complejo, al comprender “*derecho social (pretensión a las prestaciones y a la actividad pública en el ámbito sanitario), como de un derecho de libertad (pretensión de abstención de toda interferencia ilegítima en las esferas de autodeterminación del individuo)*” (p. 248) y que debe partir de la actividad del Estado dirigida a garantizar el bienestar, el progreso del individuo y el derecho a curarse.

³ Texto original: [*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*].

tiempo con el concepto de “*libertad*” del Artículo 2⁴ del mismo cuerpo legal, pero desde un punto de vista personalista más que social.

Tanto el daño bilógico como el daño a la salud fracasaron en sus originales intentos. Esto debido a que la persecución jurisprudencial predominante se basaba en la capacidad laboral y de producción del individuo.

Por otro lado surge una disyuntiva, puesto que, en Italia, país donde se desarrolla mayormente el “*daño a la persona*”⁵, el Artículo 2059 del Código Civil de 1942 establecía que el daño no patrimonial debía ser resarcido en los casos determinados por la ley; y paralelo a ello, el Código Penal solamente precisaba que estos daños serían indemnizados en los casos en los que existiera un delito⁶.

Ante estos destacados esfuerzos por los doctrinarios italianos, el jurista Fernández Sessarego (2016) intenta introducir el concepto del “*daño a la persona*” en las modificaciones del Código Civil peruano; y sea dicho de paso, el precitado autor consideraba al daño moral, como un daño psíquico de carácter emocional no patológico, una de las especies del género “*daño a la persona*”, y no un género *per se*. Para referirse a ello, prefiere ensayar la clasificación entre daños personales y no personales, argumentando que el hombre es el centro del derecho y que las clasificaciones tradicionales -daños patrimoniales o no y materiales o no- dejan de lado a lo más importante: a la persona.

La importancia práctica que nos trae el destacado jurista, descansa en el reconocimiento del valor de la persona, ya que, cuando se trata de daños que recaen sobre el “*ser*”, se atiende al protagonista y destinatario de los derechos, produciéndose un cambio en la disciplina jurídica al ocupar la persona humana, en cuanto a un ser de libertad, el centro de su atención sustituyendo a la propiedad (Agurto, 2019).

⁴ Texto original: [*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*].

⁵ El daño a la persona ha sido reconocido conceptualmente por nuestra jurisprudencia: “*Se considera como tal (el daño), la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno*”, en Demanda Contencioso Administrativo interpuesta por Agustín Bedoya García en contra del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá (El Estado panameño), ponente: Abel Augusto Zamorano, diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

⁶ Situación similar ocurría con el Artículo 1078 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que contempló la reparación del daño moral solo cuando fuera consecuencia de un “*delito criminal*”, encasillando el actuar del juzgador.

Siguiendo con la sistematización del daño a la persona que perseguían los italianos, el éxito en el derecho positivo peruano destacó en 1984 con el Código Civil peruano, reconociendo como deber de reparación el “*daño a la persona*”⁷ y en el mismo renglón registra el daño moral, lo que evidencia dos intereses distintos.

Dicho en otras palabras, el daño a la persona adquiere autonomía en la rama de los daños extrapatrimoniales, más allá del daño moral o daño psíquico, especies dentro del género.

En ese orden de ideas, el numeral 1 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en el Título I “*De la persona y de la sociedad*”, Capítulo I “*Derechos fundamentales de la persona*” advierte que toda persona tiene derecho: “*A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar*” (El subrayado es nuestro).

Comprendido que el daño a la persona inicia su desarrollo en Italia, resulta figurar como un concepto más amplio del daño moral y que absorbe el daño al proyecto de vida (Fernández Sessarego, s./f.), resultado de las reflexiones de jueces y juristas de las escuelas de Génova y de Pisa entre los años 60 y 70 del siglo pasado.

2. El proyecto de vida

Para reconocer un proyecto de vida es necesario ahondar sobre la experiencia de la persona, en específico, que sus aspiraciones de cumplir la meta seleccionada se encuentren dentro del marco de la probabilidad, pero no solo desde una perspectiva endógena (atributos, talentos, esfuerzos, dedicación, etc.), sino también desde una perspectiva exógena (factores culturales, sociales y económicos de su entorno); es decir, analizar el ambiente social en el que se desenvuelve y todos aquellos aspectos que forman parte de su vida.

A tomar en cuenta que existen factores externos que impiden al sujeto ubicarse en la ruta de su proyecto de vida, como es el caso de la pobreza, la falta de educación y oportunidad, dedicándose enteramente a sobrevivir y buscar los recursos para solventar sus necesidades más básicas, marginando su desarrollo personal y ubicándolo como parte de un lujo.

⁷ Artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984: “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. [...]*” (el subrayado es nuestro).

El proyecto de vida se entrelaza con el futuro incierto; sin embargo, se confronta con el factor temporal que se sustenta en el trayecto previa que evidencia la construcción de la identidad del individuo, su “*ser*”, su singularidad como persona.

Desde un campo social y filosófico Recasens Siches considera que *“Toda persona necesita que los otros le conozcan como siendo la misma persona en todas las ocasiones. [...] Pero, además, el individuo necesita también de un reconocimiento social de la identidad de su propia persona”* (2008, p. 258 y 259), resaltando aquí la singularidad de cada individuo y va configurando con las decisiones que toma en su vida.

El jurista peruano Carlos Fernández Sessarego considera que el proyecto de vida *“[...] es lo que la persona desea ser y hacer en su vida y con su vida, tanto en lo personal o familiar como en lo profesional. [...] Se trata de cómo enrumbar su existencia, precisar sus aspiraciones y metas a perseguir. El “proyecto de vida” es, nada menos, el que otorga sentido o razón de ser de la existencia de cada ser humano”* (citado en Lorenzetti, 2013, p. 247).

Por su parte, Burgos (2012) estima que: *“Un proyecto de vida es el resultado del ejercicio de libertad relativa por el que cada persona construye su singularidad y se sitúa ante el mundo”* (p. 137); mientras que, para Zavala de González (2005), el proyecto de vida: *“es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona”* (p. 5), al ser en sí, la relación del individuo con su yo y cómo evoluciona divorciado del efecto material-pecuniario.

Anota la destacada jurista argentina que puede existir una variedad de proyectos de vida, dirigidos, por ejemplo, a aspectos profesionales, artísticos, científicos y al mismo tiempo al proyecto de tener hijos, casarse y vivir con su esposo o esposa (Zavala, 2005), pero esta opinión no resulta unánime en la doctrina, ya que para Galdós (2021) las aspiraciones, deseos o anhelos más habituales propias de la persona humana e inherentes a esa condición (formar pareja, tener hijos, etc.) resultan ajenas al proyecto de vida, ubicándolos en aspectos *“genéricos existenciales”* de la mayoría de los individuos y no al proyecto dotado de una especial singularidad⁸.

Al respecto coincidimos con Galdós, puesto que aspectos tan genéricos no pueden alcanzar el rango de proyecto de vida. Y es que si bien aportan a que el individuo se sienta satisfecho y

⁸ *“Somos indeleblemente ese único personaje programático, que necesita realizarse. El mundo en torno, o nuestro propio carácter, nos facilitan o dificultan más o menos esta realización. La vida es continuamente un drama, porque es la lucha frenética con las cosas, y aun con nuestro carácter, para conseguir ser de hecho el que somos en proyecto”* (Recasens Siches, 2008, p. 254).

realizado consigo mismo, no se dirigen a convertirlo en su mejor *alter ego*. Estos aspectos existenciales funcionan más bien como motivación, y en ocasiones como terreno fértil, para que el individuo consolide la decisión de una meta trazada y determinada.

2.1. La libertad fenoménica

Considerando que el Hombre es el centro del derecho, no sería radical pensar que algún componente de éste, como ser racional, libre, dotado de valores sea objeto de estudio como parte de los daños resarcibles. Así, debe entenderse la compleja estructura del ser humano cuando el proyecto de vida es la consecuencia de la causa que se analiza con libertad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de libertad se refiere a la “*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*”.

A partir de allí se advierte la libertad ontológica (lo que descansa en el propio ser, de no tener ataduras y ser libre por existencia) y la libertad fenoménica (expresión de libertad en su conducta, en su comportamiento, en su expresión, en su desenvolvimiento, como acto, como proyección).

En este caso nos referimos a la “*libertad fenoménica*”, concepto de importancia que la propia doctrina -al referirse al proyecto de vida- toma como sinónimo por estimarse como elemento esencial que el individuo emplea al momento de diseñar su plan de vida.

Se entiende entonces como libertad fenoménica a los comportamientos que permiten al individuo expresar su decisión en el mundo exterior, basados en la posibilidad de tener una conectividad y realizarse en ella, y, por ende, escoger su proyecto de vida.

Esto quiere decir que, si una persona no tiene la posibilidad de culminar sus proyectos por culpa de un tercero, estaremos frente al cercenamiento de la libertad fenoménica. Aquí el individuo pierde su valor porque ha perdido importancia el desarrollo a su derecho a la vida y su derecho a la dignidad humana. Aborda la capacidad de toda persona de autodeterminarse y cumplir con su propia decisión, seleccionar el medio, el tiempo, el lugar y las herramientas que puede emplear para lograr su cometido sin que se trate de una “*decisión impuesta*” por una fuerza externa.

Tenemos entonces que la libertad fenoménica se refiere al “*evento*” en el que el individuo encausa su destino y esfuerzos para lograr su proyecto para desarrollarse como persona. Dicho en otras palabras, carece de toda esencia que un individuo sea libre pero que en realidad no tenga la plenitud de elegir el destino de su vida como quisiera, reduciendo su valor como persona y

cosificándola (e.: una persona privada de su movilidad, la incapacidad total y permanente, la grave enfermedad, el abuso sexual, la recuperación prolongada, etc.).

El ejercicio de la libertad permite que el individuo logre con determinación su proyecto de vida con base en sus propias disposiciones, cumplir con su vocación, y como anota Burgos (2012) *“realizarse como persona, alcanzar su destino personal, colmar sus expectativas y aspiraciones existenciales. Es decir, darle un sentido, una razón de ser a su existir, a su presencia en el mundo”* (p. 143).

El rumbo que decide tomar el sujeto en su vida debe estar dotada de una *“decisión libre”*, esto sin ahondar en que el éxito de esa persona dependa de una serie de factores personales y externos durante el desarrollo de la consecución de su meta.

3. El daño al proyecto de vida

El proyecto de vida representa lo que el ser humano ha decidido *“ser”* y *“hacer”* en su vida, o, *“lo que hace para ser”* (López, 2019, p. 199). Este rubro no se dirige a la vida ordinaria de la persona sino a su destino al ser y hacer *“en”* y *“con”* su vida (Burgos, p.140), y que corresponde a una afectación asociada a la esfera íntima del individuo que se traduce coloquialmente en el: *“no llegará a ser”* o *“ya no será lo que se propuso ser en la vida”*.

El daño al proyecto de vida⁹ se refiere a la limitación de la libertad del individuo. Se trata entonces de una posición de valor del ser humano que se manifiesta en la falta de libertad de elección y consecución de sus metas.

El reconocimiento del daño al proyecto de vida en el ámbito jurídico es un avance significativo en la protección de los derechos humanos. Ofrece un marco para la reparación integral de las víctimas y subraya la importancia de la dignidad humana y la libertad individual en la construcción de una sociedad justa.

Su implementación se le atribuye a los esfuerzos doctrinarios del jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, en aquellos tiempos donde era cuestionable indemnizar algún elemento considerado componente de la existencia, siendo de mayor evidencia práctica indemnizar daños

⁹ Entre los sinónimos citados tanto en la doctrina como en la jurisprudencia encontramos: *“el daño a la libertad fenoménica”*, *“alteraciones a las condiciones de existencia”* (ambiguo), *“daño a la trayectoria existencial”* (ambiguo), *“frustración del desarrollo pleno de la vida”*, conceptos que carecen de precisión en comparación con el *“daño al proyecto de vida”*. Aunque los conceptos destacan el ejercicio de reconocer una modalidad de los daños a la persona y promover la existencia del *“ser”*, su aplicación dista mucho de ser de reconocimiento común.

relacionados con objetos, cosas y patrimonios que rodeaban a la persona más que las efectos nocivos causados directamente en la persona misma.

Su teoría fue expuesta públicamente en el Congreso Internacional sobre el *“Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”*, Lima 1985 (Agurto, 2019 y Lorenzetti, 2013) y más adelante, en el caso *Loayza vs el Estado del Perú* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Sentencia de 27 de noviembre de 1998, que aborda en el punto 149 como *“Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”*.

Se basa en la idea de que cada ser humano tiene derecho a forjar su propio destino y a llevar a cabo su plan de vida sin interferencias injustas que inciden en afectaciones a la libertad cuando se priva al individuo de proyectarse, de elaborar su destino, de perseguir el logro particular que se ha trazado, y esto es lo menoscabado o arruinado para el *“ser”*.

En palabras de Galdós (2021) *“[s]e concibe el daño al proyecto de vida como la frustración o fracaso de las razonables, fundadas y objetivas expectativas de la víctima de llevar adelante y concretar su plan existencial (su proyecto trascendente) para cuya consecución había encaminado sus esfuerzos y energías y tenía probabilidades ciertas de alcanzarlas”* (p. 275). De conformidad con lo anterior, el citado autor señala que el anhelo o propósito de vida muchas veces va de la mano con el desarrollo laboral, la vocación o los talentos sobresalientes.

Para Agurto (2019): *“No es una incapacidad, cualquiera, transitoria ni permanente, se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aun más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida”, “[...] es objetivo, susceptible de ser apreciado por cualquiera que se adentre en la vida de una persona y observa las consecuencias de tal daño”* (p. 86).

En ese sentido, el daño al proyecto de vida corresponde a la alteración sustancial de la secuencia de vida de una persona, por convertirle la existencia más difícil al aniquilarle o dificultarle considerablemente su *“propósito”*. Así, se produce un deterioro en las relaciones con su entorno familiar y social, percibiendo la vida como su gran misión fallida. Acaba con los planes del

individuo obligándolo de manera involuntario a cambiar el proyecto de vida debido a las circunstancias creada por este daño.

Se trata de las afectaciones que destrazan la consecución de la vida, el impedimento de volver el tiempo atrás para lograr las aspiraciones personales, una ruptura en el tiempo que no permite reconstruir lo perdido o que su reconstrucción sea de difícil concreción, creando la toma de decisiones forzadas debido al cambio del trayecto del proyecto de vida, dejando infructuosos -de forma injusta- una serie de esfuerzos desplegados por la víctima en consecución de su realización.

De acuerdo con lo señalado por Renata Cenedesi Bom Costa Rodríguez (citada por Fernández Sessarego, s./f.), el daño al proyecto de vida debe fundarse en “*metas razonables*”, “*esperanzas fundadas*”, “*proyectos accesibles*” y solo en ellas se puede afirmar que la persona ha sido privada de su deliberación; es decir, en decisiones concretadas del afectado y no en meras “*suposiciones*”, “*presunciones*” o “*inferencias*” del juez.

Lo que se busca es verificar la trayectoria de la vida de la persona, una relación directa con esta y el daño que se pretende reconocer (el cambio en su dinámica familiar, su actividad profesional y/o laboral, las decisiones tomadas a lo largo de su vida, la educación o formación profesional), a tal punto que se destruya el proyecto de vida de las personas y aparezca otro que no sea el deseado.

Entre las causas más comunes puede destacar la amputación de un miembro del cuerpo, la pérdida de la vista, la imposibilidad de continuar realizando un arte o deporte, el trabajo de subsistencia de una persona, la prolongación de la recuperación del estado de salud, incapacidades severas, la pérdida de reproducirse, etc.

Cabe resaltar que en los fallos de la CIDH en los que se observa este rubro indemnizable se observa que existen torturas, agresiones, exilios forzados, situaciones de permanencia insalubres, atentados contra la vida, coacciones, persecuciones, amenazas constantes, temor constante, encarcelaciones, secuestros u otros maltratos físicos en la víctima que lo privan de libertad fenoménica, supuestos en los que la persona está obligada a abandonar su proyecto de vida, afectando a su vez las alteraciones de la dinámica familiar.

El daño al proyecto de vida, como en la mayoría de los daños que no tienen una equivalencia monetaria, no puede ser reparado integralmente. Y es que resulta imposible devolver a las mismas condiciones el proyecto de vida a una persona. De allí que nace la posibilidad de reparar el daño con otras modalidades que trascienden lo exclusivamente monetario

La reparación de este daño no se centra en la exclusiva indemnización en sumas de dinero, sino que también en todas aquellas facilidades que le pueda brindar el agente para recuperar el tiempo perdido (becas universitarias, el desagravio público del Estado por medio de publicaciones reconociendo su responsabilidad y/o disculpas, asunción de los costos de los estudios de la víctima, la publicación de las sentencias, empleos debidamente remunerados, jubilaciones asignadas, etc.), situaciones o ventajas dirigidas a recuperar el tiempo perdido mediante ayudas idóneas.

Un ejemplo sería la privación de libertad injusta, en el que los años de esfuerzo para lograr el proyecto de vida se combinan con los presentes en prisión, conllevando un deterioro notorio en el desarrollo y crecimiento del individuo, aislándolo en la zozobra y desesperanza, alterando el curso normal de sus aspiraciones de forma equivocada: deja de ser padre, deja de ser hijo, deja de ser profesional, entre otros aspectos.

Por su parte Burgos asemeja este daño a la cosificación de la persona *“al que se le niega el sentido de sus elecciones sobre sí mismo está la clave para entender la importancia de este daño. Tal cosificación significa [...] el incumplimiento de la promesa de reconocimiento en la que cualquier orden jurídico debe legitimarse”* (p. 138).

Señala Zavala de González (2005) que el daño al proyecto de vida no se trata del mero existir, sino que debe tratarse de una elección positiva *“dentro de básicos cánones sociales”* y que no sean axiológicamente negativos, citando como ejemplo la *“carrera”* de un proxeneta o la de un estafador que por exitosos que sean en sus oficios son ilícitos; el caso de personas que, si bien no persiguen el éxito, han hecho de su vida una desdicha como los drogadictos empedernidos o delincuentes reincidentes encaminándose a una cadena de dificultades propias en su existencia, sin ignorar la posibilidad de *“rectificación”* citando al *“buen ladrón”* que Jesús convocó en los cielos al arrepentirse.

