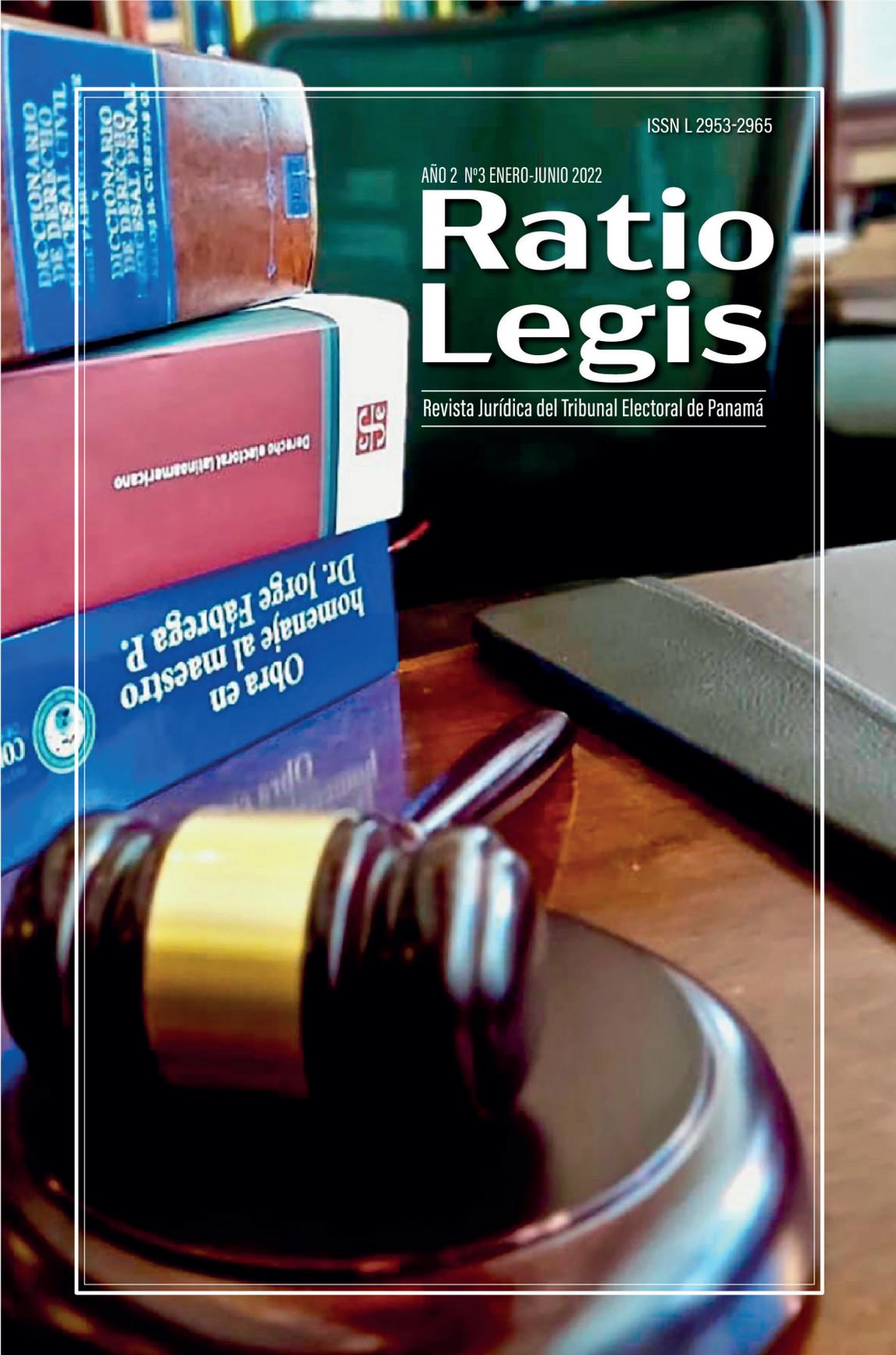


ISSN L 2953-2965

AÑO 2 Nº3 ENERO-JUNIO 2022

Ratio Legis

Revista Jurídica del Tribunal Electoral de Panamá





*Sede principal del Tribunal Electoral
Ciudad de Panamá*

TRIBUNAL ELECTORAL

LA PATRIA LA HACEMOS CONTIGO

Instituto de Estudios Democráticos

CONSEJO EDITORIAL DEL INED

Magistrado Director
Heriberto Araúz Sánchez

Salvador Sánchez G.
Constantino Riquelme
Irma Vergara
Linda Domínguez
Jorge Bravo
Javier Vásquez R.
Lilia Rodríguez

FOTOGRAFÍA

Dirección de Comunicación

TRADUCTORA

Daysi Samaniego

CORRECCIÓN Y ESTILO

Cristóbal Navarro Martínez

DISEÑO EDITORIAL / DIGITAL

Javier Vásquez R.

