

De algunos criterios jurídicos de protección al individuo, en el Nuevo Código de Derecho Internacional Privado Panameño

Por:

Dr. Gilberto Boutin I.*

Resumen: *Constituye un análisis enjundioso propio de la valoración brindada acerca de los fines y competencias de la justicia ius privatista del derecho internacional, evidenciando particular énfasis en el contenido del Código de Derecho Internacional Privado de Panamá, a partir del análisis del conflicto de normas, conflictos de leyes, los conflictos de calificación, la competencia judicial internacional y el acceso a la justicia en el derecho internacional privado.*

Palabras clave: *Justicia Conflictual, Juez del Foro, Lex Fori, Reglas de Conflicto, Conflicto de Leyes, Código de Derecho Internacional Privado, Domicilio.*

Abstract: *This article is an in-depth analysis of the purposes and competences in the judicial application of private international law, with an emphasis on the Panamanian Code of Private International Law, based on conflict of rules, laws, and qualification, as well as international jurisdiction and access to justice in private international law.*

Keywords: *Conflict Justice, Forum Judge, Lex Fori, Conflict Rules, Conflict of Laws, Private International Law Code, domicile.*

*Exdecano y Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Redactor de la Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015, Gaceta Oficial No. 27885-A, que subroga la Ley 7 de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. boutinf@gmail.com.

1. Introducción

Históricamente, el derecho internacional privado, se ha contentado en determinar las soluciones positivas derivadas de los conflictos de leyes, sin pretender a lo largo de los últimos ocho siglos de su existencia¹, el tratar de construir y justificar, los sistemas normativos positivos de solución de conflicto, sin explicar a *fortiori* su fundamento especulativa sobre el sentido humanista y filosófico de nuestra asignatura². Es por esta razón, que abordamos un tema de derechos individuales-subjetivo dentro del nuevo código de derecho internacional privado panameño³ como expresión del humanismo dentro de las ciencias de los conflictos de leyes, en un contexto heterodoxo e intercultural⁴, pues el derecho internacional privado no se detiene en los conflictos de leyes, sino que abarca los conflictos interculturales y más agudamente, los actuales conflictos de civilización, dentro del ejercicio de la libertad de desplazamiento del hombre mundializado⁵.

En efecto, la *raison d'être*, de la presente comunicación, reside en el poder decantar los derechos humanos⁶ derivados de reglas morales⁷ inscritas en hipótesis normativas de derecho civil así como en aquellos preceptos inferidos del *ius naturalis* como el principio de la

¹Meijers, E.M. 1968: 16. *Etudes d'Histoire du Droit International Privé*. Editions du Centre National de la Recherche Scientifique.

²Batiffol, H. 2002: 10. *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz.

³Código de Derecho Internacional Privado Panameño. Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015, Gaceta Oficial No. 27885-A.

⁴Arango, V. 2000: 27. *Introducción a los Derechos Humanos*. Editorial Panamá Viejo.

⁵Allemand, S. y Ruano Borbalan, J.C. 2012: 13. *La Mondialisation*, Le Cavalier Bleu Editions.

⁶Chaim, P. 1984: 49. *Le Raisonnable et Le Déraisonnable en Droit*. L.G.D.J.

⁷Ripert, G. 1949: 3. *La règle morale dans les obligations civiles*. Librairie Général de Droit et Jurisprudence.

libertad empírica o natural como lo explicaba Hegel, en su dimensión universal y singular, en otros términos, su dimensión general y restrictiva o contraída⁸ en las relaciones humanas o relaciones contractualizadas; el caso igual sería del derecho a la salud, que deviene como corolario inherente al derecho natural⁹ y finalmente, las disposiciones adscritas a los sistema de derecho que engarzan normas técnicas y normas éticas pues nuestra ciencia, el Derecho, no es mas que un desprendimiento de la ética¹⁰, que traduce las reglas dirigidas a la necesidad de protección de los derechos individuales¹¹ y societarios del hombre¹² Esto comporta descubrir y confirmar la dicotomía entre lo que los antiguos denominaron *Phycis* y *nomos*. El primero representaba para ellos la necesidad basada en causas naturales, en tanto que *nomos* significaba la acción libre y arbitraria de un legislador humano¹³. Indefectiblemente, no queda la menor duda, que el peso y valor irreductible del derecho natural, va ser tejido paulatinamente en el tiempo, por un orden positivo¹⁴ que nos obliga a una constante búsqueda e interpretación de la esencia de los derechos humanos y la obligatoriedad de la cosa interpretada¹⁵ en medio de las opciones que nos oferta las contradicciones de los derechos positivos en juego.

⁸Hegel, G.W.F. 1972:107. *Le droit naturel*. Ides / Gallimard.

⁹Marquiset, J. 1971: 43. *Los Derechos Naturales*. Ediciones ¿qué sé? No. 37.

¹⁰Del Vecchio, G. 2004: 266-267. *Philosophie du Droit*. Dalloz.