Destaca también el proyecto de vida de las analfabetas, indigentes, etc., rescatando que sería injusto recargar en otra persona de situaciones desfavorables previas que formaban parte de la vida de la víctima, elegidas o bien impuestas por el medio, correspondiendo una indemnización inferior que a personas con mayor plenitud de vital. Ello deja evidencia que se constituye en un daño que debe reconocerse en base a la realidad de la persona.

El daño al proyecto de vida corresponde a la categoría de daños inmateriales toda vez que consiste en una afectación de las posibilidades futuras de una persona producto de un hecho ilícito. Para su configuración deben existir dos factores, el primero de ellos se adscribe a la

“temporalidad” de la construcción de la situación en proyecto, y el segundo de ellos, a la “libertad” de la persona con fundamento en el derecho que tiene el individuo de planificar su destino.

Como comentario adicional tenemos que el Código Civil y Comercial de la Nación, reconoce al daño al proyecto de vida como rubro indemnizable, en el artículo 1738 y que señala a letra lo siguiente:

“La indemnización comprende, la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad persona, salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulta de la interferencia en su proyecto de vida” (el subrayado es nuestro)¹⁰.

El reconocimiento del daño al proyecto de vida en el ámbito jurídico es un avance significativo en la protección de los derechos humanos. Ofrece un marco para la reparación integral de las víctimas y subraya la importancia de la dignidad humana y la libertad individual en la construcción de una sociedad justa.

3.1. Presupuestos del daño al proyecto de vida

Galdós (2021) resalta los siguientes presupuestos del daño al proyecto de vida (284): 1. La aptitud e idoneidad para alcanzar el proyecto de vida: es común observar la cita del autor Fernández Sessarego, cuando se refiere al ejemplo del pianista, cuyo talento era innegable. A tal efecto, no puede tratarse de la indemnización de una causa injustificada sino de la desaparición de un proyecto

¹⁰ También formó parte del proyecto del Código Civil de Argentina desde 1998. De acuerdo con Galdós (2021), en el proyecto de Código Civil de 1998 se rescató, en el artículo 1600, como parte del daño extrapatrimonial: “...b) El daño extrapatrimonial comprende el que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como el que causa molestias en la libertad, en la seguridad y temporal- y que compromete “el ser mismo del hombre, al afectar la libertad de la persona y que trastoca o frustra el proyecto de vida que libremente se formula cada uno para su realización como ser humano”” (El subrayado es nuestro). Al respecto, el Artículo 823 del Código Civil de Alemania (*Bürgerliches Gesetzbuch o BGB*), quizás de una forma menos ideada, rescata la responsabilidad por lesiones la vida, al cuerpo, a la salud, a la libertad, a la propiedad o cualquier derecho de otra persona. Esto quiere decir que, desde el plano del derecho alemán, la vida, la salud y la libertad, fungen como bienes jurídicamente tutelados de forma expresa, y que se dicho de paso, son componentes que coinciden con el interés del proyecto de vida.

real y de muy probable ocurrencia; 2. El daño al proyecto de vida debe recaer sobre proyectos de vida que no se enfoquen en rutinas “normales” o “cotidianas” de toda persona (tener una pareja, formar una familia, un trabajo estable, tener una vivienda, etc.); 3. La probabilidad cierta y real de que el proyecto de vida pudiese realizarse en el evento de que se eliminara el hecho ilícito del escenario, más allá de meras o simples expectativas o aspiraciones pasajeras; 4. Que la personas hubiere realizado las actividades necesarias para concretar su proyecto de vida.

En el evento que una misma persona tenga varios proyectos de vida, señala que solamente debe reconocerse un proyecto de vida (el proyecto realmente vital del individuo), mientras que otra parte de la doctrina considera que el proyecto de vida solamente es uno, y el mismo puede tener varias facetas, afirmando que al final lo que el individuo pueda realizar en su vida es único. Lo cierto es que nada impide que un mismo sujeto pueda llegar a ser abogado y un famoso violinista, pero ello sería la excepción a la regla, cuyas circunstancias deberían recaer en la valoración del sujeto en concreto.

3.2. Sus efectos en el tiempo

De costumbre resulta el análisis de los jueces que se refieren al factor temporal en el que el daño cobra sus efectos jurídicos. En este caso, el daño al proyecto de vida nace del pasado, repercute en el presente y se extiende de forma continuada en el futuro.

Debe quedar claro que las indemnizaciones en dinero no erradican el daño ocasionado al proyecto de vida, no regresan al pasado, no devuelven el trayecto a su curso normal.

Esto es así ya que el daño al proyecto de vida afecta la realización de la persona configurándose en un detrimento permanente en la víctima. De ahí que este daño no se limita a paliativos meramente económicos, sino que también se apoya en otras compensaciones dirigidas a cumplir con la imposible tarea de proceder con la reparación integral.

Este daño aniquila el sentido de la vocación del individuo, por lo que muchas veces sus verdaderos efectos nocivos no resultan ser actuales al momento de su reconocimiento en juicio.

Esto quiere decir que para reconocer el daño al proyecto de vida se debe centrar en la historicidad del individuo concreto, la autenticidad e unicidad de ese ser humano que ha perdido su proyecto de vida, y no en un problema relacionado a la existencialidad.

El daño al proyecto de vida involucra: a) la imposibilidad de que el individuo ejerza su libertad ontológica; b) la limitación del individuo en continuar (total o parcialmente) proyectándose en su propia persona; c) que tenga una afectación directa basada en la limitación de sus opciones.

Esto quiere decir que el daño al proyecto de vida es cierto, pero sus efectos no son actuales. El proyecto de la vida de una persona supone un evento futuro que -antes del hecho nocivo- pensaba alcanzar.

4. El daño al proyecto de vida y otros rubros indemnizables

Para evidenciar que el daño al proyecto de vida resulta ser un daño conceptualmente autónomo, lo compararemos con otros rubros indemnizables.

Tenemos entonces que el autor peruano Fernández Sessarrego distingue el **daño moral** que gravita en las afectaciones sentimentales y emocionales que causan perturbaciones psíquicas no patológicas, como dolores, angustias, congojo, sufrimientos, etc. que se disipa en el tiempo; por su parte, el daño al proyecto de vida, afecta la libertad fenoménica de la persona en su propia decisión, ocasionando molestia al plan de vida del individuo: “*el hacer*” y acabando con su forma de apreciar la vida. Esto quiere decir que el sujeto fue o está siendo privado total o parcialmente de su proyecto de realización y con ello se genera una falta de libertad fenoménica del ser, lo que muy probablemente le generaría accesoriamente un daño moral.

Considera Galdós (2021), que el daño moral consiste en un dolor o sufrimiento que va disminuyendo con el tiempo; mientras que el daño al proyecto de vida es un daño que se propaga en el futuro, es duradero, afectando de por vida a la persona. Por consiguiente, estamos ante un daño radical y continuado que atenta contra su forma de “ser”.

La confusión quizás sea semántica, y es que la referencia del daño moral es asimilada como el universo del daño inmaterial¹¹, cuando solo funge como parte de los daños a la persona. Relevante debería ser que el daño al “ser” y al no poder “hacer” se refleja en los aspectos de realización individual que se exterioriza y se construye mediante actos y conductas excluidas injustamente por un tercero.

¹¹ Consideramos que la expresión “*daño moral*” como género para referirse a todo “*daño inmaterial*” podría encontrar su fundamento lógico en las diferentes legislaciones a finales del Siglo XX. Tanto en códigos penales, como en códigos civiles de Latinoamérica, alrededor de los años ‘70 y ‘80, se consolidaba la idea de que aquel daño que no fuera material estaba amparado bajo el abrigo del daño moral. A nuestro entender, pudo ser la más elocuente y didáctica de la época, vía para que daños inmensurables fueran reconocidos; empero, hoy en día, el concepto del daño moral, que se refiere al sufrimiento, la angustia y aflicciones de la víctima tiene ciertos límites dirigidos a la esfera psíquica y emocional de carácter no patológico del individuo, solamente ocasiona que se ignoren otros rubros indemnizables que comprenden los daños no materiales o extrapatrimoniales, y cuya reflexión merece un análisis valorativo distinto al que genera el daño moral. Por otra parte, tenemos que a nivel de desarrollo jurisprudencial el término “daño inmaterial” resulta extensivo y adecuado, pues en él se incluyen no solamente las emociones. Se adopta como género e incluye los efectos nocivos que no son de carácter económico-patrimonial (daño moral, daño estético, daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida, daño por luto, etc.). Otro concepto apreciado en la doctrina y citado en el presente trabajo es el “*daño a la persona*” que cuenta con respaldo normativo expreso en legislación italiana, peruana, alemana y argentina.

Al respecto Burgos (2012) reflexiona sobre el mal llamado “daño moral objetivo” como consecuencia de la exageración del concepto por considerarse como el primero de su especie codificado. Resalta que todos los daños no patrimoniales que exceden del *pretium doloris* no encuentra una identidad absoluta en su concepto, por lo que propone el cambio del lenguaje.

Dicho lo anterior, tenemos que el daño a la persona se subdivide en daño a la unidad psicosomática (sufrimiento, angustia, dolor, estrés, etc.) y el daño a su libertad (crear o formular su proyecto de vida), atendiendo a su particularidad como ser humano “*hacer la vida*”. Lo cierto es que ambos corresponden a los daños no patrimoniales o en la persona.

No se trata entonces de una doble asignación que fortalece el daño moral, por ejemplo, en dos supuestos si una persona tiene angustia, acongojo o sufrimiento ante el daño ocasionado, no necesariamente se arremete contra su proyecto de vida; en el otro supuesto en el que ello si ocurre, se practica entonces la integración adicional en la indemnización; y por ende, una reparación plena y acorde a los hechos fácticos acreditados.

De hecho, el concepto de reparación integral debería permitir que el daño al proyecto de vida y el daño moral, cuya identidad de lo dañado es diferente, no sean excluyentes entre sí, advirtiéndole que la alegación o afirmación del primer de ellos exige *onus probandi*. Por ejemplo, el encarcelamiento indebido de una persona conlleva una afectación psicosomática emocional y al mismo tiempo se ve truncado un proyecto de vida; o la mujer que es injustamente esterilizada, y lo mismo ocurre con el pianista talentoso que ve truncado su aspiración mayor como músico a consagrarse.

El daño al proyecto de vida es por lo que el hombre trabaja y se esfuerza lícitamente y ello hay que demostrarlo, lo cual, desde luego, implica una carga probatoria adicional que no resulta de inferencia *ipsa loquitur* como ocurre con el *pretium doloris* o daño moral, sino que debe demostrarse con detalle.

El daño al proyecto de vida y la **pérdida de chances**. El daño al proyecto de vida también es conocido también “chances existenciales” y al igual que la pérdida de oportunidad, no consiste en un rubro indemnizable que persiga el “*todo o nada*”. Pueden darse casos en los que el proyecto de vida es retrasado, postergado, restringido. Esto quiere decir que se altera parcialmente el proyecto de vida, privando al individuo de sus oportunidades, al menos por un instante, de forma injustificada.

Señala Venegas (2018) que el daño puede ser a título de chance, pero el daño al proyecto de vida goza de una “*previsibilidad*”, como el caso de concluir una carrera universitaria que puede frustrarse ante una gran incapacidad. Y es que el daño al proyecto de vida es algo más que la pérdida de chance en una situación concreta. Es un daño que descansa en la privación de la realización del individuo, de pensar y decidir en firme su autorrealización; o bien, en el trayecto de su destino o metas seleccionadas o de muy alta probabilidad.

El daño a los proyectos ciertos está enrutado en la vida del afectado con persistencia y tenacidad. Ello otorga la característica de continuidad y vocación que se traducen a una realidad en la vida del afectado, que, aunque no sea seguro, lo que se afecta es su consecución y mera libertad de acceder a su propósito. Así pues, el daño en la pérdida de oportunidad descansa en un evento particular mediante el cual se frustra un beneficio o se evita un daño de forma específica pero no el proyecto marcado en la vida de la persona.

Por su parte, Busnelli (2021) considera que el **daño a la salud** se ve caracterizadas por el principio de igualdad: “*una exigencia de uniformidad pecuniaria de base*”, en el que el mismo tipo de lesión no puede ser valorada de forma distinta, una igualdad atemperada por “*una exigencia de elasticidad y flexibilidad*” para adecuarlo al caso concreto del caso comprobado sobre las actividades cotidianas; sin embargo, el daño al proyecto de vida se ubica con el fin del sujeto concreto, la motivación de su existencia, su inspiración, resulta ser único no solo en propósito, sino también en el trayecto de su construcción.

Con el daño al proyecto de vida realmente ocurre lo mismo que sucede con el **daño estético**, es decir, que tiene consecuencias resarcibles patrimoniales y consecuencias resarcibles no patrimoniales, pero claro está, el primero de ellos persigue el aspecto visual de la persona en el que se desmejora su apariencia física previa al acontecimiento dañador.

Cabe resaltar que el daño al proyecto de vida afecta la realización libre de la persona más allá de aspectos particulares del cuerpo o de la emoción de la persona, situación que nos lleva a firmar que podría ser el daño más sustancial dirigido a los derechos de la personalidad del individuo.

Otro rubro indemnizable vendría a ser el **daño existencial** que no deja de tener una elevada similitud con el daño al proyecto de vida. Esto es así ya que ambos se enfocan en la realización de la persona y de su “*hacer*” como ser individual en el que se construye singularidad; empero, el daño al proyecto de vida se refiere al propósito de existencia, mientras que el daño existencial a la vida cotidiana y ordinaria, asemejado más bien a la pérdida de calidad de vida.

Soares (2009) señala que el concepto de daño existencial consiste en una afectación negativa, total o parcial permanente o temporaria de una actividad o de un conjunto de actividades que el sujeto tenía incorporado en su vida “*cotidiana*”, y que, por el efecto lesivo, ahora debe modificar la forma de realización o en el peor de los casos, suprimir su rutina. En este caso se altera la calidad de vida, daño que traduce en las frases coloquiales: “*tiene que hacerlo de otra forma*” o “*no puede hacer más como antes*” (p. 44).

El daño existencial es aquel que se refiere a la órbita más común. Sería más bien como el daño al proyecto de vivir que al proyecto de vida. Se trata *del “hacer”* sin perseguir objetivos específicos y no de una construcción específica sino del camino durante la construcción.

Por esta razón el daño existencial se refiere a una afectación genérica, a la calidad de vida de la persona, por lo que el daño al proyecto de vida puede absorber dentro de su aplicación al daño existencial, y es que, la propia vida cotidiana -existencial- desmejora cuando sujeto pierde la posibilidad de realizar su proyecto de vida.

5. Valoración del daño al proyecto de vida

Existe una tendencia de señalar que todo aquel daño que no resulta ser material se clasifica dentro del daño **inmaterial**; sin embargo, en el caso al daño al proyecto de vida existe una situación ecléctica. Así, al no ceñirse estrictamente al daño patrimonial resulta ser más fácil asimilarlo a un daño no patrimonial y en las sentencias se concluye que el daño al proyecto de vida se entiende como un daño inmaterial.

Aunque el daño al proyecto de vida resulta ser un daño complejo, el mismo atiende las repercusiones funcionales y sociales que se rectifican en el tiempo que el individuo a dedicado a su proyecto de vida para materializarlo (práctica, inversión, entramiento, formación).

En el daño al proyecto de vida se visualiza aquello que trasciende de la restitución y la indemnización, puesto que, por su naturaleza y su intensidad, se logra más bien una “satisfacción” en la víctima. Funciona como un paliativo toda vez que no se puede reemplazar el futuro trazado por una persona. El detalle de este daño consiste en que muchas veces el proyecto de vida de una persona se apoya en “*ideales*” y no en “*realidades*”, por lo que conviene entonces que su concepto no sea invocado ni reconocido de manera azarosa.

Esto dicho en otras palabras consiste en que el plan trazado por el individuo sea robusto y no un mero deseo sin esfuerzos tangibles. Debe existir una probabilidad seria de que lo trazado sería alcanzado de no ser por el hecho dañoso acaecido, “*abocado a esa concreción*”, “*concentrando*

sus esfuerzos”, “*disciplina y posibilidades*” (Galdós, 2021, p. 275), en lo que dedica mayormente sus esfuerzos.

Dicho lo anterior, el proyecto de vida adquiere mayor valor cuando su probabilidad de reposición en la vida del afectado es más remota. Esto quiere decir que la imposibilidad de sustitución resalta la seriedad del detrimento; y del mismo modo, mayor valor representa si el afectado ya se encontraba disfrutando de su victoria, o muy cerca de ella.

Entonces el “*querer ser*” se debe contrastar con el “*hacer*”, es decir, ¿qué ha hecho la víctima para ser uno de los mejores pianistas de la historia? ¿Con ello se hubiese sentido realizado? Como bien señala la decisión en el caso María Elena Loayza Tamayo contra Perú, el daño al proyecto de vida se vincula con el concepto de la “*realización personal*” y en las “*opciones*” que tiene el sujeto para llevar cabo su vida.

Asimismo, tener en cuenta que, si bien todas las personas tienen un proyecto de vida, cada una de ellas generan un valor distinto (Lorenzetti, 2013, p. 285). A ello resalta que todos los proyectos de vida son importantes para cada persona, pero no todos tienen el mismo valor, ya que no es lo mismo el pianista consagrado que pierde sus dedos al músico aprendiz que acaba de iniciar en el conservatorio ya que uno de ellos ha demostrado con mayor intensidad su vocación.

Ciertamente, la víctima podría intentar malear su proyecto de vida con el propósito de obtener una reparación elevada: “*inflación del resarcimiento*” (León Hidalgo, 2008, p. 233)¹², pero pese a ello, pretender indemnizar un daño al proyecto de vida resulta ser utópico y lo que se paga en sumas dinerarias constituye realmente un mitigante.