NORMAS DE PUBLICACIÓN RATIO LEGIS

Revista Jurídica del
Tribunal Electoral de Panamá

RATIO LEGIS es una revista periódica, publicada en formato físico y digital por el Instituto de Estudios Democráticos (INED) del Tribunal Electoral cada seis meses, desde enero de 2021.

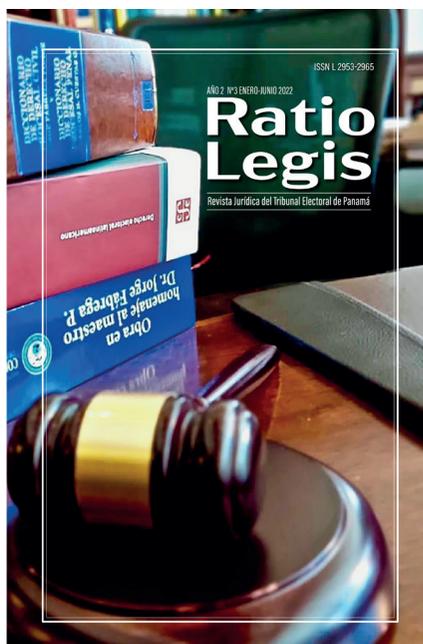
ISSN L 2953-2965

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL

Heriberto Araúz Sánchez
Magistrado presidente

Eduardo Valdés Escoffery
Magistrado primer vicepresidente

Alfredo Juncá Wendehake
Magistrado segundo vicepresidente



Índice

Palabras del Director.....	9
----------------------------	---

DERECHO CONSTITUCIONAL

Estado de derecho e independencia judicial Dr. Florentín Meléndez	15
--	----

El amparo y el derecho a la prueba Dr. Heriberto Araúz Sánchez.....	43
--	----

La mutación constitucional: Un tema polémico Dr. Rigoberto González Montenegro	61
---	----

La Sentencia de Inconstitucionalidad y sus Efectos. Tres casos sobre decisiones del Tribunal Electoral Lic. Salvador Sánchez González.....	83
--	----

DERECHO CIVIL

La excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos de tracto sucesivo en el Código Civil Panameño Profesora Lidia Mercado	119
--	-----

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La codificación de la responsabilidad internacional del Estado por violación de obligaciones internacionales: Valoraciones presentes Profesor Constantino Riquelme Ortiz	139
---	-----

DERECHO PROCESAL PENAL

Propuesta para aumentar los delitos desistibles dispuesto en el artículo 201 del Código Procesal Penal	
Dr. Ricaurte Soler Mendizábal	163

FILOSOFÍA DEL DERECHO

La Democracia, sus amigos y sus enemigos	
Dr. Juan Camilo Salas Cardona	197

Teoría general del Estado	
Mgtr. Martín Wilson Chen.....	221

RECENSIÓN DE UN FALLO

Comentarios al Fallo de la Corte Suprema de Justicia que declaró que son inconstitucionales el artículo 182-A y la frase “Por tener setenta y cinco (75) años de edad”, contenida en el artículo 182-B (modificado mediante Acuerdo del Consejo General Universitario N°7-16 de 23 de junio de 2016), del Estatuto Universitario de la Universidad de Panamá.	
Mgtr. Julio César Rodríguez Del Vasto	243

Palabras del Director

Es para nosotros motivo de orgullo y de gran complacencia poner a disposición del selecto grupo de lectores, con que ya cuenta la revista *Ratio Legis*, la tercera edición de esta publicación, con la cual el Tribunal Electoral arraiga su esfuerzo por ofrecer a los estudiosos del derecho una herramienta de consulta permanente; tarea que solo es posible con la valiosa y desinteresada colaboración de nuestros articulistas, a quienes agradecemos por compartir sus conocimientos en los temas desarrollados.

Los diferentes tópicos que presenta la actual edición, al igual que pretendemos con cada una de las publicaciones, le brindan al lector la oportunidad de mantenerse actualizado e incrementar su acervo en el conocimiento de los temas tratados, lo que constituye un pedacito en el robustecimiento de la producción bibliográfica en el campo del derecho.

Es de rigor en *Ratio Legis* presentar aportes inéditos, expuestos por eruditos en la materia que, además de fomentar el conocimiento, sirvan de elementos para el debate de ideas que puedan generar cada uno de sus contenidos.