¹¹Constitución Política de la República de Panamá de 1972. 2012: 5. Título III: Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo I: *Garantía Individuales*, Artículo 17 y s.s

¹²Artículo 4 Código Civil de Panamá. 2014:1. *Las meras expectativas no constituyen derecho contra la Ley nueva que las anule o cercene*. Editorial Mizrahi & Pujol, S.A.

¹³Bodenheimer, E. 1964:128. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.

¹⁴Gény, F. Octubre 1924: 8. *Science et Technique en droit privé positif*. Tome IV Sirey.

¹⁵Queralt Jiménez, A. 2008: 129 y s.s. *La interpretación de los derechos humanos: del tribunal de Estrasburgo al tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

Pero esta búsqueda solo procede mediante la interpretación material de los *derechos subjetivos* del individuo, en este caso, localizados en el plano transnacional, bajo la óptica y método de las reglas de conflictos, que conducen a la búsqueda de la diversidad de los derechos humanos *latus sensu*, en el marco del derecho internacional privado comparado¹⁶, lo que hoy en día denominamos los conflictos interculturales e individuales en el dominio transnacional; método que de alguna manera contrasta con la visión tradicional de los esquemas de los derechos humanos clásicos¹⁷, sino mas bien basados en una lógica jurídica que pueda descubrir el valor moral individual del hombre¹⁸.

En verdad, hay que remarcar que el lugar de los derechos humanos casi siempre son localizables en nuestro derecho positivo tradicional en la constitución, especialmente en el segmento de garantías fundamentales¹⁹ o en los convenios de derecho internacional²⁰ que permiten clasificar su especialidad y ámbito²¹.

En esta ocasión nuestra inclinación metodológica²² pretende demostrar que el derecho civil y particularmente el derecho internacional privado son localizable²³ los derechos subjetivos de protec-

¹⁶Clavel. S. 2012:93. *Droit International Privé*. Dalloz 3 édition.

¹⁷Cantor, E. R. 2012: 368. *Las Generaciones de los Derechos Humanos*, Universidad Libre, Séptima Edición.

¹⁸Hume, D. 1991: 8. *Enquete sur les principes de la morale*. Flammarion.

¹⁹Quintero, C. A. 1965: 226 y s.s. *Derecho Constitucional*. Imprenta Universitaria. Panamá.

²⁰La Convención del Pacto de San José. Ley No. 8 de 26 de octubre de 1976. Gaceta Oficial No. 18279 de 18 de febrero de 1977.

²¹Aparicio, R. R. 2001: 114. *Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos Panamá*.

²²Savigny. *Derecho Romano*. Tomo VII. Editorial Bosch.

²³Engel, P. 1953: 16. *La Détermination des points de rattachement en droit international privé*. Thèse Faculté de Genève.

ción que son un reflejo de los derechos humanos en la esfera en los conflictos de leyes moderno. En otro términos, las relaciones privadas internacionales su derecho aplicable obedece a la naturaleza de la *calificación* internacional que haga el juez del foro, tomando en consideración los puntos de contactos o *conexión factores* como la nacionalidad, el domicilio, la obligación más característica pero siempre fiel a la naturaleza de la relación jurídica *naturaleza y justicia* marchan junto por así decirlo en la rama de los conflictos de leyes.

Como antesala de lo argumentado, estudiaremos brevemente la estructuración de las reglas de conflicto, desde la teoría general de los conflictos de leyes de forma introductoria, para luego pasar al análisis de la justicia contractual *ius privatista* internacional, subsecuentemente elaboramos una aproximación en el régimen de la responsabilidad extracontractual internacional, para finalmente, concluir con el segmento de los conflictos de jurisdicción en el dominio del acceso a la justicia.

En torno a la Teoría de los Conflictos de Leyes en su marco humanista, la explicación en la búsqueda de la ley aplicable, solo puede responder a la interpretación de la regla de conflicto del foro, por medio del método conflictual que define y descubre el derecho aplicable. Método derivado de la escuela de los glosadores del siglo XII y XIII que constituye la piedra angular del derecho conflictual. Pero ideológicamente en el plano contemporáneo la determinación de un conflicto de leyes puede resultar simplemente de la aplicación pasiva de un derecho material subjetivo tal sería el ejemplo del régimen económico de capitulaciones entre un francés y una mexicana domiciliados en Panamá el cual rige por la ley de la celebración de

acuerdo con la regla de conflicto del último domicilio. Sin embargo, el razonamiento conflictual no es el mismo tratándose de un conflicto de leyes fundados en la nulidad matrimonial del contrato entre un francés y una mexicana existiendo un menor de edad producto de la relación marital. La solución no podría basarse en una respuesta netamente positiva o positivista sino, mas bien, en una solución *favor minori* cuya conclusión sería la siguiente: la nulidad de forma del contrato matrimonial no desconoce los efectos del matrimonio como lo es el nacimiento del producto de la relación marital lo cual conducirá a amparar al menor nacido de un matrimonio nulo reconociéndole todos los derechos de filiación existente. La conflictualización no puede ser un razonamiento maquinal y positivista, sino mas bien gira, alrededor del derecho humano en perspectiva.