5.1. Proyectos sustitutivos o alternativos

La premisa mayor es que el daño al proyecto de vida del individuo sea: “*irreparable*” o de “*muy difícil de reparar*”; sin embargo, existen casos excepcionales donde los proyectos de vida pueden ser sustituidos.

Al respecto estimamos que ello no resulta ser una solución satisfactoria sino paliativa. Los mismos no responden a una libre decisión de la persona, carecen por ello de autenticidad; resulta

¹² El citado autor considera que, si bien en la vida de toda persona existen proyectos, el daño al proyecto de vida resulta ser un “*espejismo*” del daño moral y cuestiona su tutela resarcitoria: “*Conceder el resarcimiento por “daños al proyecto de vida” es casi una invitación a la inmoralidad, porque quien alega haberlo sufrido terminará moldeando sus planes ante los juzgados, en pos de una reparación más alta*” (p. 239).

más bien una imposición para la víctima ya que figuran como un cambio del proyecto de vida imaginado, concebido y deseado (Fernández Sessarego, 2016) y desplazan al proyecto deseado.

Ahora bien, en lo que respecta a la sustitución del proyecto de vida debido al hecho lesivo, somos de la opinión que ello se trata de una situación inducida injustamente por un tercero, en el que no tendría que entrar a valorarse si el afectado puede optar por otro trayecto existencial. En estos casos el nuevo proyecto sería forzoso e injustamente suplantado y ello por sí solo consiste en un daño al proyecto de vida. El “*rehacer*” otro proyecto de vida no es óbice para desconocer el ya arruinado.

Hay que tomar en cuenta que existen funciones que requieren de cierta inteligencia y habilidad. Pueda ocurrir que la persona carezca de calidades, cualidades, inteligencia para el cumplimiento de su nuevo proyecto de vida, por lo que optar por un trayecto de vida que no podrá lograr, lo que afirma que existe un proyecto de vida cuando las decisiones, o mejor dicho, las sugerencias del cambio son originadas y subyacentes del individuo.

Entonces la reparación de este daño debe intentar que el individuo reemplace o dirija nuevamente su vida a un nivel de satisfacción similar al que hubiese alcanzado con su proyecto de vida anterior (Burgos, p 151), pero bajo ningún supuesto se debe considerar que con ello se desvanece el daño sufrido.

En el caso del niño sería más fácil, quien por general -como sujeto abstracto-, no tiene un sendero trazado, resulta dificultoso indagar sobre su proyecto de vida, y esto no necesariamente quiere decir que no tendría uno, sino que su proyecto podría no ser objetivamente concretado debido a su falta de madurez en la toma de decisiones. Esto no quiere decir, por ejemplo, si un niño arraigado y con talento en el deporte sea tildado como un prodigioso futbolista, lo que de alguna demuestra que su proyecto es real y se evidencia en el esfuerzo y sacrificio que denota a su corta edad.

6. Mención de la jurisprudencia

Es un rubro indemnizable tuvo su auge por medio de instancia supranacional como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en diversos fallos: caso María Elena Loayza Tamayo vs Perú (1998), caso Niños de la calle vs Guatemala (1999), caso Luis Alberto Cantoral Benavides vs Perú (2001), Maritza Urrutía contra Guatemala (2003), Myrna Mack Chang contra Guatemala (2003), caso Tibi con Ecuador (2004), Gutiérrez Solar vs Colombia (2005), etc.

El daño al proyecto de vida es un rubro introducido con el caso de la CIDH, María Elena Loayza Tamayo, en la que se planteó por primera vez en un contexto de extremos, ofreciendo el escenario propicio para lograr el desarrollo del daño al proyecto de vida.

En este caso la víctima, profesora y a su vez estudiante de derecho, fue secuestrada y torturada por el gobierno de Alberto Fujimori al ser considerada como una supuesta “terrorista”. Paralelo a ello fue privada de su familia y de atender a sus hijos, pasando en prisión cinco años sin un debido proceso y teniendo que salir del país debido a los efectos negativos, convirtiendo casi en imposible que volviera a ser la persona de antes y continuar con sus proyectos personales en la misma medida, pues indubitadamente se afectó su destino.

Cabe resaltar que, a pesar de que la sentencia expresaba con apariencia la existencia del rubro indemnizable en estudio, decide no establecer su extensión a falta de antecedentes perfectos, desde allí tenemos un daño conceptual que no ha sido afianzado por medio de las sentencias de la CIDH y no han continuado con una firme construcción como daño autónomo teniendo todo para ello.

Por su parte, la CIDH consideró en el precitado caso que el daño al proyecto de vida “*implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo persona en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, impuestos de forma injusta o arbitraria... un cambio drástico al curso de la vida*”.

En 1998 se pierde la pertinencia de introducir el daño al proyecto de vida en instancias supranacionales y tres años después se cita nuevamente en el caso Cantoral Benavides contra el Estado del Perú, en 2001 también con torturas durante la dictadura de Alberto Fujimori, en el que la víctima es forzada a reconocer determinadas conductas delictivas resaltando que existió “*una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida*”, y en especial, en su aspecto profesional.

En este caso la decisión intenta perseguir el “*restablecimiento*” de la consecución de vida del afectado, solicitando al Estado que le proporcione una beca en estudios superiores o universitaria a la víctima para que pueda continuar con su formación de acuerdo a su elección, con manutención durante sus estudios, la eliminación de los antecedentes administrativos, policiales, penales y judiciales producto de la forzada alegación y el reconocimiento público en un diario de circulación nacional la sentencia respectiva y en la que se reconoce la responsabilidad del Estado, ello con el propósito de evitar la reiteración de agravios similares.

Todo ello sin proceder a la indemnización mediante sumas dinerarias amparadas bajo el título “daño al proyecto de vida”, puesto que la Corte intenta restaurar a la víctima por medio del reconocimiento de soluciones que podrían justificar la causa del reconocimiento nocivo: “recuperar el tiempo perdido” de los encarcelamientos injustificados.

Otro caso emblemático sería Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay basados en hechos ocurridos en el Instituto “Panchito López” por hacinamiento de menores infractores de la Ley Penal en un lugar que no cumplía con medidas básicas como salubridad, alimentación, atención médica, educación, falta de colchones, etc.; y sin separar a los condenados de los no procesados, seguido de castigos violentos y diversos incendios que causaron heridos y hasta la muerte de algunos menores de edad, acreditándose la falta de prevención por parte del Estado, permitiendo la afectación de la vida y la integridad personal de los menores de edad, afectando el interés superior del niño, por no contar con los recursos disponibles para llevar a cabo la reinserción de los menores a la sociedad. En la sentencia se resalta la esencia del daño al proyecto de vida:

“164. En este caso en concreto la Corte debe establecer si el Estado, en cumplimiento de su posición de garante, adoptó las iniciativas para garantizar a todos los internos del Instituto, adultos y niños, una vida digna con el objeto de fortalecer su proyecto de vida, a pesar de su encierro...”

“172... Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida”.

Ante todo esto, las sentencias en Panamá parecen no reconocer el proyecto de vida como daño autónomo, sino que lo engloban o asemejando al daño moral, situación que nos llevó a iniciar nuestra investigación.

Parece entonces que en el caso de Panamá no existe un rechazo a la figura sino más bien una indebida aplicación con respecto a su noción esencial, pues no se comprende como una nueva figura, sino más bien como parte del daño moral, cuando realmente ambos forman parte del género inmaterial del daño, o como pregonó Fernández Sessarego, daño a la persona, en el que se consideran las afectaciones que se realizan al propio ser humano.

Por ejemplo, un caso en el que se reconoció en las motivaciones el “daño al proyecto de vida” guarda relación con un voluntario del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá (El Estado panameño) que destituido sin que existiera un debido proceso. Se realizó un análisis de

las afectaciones por medio de presunciones o condiciones basados en los hechos probados y concluyendo resolutivamente en “afectaciones morales”.

La sentencia para arribar a sus conclusiones comentó sobre aspectos emocionales, depresión y la ansiedad del sujeto, es decir en daño moral, pero concluyendo, mediante la “*sana crítica*” en un perjuicio moral en cuanto al “proyecto de vida”. En la citada resolución no se observan elementos de historicidad y satisfacción con respecto a su realización como persona, lo cual un yerro en cuanto a la aplicación de la figura en nuestro medio:

“Por lo tanto, y de acuerdo con el principio de la sana crítica, esta Sala reconoce que el Licenciado Agustín Bedoya García ha sufrido perjuicio moral en cuanto a su proyecto de vida personal, el cual, a pesar de no devengar un salario, por ser bombero voluntario, se vio afectado en su honra, producto de una investigación con violaciones al debido proceso por parte del Benemérito Cuerpo de Bomberos, por lo que tasa el daño moral en virtud de la afectación producida en la suma de cinco mil balboas con 00/100 (B/.5,000.00)” (el subrayado es nuestro).

Claro está, en lo resuelto el daño solamente fue reconocido como “*daños y perjuicios morales causados*” a la víctima, motivando la supuesta damnificación de un proyecto de vida que en ningún momento fue cuestionado. A tal efecto, resulta del caso evitar la vulgarización del concepto que tiene su estructura claramente definida en la doctrina. Su aplicación no puede consistir en sazonar o incrementar el daño moral bajo el pretexto del daño al proyecto de vida.

7. Crítica a la figura en estudio

Al igual que la mayoría de los rubros indemnizables de índole inmaterial, es tildado de inflacionaria del supuesto daño moral. Lo cierto es que se ha demostrado que tiene características distintas, mientras que el concepto de daño moral ha cobrado una generalidad conceptual.

Lo cierto es, y coincidimos con León Hidalgo (2008), que el daño al proyecto de vida se suele indemnizado como parte del daño moral, quizás para evitar ambigüedades o desaciertos al momento de abordar su reconocimiento ante la falta de criterios sólidos desarrollados por la doctrina.

Al mismo tiempo se critica que el proyecto de vida de un individuo puede ser cambiante y que no valdría la pena indemnizar algo de lo que no existe certeza que será. Al respecto, consideramos que este aspecto sería un hecho que compete exclusivamente a la víctima, mientras que nadie tiene

el derecho a cercenar la libertad fenoménica que tiene una persona para tomar decisiones relacionadas a su realización.

Ciertamente, comprendemos que en el futuro existe la incertidumbre, pero tampoco podemos privar a otro injustamente de realizarse en la vida, cuando ello comprende un bien jurídico tutelado por formar parte del derecho a la vida considerándolo así en un daño indemnizable.

Resulta cuestionable como se critica el reconocimiento a los daños que sufre la persona, otorgando mayor importancia al valor de las cosas, al patrimonio y los bienes, relegando el derecho que tiene la persona a desarrollar su vida.

8. Conclusiones

1. El daño a la persona es un concepto amplio que comprende las distintas afectaciones que puede sufrir el sujeto de derecho, pero desde una diferencia basada en la clasificación del daño, contempla todos los daños extrapatrimoniales que sufre la persona en su vida, en sus emociones, en su integridad física y en su proyecto de vida. De allí se inspiran conceptos como el daño biológico y el daño a la salud.
2. El proyecto de vida cuestiona la experiencia de la persona y que sus aspiraciones de cumplir con la meta trazada se encuentren dentro del marco de la probabilidad, desde una perspectiva endógena, atributos, talentos, esfuerzos, dedicación, etc., y desde una perspectiva exógena; es decir, analizar el ambiente social en el que se desenvuelve.
3. La libertad fenoménica (expresión de libertad en su conducta, en su comportamiento, en su expresión, en su desenvolvimiento, como acto, como proyección) es esencial para determinar la existencia del daño al proyecto de vida.
4. El daño al proyecto de vida consiste en el cercenamiento del derecho que tiene todo ser humano de forjar su propio destino y a llevar a cabo su proyecto de vida sin interferencias injustas, incidiendo en una afectación a la libertad cuando se priva al individuo de proyectarse, de perseguir los logros que se ha trazado, y esto es lo menoscabado o arruinado para *el "ser"*.
5. El daño al proyecto de vida corresponde a la categoría de daños inmateriales, toda vez que consiste en una afectación de la persona. Para su configuración deben existir dos factores, el primero de ellos se adscribe a la *"temporalidad"* de la construcción de la situación en proyecto y el segundo de ellos a la *"libertad"* de la persona, el derecho que tiene el individuo de planificar su destino.
6. El daño al proyecto de vida presenta destacadas diferencias con el daño moral, la pérdida de

chances, el daño a la salud, el daño estético y el daño existencial.

7. Somos de la opinión de que los proyectos de vida alternativos o sustitutivos no desvanecen la ocurrencia del daño subyacente, ya que en ello se desvanece la libre decisión de haber continuado con su opción principal.

8. Existe una tendencia de reconocer el daño al proyecto de vida como parte del daño moral sin realizar cuestionamientos de la historicidad del individuo. Ello podría acarrear la satanización de la figura en estudio.

9. El daño al proyecto de vida tiene su génesis jurisprudencial de la mano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

10. El daño al proyecto de vida registra varias críticas, pero ninguna de ellas supera el concepto de reparación integral.

9. Bibliografía

AGURTO GONZÁLEZ, Carlos Antonio (2019), *El Nuevo Derecho de daños – daño a la persona y daño al proyecto de vida*, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia.

AGURTO GONZÁLEZ, Carlos Antonio y QUEQUEJANA MAMANI, Sonia Lidia (2017), *Nuevas tendencias del derecho privado en América Latina*, Editorial Temis, Bogotá Colombia.

ALPA, Guido (2018), *Los principios de la responsabilidad civil*, Traducción César Moreno More, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia.

BURGOS, Osvaldo R. (2012), *Daños al proyecto de vida*, 1ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires.

BUSNELLI, Francesco D. (2021), *Bioética y Derecho Privado – Fragmentos de un diccionario*, Primera edición en Ediciones Olejnik, Chile – Argentina.

CAVASINO, Elisa (2012), *La flessibilità del Diritto alla salute*, Editoriale Scientifica S.R.L., Napoli.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cantoral Benavides” vs “Perú”. Sentencia de 3 de diciembre de 2001, en línea [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.pdf], consultado el día 11 de junio de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Gutiérrez Soler” vs “Colombia”. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, en línea:

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf] consultado el día 7 de julio de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, en línea: [<http://hrlibrary.umn.edu/iachr/C/112-esp.html>], consultado el día 23 de junio de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Loayza Tamayo” vs “Perú”. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, en línea: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf], consultado el día 15 de junio de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Maritza Urrutia” vs “Guatemala”. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en línea: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf], consultado el día 3 de junio de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Mirna Mack Chang” vs “Guatemala”. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, en línea: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf], consultado el día 2 de junio de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Niños de la calle” vs “Guatemala”. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, en línea: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf], consultado el día 15 de junio de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Tibi” vs “Ecuador”. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, en línea: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf], consultado el día 7 de julio de 2024.

Demanda Contencioso Administrativa de indemnización interpuesta por la firma Pérez Broce & Pino Pinto abogados, en nombre y representación de Agustín Bedoya García, para que se condene al Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá (El Estado Panameño) al pago de dos millones de Balboas (B/.,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por habersele dado de baja mediante la orden

- general DG-BCRP No.001-15 de 5 de enero de 2015. Ponente: Abel Augusto Zamorano. Panamá, diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos** (2016), *El Derecho y la Libertad como proyecto*, Revista IUS ET VERITAS, No, 52, julio 2016.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos** (s./f.), *El “daño al proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporánea*, Foro Jurídico.
- GALDÓS, Jorge Mario** (2021), *La Responsabilidad civil (análisis exegético, doctrinal y jurisprudencia)*, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, 1 ed., Sante fe, Argentina.
- HENAO, Juan Carlos** (1998), *El daño – Análisis Comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia.
- LEÓN HILARIO, Leysser** (2008), *Inflando los resarcimientos con automatismos – El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura*, foro Jurídico 8, Advocatus 18 2008 -1.
- LORENZETTI, Ricardo Luis** (2013), *Revista Latinoamericana de responsabilidad civil*, Número 2, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia.
- M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia** (2015), *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia.
- RECASÉNS SICHES, Luis** (2008), *Tratado General de Filosofía del Derecho*, décima novena edición, Editorial Porrúa, Av. República Argentina, México.
- RIOS LOPEZ, Carlos Alberto** (2019), *Sistema de la responsabilidad civil*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea.
- SOARES, F Alviana Rampazzo** (2009), *Responsabilidade civil por dano existencial*, Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre- Brasil.
- SUÁREZ, Carina Vanessa** (2019). *Responsabilidad civil y cuantificación de daños*, 1ed., Editorial García Alonso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- VENEGAS, Patricia** (2018). *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Astrea. Ciudad de Buenos Aires,
- ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde** (2005). *Daño a proyectos de vida*. La Ley 2005.-D, 986-RCyS 2005, 93-LLP 2005, 1153-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo, 1271.

La mediación y conciliación en el Proceso Penal panameño. Mediation and Conciliation in the Panamanian Criminal Process

Por: **Peñalba R., Luis G.**

Universidad de Panamá.

Centro Regional Universitario de Veraguas.

Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. Panamá.

Correo: luis-g.penalba@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3552-4732>

Entregado: 20 de mayo del 2024

Aprobado: 8 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6417>

Resumen

Este estudio investiga la viabilidad y eficacia de la mediación y conciliación dentro del Sistema Penal Acusatorio en Panamá. Se aborda a través un enfoque teórico-práctico que analiza los antecedentes del sistema penal, los principios rectores que lo guían y las etapas procesales que lo componen. Además, se examina el marco normativo que regula la mediación y conciliación en el ámbito penal panameño. A través de una metodología que incluye encuestas y análisis de datos, se evalúa la percepción y experiencia de los actores del sistema respecto a estas prácticas. Los resultados revelan la importancia de fortalecer y promover la conciliación y la medicación como un método alternativo para resolver los conflictos penales, destacando su potencial para agilizar los procesos judiciales, reducir la carga en los tribunales y promover una justicia más participativa y restaurativa.

Palabras clave: Sistema Penal Acusatorio, mediación, conciliación, justicia restaurativa, resolución de conflictos.