En esta edición presentamos aportes de connotados juristas internacionales como lo son el Dr. Juan Camilo Salas Cardona, profesor de filosofía del Derecho y Teorías de la Justicia, en la Universidad de Estrasburgo, Francia, que nos hace una radiografía de los factores que denomina: los amigos y los enemigos de la democracia en las sociedades latinoamericanas y caribeñas actuales; el Dr. Florentín Meléndez, expresidente en funciones de la Corte Suprema de Justi-

cia y de la Sala de lo Constitucional de El Salvador y expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que nos brinda un aporte sobre el Estado de derecho y la independencia judicial.

Del plano nacional contamos con la participación del procurador general de la Administración, Rigoberto González Montenegro, que trata sobre los posibles cambios a que se ve expuesta la Constitución por razones de la transformación del contexto en que se deba aplicar y por las interpretaciones de los actores jurídicos-políticos, ocasionando que sin ver alterada su redacción, sea entendida de forma distinta a como fue concebida, lo que el autor denomina mutación constitucional: un tema polémico.

La profesora de Derecho Civil de la Universidad de Panamá, Lidia Mercado, presenta una relación de los presupuestos de la figura excesiva onerosidad sobrevenida, regulada en el Código Civil panameño, sus diferencias con otras instituciones y el tratamiento normativo y jurisprudencial en nuestro derecho positivo, dentro del marco del advenimiento de la crisis mundial del Covid-19.

Otros de los valiosos aportes de esta tercera edición son los referentes a la propuesta para aumentar los delitos desistibles dispuestos en el artículo 201 del Código Procesal Penal, que presenta el Dr. Ricaurte Soler Mendizábal, director de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, con legislación comparada de Colombia y México y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular. También debe mencionarse el escrito del Mgtr. Martín Wilson Chen, magistrado presidente del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en el que trata el concepto, objeto, naturaleza jurídica y elementos esenciales del Estado.

En representación del Tribunal Electoral colaboran, en esta oportunidad, el licenciado Salvador Sánchez, abordando el tema de los efectos materiales, personales y temporales de nuestra jurisprudencia constitucional a través del examen de varias sentencias relacionadas con decisiones del Tribunal Electoral. El profesor Constantino Riquelme trae a la palestra el interesante tema sobre la codificación de la responsabilidad internacional del Estado por violación de obligaciones internacionales. Riquelme expone sobre las consideraciones que le permiten a un Estado, como sujeto del derecho internacional y su condición de afectado, reclamar su afectación o daño ante un tribunal internacional.

De capital importancia también el análisis de jurisprudencia que para esta ocasión nos ha elaborado el colaborador de nuestro despacho, el abogado Julio Rodríguez.

Con esta tercera edición reiteramos y reforzamos nuestros esfuerzos en la divulgación del pensamiento jurídico, con el objetivo de contribuir a la formación de estudiantes y profesionales en las diferentes áreas que abarca el derecho.

Una vez más, el agradecimiento a los que con su participación han hecho posible esta tercera edición de Ratio Legis y nuestro compromiso de seguir aportando a la literatura jurídica en cuanto al derecho concierne.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Heriberto Araúz Sánchez', with a long horizontal line extending to the right.

Magistrado Heriberto Araúz Sánchez
Magistrado Presidente del TE

Derecho Constitucional

Estado de *derecho* e independencia judicial

Por
Dr. Florentín Meléndez*

Resumen: El presente artículo contextualiza un análisis de los elementos jurídicos y políticos del Estado de derecho, bajo una perspectiva del derecho constitucional. Inicia su análisis jurídico en una reflexión de la construcción histórica del Estado de derecho así como del proceso de formación y fundamento del derecho constitucional. En el mismo sentido nos brinda especial importancia acerca de la independencia de los jueces, la separación de los poderes y de los tribunales de justicia, como garantes de la protección jurídica de los derechos humanos fundamentales, de la cual tiene derecho en condiciones de igualdad, toda persona humana.

Palabras clave: Estado de Derecho, Independencia Judicial, Juez, Dignidad Humana, Derechos Humanos, Tribunales de Justicia, Derecho Constitucional.

Abstract: This article contextualizes an analysis of the legal and political elements of the rule of law, under a constitutional law perspective. It begins its legal analysis in a reflection of the historical construction of the Rule of Law, as well as the process of formation and foundation of constitutional law. In the same sense, it gives us special importance regarding the independence of judges, the separation of powers and of the courts of justice, as guarantors of the juridical protection of fundamental human rights, to which every human being is entitled to enjoy under conditions of equality.

*Florentín Meléndez. Abogado salvadoreño. Doctorado en Derecho y maestría en Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España. Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador. Exmagistrado y expresidente en funciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de lo Constitucional de El Salvador. Excomisionado y expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Key Words: Rule of Law, Judicial Independence, Judge, Human Dignity, Human Rights, Courts of Justice, Constitutional Law.