La esencia de la *justicia conflictual* la encontramos en el código de derecho internacional privado en los criterios de noción de relación internacional²⁴ que le imprime el carácter específico de la materia, la calificación de carácter internacional y sus modalidades²⁵ así como el reenvío *-renvoi-* medio de armonización de los derechos

²⁴Artículo 2 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: "Se entiende que existe una relación jurídica internacional cuando un negocio jurídico se ventile ante la jurisdicción panameña u cuando: 1. Presente factores de conexión con dos o más Estados, o 2. Las partes en un contrato se encuentren domiciliadas en Estados diferentes, o 3. La relación que se articule o construya sea producto de hechos o actos jurídicos cuya ejecución se produzca o se perfeccione en dos o más Estados."

²⁵Artículo 5 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: "El juez previamente calificará la naturaleza internacional de una relación o negocio jurídico, fundamentado en el tratado que regule la materia, si fuera el caso, o en el derecho interno. En su defecto, recurrirá a la calificación extranjera cuando la categoría jurídica no esté prevista en la ley panameña. La existencia de una institución no regulada en el ordenamiento jurídico interno no le impide al juez pronunciarse sobre su naturaleza jurídica."

contrapuesto productos de conexiones diversas²⁶ de igual suerte la noción de autodefensa del orden público internacional²⁷ sumado a los temas de la noción de cuestiones previas o incidentales²⁸ y de adaptación²⁹, sin descartar el representativo estatuto personal altamente conflictual³⁰.

La aparición de la diversidad de métodos en busca de soluciones justas en el plano de los conflictos de leyes interpersonales y de orden transnacional, obliga al concurso e interferencia del orden transnacional³¹ en los asuntos de derecho internacional privado a elaborar nuevas fórmulas que abordaremos en los segmentos puntuales segundo y tercero.

²⁶Artículo 6 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: "Se reconoce el reenvío en materia del estatuto personal y bienes muebles cuando frente a la regla de conflicto para decidir sobre una relación jurídica de carácter internacional el juez establece como ley aplicable el derecho extranjero y éste designa otro ordenamiento jurídico como derecho aplicable."

²⁷Artículo 7 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: Los efectos jurídicos de un acto o ley extranjera no serán reconocidos, total ni parcialmente, cuando su aplicación vulnere o viole el orden público internacional. La ley extranjera no aplicada será suplida por el derecho interno."

²⁸Artículo 8 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal internacional deberán resolverse conforme al derecho indicado por las normas de conflicto de la República de Panamá, prescindiendo del derecho sustantivo que regula la cuestión principal internacional."

²⁹Artículo 9 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: "Las diversas leyes que puedan regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por los hechos del caso concreto."

³⁰Artículo 23 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: "El estado, capacidad y derecho de familia de los panameños se rigen por la ley panameña aun cuando residan en el extranjero. Se presume que el estatuto personal de los extranjeros se rige por su ley nacional, salvo que ésta designe otro criterio de conexión. En tal sentido, el juez panameño aplicará la ley designada por la norma de conflicto de la ley nacional del extranjero."

³¹Yasuaki, O. A. 2010: 98. *A Transcivilizational Perspective on International Law*. Cours Général de La Haye.

Para los efectos de la comprensión del tema hay que dejar claro que el dominio del derecho internacional privado su explicación formal basada en el tetra objeto de nuestro derecho internacional privado a saber: la nacionalidad ligada al estatuto personal, la condición jurídica de los extranjeros, asociado a los derechos adquiridos, a los conflictos de leyes fundados en la ley más cónsona con la naturaleza o economía de la relación jurídica internacional y los conflictos de jurisdicción o del estudio del derecho procesal civil internacional subordinado a la noción de acceso a la justicia privada internacional es lo que condensa de manera final, al derecho internacional privado, en su relación bilateral, esta ciencia puede reabsorber los derechos humanos hacia su interior como fuente creadora de derecho humanos bajo una ideología netamente propia de los conflictos de leyes que es un dominio propicio para su interpretación e innovación³².

2. Sobre la diversidad de métodos en la valoración de la justicia conflictual.

A lo largo del análisis de la búsqueda de la justicia *ius* privatista internacional³³ cuyo objeto es la localización del derecho más adecuado a una relación extra nacional o también una relación con elementos de extranjería cuya ciencia jurídica en su búsqueda evolutiva se han trazado métodos concurrentes cuya evolución jurisprudencial y convencional han inducido a la elaboración protectora

³²Fawcett, J., Ní Shúilleabháin, M. y Shah, S. 2016: 511. *Human Rights and Private International Law*. Oxford Private International Law Series.