Abstract

This study investigates the feasibility and effectiveness of mediation and conciliation within the Accusatory Penal System in Panama. It is approached through a theoretical-practical approach that analyzes the background of the criminal system, the guiding principles that guide it and the procedural stages that comprise it. In addition, the regulatory framework that regulates mediation and conciliation in the Panamanian criminal sphere is examined. Through a methodology that includes surveys and data analysis, the perception and experience of the system's actors regarding these practices is evaluated. The results reveal the importance of strengthening and promoting conciliation and medication as an alternative method to resolve criminal conflicts, highlighting its

potential to speed up judicial processes, reduce the burden on the courts and promote a more participatory and restorative justice.

Keywords: Accusatory Criminal System, mediation, conciliation, restorative justice, conflict resolution.

Introducción

Este estudio se enmarca en la necesidad de comprender profundamente la importancia y eficacia de los métodos de resolución de conflictos que fueron incorporados mediante el Código Procesal Penal los cuales son la mediación y la conciliación. A través de una investigación exhaustiva, se explora el papel de estas prácticas en la resolución de disputas penales, así como su potencial para agilizar y descongestionar los tribunales, promoviendo una justicia restaurativa y participativa.

La transición del sistema inquisitivo al nuevo Sistema Penal Acusatorio en Panamá marcó un cambio fundamental en la administración de justicia del país. Durante muchos años, el sistema inquisitivo había sido el modelo predominante, caracterizado por la concentración del poder de enjuiciar e investigar en una sola figura, el inquisidor. Esta concentración de poder daba lugar a una serie de prácticas que obstaculizaban el acceso rápido y efectivo a la justicia, así como a violaciones de los derechos de los imputados debido a la falta de separación de funciones.

Con la implementación del nuevo sistema en 2011, iniciada por la Ley 63 de 2008 y completada en 2016, Panamá dio un giro significativo en sus procedimientos penales. Este nuevo enfoque se basa en un modelo acusatorio, donde las partes involucradas tienen una participación más activa en el proceso judicial. Uno de los principios fundamentales de este sistema es la separación de funciones, lo que significa que la persona encargada de investigar no tiene el mismo rol que el juzgador, evitando así conflictos de interés y asegurando un proceso más justo y transparente.

A pesar de estos avances, la subutilización de procedimientos alternativos de resolución de conflictos como la mediación en Veraguas plantea la necesidad de identificar y abordar las barreras que impiden su implementación efectiva. Esto incluye la necesidad de una mayor promoción y sensibilización sobre los beneficios de la mediación, así como la capacitación adecuada de los profesionales del derecho y la comunidad en general. Solo a través de un enfoque integral y colaborativo se puede lograr una gestión más eficiente de la carga de casos en el sistema judicial y garantizar un acceso equitativo a la justicia para todos los ciudadanos.

La investigación se centra en evaluar la efectividad de estos métodos alternos como la mediación y conciliación y su impacto en la justicia en Panamá, en un contexto donde se enfrentan desafíos importantes que requieren soluciones efectivas para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de todos los involucrados. Esta investigación resalta la importancia que tiene la mediación y la conciliación, ya que ofrecen una alternativa viable para resolver disputas de manera pacífica y satisfactoria, sin la necesidad de recurrir a un juicio prolongado. Esto puede reducir significativamente la carga de trabajo en los tribunales y acortar los tiempos de espera para las partes involucradas.

Por lo tanto, en cuanto al Sistema Penal Acusatorio de Santiago de Veraguas, a pesar de la disponibilidad de métodos alternativos de solución de conflictos como la mediación y la conciliación, persiste una carga significativa de casos que llegan a los tribunales. Se plantea la siguiente problemática: ¿Por qué, a pesar de la existencia de estos procedimientos, se observa una continua llegada de casos a los tribunales en lugar de ser resueltos a través de mediación y conciliación? Este fenómeno sugiere la necesidad de analizar los posibles obstáculos, tanto institucionales como prácticos, que impiden una mayor utilización de estos métodos alternativos, así como identificar las razones por las cuales las partes involucradas optan por no participar en ellos. La comprensión de estas barreras y desafíos es fundamental para mejorar la efectividad y la eficiencia del sistema judicial, así como para promover una cultura de resolución pacífica de conflictos en la comunidad.

Etapas del Sistema Penal Acusatorio

El nuevo sistema establece claramente tres etapas distintas: la fase de investigación, la fase intermedia y la fase plenaria, conocida como juicio oral. Sin embargo, en muchos casos estas fases pueden solaparse y llevarse a cabo en un único proceso, especialmente en los procesos simplificados.

Sánchez (2018), el Ministerio Público tiene la responsabilidad de liderar la investigación, seleccionar los casos que deben llegar a juicio según criterios objetivos y manejar las cargas procesales para contribuir al éxito del sistema de justicia penal. En este sentido, durante sus labores investigativas, debe determinar si existen fundamentos suficientes para presentar una acusación, salvaguardar los derechos de las víctimas, testigos y colaboradores, y priorizar la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos.

Fase de Investigación

Bajo la supervisión del fiscal, la investigación se lleva a cabo con el respaldo de los organismos de investigación. Su objetivo principal es recopilar información y reunir suficientes pruebas conforme a los protocolos de investigación y las técnicas forenses, para determinar si el acto denunciado constituye un delito y quiénes son los responsables del mismo. Geneteau (2021), explica que es importante destacar que la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, que durante el juicio debe asegurar que las pruebas recopiladas durante la investigación apunten hacia una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable. Sin embargo, en ningún momento se debe perder de vista que la actuación del Ministerio Público debe regirse por criterios objetivos y garantizar el respeto a la ley penal. Por lo tanto, sus requerimientos y solicitudes deben mantener la imparcialidad, incluso en beneficio del imputado.

Fase Intermedia

Durante esta fase, el Juez de Garantías ejerce un control efectivo sobre la propuesta probatoria, excluyendo aquellas evidencias que sean impertinentes, inconducentes, repetitivas, superfluas o ilícitas. Ho (2015), sostiene que es crucial que las partes tengan acceso a los peritajes, documentos y testigos ofrecidos, y puedan entrevistarlos antes de la audiencia. Si el defensor no revela su evidencia hasta tres días después de la audiencia, el fiscal puede objetar su uso en la audiencia, lo que podría resultar en su exclusión.

En la fase intermedia, el Fiscal puede solicitar un sobreseimiento, que el Juez de Garantías puede dictar sin necesidad de audiencia si la víctima no se opone. Si hay oposición, el Juez puede convocar una audiencia y devolver la investigación al Ministerio Público para que otro fiscal evalúe la solicitud de la víctima o mantenga la petición original. Esta fase busca corregir y sanear cualquier irregularidad surgida durante la investigación, con el objetivo de garantizar un juicio oral centrado en el debate de los medios probatorios. El Juez de Garantías, imparcial y distinto al que participó en la investigación, toma las decisiones necesarias para garantizar el ejercicio de la acción penal y el derecho de defensa. La fase intermedia comienza una vez concluida la investigación y el Fiscal tiene diez días para solicitar el sobreseimiento o formalizar la acusación, siendo estos los únicos dos caminos permitidos en ese momento según el Código Procesal Penal (2008).

Fase Plenaria o de Juicio Oral

En el nuevo sistema penal de orientación acusatoria, el enfoque principal se centra en la celebración del juicio oral, el cual se basa en la acusación presentada. Este contexto exige que cada participante realice cambios significativos en su metodología y prácticas, requiriendo una preparación meticulosa y evitando cualquier improvisación que pueda afectar el resultado del caso y la reputación profesional.

Tello (2021), explica que durante la fase del juicio oral, se exponen las pruebas presentadas por las partes durante la etapa intermedia del proceso, las cuales son sometidas a debate y contradicción ante el Tribunal de Juicio, con el objetivo de determinar la culpabilidad o absolución del acusado. La participación en el juicio oral implica que los litigantes desarrollen habilidades y destrezas estratégicas para transmitir la información de manera lógica, racional y coherente, con el fin de influir en la decisión del juez. Para lograr este objetivo, es necesario:

- Presentar el alegato de apertura de manera clara, concisa, coherente y memorable.
- Organizar de manera estratégica las pruebas que se presentarán ante el juez.
- Aplicar adecuadamente el principio del contradictorio, utilizando técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio que fortalezcan la teoría del caso planteada.
- Presentar un alegato de conclusión de manera estratégica y convincente.

La mediación y conciliación en el Proceso Penal panameño.

La mediación y la conciliación representan un proceso nuevo que ha sido incorporado mediante el Código Procesal Penal (2008), para brindarle al sistema judicial panameño y todo lo que se ve involucrado en el proceso judicial, una alternativa para negociar de manera asistida la resolución del conflicto en el que se ven involucrados de una manera más pacífica sin tener que llegar a un juicio. Según González (2023), la mediación penal y la conciliación fueron incorporadas en el nuevo Código Procesal Penal (2008), específicamente en “el Libro II Actividad Procesal, Título IV Procedimientos Alternos de Solución del Conflicto Penal, Capítulo II Conciliación y Mediación, Sección 3a Mediación, artículos 204, 207 al 211, Libro II, título IV” (p. 13). Esto permite que se pueda llegar a una solución de una manera pacífica y más rápida.

Por su parte Chamorro (2022), explica que:

“El Código Procesal Penal regula estas dos figuras en un mismo capítulo, aunque en distintas secciones, pero establece disposiciones comunes o reglas generales a ambas figuras jurídicas destacando que, a través de las mismas se

puede terminar la investigación o el proceso, pero puntualiza que existen reglas que rigen su aplicación” (p. 1).

Este tipo de resolución de conflicto se debe solicitar específicamente después de que se formule y se presente la imputación del acusado y sea presentado ante el juez de garantía, esto se ve contemplado en el artículo 281, ante la figura después de garantía también es a quién se le solicita. Esa solicitud debe ser verificada con el fin de determinar si ese tipo de delito que admita el desistimiento, por lo que durante la audiencia oral se puede ordenar la remisión al centro de mediación y a su vez se suspende de manera provisional la causa por un tiempo fijado en la audiencia.

Los principios que fundamentan la mediación penal incluyen la autonomía de la voluntad de las partes, la rectitud, la equidad, la imparcialidad, la confidencialidad, la eficacia, la neutralidad, entre otros. Además, la doctrina agrega principios como la flexibilidad, la creatividad, la humanización, la libertad y la búsqueda de la paz.

Como señala Naranjo (2023), estos principios guían el proceso de mediación hacia la búsqueda de soluciones justas y pacíficas, fomentando la participación activa de las partes. Pastrana Aguirre (2013), destaca que estos principios, aunque tienen bases legales, están dirigidos fundamentalmente hacia el ser humano, con el propósito de moldear su comportamiento hacia una mayor comprensión, comunicación sincera y resolución de conflictos de manera constructiva.

La mediación y conciliación son métodos clásicos que datan de hace muchos años en la resolución de conflictos, en lo que podemos decir que son las partes involucradas en el proceso que tienen ese papel principal y beneficio a la vez.

En el documento titulado Conozcamos la Mediación Penal en Panamá, de Scandale (2012), señala que:

“La Conciliación y la Mediación le ofrece, a aquella persona que sufre las consecuencias de un delito, la oportunidad de obtener respuesta al daño causado, sin la necesidad de someterse a un proceso penal. En ese sentido, su utilidad es indudable, tanto para quienes participan de ella, como para la comunidad, en general” (p.5).

La figura del Conciliador o Mediador, contribuye en gran medida a proveer a las partes de un espacio de diálogo confidencial, en el cual se sientan seguros cómodos y dispuestos a llegar a un entendimiento.

En el artículo 208, se da la remisión, es decir el periodo de evaluación en donde ya sea la figura del Fiscal o el Juez de Garantías admiten o no la remisión de la petición. Al paso del proceso a los centros a ambas partes se le informa sus derechos y lo que implica los métodos alternos (p. 149). Con el artículo 209, se expone la suspensión de la tramitación de la causa en un término de un mes, señala también que si ambas partes presentan una petición en la que se incorporen nuevos criterios para la cuantificación de los daños se aportará un lapso de un mes más.

La mediación es un proceso esencial en el nuevo sistema de corte acusatorio, que busca resolver una gran parte de los conflictos de manera distinta a través de la finalización de la acción penal, especialmente en casos de delitos menores. Esto contribuye a una justicia penal más humana, donde el resarcimiento a la víctima tiene prioridad sobre la imposición de penas, lo que puede incluso resultar en la ausencia de antecedentes penales para el imputado y una reducción en la carga laboral de los tribunales.

La conciliación es un proceso que se rige principalmente, la decisión libre entre ambas partes, en ella también se involucra una tercera persona que es denominado conciliador. Esta representa un método alternativo que se da de manera pacífica y con la voluntad de ambas partes, este punto se establece en el Código Procesal Penal (2008), en el artículo 206, en este se expone que: “Se admite los delitos que se desestiman o se consideran delitos más leves, y quien vela por ellos es el Ministerio Público el que establece una conciliación” (p. 42). En una conciliación el proceso penal también se cancela por un lapso de un mes.

Vintimilla y Masapanta (2020), explican que la conciliación es el mecanismo en el cual un tercero interviene, para lograr que entre las partes haya un entendimiento, lo cual se logra con la voluntad de ambos. La conciliación se hace obligatoria en algunos procedimientos judiciales determinados, en casos civiles, de familia, otros. En base a diversos autores se puede exponer que es un mecanismo que permite la resolución de los conflictos en donde las partes involucradas buscan llegar a un acuerdo de una manera más práctica y así evitar llegar al proceso judicial, por lo tanto, se considera como un medio pacífico de solución de conflictos, su término deriva del latín *Conciliare*, que significa, ajustar los ánimos de quienes se encuentran en polos opuestos, pero en un mismo rumbo. Con este proceso se busca que las partes logren un entendimiento o acuerdo.

Principios fundamentales en la mediación

- **Voluntariedad:** es fundamental en la mediación penal que tanto la víctima como el ofensor participen de manera voluntaria en el proceso.
- **Imparcialidad:** el mediador debe mantenerse imparcial y no tomar partido por ninguna de las partes. Esto implica no dejar que sus creencias o emociones influyan en el proceso.
- **Confidencialidad:** se establece un principio de confidencialidad para proteger las conversaciones y acuerdos alcanzados durante la mediación.
- **Gratuidad:** aunque el derecho penal es público, la mediación penal también puede ser llevada por centros privados, en cuyo caso las partes deben sufragar los gastos. Si no pueden hacerlo, pueden ser remitidos a centros públicos.
- **Oficialidad:** el Juez de Garantía es quien remite a los centros de mediación a través de la Oficina Judicial.
- **Flexibilidad:** tanto el procedimiento de mediación como los plazos pueden ser flexibles para adaptarse a las necesidades de las partes involucradas.
- **Bilateralidad:** las partes pueden dialogar abiertamente en la mediación y expresar lo que sienten y lo que buscan lograr para reparar lo que le ha causado a la víctima y lograr un acuerdo que beneficie a ambas partes.

Efectividad de la mediación y la conciliación

La mediación con la incorporación del Sistema Penal Acusatorio, se ha llegado a reconocer como uno de los métodos que presentan mayor efectividad para dar solución rápida a un conflicto penal. Se tiene que tener en cuenta que según González (2023), “dentro de las ventajas que ofrece la mediación están que favorece la comunicación, preserva las relaciones, es rápida, disminuye la agresión y la escala del conflicto, garantiza un mayor cumplimiento y satisfacción, es económica, voluntaria, implica menor coerción” (p. 21).

Además, se debe de tomar en cuenta que Maselles y Rodríguez (2018) “la mediación como herramienta de convivencia, está logrando en estos últimos años resultados satisfactorios. Es necesario promover “el aprender a vivir juntos”, las relaciones positivas con los otros, el diálogo como vía de resolución de conflictos” (p. 25).

La conciliación en el Proceso Penal panameño

La conciliación se utiliza en situaciones especificadas en el artículo 201 del Código Procesal Penal y es pertinente para casos susceptibles de transacción, desistimiento y negación. La capacidad de transacción implica que las partes en disputa pueden resolver sus conflictos antes de recurrir al sistema judicial convencional, siempre y cuando esto no viole el orden público.

Este método de resolución se emplea principalmente en delitos de menor gravedad, como incumplimiento de deberes familiares, difamación e injuria, falsificación de documentos o firmas, homicidios culposos sin intención, evasión de cuotas, fraudes telefónicos o relacionados con la promoción de productos, entre otros.

El propósito de aplicar la conciliación en estos casos es promover una resolución de conflictos más eficiente y rápida, aliviando la carga de trabajo de los tribunales y permitiendo que las partes involucradas alcancen un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Procesos aplicables de Conciliación

Para que en un proceso de conciliación los delitos puedan llegar a ser desestimado, en base al artículo 201 del Código Procesal Penal, se tiene que establecer el proceso de imputación de cargos, esto se expone en el artículo 208 específicamente en el numeral 3, con la formulación de la imputación se produce una serie de efectos, los cuales recaen principalmente en la interacción de la acción penal, el Ministerio Público, procede así a cerrar la investigación posterior a ello se comunica a las partes, “vencidos este tendrá un plazo de hasta diez días para acusar o solicitar sobreseimiento. Se abre la posibilidad de aplicar el criterio de oportunidad, de celebrar acuerdos entre el Ministerio Público y la defensa” (Código Procesal Penal, 2008).

Esto representa una limitante en este proceso, ya que cuando se solicita la consideración es necesario que se imputen los cargos y posterior a ello se judicializa el proceso penal para ser llevado ante un Juez De Garantías.

En el Código Procesal Penal (2008), se expone:

“Artículo 206. Conciliación. En los delitos que admiten desistimiento de acuerdo con el artículo 201, el Ministerio Público promoverá la conciliación entre la víctima y el imputado. En estos supuestos, la conciliación tendrá lugar en el centro que escojan las partes. Mientras se adelanta la conciliación se suspenderá condicionalmente el proceso por un término máximo de un mes. Si se llega a un acuerdo conciliatorio, no habrá extinción de la acción penal

hasta tanto no se dé cumplimiento a las obligaciones contenidas en el acta de conciliación. Si se incumple el acuerdo, se reanuda la acción penal, si se cumple, se extinguirá la acción penal y el acuerdo tendrá efecto de cosa juzgada” (p. 43).