Sumario: 1. Evolución y desarrollo del Estado de derecho; 2. Elementos jurídico-políticos del Estado de derecho; 3. Estado de derecho e independencia judicial; 4. La independencia judicial en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia internacional; 5. La independencia judicial en el derecho constitucional comparado; 6. Conclusiones.

I. Evolución y desarrollo del Estado de derecho

La construcción histórica del Estado de derecho se inicia con el surgimiento del Estado moderno y del constitucionalismo, en el tránsito gradual del antiguo régimen al nuevo régimen.

Los factores fundamentales que incidieron en la creación y desarrollo del Estado moderno son el surgimiento del constitucionalismo y, posteriormente, del derecho internacional de los derechos humanos. El constitucionalismo es, pues, el presupuesto del Estado de derecho y de la positivación de los derechos fundamentales, como producto de la influencia ideológica, política, filosófica y jurídica de los últimos siglos, pero también como producto de factores culturales, sociales, económicos y religiosos relevantes.

El surgimiento del constitucionalismo -entendido como el proceso de formación y fundamento del derecho constitucional-, históricamente tenía como fines o ejes principales: la lucha por la limitación

del poder, la conquista de las libertades frente a la arbitrariedad y el despotismo, y la profundización de la igualdad, lo cual encontró condiciones propicias en la cultura jurídica y filosófica inglesa, en la independencia de los Estados Unidos, en la revolución francesa y, últimamente, en el movimiento de independencia en América latina.¹

La revolución inglesa del siglo XVII trajo consigo la primera Declaración de Derechos (1689) de la era moderna, la primera manifestación de la separación de poderes y de la independencia judicial, a través del reconocimiento de la inamovilidad de los jueces, consustancial a la independencia de los jueces y al Estado de derecho.

Como producto del pensamiento de la Ilustración del siglo XVIII y, en el marco de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, se observaron avances muy importantes en la creación del Estado republicano y del Estado federal, y se establecieron las primeras bases de corte liberal del Estado de derecho, las cuales fueron adoptadas y desarrolladas en los siglos posteriores.

Contribuyeron a ello importantes Declaraciones de derechos del siglo XVII y XVIII, y obras doctrinales relevantes de autores del pensamiento de la época. Entre las aportaciones doctrinales más importantes pueden citarse, por ejemplo, las siguientes: *Leviatán* (Thomas Hobbes); *Carta sobre la tolerancia*, y el *Tratado sobre el Gobierno civil* (John Locke); *Los derechos del hombre* (Thomas Paine); *El principio de los poderes implícitos* (James Wilson); *El Federalista* (James Madison, Alexander Hamilton, John Jay); *El contrato social* (Juan Jacobo Rousseau); y *El espíritu de las leyes* (Montesquieu).

¹Jiménez Asensio, Rafael. *El Constitucionalismo*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 2005.

En dichas obras se desarrollaron conceptos sobre la soberanía popular, la separación y el equilibrio de poderes, la democracia representativa, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, los derechos naturales como derechos innatos e iguales para todos, el concepto de ley como expresión de la voluntad popular, las distintas formas de gobierno y de Estado, la separación de la política y la ética, el concepto de libertad y de la tolerancia ideológica, etc., como aportaciones doctrinales del pensamiento liberal a la construcción del Estado de derecho en su fase inicial.

En el contexto de la independencia de los Estados Unidos se reconocieron los principios de separación de poderes, soberanía popular y supremacía de la Constitución. En la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia (1776), se reconocieron los derechos naturales como derechos innatos, entre ellos, los derechos individuales -civiles y políticos-, el derecho a la propiedad privada, la libertad de palabra, hoy conocida como la libertad de expresión, el derecho al voto y el reconocimiento de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, elementos consustanciales al Estado Liberal de Derecho, que es la primera manifestación histórica del Estado de derecho. También se adoptó en esa época, la Constitución de los Estados Unidos en 1787.

La Revolución francesa del siglo XVIII también trajo consigo la adopción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y, con ella, el reconocimiento de importantes derechos individuales, propios del pensamiento liberal de la época. Se adoptó, por primera vez en la historia, el concepto de Constitución: “En toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes esté determinada, no tiene

Constitución”. Se adoptó, asimismo, el concepto de libertad: “Es el poder de hacer todo aquello que no dañe a los demás”. También se estableció por primera vez el precedente de que los límites a los derechos individuales solamente se pueden determinar por disposición de la ley. Se aprobó la Constitución Francesa en 1793 incorporando, con rango constitucional, los derechos reconocidos en la Declaración Francesa.