³³Audit, B. 2004: 159. *Le Droit International Privé en Quête D'Universalité Cours Général Académie de Droit International Privé de La Haye*. Martinus Nuhoff Publishers. Leiden / Boston.

de los derechos subjetivos como también de los derechos colectivos y sociales³⁴. Para ello hay que realizar que los derechos fundamentales no son una fuente normativa aislada, ella se expresa a lo largo de todo un orden jurídico y moral de los sistemas nacionales e internacionales. En verdad los derechos humanos son normas evolutivas que se desprenden de las contradicciones *ius* positivo -v- *ius naturalis* y cuya decantación se produce por cambios macro sociales (revoluciones sociales y tecnológicas), por cambios de doctrina jurisprudencial basados en normas preexistentes o en interpretaciones de avanzada. En lo que corresponde a la focalización de la verdad conflictual *ius* privatista internacional, nuestra ciencia se sostiene desde el siglo XII a través del método conflictual y paralelo a ello, se introduce un método menos sofisticado denominado el método de la *loi de police* o *ley de aplicación* necesaria para desembocar finalmente, en el método de la justicia convencional.

3. En torno a los métodos para la búsqueda del derecho aplicable en el plano de la justicia *ius* privatista internacional.

3.1. Del método conflictual o conflictualista.

Se trata del método inspirado en la regla de conflicto que el juez del foro debe consultar para arribar al derecho adecuado a las relaciones jurídicas comportando factores de conexión que permitan la posibilidad o duda, en donde varias leyes pudieran ser aplicadas sobre una misma relación jurídica y es en virtud de la regla de conflicto del juzgador³⁵, que va orientar a seleccionar el derecho de fondo a partir

³⁴Bucher, A. 2011: 410. *La Dimension social du Droit International Privé*. Cours Général de La Haye.

³⁵Lewald, H. 1939: 139. *Règles Générales de Conflits de Lois Recueil de l'Académie de La Haye* Tome 69.

del rejuego de la regla de conflicto. Pero la regla de conflicto reviste ciertas categorías a explicar.

Dicha regla es *formal, bilateral o bilateralizable y neutra*³⁶:

a. **Formal:** Pues la regla de conflicto frente a hechos que contienen varios puntos de contactos ella evalúa cada factor de conexión ante la situación jurídica seleccionando por el derecho objetivo que debe gobernar la situación legal de carácter internacional. A modo de ejemplo, una joven mexicana contrae matrimonio con un francés en New York y fijan luego su domicilio conyugal en Panamá City. Años más tarde deciden divorciarse, el derecho a regular el trauma de la disolución matrimonial, no será la ley de celebración del matrimonio, ni el derecho de la nacionalidad mexicana ni tampoco la nacionalidad del marido francés. En efecto, el domicilio es la norma rectora criterio fundamental que cimienta el núcleo familiar descartando cualquier derecho en fraude al núcleo familiar base de la sociedad moderna. El domicilio como conexión deviene el centro gravitacional afectivo para administrar el conflicto marital.

Pero los derechos subjetivos no siempre están preservado, puede presentarse el escenario de colisión de leyes y de derechos superpuestos en el tiempo así por ejemplo: un anglo canadiense extiende en Chicago Illinois, un testamento mancomunado con su esposa Mary, sobre bienes situados en la Provincia de Veraguas, Panamá. Resulta que para todos los efectos el testamento mancomunado es nulo de acuerdo al derecho de la situación de los bienes con funda-

³⁶Loussouarn, Y. et Bourel, P. 2013:126. *Droit International Privé*. Précis 10 éditions Dalloz.

mento en el artículo 701 del código civil patrio de 1916. El juez al aplicar el derecho positivo del foro que considera la libertad de testar es *intuitu persone* anula dicho testamento. Sin embargo, la anulación perjudica a los herederos cuyo destinatario es un hogar de infancia de menores abandonado. El derecho internacional privado puede acudir al orden público atenuado³⁷ con el fin de preservar los derechos de la voluntad real por vía de la interpretación del orden público atenuado, el cual reconoce el efecto testamentario pese al vicio en la forma de testar. Se entiende; por orden público internacional atenuado la actitud o reacción que expresa el orden público del juez del foro en reconocer los efectos de un derecho constituido de forma regular en el extranjero aun cuando ese derecho jamás se hubiera podido constituir en el ordenamiento del foro. Realmente, la reserva del orden público es un correctivo de la justicia en el derecho internacional, representa la moralidad del derecho aplicable en la trama de la localización del derecho más adecuado. El orden público, es una expresión del atropo centrismo de todo Estado concentrado en la defensa cultural y moral de cada pueblo.

b. La regla de conflicto es bilateral o bilateralizable: La codificación napoleónica de 1804, introduce reglas de solución de conflicto unilaterales producto del chauvinismo efervescente de la Revolución Francesa. Así, constatamos que el estatuto personal que regula el estado, y capacidad de los franceses se rige por su ley nacional y guarda silencio sobre el estado civil de los extranjeros domiciliados en Francia. Es unilateral porque la norma de conflicto solo se dirige unilateralmente al nacional ignorando por completo el estatuto des

³⁷Boutin, G. 2006: 389. *Derecho Internacional Privado*. Edition Maître Boutin. Segunda Edición.