El control de la Conciliación

Este proceso de control se lleva a cabo en una audiencia ante el Juez de Garantías, donde se decide si se acepta o se rechaza la solicitud del fiscal de resolver el conflicto penal en un Centro Alternativo de Resolución de Conflictos. Esta decisión se toma con el consentimiento previo del imputado y la víctima, y pueden elegir entre centros reconocidos, ya sean del Ministerio Público, del sistema judicial u otras instituciones públicas o privadas legalmente reconocidas. Es importante destacar que esta solicitud debe presentarse durante la fase de investigación del caso.

Ahumada (2011), considera que, respecto a la Conciliación, al artículo 522 del Código Procedimiento Penal Colombiano lo siguiente:

“La conciliación pre-procesal puede intentarse durante la indagación, cuando ella ha habido lugar, y, en todo caso, como requisito de procedibilidad hasta antes de la imputación. Para poder intentar la conciliación pre procesal, obviamente debe estar identificado o individualizado el querellado, pues de otra manera no podría citársele para el arreglo. Otra razón adicional para indicar que la conciliación pre procesal tiene su ámbito durante la indagación o, en cualquier caso, en momentos anteriores a la formulación de imputación de imputación, lo denota la disposición señalada cuando prevé que, si se produce el acuerdo, el fiscal procederá a archivar las diligencias, actitud que solo puede asumirse “antes de la formulación de imputación”, pues, de lo contrario, el fiscal debería solicitar preclusión al Juez de Conocimiento. La norma en cuestión indica que, si no se produce la conciliación o acuerdo, el fiscal deberá ejercitar la acción penal correspondiente, “sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación” (p. 25).

Durante la etapa de indagación, antes de la formulación de la imputación, y que es un requisito de procedibilidad que debe cumplirse antes de este paso crucial en el proceso penal.

Reglas generales para la aplicación de la mediación y conciliación

Código Procesal Penal en su artículo 204 señala que:

1. Autonomía en la voluntad estipulada por ambas partes.
2. Se procede con lo delitos que son desistibles.
3. Voluntad de ambas partes
4. “No es permitido introducir como medio de prueba al proceso ni como prueba de admisión de culpabilidad en contra del imputado los antecedentes relacionados con la proposición aceptación o rechazo de las propuestas formuladas en la sesión” (Céspedes, 2010, p. 104).
5. Si se incumple con el acuerdo, no llega a representar un causal para que se dicte una sentencia condenatoria.
6. “La participación del Fiscal o Juez de Garantías en la remisión a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos no es causal de impedimento ni recusación” (Céspedes, 2010, p. 104).
7. Se restringe la coacción o la violencia contra la víctima por parte del imputado con el fin de lograr un acuerdo.
8. No se admite la inducción de una solución sin que ambas partes estén de acuerdo.

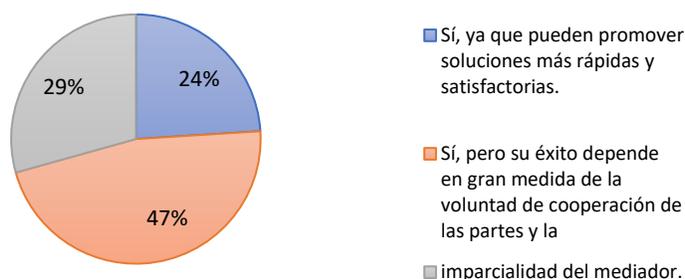
Por su parte en el artículo 204 se establece las reglas generales para la aplicación de la mediación y conciliación como formas alternativas para dar solución a los conflictos. Estas reglas son fundamentales para garantizar un proceso justo y eficiente en la resolución de disputas. Algunos puntos clave incluyen el respeto a la autonomía de las partes, la limitación de la aplicación de mediación y conciliación a delitos específicos, la necesidad de consentimiento voluntario de las partes, la confidencialidad de las sesiones, la no utilización del incumplimiento del acuerdo como causa para una sentencia condenatoria, la participación de fiscales o jueces en la remisión a estos procesos sin ser motivo de impedimento, la prohibición de coacción, violencia o engaño, y la garantía de que las soluciones sean alcanzadas de manera justa y equitativa. Estas reglas promueven principios éticos como la autonomía de la voluntad, la confidencialidad y la imparcialidad, lo que es vital para el sistema de justicia equitativo y eficaz. Los datos estadísticos del Órgano Judicial confirman el éxito de la mediación penal, destacando su creciente adopción en la jurisdicción penal. Este logro se atribuye al compromiso de un equipo multidisciplinario, que incluye a jueces, defensores, fiscales y mediadores, así como la implementación de buenas prácticas, como la participación de terceros civilmente responsables en las sesiones.

Metodología

Esta investigación tiene un diseño no experimental, de tipo transeccional, también conocido como transversal. Este tipo de diseño implica un corte temporal entre diferentes períodos de un fenómeno particular, con el objetivo de examinar las relaciones entre variables específicas. En cuanto al diseño transeccional, según Hernández et al. (2014), implica la recolección de datos en un único momento, es decir, en un momento específico en el tiempo. Su objetivo principal es describir variables y analizar cómo inciden e interactúan entre sí en ese momento preciso (Hernández et al., 2014, p.154).

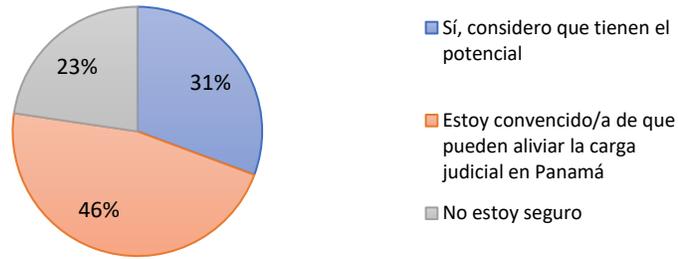
Esta investigación se clasifica como analítica y descriptiva, ya que su objetivo es comprender, analizar e interpretar datos recopilados para si la mediación y conciliación ayudarán a prevenir la congestión del sistema. Según Hernández et al. (2014), los estudios descriptivos se centran en destacar las características, propiedades y perfiles de personas, comunidades, grupos, procesos, objetos u otros fenómenos sujetos a examen (p. 92). Este tiene una muestra de 75 participantes, incluyendo jueces, fiscales, abogados, personas particulares de la provincia de Veraguas, estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del CRUV. La muestra de esta investigación se seleccionará de manera probabilística, dado que se trata de un grupo conformado por profesionales del derecho y docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

En la gráfica 1, se evalúa si la mediación y conciliación son métodos efectivos para resolver conflictos penales.



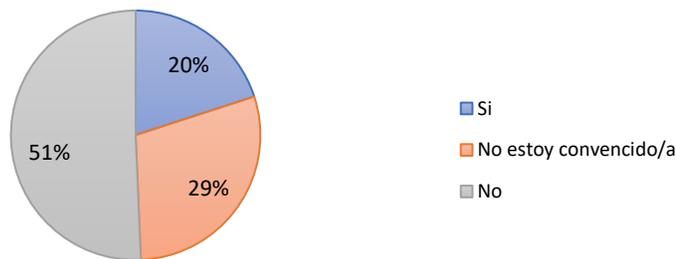
El 35% de los participantes opinan que su éxito depende en gran medida de la voluntad de cooperación de las partes; el 22% no están seguro que la Mediación y la Conciliación como métodos alternos y el 18% considera que estos métodos son efectivos para resolver conflictos penales.

En la gráfica 2 se evalúa si la Mediación y Conciliación pueden contribuir a la reducción de la carga judicial en Panamá.



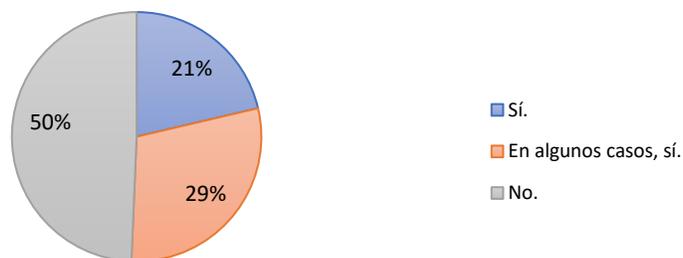
El 35% de los participantes creen que la Mediación y la Conciliación pueden aliviar la carga judicial, el 23% consideran que tiene potencial y el 17% no están seguros que pueda reducir la carga judicial en Panamá.

En la gráfica 3 se evalúa si considera que la mediación y conciliación son alternativas justas en comparación con el juicio tradicional.



El 38% no consideran que la Mediación y la Conciliación sean alternativas justas en comparación a los juicios tradicionales; el 22% de los encuestados opinan que todavía no están seguros y solo el 15% si consideran que son alternativas justas en comparación con los juicios tradicionales.

En la gráfica 4, se evalúa si cree que las víctimas pueden obtener una mejor reparación a través de la mediación y conciliación que mediante un juicio.



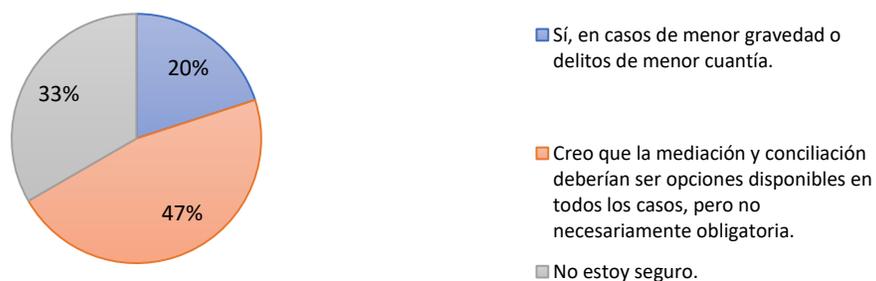
El 37% de los encuestados opinan que no pueden obtener ninguna reparación de la Mediación y la Conciliación que, mediante un juicio; el 22% de los encuestados opinan que en algunos casos si y solo el 16% si consideran que se pueden obtener una mejor reparación de la Mediación y la Conciliación que mediante un juicio.

En la gráfica 5, evalúa los aspectos que podrían mejorarse en los programas de mediación y conciliación del Sistema Penal Acusatorio de Panamá.



El 45% de los participantes consideran que sería beneficioso mejorar la accesibilidad y la divulgación de información sobre los programas de Mediación y Conciliación para aumentar su conocimiento y participación; un 25% consideran que se podría fortalecer la formación y capacitación continua y el 5% considera que sería importante implementar medidas para asegurar la imparcialidad y la equidad en los procesos de Mediación y Conciliación.

En la gráfica 6, se evalúa si consideras que la mediación y conciliación deberían ser obligatorias en ciertos tipos de casos penales.



El 15% de los participantes considera que sí, ya que la Mediación y la Conciliación deberían ser obligatorias en casos de menor gravedad o delitos de menor cuantía; un 35% creen que la Mediación y Conciliación deberían ser opciones disponibles en todos los casos, pero no necesariamente obligatoria y el 25% no están seguros.

Conclusiones

Basándome en las respuestas proporcionadas en la encuesta sobre la mediación y conciliación dentro del Sistema Penal Acusatorio, aquí hay algunas conclusiones:

Existe una proporción significativa de participantes (32%) que aún no están familiarizados con la mediación y la conciliación en el contexto penal. Esto sugiere una necesidad de mejorar la difusión y la educación sobre estos métodos alternativos de resolución de conflictos.

Si bien hay un segmento considerable que cree en la efectividad de la mediación y la conciliación (18%); una parte sustancial (22%) muestra incertidumbre al respecto. Esto indica la necesidad de demostrar y promover la eficacia de estos métodos a través de ejemplos y datos concretos.

Aunque una minoría significativa ha participado en procesos de mediación y conciliación (22%); un número considerable no tiene experiencia personal ni conocimiento del tema (18%). Esto resalta la importancia de aumentar la participación y la exposición a estos métodos para una comprensión más amplia y una mayor aceptación.

La confianza en la imparcialidad de los mediadores y conciliadores en el sistema penal es variada, con una parte considerable (32%) que aboga por medidas adicionales para garantizar su independencia. Esto subraya la necesidad de fortalecer los mecanismos de garantía y transparencia en estos procesos.

Una proporción considerable de participantes (35%) cree que la mediación y la conciliación pueden ayudar a aliviar la carga judicial, lo que sugiere que hay una percepción positiva sobre su capacidad para reducir la sobrecarga en los tribunales.

Bibliografía

Ahumada, M. (2011). *La conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*(114), 11-40. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26855.pdf>

Céspedes, D. (2010). *Estudio del impacto jurídico de la mediación en los procesos penales en el circuito judicial de la provincia de Herrera durante el año 2009*. [Maestría thesis, Universidad de Panamá]. https://up-rid.up.ac.pa/558/7/danilo_cespedes.pdf

Chamorro, R. (30 de septiembre de 2022). *Los Procedimientos Alternos de Solución del Conflicto en el Código Procesal Penal de Panamá*. La Razón del ítsmo:

- <https://larazondelistmo.com/news/los-procedimientos-alternos-de-solucion-del-conflicto-en-el-codigo-procesal-penal-de-panama>
- Geneteau, G. (2021). *Realidad del Sistema Penal Acusatorio en la jurisdicción electoral de Panamá. Publicaciones del INED.*
<https://rinedtep.edu.pa/server/api/core/bitstreams/d5dfe209-a1b1-45ac-8477-0f6b514b9939/content>
- González, E. (2023). *Generalidades de la mediación penal en el sistema penal acusatorio en Panamá. Cuadernos Nacionales*(32), 7–22.
https://revistas.up.ac.pa/index.php/cuadernos_nacionales/article/view/3563
- Ho, R. (2015). *Evolución probatoria de la noticia criminis en el proceso penal acusatorio.* [Maestría en Derecho Procesal. Universidad de Panamá]. <https://up-rid.up.ac.pa/261/8/rafael%20ho-sang.pdf>
- Maselles, J., & Rodríguez, N. (2018). *La mediación penal en el Proceso Penal.* [Tesis de grado. Universidad de Salamanca].
https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/139118/TG_MasellesPascual_Mediacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Naranjo, A. (2023). *Una mirada actual de la conciliación en materia penal. Repositorio Institucional Unilibre.*
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/26181/Articulo%20Conciliacion%20Penal%20%282%29.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Sánchez, E. (2018). *Las Audiencias de la Fase de Investigación (Audiencia De Control De Aprehesión, Audiencia De Formulación De La Imputación, y Audiencia De Medidas Cautelares.* [Trabajo de Grado para optar por el Título de Magíster en Sistema Penal Informe de Práctica Profesional. Universidad Especializada de las Américas].
<http://repositorio2.udelas.ac.pa/bitstream/handle/123456789/30/audiencias.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Scandale, J. (2012). *Conozcamos la mediación penal en Panamá : folleto de educación práctica.* Alianza Ciudadana Pro Justicia.
- Tello, C. (2021). *La Fase de Juicio Oral en el Sistema Penal Acusatorio Panameño. Anuario De Derecho*(51), 119–129.
https://revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/3421/2920

Vintimilla, M., & Masapanta, C. (2020). *La Conciliación en el Código Orgánico Integral Penal*. [Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7287/1/T3171-MDP-Vintimilla-La%20conciliacion.pdf>

La inteligencia artificial (IA) y la evidencia digital en el Proceso Penal Artificial intelligence and digital (IA) and digital evidence in Criminal Proceedings.

Por. **Hernández, Plinio**
Universidad de Panamá
Centro Regional Universitario de Coclé
Panamá

Correo: plinio.hernandez@up.ac.pa / leyesatuservicio@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3679-4312>

Entregado: 22 de mayo del 2024

Aprobado: 8 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6418>

Resumen

El presente artículo analiza como la Inteligencia Artificial (IA) está transformando los procesos penales en el análisis y procesamiento de la evidencia digital, utilizando patrones que podrían pasar desapercibidos para los humanos, mediante algoritmos entrenados para detectar actividades sospechosas y/o delictivas.

El uso de la IA en el manejo de la evidencia digital debe manejarse por supuesto respetando derechos humanos y éticos; garantizándole al proceso penal transparencia, prohibiendo sesgos discriminatorios, privacidad y ayudando al juez en la valoración de evidencias.

Abstract

This article analyzes how Artificial Intelligence (IA) is transforming criminal processes in the analysis and processing of digital evidence, using patterns that could go unnoticed by humans, through algorithms trained to detect suspicious and/or criminal activities.

The use of AI in the management of digital evidence must of course be managed respecting human and ethical rights; guaranteeing transparency in the criminal process, prohibiting discriminatory biases, privacy and helping the judge in the evaluation of evidence.

Palabras clave: Evidencia digital, inteligencia artificial, proceso penal, algoritmos, privacidad, principios, ciberdelincuencia.

Key words: Digital evidence, artificial intelligence, criminal process, algorithms, fundamental guarantees, principles, cybercrime.

I. Introducción

La Inteligencia Artificial (en adelante IA), tiene la capacidad de procesar grandes volúmenes de datos y extraer patrones significativos, lo que ha traído nuevas posibilidades en la investigación y análisis de las evidencias digitales.

La evidencia digital incluye datos obtenidos de dispositivos electrónicos, redes sociales y otras plataformas en línea, posicionándose en los procesos penales.

Sin embargo, la naturaleza de estas evidencias plantea desafíos únicos en términos de autenticidad, integridad y admisibilidad en el juicio. A medida que los penalistas se enfrentan a estas nuevas realidades, la comprensión, aceptación y estudio de la interacción de la IA y la evidencia digital se convierte en un requisito indispensable para el abogado digital del siglo XXI.

Finalmente este artículo se propone analizar la vinculación entre la IA y la evidencia digital en el proceso penal, a fin de proporcionar nuevos conocimientos que permita al penalista comprender que podemos tener de aliado a la tecnología para la búsqueda de la verdad y la justicia, por supuesto dejando claro la imperiosa necesidad de la urgente capacitación en el tema, su uso responsable y ético.