En el siglo XIX, con la independencia de las colonias en el continente americano y con el surgimiento de nuevos Estados de corte liberal, se adoptaron nuevas constituciones y leyes, en las que se reconocieron principios y disposiciones consustanciales al Estado de derecho, entre ellos: el principio de legalidad, la separación de poderes, la independencia judicial, la soberanía popular -el poder reside en el pueblo-, el principio de libertad, el principio de igualdad ante la ley, y se reconoció un catálogo de derechos y libertades individuales, tomando como referente inicial la Constitución de Cádiz de 1812.

Los movimientos revolucionarios de principios del siglo XX, como la revolución mexicana y la revolución soviética, dieron lugar al reconocimiento de nuevos derechos, entre ellos los derechos sociales, con énfasis en el derecho al trabajo y las garantías sociales de los trabajadores. En 1917 se adoptó la Constitución mexicana, principal referente constitucional de los derechos sociales de la época.

El surgimiento histórico del control de constitucionalidad de las leyes, en sus dos manifestaciones: difuso o concreto -a partir de la sentencia del juez John Marshall, USA, 1803-, y abstracto o concentrado -a partir de la creación del Tribunal Constitucional Aus-

tríaco, 1920-, fortaleció aún más el desarrollo del Estado de derecho. Se crearon, con posterioridad, tribunales, cortes y salas constitucionales en muchos países y regiones del mundo, y se desarrolló la jurisprudencia constitucional para garantizar, esencialmente, el control constitucional del poder político, la protección de los derechos fundamentales, la defensa de la Constitución y del Estado de derecho. Vale decir que en la actualidad son los tribunales constitucionales la máxima garantía de protección y defensa del Estado de Derecho.

El posterior surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial, y de la jurisprudencia internacional de derechos humanos, completó el desarrollo del Estado moderno y contribuyó sustancialmente al surgimiento de una nueva dimensión del Estado de derecho -Constitucional, Social y Democrático de Derecho-, tomando como base el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, los principios de libertad e igualdad, los límites del poder político y el control constitucional e internacional del Estado.

En todo este proceso de evolución y desarrollo histórico, que parte de la etapa de transición a la modernidad, con el traspaso gradual y progresivo del antiguo régimen al nuevo régimen, se observa progresivamente el tránsito del Estado liberal de derecho, al Estado social de derecho y, de este, al Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, caracterizado, fundamentalmente, por la preeminencia de la dignidad humana y del respeto a los derechos humanos y las libertades democráticas, la separación de poderes, la independencia judicial, la supremacía de la Constitución y el control constitucional del poder político del Estado.

La construcción histórica del Estado de derecho, entonces, ha sido producto de las aportaciones del pensamiento filosófico, jurídico y político liberal, socialista y democrático, que ha contribuido a su evolución y desarrollo a través de la construcción de los elementos jurídico-políticos, que constituyen el contenido esencial del Estado de Derecho y que son parte de su misma estructura.

II. Elementos jurídico-políticos del Estado de derecho

Entre los elementos jurídico-políticos más relevantes del Estado de derecho, se pueden mencionar los siguientes²:

1. Principio de supremacía de la Constitución.
2. Principio de legalidad.
3. Principio de jerarquía de las normas.
4. Principio de separación de poderes.
5. Principio de independencia judicial.
6. Principio de responsabilidad del Estado.
7. Principio de soberanía popular.
8. Principio del debido proceso.
9. Reconocimiento y vigencia de los derechos humanos.
10. Límites y controles del poder político.
11. Control de legalidad de los actos de la administración pública.
12. Control de constitucionalidad de las leyes.
13. Control de convencionalidad.

²Díaz, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Editorial Taurus, Madrid, 1998. Peces-Barba, Gregorio. Derechos Fundamentales. Sección de publicaciones, Universidad Complutense, Madrid. Bobbio, Norberto. El tiempo de los Derechos. Editorial Fundación Sistema. Madrid. Bobbio, Norberto. El Futuro de la Democracia. Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

14. Tolerancia ideológica.

15. Pluralismo político.

La visión contemporánea del Estado de derecho -Estado Constitucional, Democrático y Social- nos permite afirmar que, ante todo, es un Estado constitucional, en el que impera el Derecho, la seguridad jurídica y la supremacía de la Constitución, y en el que la actuación de la administración pública en general está sometida, sin excepciones, a la legalidad democrática.

Se caracteriza porque se respeta la separación entre los poderes fundamentales del Estado, los cuales deben funcionar de manera autónoma e independiente, pero colaborando entre sí -conforme a su mandato constitucional-, para el logro de los fines fundamentales del Estado, garantizando el equilibrio y los controles recíprocos a fin de evitar la concentración de poder en uno de ellos. La doctrina de los pesos y contrapesos debe verse reflejada en toda la actuación de los poderes públicos fundamentales en un Estado de derecho.