étrangère. Pero un siglo más tarde a la promulgación del código civil francés, la jurisprudencia franco-germánica, comienza a *bilateralizar* las reglas de conflicto. Así, todos los códigos de orientación napoleónica sufren el mal del unilateralismo conflictual. En el derecho panameño, los correctivos se hicieron en el Código de la Familia y el Menor en la sección de Derecho Internacional Privado de la familia en su artículo sexto y luego con la sistematización de los conflictos de leyes con la promulgación del Código de Derecho Internacional Privado³⁸ que lo reglamenta armoniosamente bilateralizado. A guisa de ejemplo el estado y capacidad de un inglés que pretende contraer matrimonio con una chilena en Panamá, se somete a la ley inglesa. Sin embargo, la ley inglesa declina en favor del domicilio para establecer la capacidad y actitud para contraer matrimonio en Panamá; siendo el último domicilio en ciudad de México, es el derecho de este último que puede dar la solución. La bilateralización, de las reglas de colisión pretende respetar el estatuto personal ligado a la cultura de cada extranjero. El domicilio debe ilustrar al juez la capacidad cierta del nacional británico en función a ese criterio de origen medieval en contra posición a la nacionalidad. Derecho e identidad cultural van juntos en esta hipótesis.

c. La regla de conflicto es neutra: Este atributo ha generado ríos de tinta. El derecho conflictual, responde al derecho civil nacional de cada Estado. Su neutralidad es relativa y predecible. El juez de la causa siempre responde a la ideología de su orden legal. Lo cual es

³⁸Ley 61 del 7 de octubre de 2015 y su artículo 23: "El estado, capacidad y derecho de familia de los panameños se rigen por la ley panameña aun cuando residan en el extranjero. Se presume que el estatuto personal de los extranjeros se rige por su ley nacional, salvo que esta designe otro criterio de conexión. En tal sentido, el juez panameño aplicará la ley designada por la norma de conflicto de la ley nacional del extranjero."

normal. Pero existen correctivos como convenios especializados que atenúan el unilateralismo del juez o reglas internacionales como el *jus cogens* que van modelando la justicia privada internacional.

3.2. Sobre el método de la *loi de police* o *leyes de aplicación* necesaria.

Hablar de la ley de *police*, es evocar el nombre de Ph Franceskaki³⁹; autor de la técnica de la aplicación de la ley de aplicación necesaria o *loi de police*. El fundamento consiste que no siempre en una relación con caracteres internacionales, la solución, se sustente en la regla de conflicto. Hay ocasiones, en donde la situación jurídica a examinar esta gobernada por una ley de policía o ley imperativa de aplicación necesaria. Así, la relación laboral del gerente de PARI-BAS en Panamá; pese a que las partes hayan convenido que el derecho aplicable sea el derecho francés, esa cláusula no puede pasar por encima del artículo segundo del Código del Trabajo que apunta que las normas laborales son de aplicación inmediata y por ende, excluyente de toda regla contractual que haga evicción al derecho panameño. Y ello es así pues la prestación laboral tiene lugar en nuestro territorio. Podemos concluir que el método de la aplicación de una ley necesaria excluye el tradicional método conflictual. Este método, descarta al anterior. La cuestión es cómo, se determina dicho método por el juez y si pueden ser clasificadas las llamadas leyes de policía o de aplicación inmediata que impiden la conflictualización de la relación jurídica extra nacional. A título de *lege ferenda*, se considera tres tipos de reglas de policía a saber: 1. leyes

³⁹Clavel, S. 2012. *Droit International*. Privé Dalloz. 3e édition.

de policía formal cuando la propia norma enuncia su carácter imperativo a modo de ejemplo, la leyes sobre el trabajo en Panamá son de aplicación inmediata artículo 2 del código de trabajo de 1970; 2. leyes de policía por su finalidad la leyes aferente a la protección del patrimonio fideicomitido en Panamá, ley 5 de enero de 1978 y; 3. leyes por razones técnicas, todas aquellas normas dirigidas al control de la construcción y del volumen de oxígeno que todo ciudadano debe emplear en su vivienda, las reglas técnicas de control de aduana, las reglas de protección farmacéuticas.

3.3. Sobre el método de la ley uniforme de naturaleza convencional.

Este sub-segmento abordamos los temas del derecho convencional de los derechos humanos y convenios de derecho internacional privado con incidencia en lo atinente a los derechos fundamentales. Veamos el Pacto de San José foro connatural de los derechos humanos. La justicia interamericana respecto a la preservación de los derechos humanos se ha pronunciado en reiteradas ocasiones condenando al Estado panameño por violación a los derechos humanos. El primer fallo tiene lugar bajo el primer gobierno democrático de Panamá, que se concentra en la causa de los trabajadores del sector público de la energía eléctrica IRHE *versus* el Estado. En efecto, el tribunal de derechos humanos con sede en San José, Costa Rica, condena al Estado panameño⁴⁰, al pago de salarios caídos mas indemnización por despido colectivo injustificado, pues la causa de despido había sido injusta y politizada bajo el falso concep-

⁴⁰Affaire Baena y Otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

to que el movimiento sindical pretendía dar un golpe de Estado al presidente Endara.