II. La Evidencia Digital en el Proceso Penal

La evidencia digital ha puesto al proceso penal ante una encrucijada jurídica con relación a la adaptación de los medios probatorios tradicionales a la era digital. Existe diferencia entre evidencia física y evidencia digital, en primer término la evidencia física es tangible mientras que la evidencia digital no lo es (sí podrá serlo el soporte que la almacena pero no el dato en sí). Esta última es volátil, ya que es fácil modificarla, eliminarla, alterarla, lo que es necesario contar con herramientas de recolección más sofisticadas y de personal experto- a diferencia de la evidencia física que puede tomarse simplemente. Cabe explicar que cuando un usuario elimina un archivo en una computadora o dispositivo móvil existe la posibilidad de recuperarlo, por lo que existen archivos que, aunque a primera vista estén borrados pueden recuperarse mediante técnicas forenses, lo que involucra mayor complejidad para las evidencias digitales.

La evidencia física a diferencia no es posible obtener la clonación exacta como sucede con la evidencia digital.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los medios probatorios no deben ser ajenos a los avances tecnológicos.

Una de las principales diligencias judiciales de investigación consiste en ordenar la clonación y análisis forense de los discos duros y elementos periféricos de equipos informáticos aprehendidos tras un registro, así como de cualquier otro dispositivo de comunicación o almacenamiento.

La información que puede contener un archivo (documento, video, fotos) no es solo la que un simple usuario puede observar sino que existen metadatos que no son conocidos por el ojo del usuario. Son los datos acerca de los datos, por ejemplo, en una foto el dato que percibe cualquier persona es la imagen, pero los metadatos es la información como las coordenadas GPS del lugar en donde se tomó la foto, el modelo de la cámara que se utilizó, la fecha y hora, el software que se implementó para editar la imagen, el usuario utilizado, etc.

Los metadatos se pueden observar y recolectar mediante herramientas forenses como: software EXIF reader, EXIF Viewer, EXIF Image Viewer, FIV Forensic Image Viewer, entre otros, con éstos software se han podido descubrir archivos de imagen que contenían fotos a la cual se le habían agregado mensajes que eran prácticamente invisibles al ojo humano.

Dado que es posible alterar un archivo siendo muy difícil su detección, existe una herramienta forense mediante un algoritmo matemático de autenticación hexadecimal denominado HASH, que transforma cualquier bloque arbitrario en una serie de caracteres con una longitud fija; éstas son MD5, SHA1 y SHA256, significa que el archivo sufre alguna modificación, por más mínima que sea, el resultado que arroja el algoritmo es completamente diferente permitiendo detectar aquellas modificaciones realizadas al archivo.

III. BIT BIT

Es la copia forense, herramienta que permite copiar de manera total y exacta la información contenida en un disco rígido, en una o más copias; que deben ser manipuladas por expertos forenses en manejo de evidencia digital.

Como consecuencia la pérdida de la información es casi imposible y permite a la defensa, fiscalía, el juez y el querellante tener acceso a las bit bit, las cuales pueden garantizarseles que son copias exactas de la original, lo que resulta ser una característica ventajosa de la evidencia digital, gracias al algoritmo conocido como HASH.

IV. Necesidad de adoptar un estándar internacional para la admisibilidad de la evidencia digital.

La evidencia digital requiere un análisis minucioso y detallado de cómo se crea, recolecta, protege y finalmente como se presenta en el proceso penal, para que sea admitida.

La mayoría de las cortes federales de los Estados Unidos de Norteamérica han evaluado la admisibilidad de las evidencias digitales si se logra demostrar que la misma cumple con el Federal Rule of Evidence, son un conjunto de normas que regulan la admisibilidad de pruebas en los tribunales federales, fue adoptada en 1975, estas reglas abarcan aspectos como la relevancia de la evidencia, los privilegios, la competencia de los testigos.

La adopción de un estándar internacional para la evidencia digital permitirá claridad y consistencia para la recolección y presentación de evidencia, integridad y autenticidad, mejora de prácticas forenses aumentando la confianza en los resultados obtenidos.

V. Principios del G8 para el manejo y lineamientos de la evidencia digital.

Los principios del G8 para el manejo de la evidencia digital es vital para asegurar la integridad y validéz de los resultados en el contexto forense. Estos principios ratificados por los países miembros del G8, se enfocan en la aplicación rigurosa de técnicas forenses y procedimientos estandarizados.

En primer lugar, se enfatiza que todos los procedimientos forenses genrales deben aplicarse al tratar con evidencia digital. Asegurando que las prácticas utilizadas sean consistentes y confiables. Además, se establece que la recolección de la evidencia digital no debe alterar su contenido, lo que es crucial para mantener la autenticidad de la prueba.

Otro principio es que cualquier persona que acceda a la evidencia digital original debe estar debidamente entrenada.

Esto minimiza el riesgo de manipulación accidental y asegura que la evidencia se maneje correctamente. Asimismo, toda actividad relacionada con la recolección, almacenamiento y transferencia de evidencia debe ser documentada de manera meticulosa, lo que permite una revisión y auditoría efectivas.

Finalmente, establece que la responsabilidad sobre la evidencia digital recae en quien la posee, garantizando que se mantenga la cadena de custodia y se eviten posibles disputas sobre la validez de la evidencia presentada en un juicio. Estos lineamientos son esenciales para fortalecer la confianza en el uso de la evidencia digital en los procesos penales, promoviendo un enfoque más sistemático y profesional forense.

VI. El Proyecto “CTOSE” de la Unión Europea (UE).

El Proyecto CTOSE (Cyber Tools On-Line Search of Evidence) es una herramienta o guía de trabajo de la Comisión Europea; los puntos centrales son la recolección, análisis, almacenamiento y presentación de la evidencia digital. El principal interés de los países miembro como Francia, Inglaterra, Italia; etc, es contar con un esquema claro de Savoir Faire para el intercambio de evidencia digital en la comunidad europea.

VII. Principios para la admisibilidad de la evidencia digital.

Debe cumplir con los siguientes principios;

- 1. Autenticidad:** una evidencia digital debe ser auténtica siempre y cuando se cumplan con dos (2) elementos. El primero que se haya generado y registrado en el lugar de los hechos y la segunda que no tenga signos de alterabilidad, es decir que los registros corresponda a la realidad y que sea un fiel reflejo de la original.
- 2. Confiabilidad:** es confiable la evidencia digital si proviene de fuentes creíbles y verificables; significa equiparar el hecho con la arquitectura de computación en correcto funcionamiento. Es decir una prueba digital será confiable siempre y cuando el sistema que la produce no haya sido alterado y que esté en correcto funcionamiento al momento de recibir, almacenar o generar la prueba.

Para que el funcionamiento del sistema sea adecuado es necesario que cuente con una función que sincronice el registro de las acciones de los usuarios y que a su vez cuente con un registro centralizado e íntegro de los mismos.

- 3. Suficiencia:** una prueba digital es suficiente si esta es completa, para ello es necesario contar con mecanismos de integridad, sincronización y centralización que permita observar una imagen completa de la situación objeto de análisis. Es necesario para lograr eso hacer una verdadera correlación de eventos definida como el establecimiento de relaciones coherentes y consistentes entre diferentes fuentes de datos para establecer y conocer eventos ocurridos en una arquitectura o procesos.

VIII. Apego y respeto por las leyes y reglas del poder judicial

Toda evidencia digital debe cumplir con los requisitos enunciados en nuestros códigos de procedimientos. No sólo deberá ser auténtica, confiable y suficiente sino que debe respetar toda la normatividad legal vigente.

IX. Ventajas del uso de IA para la investigación forense de la evidencia digital.

La IA puede ayudar a identificar, documentar e interpretar volúmenes masivos de evidencia digital a través de herramientas de procesamientos de datos, machine learning.

Una de las principales ventajas al utilizar IA en la recolección de evidencias digitales es que permite al perito informático forense analizar grandes volúmenes de información y encontrar patrones y conexiones que serían muy difíciles detectar manualmente; por ejemplo, si se investiga fraudes financieros. La IA puede analizar en segundos millones de transacciones para identificar patrones inusuales o sospechosos.

Además puede ayudar con precisión y confiabilidad al recolectar la evidencia digital; ya que utiliza algoritmos avanzados y técnicas de aprendizajes automáticos para un caso específico a resolver.

Otra ventaja de utilizar IA en la recolección de evidencia digital es su capacidad para aprender y perfeccionarse a medida que se procesan más datos, los algoritmos se hacen más precisos. Es importante tener en cuenta que el tratamiento de la evidencia digital requiere conocimiento y cumplir con marcos de prácticas existentes llevadas a cabo por profesionales informáticos forenses quienes están certificados en el tratamiento de las mismas.

No olvidemos que la prueba digital presenta especificidades propias que la hacen diferentes a otros tipos de pruebas, es muy frágil ya que puede ser fácilmente eliminada o modificada sin dejar rastros, reproducible porque pueden hacerse copias de esa información y ser siempre original, y anónima ya que no se puede vincular a una persona, excepto que tenga firma digital incorporada en el documento. Por lo que crucial estar capacitado y seguir los pasos para su recopilación donde la información recabada sea la misma en el tiempo y garantice la cadena de custodia (quien la extrajo, porqué, a quién se la entregó, etc).

X. Cómo se recopila la evidencia digital.

La evidencia digital debe tener validéz y no tener vicios de nulidad y es aquí donde el especialista debe ser cuidadoso.

Debe recopilar la evidencia digital en la escena, respetando las técnicas de recopilación, preservación y conservación manteniendo la integridad para su correcto análisis posterior.

A continuación, detallo los pasos en la recolección de la evidencia digital:

Paso 1: Asegurar la Escena. Para asegurar la escena el perito informático forense no debe permitir entrar o salir del área hasta que se haya recopilado la evidencia digital. Debe asegurar que los dispositivos digitales no sufran adulteraciones para poder iniciar la trazabilidad de la evidencia.

Paso 2: Identificar los dispositivos. Una vez que la escena está segura, el siguiente paso es identificar los dispositivos digitales que contengan evidencia relevante en teléfonos inteligentes, computadoras portátiles, tablets, cámaras y otros dispositivos digitales; que tengan datos relacionados con el delito que se desee analizar.

Paso 3: Documentar los dispositivos. Una vez identifica los dispositivos digitales; el siguiente paso es documentarlo.

Debe tomar nota detallada de la marca y modelo de cada uno, su condición física y cualquier otra información relevante y útil en la investigación.

Paso 4: Recopilar los dispositivos. Una vez que se han documentados los dispositivos el siguiente paso es recolectarlos, implica que hay que preservarlos; franjarlos, si no son equipos y son archivos los que se encuentren; hay que calcular el hash de cada uno de ellos; luego proceder a retirar con cuidado cada dispositivo de la escena y colocarlo en lugar seguro para ser transportados, asegurando el inicio de la cadena de custodia y el correcto resguardo de los elementos.

Paso 5: Obtención de la Evidencia. Una vez que se ha recolectado los dispositivos, el siguiente paso es la obtención de la evidencia. Implica tener que hacer una copia (forense) de los datos almacenados en ellos y resguardarlos en lugar seguro.

Esto garantizaría que los datos originales no se alteren o dañen debido a lo frágil que es las pruebas digitales; por lo que éste paso es fundamental.

Paso 6: Analizar la Evidencia. Una vez preservada la evidencia, el siguiente paso es analizarla, lo que implica revizar los datos almacenados y buscar información relevante, mediante softwares de IA para analizar gran cantidad de datos en tiempo record.

XI. Panamá y la evidencia digital.

Panamá es miembro del Convenio de Budapest para la Ciberdelincuencia de Budapest desde el año 2014.

Además el artículo 311 del Código Procesal de Panamá “ Libro Tercero” relativo al procedimiento de investigación regula las interceptaciones de comunicaciones, se refiere a comunicaciones cibernéticas, seguimientos satelitales, vigilancia electrónica y comunicaciones telefónicas.

Desde entonces Panamá ha considerado los delitos cibernéticos y la creación de unidades especializadas para investigar estos delitos.

La adhesión de Panamá al Convenio de Budapest ha facilitado la cooperación con otros países en la lucha contra la ciberdelincuencia, permitiendo el intercambio de información y asistencia técnica en investigaciones.

Estos cambios reflejan el compromiso de Panamá hacia la adecuación de su derecho interno a fin de dar respuestas a los desafíos que plantea la ciberdelincuencia en un entorno digital en constante evolución.

XII. La Cooperación entre Estados dentro dem Marco del Convenio de Budapest.

El Convenio sobre Ciberdelincuencia (2001) “ Convenio de Budapest (STE 185)” constituye el primer y único instrumento internacional que regula las evidencias digitales en materia penal, elaborado por el Consejo Europeo, con participación de Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, Japón, entre otros; abierto en Budapest, Hungría en noviembre de 2001.

El Convenio de Budapest tiene el objetivo de armonizar y estandarizar una política criminal entre todos sus Estados miembros; que permita agilizar la persecución, asistencia en la persecución de los delitos cibernéticos transfronterizos.

De forma general los artículos del 25 al 28 se establecen lineamientos para la cooperación y asistencia mutua entre Estados para llevar a cabo investigaciones y recolección de evidencias digitales.

El Segundo Protocolo del Convenio de Budapest del Consejo Europeo, se refiere al aumento en la cantidad de delitos en el ciberespacio, debido a equipos digitales más sofisticados y mucho más avanzados que ponen a los usuarios en estado de vulnerabilidad, como por ejemplo el caso de la computación en la nube, lo cual acarrea enormes retos en materia de territorialidad y jurisdicción.

El Convenio de Budapest pretende ajustarse a los más altos estándares de justicia criminal internacional que facilite la investigación y aseguramiento de las evidencias digitales de forma eficaz y eficiente, dentro de parámetros legales internacional que garantice la protección individual y los derechos en el ciberespacio.

Conclusiones

- Concluimos indicando que la inteligencia artificial en la investigación forense digital permitirá automatizar tareas como la extracción, análisis y procesamiento de evidencias digitales a una velocidad y precisión sin precedentes. Esto revolucionará

significativamente los procesos penales al facilitar la identificación de pruebas claves que de manera manual y al ojo humano serían casi indetectables.

- La capacidad de la IA de analizar grandes volúmenes de datos y detectar patrones sutiles la convertirá en herramientas invaluable para los jueces, fiscales y defensores dentro del proceso penal.
- Los algoritmos de IA serán capaces de descubrir relaciones complejas entre metadatos aparentemente conexos, revelando la verdad oculta de los hechos delictivos.
- La IA garantizará la cadena de custodia digital manteniendo cada paso en el manejo de evidencia digital, asegurando la integridad de las mismas en el proceso penal.
- La evidencia digital, al ser menos sujeta a interpretaciones subjetivas, hará que los juicios sean más transparentes y las decisiones judiciales más fundamentadas.

Bibliografía

Rodrigo, F. M. (2021). LA EVIDENCIA DIGITAL EN EL PROCESO PENAL Y LA PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Revista Acadêmica - Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, 13(1), 135–161.

Universidad de los Andes. (2004). Evidencia Digital en el contexto internacional, la necesidad de un Estándar. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/32db101d-dfc6-4bb8-88c5-fe3d8a38c242/content>.

Romeo, P. R. (s.f.). La inteligencia artificial, una aliada en la investigación informática forense. <https://www.eldial.com/publicador/pdf/DC32A5.pdf>.

Espejo, P. A. (2023). La Incorporación de la Prueba Digital en el Proceso Penal Colombiano. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/29366/La%20Prueba%20Digital%20en%20el%20Ordenamiento%20Colombiano%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

El Pacto Europa-Latinoamerica. (2022). LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL MARCO NACIONAL Y EN EL INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA. <https://elpaccto.eu/wp-content/uploads/2022/08/Publicacion-prueba-electronica-EL-PAcCTO.pdf>.

Abreu Valencia, F. A. (2022). International Cooperation on Cybercrime and Digital Evidence.
<http://portal.amelica.org/ameli/journal/501/5013317002/5013317002.pdf>.

Las normas penales en blanco, una visión a los delitos ambientales **The blank criminal rules, a look at environmental crimes**

Por: **Alverola Delgado, María Mercedes**

Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología Panamá
Panamá

Correo: mariaalverola01@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0920-5848>

Entregado: 28 de mayo del 2024

Aprobado: 8 de julio del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6421>

Resumen

Esta investigación, ha sido iniciada para el entendimiento simplificado sobre la importancia de las normas penales en blanco y como han sido aceptadas conforme a avanzado la legislación sobre ella; siendo la principal materia que reenvía legislaciones complementarias, la ambiental.

De esta investigación, se observa que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado con respecto a este tema, en destacar que las mismas no son contrarias al principio de legalidad, siempre y cuando estas sean claras y no se presten a confusiones.

En este orden de ideas, se constató un fallo en donde se utilizó la norma penal en blanco en materia medioambiental, siendo este un caso, que afectó en su momento a la comunidad de la península de Azuero el cual tuvo como consecuencia la sanción por la infracción del delito Contra El Ambiente, dispuesto en el artículo 399 del Código Penal.

Palabras Claves: Derecho Penal, normas penales en blanco, delito ambiental.

Abstract:

This research was initiated to provide a simplified understanding of the importance of blank penal norms and how they have been accepted as legislation on the matter has progressed. Environmental law is the main area that refers to complementary legislation.

From this research, it is observed that the Supreme Court of Justice has addressed this issue, emphasizing that such norms do not contradict the principle of legality, as long as they are clear and not subject to confusion.

In this context, a ruling was found in which the blank penal norm was applied in environmental matters. This case affected the community of the Peninsula Azuero at the time, resulting in a sanction for the crime Against the Environment, as stipulated in Article 399 of the Penal Code.

Palabras Claves: Criminal Law, blank criminal regulations, environmental crime.

Introducción

Al transcurrir el tiempo, la criminalidad ambiental a nivel internacional va en aumento, por lo que los países se ven en la necesidad de realizar estudios para emitir los controles necesarios para la disminución o el castigo de esta clase de conducta, en su derecho interno. La República de Panamá, no ha sido la excepción, porque introdujo los delitos ambientales a través de la Ley No. 5 de 2005 «Que adiciona un Título, denominado Contra el Ambiente, al Libro II del Código Penal, y dicta otras disposiciones», siendo reformado por la Ley No. 14 de 2007 «Que adopta el Código Penal»

El referido Código, divide en varios capítulos la regulación en esta materia, que se describe de la siguiente forma: contra los recursos naturales, la vida silvestre, de tramitación, aprobación y cumplimiento urbanístico territorial, los animales domésticos y por último disposiciones comunes, que hace referencia al delito culposo y responsabilidad de la persona jurídica. Su estructura, remite a la jurisdicción administrativa de protección del ambiente para complementar el tipo penal; lo que se denomina «normas penales en blanco», tema central de la investigación.