El Estado de derecho es un Estado de justicia, en el que funciona de manera efectiva un sistema de garantías de los derechos humanos y de respeto al debido proceso, y en el que todos los funcionarios y autoridades están sometidos, sin privilegios ni excepciones, a la Constitución, a las leyes y a los fallos y resoluciones de los tribunales de justicia.

En el Estado de derecho, los poderes fundamentales y la administración pública en general tienen límites y están sometidos a controles constitucionales, legales e internacionales por los actos, omisiones y decisiones de sus funcionarios y autoridades, y deberán

responder frente a la administración de justicia por los abusos de poder y por las violaciones de los derechos humanos.

Entre los controles del poder político más importantes cabe destacar el control constitucional que hacen los tribunales o cortes constitucionales, a fin de garantizar, la supremacía y defensa de la Constitución, el imperio de su fuerza normativa y la defensa de los derechos fundamentales.

También es relevante el control de convencionalidad que ejercen los tribunales internacionales de derechos humanos, como el control que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la región o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a fin de hacer prevalecer la fuerza convencional de los tratados vigentes en materia de derechos humanos. Dicho control de convencionalidad también debe ser ejercido por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones oficiales, a fin de ajustar sus actuaciones y decisiones a las obligaciones convencionales contraídas por los Estados parte de los tratados internacionales.

Ambos controles son indispensables para la defensa del Estado de derecho, ya que permiten hacer un riguroso examen de compatibilidad o de conformidad entre los actos y decisiones del poder del Estado -objeto de control- con los parámetros de control constitucional y convencional, respectivamente, para hacer prevalecer la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, según el principio de soberanía popular, en un Estado republicano, democrático y representativo, el poder político

emana del pueblo y reside en el pueblo, quien lo delega en sus representantes mediante el voto libre en elecciones democráticas, a fin de que ejerzan en su nombre las funciones del Gobierno y la consecución de los fines del Estado.

El Estado de derecho es también un Estado de libertades, de tolerancia ideológica y pluralismo político, en el que se reconocen y tienen cabida las distintas corrientes del pensamiento político ideológico, se respetan las libertades democráticas fundamentales, se garantiza el voto libre de los ciudadanos y la decisión soberana del pueblo en las elecciones nacionales. Por ello, constituye un Estado Democrático de Derecho.³

De igual forma, es un Estado social en el que se reconoce y respeta la dignidad humana, los derechos fundamentales, entre ellos, los derechos sociales indispensables para asegurar la vida digna de las personas, la igualdad, la equidad, la justicia social y el bienestar general de la colectividad. Es un Estado donde no tiene cabida la discriminación ni la exclusión social, y se privilegia la cláusula más favorable a la persona (pro-homine o pro-persona).⁴

En el Estado de derecho se garantiza la independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales de justicia, que constituye la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales y, de ella

³El término Estado Democrático de Derecho fue adoptado por primera vez en la Constitución Española de 1931, en la Constitución Francesa de 1848 y en la Ley Fundamental de Bonn, Alemania, de 1949. Posteriormente, la Constitución Española de 1978, reconoce que: "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho" (art. 1).

⁴El término Estado Social de Derecho aparece reconocido por primera vez en la Constitución de Weimar (Alemania, 1919), y su nombre en la doctrina alemana fue de la autoría de Herman Heller.

depende, que se apliquen la Constitución y las leyes de manera efectiva e imparcial y que se respeten los límites y controles de los poderes públicos.

En el Estado de derecho se viven realmente los valores más relevantes y trascendentes de una sociedad democrática, como la libertad, la igualdad, la justicia, la paz, el pluralismo político, la tolerancia ideológica y la cultura de respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, razón de ser del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, que es la máxima expresión de su evolución histórica y de su desarrollo actual, y que constituye la condición estructural para garantizar la vida digna de las personas y la protección de sus derechos, por lo que debe ser la máxima aspiración de los pueblos y de las sociedades democráticas, vivir en un auténtico Estado de derecho.

III. Estado de derecho e independencia judicial

La independencia judicial es un principio fundamental del Estado constitucional de derecho, sin cuyo aseguramiento y garantía no es posible vivir en un Estado Republicano, con respeto a la justicia, a la seguridad jurídica, al debido proceso y a los derechos humanos.

Constituye la condición indispensable para garantizar la imparcialidad de los fallos y sentencias judiciales y para asegurar el debido proceso en todos los procedimientos ante los tribunales. El debido proceso es, por tanto, consustancial al Estado de derecho.