La acción de restitución de dos menores de nacionalidad panameña retenidas en Pakistán por su padre fue mediante las fuentes consuetudinaria que las menores sustraídas fueron reincorporada a su residencia habitual ciudad de Panamá⁴¹. En suma, dicho precedente no es más que la reivindicación de la dignidad de los menores de nacionalidad panameña otro vehículo en pro de la preservación de los derechos humanos.

4. Del régimen de la justicia contractual y extracontractual en el código de derecho internacional privado panameño.

4.1. Evidentemente el régimen contractual internacional se basa en el principio material de igualdad entre los contratantes.

Conviene enunciar que la categoría de régimen contractual comporta en principio una *justicia conmutativa* y el régimen de la responsabilidad extra contractual comporta el *principio de reparación* que juntas se realiza en momentos distintos y que abordaremos sus matices en este segmento.

El Código de Derecho Internacional Privado⁴², introduce el concepto de contrato entre desiguales nunca antes preconizado por

⁴¹Convención de La Haya de 1980. Aspectos civiles sobre la sustracción de menores.

⁴²Código de Derecho Internacional Privado Panameño. Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015. Título III, Sobre Contratos Internacionales. Capítulo Iº, Disposiciones Generales, artículos 67 al 90.

ninguna legislación interna. Es en el régimen del derecho aplicable a los contratos que se observa claramente la innovación categorial de contrato entre desiguales. - De los contratos entre desiguales en el plano internacional. El Código de Derecho Internacional Privado, apunta hacia un lado social y humano al reglamentar el tratamiento de la justicia entre desiguales en los artículos 84 al 90 de manera notoria y precisa. Veamos así, que conceptualmente se clasifica los contratos entre desiguales como: *aquellos contratos que no sean entre comerciantes y en donde subsiste una parte más débil sin facultades para negociar las cláusulas esenciales de dicho contrato*. La comprensión de las condiciones generales del contrato pretende fijar de manera clara, los puntos esenciales que son: el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos. Se trata de criterios referentes para determinar cuando la voluntad de una de las partes ha sido extorsionada la voluntad del más débil. La superioridad económica y jurídica es fuente de manifiesta desigualdad. El código de derecho internacional introduce de manera innovadora el régimen de los contratos entre desiguales, precisamente en su disposición 85, que son definitivamente: los contratos de trabajo y los contratos del consumidor pero esta clasificación no es exhaustiva según lo expresa el propio código. La filosofía de reequilibrio de los contratos se centra de parte del código en facultar en su reglamentación tanto al trabajador imbuido en una relación de derecho internacional como al consumidor implicado en una relación de consumo en poder recurrir al foro de mayor conexidad de la relación laboral, como al propio consumidor que compra un determinado producto de consumo en el extranjero y le permite a éste último en caso de conflicto el poder elegir un foro real y objetivo que preserve por un lado el principio del interés superior del consumidor o el principio *indubio pro operario*; princi-

pio consagrado en la Constitución y los Convenios de la OIT vigentes, el cual se traduce como la regla más favorables al trabajador.

Por otro lado, en cuanto al consumidor y el código *ius privatista* internacional, reviste de contenido la noción de contrato del consumidor y faculta a este último, a la interposición de su acción ante el foro más apto, en caso de reclamación y la legislación que le garantice una reparación viable. Pero el régimen de los contratos internacionales del consumidor enfoca el foro competente internacional y la regla pretoriana y convencional del principio material del interés superior del consumidor⁴³ tal como lo expresa la excerta 90 del código en comento.

4.2. Del régimen de obligaciones extracontractual internacional.

Naturalmente, el código de derecho internacional privado, reconoce una serie de criterios humanista de protección en este dominio, que afecta directamente a la sociedad panameña. Se trata de aquellas responsabilidades derivadas de la industrialización y alta tecnología que apunta nuestra reglamentación internacional.

El pivote del régimen sobre la responsabilidad extracontractual descansa en la ideología construida por el artículo 120 del código de derecho internacional privado que nos permitimos reproducir: *La responsabilidad extracontractual internacional producto de cosa ajena o derivada de toda tecnología o productos químicos o de fabricación*

⁴³Camargo, L. 2011: 134. *Derecho Procesal del Consumidor*. Editorial Panamá.

elaborada en el extranjero que se someten a reglas de la funcionabilidad y de estructura se rige por la ley del productor o fabricante o, en su defecto, por la ley de la materialización del daño.

La excerta precitada gobierna el drama de los perjuicios no solo individual sino colectivo producto del riesgo y daños generado por la alta tecnología importada, así como los factores contaminantes causados por productos químicos. La representación de las acciones colectivas constituye una innovación elaborado por el código de derecho internacional privado panameño no existente en el orden positivo patrio.

Dentro del primer párrafo del artículo 120 del Código de Dipr., se concentra una modalidad de la responsabilidad objetiva subordinada al riesgo que engendra la industria y la tecnología moderna bajo el prisma de las reglas de funcionabilidad y de estructura, basta el solo daño y en consecuencia la carga de la prueba le incumbe al generador del daño. Esta disposición contrasta con la regla 124 que si regula responsabilidad individual por culpa, conocida como la *responsabilidad aquiliana* cuya hipótesis es completamente distinta.