I. Derecho penal

1.1. Definición

Distintos autores han ensayado una definición sobre el derecho penal, que nos permita tener una idea general sobre esta jurisdicción. Sobre lo anterior, la autora Aura Emérita Guerra de Villalaz, define este precepto de la siguiente forma:

«Dentro del orden social, el Derecho Penal es uno de los medios o instrumentos de los que se vale el Estado para establecer ciertos controles a fin de disuadir a los individuos de realizar conductas o afecten la pacífica convivencia humana». (Villalaz, 2013)

Se puede inferir que la jurisdicción penal, cumple su función social, en búsqueda de un método de control, emitido por el poder soberano del Estado, en la búsqueda de la emisión de normas para regular la conducta de los ciudadanos, y es allí en que la política criminal es de fundamental importancia, para la creación de normas.

La escritora Julia Sáez, ha expresado sobre el tema, lo siguiente:

«El Derecho Penal ha sido siempre interpretado como una forma que tiene el Estado para ejercer un control sobre los miembros de la sociedad que lo conforman, esto implica que el Estado tiene el derecho y el deber de hacerlo, ya que este debe mantener un orden y control social que permita la convivencia pacífica entre las personas. Además, se hace imprescindible que se protejan los intereses, bienes jurídicos y derechos humanos de la población. Lo que conlleva a adoptar medidas que constituyen una limitación a la libertad que tiene un individuo de hacer todo lo que él desee y en el momento que quiera. Entendiendo que el derecho de un sujeto finaliza donde empieza el derecho de los demás» (Sáez, 2020).

Se observan, similitudes entre ambas definiciones, rescatando la facultad que mantiene el Estado de restringir las libertades, en beneficios de los ciudadanos y de la correcta convivencia entre ellos.

1.2. El Delito

1.2.1. Definición de Delito

Para cumplir la finalidad del derecho penal, se describen ciertas conductas que se consideran de agresión a la pacífica convivencia de la ciudadanía y que violentan los derechos fundamentales de la sociedad, denominados delitos; en virtud de ello, se procede a referir algunas definiciones que permitirán, una mejor comprensión del término. El letrado, lo describe así:

«He ahí cómo de la definición nominal del delito como una acción penada por la ley, se ha llegado por análisis a una definición formal que nos da los requisitos bajo los cuales a una acción se la aplica una pena. Son seis requisitos independientes entre sí y necesarios todos, porque faltando uno solo de ellos no hay delito y concurriendo todos lo hay siempre. Delito es: 1, una acción (u omisión); 2, típica; 3, contraria al derecho (a la norma); 4, culpable; 5, adaptable a una pena del derecho positivo; 6, suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad» (Beling, 2020)

1.2.2. Elementos del Delito

Tomando en consideración la definición señalada anteriormente, como parte de la Teoría del Delito, se puede determinar los elementos fundamentales, a destacar: conducta típica, antijurídica y culpable. Véase cada uno de ellos:

- Conducta: se infiere que es la realización de acciones u omisiones humanas orientas a irrumpir un ordenamiento jurídico. Los autores Cecilia Sánchez y José Alberto Rojas, describe el primero como: **«todo comportamiento humano dependiente de la voluntad, dirigido hacia un resultado, con repercusiones en el ámbito social»** (Sánchez, 2009) y el segundo como **«la conducta base de la norma jurídico-penal, puede consistir en un hacer o en un no hacer. Es decir, hay normas prohibitivas y también normas imperativas que ordenan acciones, cuya omisión puede producir resultados socialmente dañosos. La omisión consiste en no llevar a cabo lo que las normas imperativas orden»** (Sánchez, 2009). *(La negrita es nuestra)*

En este orden de ideas, durante años el sistema penal, ha ido evolucionando, al paso en que ha avanzado la criminalidad, y uno de los aspectos fundamentales es la responsabilidad penal de la persona jurídica; sin embargo, esta deriva de los actos individuales realizados por las personas naturales que la representan.

- **Tipicidad:** es la adecuación entre el hecho y la normativa punible. Es en este elemento, del cual se deriva la tipicidad objetiva (conducta, sujeto activo, sujeto pasivo, objeto materia) tipicidad subjetiva (dolo, culpa).
- **Antijurídica:** Refiere aquella contradicción al ordenamiento jurídico, en ese caso al penal.
- **Culpable:** Bajo el estudio dogmático de la norma que se sitúa en la teoría finalista, la culpabilidad, es el último peldaño dentro de la línea de estudio, que permite realizar una vinculación entre el injusto y su autor y el poder punitivo que se ejerce sobre él.

II. Jurisdicción Administrativa

La potestad sancionatoria del Estado se ve reflejada en la legislación administrativa, que para el caso que nos ocupa, está dirigida a la protección del medio ambiente. Ella, representa un eslabón importante no solo en las regulaciones referente a la protección del ambiente sino también, convirtiéndose en las normas que complementan el tipo penal de los delitos ambientales. Por lo que es importante, que al momento que el fiscal del Ministerio Público, realice una investigación por esta tipología, tenga conocimiento de la norma administrativa infringida.

2.1. Normativas Administrativas de regulación de Protección del Medioambiente

La República de Panamá, ha establecido todo un engranaje de normativas administrativas de protección del medio ambiente, creando leyes, decretos ejecutivos, reglamentos, manuales.

Se destaca la Ley No. 24 de 7 de junio de 1995 «Por la cual se establece la legislación de vida silvestre en la República de Panamá y se dictan otras disposiciones» y el Texto único de la Ley No. 41 de 1998, «Ley General de Ambiente».

III. Delitos Ambientales

3.1. Definición

Es aquella conducta típica, antijurídica y culpable relacionada con la protección del ambiente. El autor Dino Bellorrio Clarot, indicó al respecto:

«Comete delito ecológico aquel que, sin justificación de interés social, realiza por incurría o interés lucrativo, una

acción que tenga por efecto la modificación –de modo grave o irreversible-del equilibrio ecológico, ya sea atentando contra la salud del hombre o las posibilidades de vida animal o vegetal, ya sea provocando una alteración esencial del suelo, el agua o del aire» (Bellorrio, 2004)

3.2. Características

3.3. Delito Ambiental en Panamá

Es a través de la Ley No. 5 de 2005, que se adiciona al Código Penal, el título denominado Contra El Ambiente, siendo reformado mediante la Ley No. 14 de 18 de mayo de 2007 y la Ley No. 26 de 2008.

3.3.1. Regulación Penal del Delito Ambiental

El Código Penal patrio, estipula en el Libro II, Título XIII, los Delitos Contra El Ambiente y El Ordenamiento Territorial, el cual se divide en cinco capítulos, distribuidos de la siguiente manera: contra los Recursos Naturales, la Vida Silvestre, Tramitación, Aprobación y Cumplimiento Urbanístico Territorial, Contra los Animales Domésticos y disposiciones comunes.

IV. Norma Penal en Blanco

Se trata de una figura jurídica del derecho penal, donde el legislador refiere, que, para completar el tipo penal, hay que remitirse a otra jurisdicción; sin embargo, esta norma debe ser clara, concreta, que no se preste para interpretaciones equívocas y que le otorgue al ciudadano certezas de la licitud o ilicitud de los actos que realicen, es decir que no violenten el principio de legalidad. Los autores Cecilia Sánchez y José Alberto Rojas, lo describen: «Se trata de aquella norma cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma que puede ser de carácter no penal. En el denominado tipo penal en blanco, la norma penal se completa con la remisión a otras normas, sean estas constitucionales, de orden legal o inclusive reglamentaria...» (Cecicila, 2009)

En este orden de ideas, es en los delitos contra el ambiente, en que es más notable la utilización de esta figura, pues es constante los cambios en la legislación ambiental, para la protección de del medio ambiente.

V. Aspectos Jurisprudenciales

La máxima corporación de justicia, se ha expresado de acuerdo a las diferentes acciones de inconstitucionalidad relacionada con las «normas penales en blanco», cuyos pronunciamientos datan desde el año 1992. Esto porque los juristas, han expresado la preocupación de esta clase de preceptos dentro del ordenamiento penal, al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha rescatado la importancia de la certeza jurídica del tipo penal, que para el caso que ha llevado a esta investigación, está contemplada dentro de las normativas administrativas, las cuales deben ser verificadas para que la conducta realizada este debidamente descrita en aquella jurisdicción y que la normativa penal sea lo suficientemente clara, precisa y concreta para su entendimiento, que no dé lugar a interpretaciones erróneas de la misma. Aquel despacho superior jurisdiccional, ha emitido concepto al respecto:

«Para determinar la constitucionalidad de la norma en estudio, lo primero que debemos definir es el alcance jurídico de la norma penal en blanco.

.....

La Corte Suprema de Justicia, por su parte se ha encargado en distintas oportunidades de pronunciarse en torno al alcance de los tipos penales en blanco. Así en sentencias de 2 de enero de 1997 y 18 de marzo de 1994 se indicó que las normas penales en blanco, por sí mismas, no son contrarias al principio de legalidad siempre que sea posible determinar dos cosas: la primera, que exista certeza jurídica de la norma legal o reglamentaria a la que remite la norma penal en blanco para complementarla, es decir, el presupuesto o precepto, y; segundo, que la descripción que se haga de la conducta punible en la norma que contempla la disposición penal en blanco, cumpla con los requerimientos de claridad,

concreción y precisión» (Acción de Inconstitucionalidad presentada por el licenciado Giovani Fletcher, 2007)

V. Estudio de Caso

Una de las normas penales en blanco, es el artículo 399 del Código Penal, en el cual se transcribe de la siguiente forma:

«Artículo 399. Quien infringiendo las normas de protección del ambiente establecidas destruya, extraiga, contamine o degrade los recursos naturales, será sancionado con prisión de tres a seis años...»

Dicho esto, cuando se hace el análisis del tipo penal se describen los siguientes elementos:

- Sujeto Activo: Es indeterminado, porque utiliza el pronombre “quien” para referir a la persona que comete el delito.
- Sujeto Pasivo: Lo es el Estado en primera instancia; sin embargo, en esta clase de delitos, se reconocen los derechos difusos y colectivo, por ende, la legitimidad a las personas naturales o jurídicas debidamente reconocidas en el país, como víctima del hecho delictivo concatenado con el artículo 79 del Código Procesal Penal.
- Verbo Rector: Estos definen la conducta de quien infrinja la norma penal, en ese caso lo son el destruir, extraer, contaminar y degradar.
- Norma Penal en Blanco: Cuando se realiza el análisis de este tipo penal, observamos una frase “infringiendo las normas de protección del ambiente”, es aquí donde se refleja esta figura jurídica, procediendo a establecer las normas extra penales violadas (normas administrativas) para completar la conducta infringida.

Dicho lo anterior, se procede a realizar un recuento del caso investigado por la comisión de un delito de Delito Contra el Ambiente y Ordenamiento Territorial en la modalidad de delito contra los Recursos Naturales, tipificado en los numerales 2, 4, 5 en el artículo 399 y Contra la Seguridad Colectiva en la modalidad de Delito Contra la Salud Pública, dispuesto en el Artículo 304 del Código Penal. Este Proceso se instruyó en contra de la empresa Campos de Pesé, S.A. de Gustavo Melgar y de María Lao Quintero, investigación iniciada en el año 2014.

Los hechos se circunscribieron en el derrame de sustancia denominada vinaza, debido a una ruptura de tuberías, lo que trajo como consecuencia que la sustancia se extendiera hasta la Quebrada Pesé y luego hasta el Río La Villa.

Practicándose como pericia el análisis toxicológico de una muestra de agua, por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la cual se constató la presencia de plaguicida denominado atrazina, la cual llegó a contaminar el agua potable de los pueblos aledaños por encontrarse arriba de los límites permisibles establecidos por la Organización Mundial de la Salud.

De esta investigación, se hizo referencia a las normas ambientales infringidas, como precedentes para el cumplimiento del tipo penal en blanco, siendo estas las siguientes: artículos 106 y 107 de la Ley No. 4 de 1998 «Ley General de Ambiente»; artículos 1 y 6 de la Ley No. 44 de 2002 «Que establece el Régimen Administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá»; Resolución No. 507 de 30 de diciembre de 2003 «Del procedimiento para controlar la calidad del agua potable, según las características definidas del Reglamento Técnico DGNTI – COPANIT 23-395-99 y los plazos correspondientes para su ejecución»; Decreto Ejecutivo No. 2 de 7 de enero de 1997 «Por el cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario».

De la investigación, surgió la responsabilidad penal una persona natural y de la persona jurídica, los cuales fueron condenados por delito ambiental.

Conclusión

Luego de haber realizado las breves argumentaciones en esta investigación, se observa la importancia de la regulación administrativa en cuanto a la protección del ambiente, porque permite al Derecho Penal, acudir a esta para completar el tipo penal descrito.

Por lo que es importante recordar, que el derecho administrativo es cambiante, dinámico y se ajusta a las necesidades tipológicas del momento; mucho más en este tema, considerando que, aunque en la actualidad un animal no esté en peligro de extinción, en unos años o menos pueda que sí lo esté.

Bibliografía

Guerra de Villalaz, A. (2013) Manual de Derecho Penal Parte General.

Sáez, J. (2020). Derecho Penal Parte General.

Sánchez, C. (2009) Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos.

Bellorio Clabot, D. (2004) Tratado de Derecho Ambiental. Tomo II.

Beling, E. V. (2020). *La doctrina del delito-tipo*: (1 ed.). Ediciones Olejnik.
<https://051022wkq-y-https-elibro-net.umecit.metaproxy.org/es/lc/umecit/titulos/248150>

Reglamento Técnico No. DGNTI – COPANIT 23-395-99 «Del procedimiento para controlar la calidad del agua potable, según las características definidas del Reglamento Técnico DGNTI – COPANIT 23-395-99 y los plazos correspondientes para su ejecución» G.O. No. 25,992.

Decreto Ejecutivo No. 2 de 7 de enero de 1997 «Por el cual se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario». G.O. No. 23,201.

Ley No. 4 de 1998 «Ley General de Ambiente», G.O. No. 28131 A.

Ley No. 44 de 2002 «Que establece el Régimen Administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá. G.O. No. 25777.

Línea del tiempo en la Criminología Timeline in Criminology

Por: **Robles, Carmen Rosa**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Correo: armen16755@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4896-513X>

Entregado: 29 de junio del 2024

Aprobado: 3 de agosto del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6422>

Resumen

Este artículo pasa revista a una secuencia de eventos a lo largo del tiempo, en relación a la morfología de la Criminología, sus antecedentes y referencias históricas como un aporte didáctico útil para la enseñanza de la Criminología General (Criminología I), destacando de manera clara y sencilla, algunos aspectos importantes de esta ciencia, orientado en la construcción de una sólida base para la investigación en criminología, permitiendo al futuro abogado comprender mejor la evolución de esta disciplina y su relación con otros campos del conocimiento.

Palabras Clave: Criminología, línea del tiempo, etapas: precientífica, científica, evolución reciente,

Summary

This article, from an academic context, reviews a sequence of events over time, in relation to the morphology of Criminology, its background and historical references as a useful didactic contribution for the teaching of General Criminology (Criminology I), highlighting in a clear and simple way, some important aspects of this science, oriented towards the construction of a solid base for research in criminology, allowing the future lawyer to better understand the evolution of this discipline and its relationship with other fields of knowledge.

Keywords: Criminology, timeline, stages: pre-scientific, scientific, recent evolution.

Introducción

La historia de la ciencia es un campo de estudio fundamental que nos permite comprender el desarrollo del conocimiento científico y su impacto en la sociedad. Al respecto, Rodríguez Manzanera explica que “La Criminología es una ciencia joven ya que, como

ciencia organizada e independiente, ha cumplido escasamente un siglo. Como ciencia joven podría parecer que carece de historia, sin embargo, nada más infundado que esto, pues la historia del mundo va muy unida a la historia del crimen.” (1981, pág.143).

De ahí que, de manera breve y concisa, nos proponemos ver en la línea del tiempo de la criminología, como las ideas y teorías científicas han evolucionado con el tiempo. Esto nos ayuda a comprender mejor el estado actual del conocimiento de esta ciencia y como se ha llegado a él.

Abordamos de manera general: La etapa pre científica; la etapa científica; la evolución reciente; conclusiones y en último lugar, las referencias bibliográficas.

Generalidades

La criminología, como disciplina que busca comprender las causas, naturaleza y consecuencias del crimen, ha experimentado una evolución significativa a lo largo de la historia. A continuación, presentamos un recorrido por sus principales etapas:

1. Etapa Precientífica (Siglo XVIII)

En esta etapa surge la Escuela Clásica, se centra en el libre albedrío y la racionalidad del individuo al cometer un delito. La pena se concebía como una retribución justa por el daño causado.

Precursores:

Cesare Beccaria: Beccaria (Italia, 1738-1794) – Considerado el padre de la Criminología Clásica. Propuso que el delito era un acto racional y que la pena debía ser justa y proporcionada al daño causado.