La independencia de los jueces y tribunales es la máxima garantía de la protección jurídica de los derechos humanos y de las libertades

fundamentales y, a su vez, es indispensable para garantizar el respeto a la separación de los poderes públicos y la efectividad de los controles y límites del aparato del Estado, particularmente cuando se asegura la independencia de los tribunales constitucionales, que son los que ejercen el control de todos los actos de trascendencia y relevancia constitucional del Estado.

Por ello, la exigencia de independencia de los magistrados de los Tribunales o cortes constitucionales es mucho más intensa que la que se exige del resto de integrantes del sistema judicial, ya que son los que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos públicos subjetivos del aparato del Estado, susceptibles de transgredir o conculcar principios y disposiciones de la Constitución.

La exigencia de independencia e imparcialidad judicial también es relevante cuando se trata de jueces que ejercen la jurisdicción electoral, ya que ejercen control de los actos y procesos electorales donde está en juego, no solo el interés de los partidos políticos sino, fundamentalmente, la decisión soberana de la población de elegir democráticamente a sus representantes en los poderes públicos.

En estos casos, así como los que se refieren a los jueces y magistrados del sistema judicial en general, existe una “incompatibilidad especial” entre las funciones estrictamente jurisdiccionales con el ejercicio de ciertos derechos políticos. Los jueces, si bien son ciudadanos y, en principio, tienen derechos políticos, como el derecho a voto o sufragio activo, se ven limitados -por la naturaleza de la función judicial que desempeñan-, en el ejercicio del derecho al voto pasivo o derechos a ser candidatos para los cargos de elección popular. Por lo tanto, los jueces no pueden ser al mismo tiempo candida-

tos a cargos de elección popular. Tampoco pueden pertenecer a partidos políticos, mucho menos ejercer cargos de dirección político partidista. De igual manera, no pueden hacer proselitismo en favor o en contra de determinadas opciones partidarias y ejercer la judicatura simultáneamente.

Permitir el ejercicio de los anteriores derechos políticos a los jueces, en una sociedad democrática, afectaría la independencia e imparcialidad de la función judicial, ya que esta es incompatible con ciertas actividades político-partidarias. Por lo tanto, debe garantizarse, ante todo, la independencia judicial y la exigencia de asegurar juicios justos e imparciales y, con ello, el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.⁵

La independencia judicial implica, por lo tanto, que los jueces y tribunales de justicia están sometidos única y exclusivamente a la Constitución y las leyes, es decir, que están sometidos al Derecho nacional e internacional vigente, sin intromisiones de los demás poderes públicos ni de los poderes fácticos de la sociedad.

La independencia judicial implica que los jueces son inamovibles y, por lo tanto, tienen estabilidad en sus cargos, como garantía frente

⁵Véase la Constitución de Panamá (art. 212); y la Ley Orgánica Judicial de El Salvador (art. 26). En ambos casos se establece que la función judicial es incompatible con las actividades políticas.

Consúltense, además, la exposición de motivos de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, en la cual se establece que los cargos de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y, particularmente, de su presidente, son incompatibles con toda actividad político-partidaria.

Consúltense también las sentencias de la Sala Constitucional de El Salvador, en los siguientes procesos de inconstitucionalidad: Inc.77-2013/97-2013 (contra la elección del presidente de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de lo Constitucional); Inc. 18-2014 (contra la elección del presidente del Tribunal Supremo Electoral); Inc. 49-2011 (contra la elección de magistrados de la Corte de Cuentas de la República). En todos los casos los funcionarios judiciales fueron destituidos por efecto de las sentencias, por su vinculación a partidos políticos.

a los poderes públicos y frente al órgano elector. Implica también que en el ejercicio de su función jurisdiccional solamente están sujetos a separación o destitución de sus cargos conforme a un debido proceso y por causas previamente establecidas en la Constitución y en las leyes.

Los magistrados de las Altas Cortes (Cortes Supremas de Justicia y Tribunales Constitucionales) gozan también de estabilidad en sus cargos durante el período para el que han sido electos, y solo podrán ser removidos o destituidos por causas preestablecidas en la Constitución y conforme a un debido proceso.

La inamovilidad de los jueces es, pues, consustancial a la independencia judicial.

Por ello, en una sociedad democrática, debe garantizarse la independencia funcional de los jueces y tribunales de justicia, ya sea al interior del Órgano Judicial o en las relaciones con los demás poderes del Estado y de la administración pública en general.