De manera pertinente el código de Derecho internacional privado reproduce una regla de competencia judicial fundada en el principio *actor sequitur forum rei*; regla de competencia fundada en el vínculo domiciliario del demandado.

La regla de conflicto del código de Dipr., combina el principio de causalidad como principio de localización del derecho a resarcir por un lado y subsidiariamente e invoca la regla latina *lex loci delicti*

commissi, pues se trata de un criterio cumulativo que preconiza la regla de conflicto.

La dimensión de la norma es de carácter protectora, pues tratándose de la importación de productos de alta tecnología y químicos las consecuencias rebasan el interés individual. En este sentido solo cabe recordar *l' affaire Sheltox*, que el empleo de pesticida contaminó a más de 3,500 empleados de las bananeras de Chiquita Fruit Company produciendo un largo contencioso entre la subsidiaria de Sheltox y el sindicato panameño bananero en la jurisdicción de Houston Texas, USA.1995.

Formulación concerniente al lucro cesante y daño moral basado en el derecho del fabricante, se remitió al derecho del fabricante por considerar que la adecuación del resarcimiento en el hemisferio norte el derecho de daño produce una real y efectiva compensación que el propio derecho del foro.

En la estructuración de la responsabilidad internacional observamos que la disposición 121 del código de Dopr., introduce la prohibición de invocar por parte del fabricante *la excepción del desconocimiento científico* como causal liberatorio de responsabilidad en beneficio del fabricante. Esta excusa legal, constituye una cláusula de garantía para el consumidor y el importador pues las acciones colectivas e individuales se verían burladas en función de la excepción del desconocimiento científico por la casa farmacéutica o el fabricante de algún pesticida si fuese la hipótesis.

Nuestro código incorpora la responsabilidad extracontractual fundada en los delitos a distancia, principalmente en los delitos de ca-

lumnia e injuria en el plano extraterritorial. *El código retoma la regla de conflicto del código penal*⁴⁴ para en efecto insertar dentro del artículo 123 la figura del daño a distancia. En tal circunstancia la *lex damus* es absorbida por el artículo en examen pues señala que el derecho competente es aquel donde se produce la concreción del daño.

El principio de reparación clásico es vislumbrado en el artículo 124 cuando dicha disposición introduce: *La responsabilidad individual o profesional por culpa o, negligencia u omisión se rige por la ley del daño.*

Los tribunales panameños serán competentes para conocer de las reclamaciones derivadas por dicha responsabilidad siempre que una de las partes esté domiciliada en la República de Panamá.

Esta formula conflictual involucra la responsabilidad subjetiva ligada al aforismo latino *lex loci delicti commissi*. Sumado a la concepción clásica de la competencia judicial internacional fundada en el domicilio del demandado, criterio de origen romanista, en donde el domicilio del demandado es la clave para la determinación competencia judicial internacional⁴⁵ bajo la premisa que la parte pasiva se presume en desventaja y por el principio que el demandado debe

⁴⁴Artículo 20 del Código Penal de Panamá: "No delinque el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesione otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1. Que el peligro sea actual, grave o inminente; 2. Que no sea evitable de otra manera; 3. Que el mal producido fuere menor que el evitado; 4. Que el peligro no haya sido voluntariamente provocado por el agente; 5. Que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo.

⁴⁵Boutin, G. 2014: 99. *De Conflictos de Jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*. Universidad de Medellín.

conocer los hechos que se le imputan. En su reglas de justicias inherentes al contradictorio.

Finalmente, el nuevo código de derecho internacional privado regula lo atinente a la *responsabilidad por competencia desleal internacional* inspirada en el affaire *J.C. Decaux*.

El artículo 125 señala del código señala que: En materia de práctica desleal, la ley aplicable es la ley del lugar donde se perpetra el acto o la ley del lugar de dirección o, en su defecto, el de la sede social de la sociedad vinculada con la reclamación internacional. Si bien es cierto pareciera que reproduce en materia corporativa que toda competencia desleal se somete a la ley del lugar del daño. Pero señala el artículo otras hipótesis que podrá tomarse en cuenta, así por ejemplo: la ley del lugar de dirección. Es decir, la sede de la corporación o persona moral involucrada. Puede ser el caso que una sociedad de nacionalidad española concurre en un proceso dentro de una licitación pública internacional cause daño a otra corporación mediante pruebas falsas para descalificarla y luego del acto dicha corporación no se establezca en Panamá o bien, se trate de una sucursal extranjera pero que en cualquier circunstancia deberá responder la casa matriz donde se encuentra la sede o dirección de la corporación o sociedad licitante.

Por otro lado, es puntual la disposición en comento del artículo 125 al fijar que la acción de reclamación podrá promoverse en contra de la sociedad que tenga mayor vínculo con la reclamación. Así tratándose de un grupo económico, la sociedad que haya realizado los actos concernientes vinculados a la responsabilidad que se le endilga.