Su vida y su pensamiento:

La obra más importante en esta etapa la presenta, el jurista criminólogo y economista, Cesare Beccaria: *De los Delitos y de las Penas* (1764), libro éste que trasciende a la actualidad, centrado en la defensa de los derechos humanos, según lo explica Rodríguez Manzanera, de lectura obligatoria para todo estudiante y estudioso de la criminología:

...”En su libro Beccaria critica lo injusto, lo cruel, lo inhumano, lo arbitrario de la ley penal y del procedimiento penal, de las penas, etc. Él indica cómo debe ser la pena, impone y lucha por el principio del *Nulla poena sine Lege*, es decir, Beccaria pugna por

la legalidad en materia penal. Lucha por otros muchos conceptos como es la estricta igualdad ante la ley, la proporcionalidad de la pena” ... (1981, pp,196-197)

Más aún, la lectura de esta obra no deja de provocar sorpresa, por el enorme grado de anticipación histórica que encierra con la situación actual de la política criminal, de ahí que es necesario recalcar que Beccaria se pronuncia por el origen contractual del derecho a castigar, y sostiene, entre otros puntos de vista, que la aplicación de la ley no es una función divina, sino social y debe tener límites... (Elbert, 2004, pp 38-39)

De conformidad con lo anterior, Pérez, citando a Taylor, Walton y Young, enfatiza que ...”no podemos pasar por alto el denominado período precientífico de la Criminología, que se caracteriza por las posturas básicas de carácter filosófico y político ...de César Beccaria, quien a través de su obra “Del Delito y de la Pena” (1764), propicia el origen a la discusión...pero dirigido a cómo prevenir los delitos mediante un enfoque eminentemente criminológico, fundamentado en los principios de la criminología clásica..” (2022, p.25)

Es así que el marqués de Beccaria, revolucionó la manera de entender y tratar la criminalidad. Sus ideas, plasmadas en su obra cumbre *De los delitos y de las penas*, lo convirtieron en uno de los principales exponentes de la criminología clásica y un referente indiscutible en la historia del derecho penal.

Un Contexto de Reformas y Cambios

Beccaria nació en Milán en 1738, en un período marcado por la Ilustración, un movimiento intelectual que promovía la razón y el conocimiento como guías para la sociedad. En este contexto, las ideas tradicionales sobre la justicia y el castigo comenzaron a ser cuestionadas.

Los Principios Fundamentales de Beccaria

- **La Certeza sobre la Severidad de la Pena:** Beccaria sostenía que la efectividad de una ley penal no dependía de la crueldad del castigo, sino de su certeza y rapidez. Es decir, era más importante que los delincuentes supieran que serían castigados y que el castigo se aplicara de manera pronta, que imponer penas excesivamente severas.
- **La Proporcionalidad entre el Delito y la Pena:** El castigo debía ser proporcional al daño causado por el delito. La pena de muerte, por ejemplo, era considerada

por Beccaria como un acto de barbarie que no disuadía de cometer crímenes y violaba el derecho natural a la vida.

- **La Abolición de la Tortura:** Beccaria fue un firme defensor de la abolición de la tortura, una práctica común en los interrogatorios y juicios de la época. Argumentaba que la tortura no era un medio confiable para obtener confesiones y que violaba los derechos fundamentales de los acusados.
- **La Importancia de la Educación:** Beccaria creía que la educación era la mejor manera de prevenir el delito. Al educar a la población, se fomentaban valores como la justicia, la igualdad y el respeto por la ley.
- **La Separación de Poderes:** Beccaria defendía la importancia de la separación de poderes como garantía de la justicia. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían ser independientes para evitar abusos y garantizar un juicio justo.
- **El Legado de Beccaria en la Criminología**

Las ideas de Beccaria tuvieron un impacto profundo en la criminología y el derecho penal. Sus principios siguen siendo relevantes en la actualidad y han servido de base para el desarrollo de sistemas penales más justos y humanitarios en todo el mundo.

- **Padre de la Criminología Clásica:** Beccaria es considerado uno de los fundadores de la criminología clásica, una escuela de pensamiento que se centra en el delito como un acto racional y libre, y que busca prevenirlo mediante la certeza y celeridad de las penas.
- **Influencia en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos:** Las ideas de Beccaria sobre los derechos individuales y la justicia influyeron en los autores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.
- **Base para Reformas Penales:** Sus propuestas sirvieron de inspiración para las reformas penales que se llevaron a cabo en muchos países durante los siglos XVIII y XIX, como la abolición de la tortura y la pena de muerte en algunos lugares.

Críticas y Limitaciones de la Criminología Clásica

A pesar de su importancia, la criminología clásica ha sido objeto de críticas. Se ha señalado que su enfoque racional y determinista no tiene en cuenta factores sociales, económicos y psicológicos que pueden influir en la conducta criminal. Además, su énfasis

en la prevención general del delito a través del castigo puede llevar a descuidar las necesidades de rehabilitación de los delincuentes.

En resumen, César Beccaria fue un pensador visionario que desafió las convenciones de su época y sentó las bases para un sistema penal más justo y humano. Sus ideas, aunque no exentas de críticas, siguen siendo relevantes en el debate sobre la justicia penal y han dejado una huella imborrable en la historia del pensamiento criminológico.

John Howard (1726-1790) El Reformador de las Prisiones.

Su vida y su pensamiento

John Howard fue un filántropo y reformador penitenciario inglés del siglo XVIII, reconocido por sus incansables esfuerzos para mejorar las condiciones de vida en las cárceles de su época. Su trabajo pionero sentó las bases para la reforma penitenciaria moderna y lo convirtió en una figura clave en la historia de la justicia penal.

Una Vida Dedicada a la Reforma

Howard nació en 1726 en Inglaterra. Tras una vida relativamente acomodada, se vio profundamente conmovido por las condiciones miserables que encontró en las prisiones durante una visita que realizó como alguacil. A partir de ese momento, dedicó su vida a investigar y documentar las atrocidades que se cometían en estos lugares.

Las Condiciones Carcelarias Antes de Howard

Antes de las reformas de Howard, las cárceles eran lugares de hacinamiento, enfermedad y crueldad. Los prisioneros, a menudo inocentes o acusados de delitos menores, sufrían hambre, frío y enfermedades. La tortura era una práctica común, y no existía ninguna separación entre los distintos tipos de delincuentes.

Las Contribuciones de Howard

Howard "...Realizó un minucioso análisis y descripción de las cárceles en Inglaterra, Escocia y Gales, un verdadero clásico de la investigación de campo penológica,...publicado en 1777: "**The State of the Prisons in England and Wales**" (El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales),...y descripciones y análisis de establecimientos penales de España, Holanda y otros países europeos. Gracias a sus investigaciones sobre las cárceles, han llegado a nuestros días valiosas informaciones sobre el universo carcelario del siglo XVIII. (Elbert. 2004, p.39)

Entre sus principales contribuciones se encuentran:

- **Infraestructura:** Howard abogó por la construcción de cárceles más higiénicas y seguras, con celdas individuales y ventilación adecuada.
- **Segregación:** Propuso la separación de los prisioneros según su sexo, edad y tipo de delito, con el fin de evitar la propagación de enfermedades y la corrupción de los jóvenes.
- **Seguridad:** Defendió la necesidad de contar con personal penitenciario capacitado y bien remunerado, y de establecer sistemas de seguridad para prevenir fugas y motines.
- **Higiene:** Howard insistió en la importancia de la higiene en las cárceles, promoviendo el acceso a agua potable y la limpieza regular de las instalaciones.
- **Trabajo y Educación:** Creía que el trabajo y la educación eran fundamentales para la rehabilitación de los presos.

El Legado de Howard

El trabajo de John Howard tuvo un impacto duradero en la reforma penitenciaria. Sus ideas inspiraron a otros reformadores en Europa y América, y contribuyeron a la creación de un movimiento internacional en favor de la mejora de las condiciones carcelarias.

En resumen, John Howard fue un hombre visionario que dedicó su vida a mejorar las condiciones de vida de los prisioneros y a promover la justicia. Su legado sigue siendo relevante en la actualidad y nos recuerda la importancia de tratar a todos los seres humanos con dignidad y respeto, incluso a aquellos que han cometido delitos. Gracias a sus investigaciones sobre las cárceles, han llegado a nuestros días valiosas informaciones sobre el universo carcelario del siglo XVIII.

Jeremy Bentham: fue un filósofo, jurista y economista inglés del siglo XVIII, reconocido como **El Padre del Utilitarismo**, teoría según la cual la pena debe servir para prevenir futuros delitos y maximizar el bienestar social.

Libre albedrío: Se enfatizó la responsabilidad individual y la capacidad de elegir entre el bien y el mal.

Su vida y su pensamiento

Nacido en Londres en 1748, Bentham demostró desde temprana edad una inteligencia excepcional. Estudió Derecho en Oxford y, a pesar de su formación legal, su interés se centró en la reforma social y política. Bentham era un hombre excéntrico y original, cuya vida estuvo dedicada a la búsqueda de la felicidad para el mayor número de personas.

El Principio de Utilidad

La idea central del pensamiento de Bentham es el **principio de utilidad**. Según este principio, la moralidad de una acción debe juzgarse por sus consecuencias. Una acción es buena si produce la mayor felicidad para el mayor número de personas. Bentham desarrolló un cálculo hedonístico para medir la felicidad y el dolor, y creía que la ley y las instituciones sociales debían diseñarse para maximizar la felicidad general.

Contribuciones de Bentham (entre otras)

- **Utilitarismo:** Bentham es considerado el padre del utilitarismo, una filosofía ética que sostiene que la acción correcta es aquella que produce la mayor cantidad de felicidad para el mayor número de personas.
- **Reforma Legal:** Bentham fue un ferviente defensor de la reforma legal. Criticó la complejidad y la arbitrariedad de la ley inglesa y propuso un sistema legal más simple y racional, basado en el principio de utilidad.
- **Panóptico:** Este diseño se convirtió en un símbolo de vigilancia y control social. Constituyó el perfeccionamiento de los centros o casas de corrección que en ese momento se conocían como penitenciarias para la reclusión de criminales. Según Llarrauri...”se inspiró en las penitenciarías norteamericanas para diseñar su modelo arquitectónico de prisión que denominó panóptico porque permite ver todo cuanto se hace en ella sin ser visto, con una torre central y galerías radiales que parten de ésta”...(2015. p.51).

Además, enfocada en su destino de custodia y reforma, Bentham plantea las siguientes reglas:...”a) Dulzura (sin sufrimiento corporal); b) severidad (no puede ser mejor que la vida en libertad); c) Economía (evitar gastos innecesarios)...” (Rodríguez Ividen, p 193)

Legado de Bentham

El legado de Bentham es vasto y complejo. Sus ideas han influenciado una amplia gama de disciplinas, desde la filosofía y la política hasta la economía y el derecho. El

utilitarismo, aunque ha sido objeto de numerosas críticas, sigue siendo una de las teorías éticas más influyentes de la historia.

En resumen, Jeremy Bentham fue un pensador radical y original que desafió las convenciones de su época. Su principio de utilidad ha generado un debate que continúa hasta nuestros días, y sus ideas sobre la reforma legal siguen siendo relevantes en la sociedad contemporánea.

Etapas Científicas (Siglo XIX en adelante)

2. Escuela Positivista (Siglo XIX principios del XX)

Esta etapa es calificada de experimental por tener una variedad de investigaciones sobre el crimen, usadas por expertos de las diversas materias; (antropólogos, psiquiatras, frenólogos, fisonomistas, etc.) teniendo todos un mismo objetivo. En la segunda es la etapa científica de la criminología encontramos el imperio del positivismo en sentido exacto. Y cuando se estudia al positivismo, es necesario definir al método científico, siendo este la metodología experimental de las ciencias naturales. Desde esta figura se tratan los fenómenos sociales. (Vidal, 2021, p.85)

Principales exponentes:

Cesare Lombroso: Propuso la teoría del "criminal nato", sugiriendo que los delincuentes poseían características físicas y biológicas distintivas.

Enrico Ferri: Amplió la teoría de Lombroso, incorporando factores sociales y económicos.

Raffaele Garofalo: Definió el delito como una ofensa contra los sentimientos altruistas y propuso la eliminación de los delincuentes peligrosos.

3. Evolución reciente (Siglo XX en adelante) denominada la moderna Criminología, en donde la lucha de la Escuela Clásica y Escuela Positivista de los siglos XVIII y XIX, creó un importante imperio en las proposiciones criminológicas, político-criminales y penales del siglo XX. Consecuencia de esa disputa fue la definición de tres disposiciones criminológicas: las sociológicas, las biológicas y las psicológicas.

Escuela de Chicago (Principios del siglo XX)

La Escuela de Chicago, reconocida como la cuna de la moderna Sociología Americana, desde una perspectiva criminológica, analizó el fenómeno criminal en la ciudad de Chicago. Este conjunto de obras científicas tenía como objeto el estudio de la criminalidad, en la mayoría de los casos, a través del estudio de jóvenes de las zonas más pobres de la ciudad, así como a través de las relaciones espaciales y temporales para analizar el delito.

Émile Durkheim: Introdujo el concepto de anomia, o falta de normas sociales, como causa del delito.

Robert Park y Ernest Burgess: Desarrollaron la teoría de los círculos concéntricos, que relaciona la delincuencia con la desorganización social en determinadas zonas urbanas.

Clifford Shaw y Henry McKay: Estudiaron la delincuencia juvenil en Chicago y encontraron una relación entre la delincuencia y las características de los barrios.

5. Criminología Contemporánea

Diversidad de enfoques: Se combinan perspectivas biológicas, psicológicas, sociológicas y criminológicas para explicar el delito.

Teorías del control social: Hirschi y otros autores enfatizan la importancia de los vínculos sociales en la prevención del delito.

Teorías del aprendizaje social: Bandura y Sutherland explican cómo se aprenden las conductas delictivas a través de la interacción social.

Teorías críticas: Se cuestionan las estructuras de poder y las desigualdades sociales como causas del delito.

Criminología feminista: Analiza cómo el género influye en la victimización y la perpetración de delitos.

Criminología cultural: Examina cómo las culturas y las subculturas influyen en las definiciones y las respuestas al delito.

Tendencias Actuales

Enfoque biosocial: Combina factores biológicos y sociales para explicar la conducta criminal.

Neurocriminología: Utiliza técnicas de neuroimagen para estudiar el cerebro de los delincuentes. En relación a esta especialidad, Moya explica lo siguiente:

“...La neurocriminología persigue aplicar la metodología y las técnicas de estudio de las neurociencias para comprender, predecir, tratar e incluso prevenir la violencia y la criminalidad. Los conocimientos neurocriminológicos podrían ser empleados tanto en la prevención como en el diagnóstico y el tratamiento de la violencia, así como en la estimación de la probabilidad de reincidencia. Aunque todo ello no está libre de cuestiones ético-legales, la neurociencia se está convirtiendo en una importante influencia en la comprensión y el estudio del comportamiento violento y criminal. En este contexto, la neurocriminología positiva se centra en los procesos positivos como la empatía, el altruismo, las emociones positivas y la conducta prosocial, entre otros. Estos conocimientos podrían ser utilizados en la elaboración de programas de prevención e intervención de la delincuencia.” (2017, p.15)

Criminología de la vida cotidiana: Se centra en las experiencias de los delincuentes y las víctimas.

Criminología global: Analiza la criminalidad a nivel internacional y transnacional.

En resumen, la criminología ha evolucionado desde una perspectiva religiosa y moral hacia una disciplina científica que busca comprender las causas complejas del delito. Los enfoques actuales se caracterizan por su diversidad y por la integración de conocimientos de diferentes disciplinas.

Reflexión final: Conclusión

La Criminología ha experimentado una evolución significativa a lo largo de la historia, desde sus inicios pre-científicos hasta las diversas escuelas y enfoques actuales. Esta evolución refleja la búsqueda constante por comprender las causas, naturaleza y consecuencias del delito, así como por desarrollar estrategias efectivas para prevenirlo y controlarlo. La Criminología moderna se caracteriza por su enfoque multidisciplinario, que integra aportes de diversas áreas del conocimiento como la sociología, la psicología, la antropología, la economía y la biología. Este enfoque permite una comprensión más profunda del fenómeno criminal y el diseño de políticas públicas más eficaces para la seguridad ciudadana.

Referencias Bibliográficas

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís. *CRIMINOLOGÍA*, Editorial Porrúa S.A., México: 1981

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de Criminología*. 3a. ed. Buenos Aires: Eudeba. 2004. pp 38-39

PÉREZ SÁNCHEZ, Eliécer Augusto. *Introducción a la Criminología*. Panamá: Librería y Editorial Barrios & Barrios. 2022

VIDAL, España J. C. Evolución histórica de la criminología en el derecho penal. *Revista Diversidad Científica*, 1(1), 85–95. Universidad de Santiago, Guatemala: 2021. [hALAttps://doi.org/10.36314/diversidad.v1i1.10](https://doi.org/10.36314/diversidad.v1i1.10)

MOYA-ALBIOL, Luís; SARIÑARE-GONZÁLEZ, Patricia; VICTORIA-STRUCH, Sara; ROMERO-MARTÍNEZ, Angel. *LA Neurocriminología como Disciplina Aplicada Emergente*. Universidad de Valencia, España: 2017.

GUZMÁN VALENZUELA, Karen, *La Escuela Clásica en Criminología y Algunos de sus Planteamientos Actuales*. Cuadernos de Postgrado en Psicología UV; Universidad de Valparaíso, Chile: 2009; pág. 62-70.

Recensión

Rigoberto González Montenegro “Teoría del Poder Constituyente, Análisis y reflexiones sobre un tema polémico” Pág 29 – 277

Por: **Hernández, Dylan**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Centro de Investigación Jurídica Investigadora

Asistente de Investigación

Panamá

Correo: dylan.hernandez@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1945-1939>

Entregado: 15 de julio del 2024

Aprobado: 15 de agosto del 2024

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n54.a6438>

Es importante definir Poder Constituyente como la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez

La obra titulada “La Teoría del Poder Constituyente, Análisis y reflexiones sobre un tema polémico” comprende sobre un tema de debate y discusión que lleva muchos años de cómo debe ser la constituyente en Panamá.

Se ha hablado de una Constituyente Paralela y de una Constituyente Originaria, desde hace 20 años que adoptamos una nueva reforma de constitución, pues se ha pensado en primer lugar en un Estado Democrático y Social de Derecho.

Hay que tomar en cuenta que esto significa reestructurar un Estado panameño, fortalecer las instituciones así como los Derechos Fundamentales del grupo que compone ese Estado.

Por eso esta obra sostiene ideas y recomendaciones para reformular la constituyente, ya que así este todo reestructurado depende mucho de la forma en cómo se va a ejercer el mismo. Es importante reconocer que la Democracia espera mucho de personas conscientes y comprometidas.