5. Sobre las reglas de competencia judicial o de los conflictos de jurisdicción en el plano del código de derecho internacional privado panameño.

En este segmento observaremos el dominio de los conflictos de jurisdicción o también denominados del derecho procesal civil internacional por un lado y luego abordar de manera sucinta el tema del acceso a la justicia en el derecho internacional privado patrio que reviste un tema de derechos humano incuestionablemente.

5.1. Del dominio de los conflictos de jurisdicción o del derecho procesal civil internacional.

Respecto al dominio del derecho procesal internacional⁴⁶ como instrumento de justicia el cual se descompone en competencia judicial indirecta y competencia judicial directa. La primera se agota en lo concerniente a reconocimiento y ejecución de sentencia a través de la demanda de *exequátur*.

Mientras que la competencia judicial internacional comprende: 1. Los criterios de determinación de la competencia judicial; en este sentido se trata del conjunto de reglas de competencia judicial interna que determinan o fijan la competencia del juez panameño desdobladas en el plano internacional frente a causa de derecho judicial internacional; 2. La prórroga de competencia judicial internacional; tiene lugar cuando las partes empleando las reglas de au-

⁴⁶Boutin, G. 2005-2006: 181. *Definición y Ámbito del Derecho Procesal Civil Internacional*. Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá del Centro de Investigación Jurídica.

tonomía contractual renuncian al foro natural para designar competente a otro tribunal judicial esta distinto. Esta prórroga opera mediante cláusula atributiva de jurisdicción. Mientras que la cláusula arbitral tiene lugar cuando las partes abdican a recurrir a tribunales estatales y someten la controversia a un tribunal *ad hoc*, privado y transitorio para solventar todo contencioso; 3. La litispendencia internacional; es una excepción de jurisdicción, para evitar que dos jurisdicciones que se atribuyen competencia produzcan fallos contradictorios que se anulen recíprocamente; 4. La acumulación procesal internacional es la subordinación de varias causas conexas subordinadas a una misma cuerda procesal para cubrir el principio de congruencia judicial y; 5. Las reglas de cooperación internacional; es el mecanismo consuetudinario o convencional, para evitar que la justicia extranjera se petrifique o no se realice por falta de pruebas que permitan dilucidar un conflicto o bien, con el propósito de impulsar un determinado proceso evacuado en el extranjero⁴⁷.

5.2. Del principio del acceso a la justicia en el derecho internacional privado.

El lugar del acceso a la justicia puede ser observado desde diversas aristas y especialidades del derecho de esta manera lo podemos explicar: desde el punto de vista del derecho internacional, su examen se centra en el esfuerzo hacia la armonización y unificación de sistemas judiciales, constituyéndose en unas de las utopías de nuestro tiempo⁴⁸.

⁴⁷Boutin, G. 2002: 92. *Naturaleza y Objeto del Derecho Internacional Privado*. CORE-CEI Panamá.

⁴⁸Boutin, G. 2015: 175. *Del acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado Panameño y Comparado*. Jornadas de la ASADIP Panamá.

Así podemos definir el acceso a la justicia en el derecho internacional privado, como el conjunto de reglas positivas territoriales del cual puede gozar un extranjero como un nacional en un determinado país, cuya consistencia y materialización de sus derechos está subordinado a un mínimo de concordancia sobre un sistema conflictual nacional determinado.

En verdad, el tema del acceso a la justicia envuelve dos principios básicos para cualquier sociedad a saber: el principio de igualdad y el principio de justicia.

La regla de igualdad entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, ella realmente está consagrada en nuestra Carta Magna⁴⁹. Respecto a la justicia, ella opera a *fortiori*, es decir, mediante la vigilancia y constatación de los fallos y jurisprudencia de la corte suprema que permita la realización de la justicia entre nacionales y extranjeros.

Solo podemos medir la eficacia del acceso a la justicia bajo la visión de un orden fundado en un antropocentrismo jurídico cultural de tolerancia, con independencia de la diversidad de culturas concurrente en una sociedad gobernada por ideales de justicias y sentimiento atávicos encontrados.

⁴⁹Artículo No. 20 de la Constitución Nacional de Panamá: "Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales".

Referencias

Álvarez González, Santiago. *Legislación de Derecho Internacional Privado*. Editorial Comares, S.L. España. 2012

Boutin Icaza, Gilberto. *Del Objeto del Derecho Internacional Privado*. Imprenta Universitaria. Panamá. 2000

Boutin Icaza, Gilberto. *Derecho Internacional Privado*. Ediciones Maitre Boutin. Segunda Edición. Panamá. 2006

Boutin Icaza, Gilberto. *Forum Non Conveniens: la limitación de jurisdicción y la denegación de Justicia*. Mizrachi & Pujol. Panamá. 2014.

Boutin Icaza., Gilberto. *Conflictos de Jurisdicción en el Derecho Internacional Privado Contemporáneo*. Editorial Medellín. Colombia. 2015