Por una parte, los tribunales superiores deben respetar la independencia y autonomía de los jueces inferiores, cuyos fallos y sentencias solo están sujetos a revisión y modificación a través del sistema de recursos judiciales. Por otra parte, los poderes fundamentales y toda la administración del Estado deben respetar también la autonomía e independencia de los jueces y acatar sus fallos y resoluciones, sin intromisiones ni presiones indebidas.

En una sociedad democrática también debe ser garantizada la independencia económica de los tribunales de justicia y del Órgano Ju-

dicial en general, ya que de ello depende la autonomía y la garantía de libre actuación jurisdiccional frente al Estado y, fundamentalmente, el poder de control judicial de sus actos.

La independencia judicial, por tanto, es consustancial al Estado constitucional de derecho. Es una especie de columna vertebral, sin cuyo aseguramiento y garantía no es viable ni posible la vida del Estado de derecho.

IV. La independencia judicial en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia internacional

Los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos civiles y políticos han reconocido el principio de independencia judicial como parte esencial del debido proceso.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), establecen que: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6) establece al respecto que: “Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de las Naciones Unidas, establecen que la independencia judicial: “Será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución”. Además, dispone que “Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”.

Asimismo, establece que: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el Derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

Por tal razón, se prohíben las intromisiones indebidas o injustificadas en los procesos judiciales.⁶ En la jurisprudencia internacional se ha observado un amplio desarrollo del principio de independencia judicial, particularmente en los casos contenciosos que ha conocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de varios países de la región.

La Corte Interamericana ha conocido varios casos⁷ sobre independencia judicial, nombramiento e inamovilidad de los jueces, desti-

⁶Los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante las Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Consúltese los principios 1, 2, 4, 6, 10, 15, 16, 18 y 19.

⁷Sobre la independencia judicial, consúltese las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Casos contra Perú: Loayza Tamayo (1997); Castillo Petrucci (1999); Cesti Hurtado (1999); Cantoral Benavides (2000); Tribunal Constitucional (2001); Lori Berenson (2004); García Asto y Ramírez Rojas (2005); Quispialaya Vilcapoma (2015); y Pollo Rivera y otros (2016).

Caso contra Colombia: Las Palmeras (2001).

Casos contra Venezuela: Apitz Barbera y otros (2008); Reverón Trujillo (2009); y Chocrón Chocrón (2011).

Casos contra Ecuador: Quintana Coello y otros o Corte Suprema de Justicia contra Ecuador (2013); y Camba Campos y otros o Tribunal Constitucional (2013).

Casos contra Honduras: López Lone (2015)

tución de magistrados y jueces, y sobre la aplicación de los regímenes disciplinarios judiciales, en contravención de los estándares internacionales de derechos humanos. También ha conocido casos de violaciones al debido proceso, al crearse la figura de los jueces sin rostro, que atentan precisamente contra el juez natural y la imparcialidad e independencia judicial.

A su vez, La Corte ha ordenado medidas de reparación con el fin de restablecer los derechos conculcados, subsanar las violaciones de derechos humanos y las afectaciones al principio de independencia judicial, indemnizar a los jueces cuyos derechos han sido violados y, además, ha dictado medidas de no repetición.

A manera de ejemplo, pueden mencionarse las líneas jurisprudenciales que se adoptaron en el Caso Tribunal Constitucional contra Perú, en el cual la Corte Interamericana sostuvo que la inamovilidad de los jueces y magistrados está garantizada por la Convención Americana, y que su destitución debe obedecer a un procedimiento previamente establecido en la Constitución, a fin de evitar la arbitrariedad y garantizar la independencia ante los demás poderes el Estado.

En este caso, la Corte se refirió también al juicio político que se instruyó contra magistrados de las Altas Cortes y, al respecto, sostuvo que no puede utilizarse para controlar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la destitución de magistrados por el Congreso Nacional del Perú, sostuvo que esta tener carácter excepcional y que los magistrados deben gozar en todo momento de las debidas garantías judiciales y de un juicio imparcial; y que al momento de ejercer

potestades discrecionales, el Estado debe actuar conforme a la legalidad, siguiendo criterios de “razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad”, y que siempre se debe respetar el debido proceso, en especial en los procedimientos sancionatorios.

Para la Corte Interamericana, en los casos de nombramiento y destitución de magistrados de los Tribunales Constitucionales, deben garantizarse siempre procedimientos estrictos, conforme al debido proceso y a los estándares del sistema interamericano.

V. La independencia judicial en el derecho constitucional comparado

El principio de independencia judicial ha sido reconocido y desarrollado progresivamente en el derecho constitucional comparado a nivel regional latinoamericano, con la influencia originaria de la Constitución de Cádiz (1812), que en su artículo 279 establecía que “Los magistrados y jueces al tomar posesión de sus plazas, jurarán guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente la justicia”.

A partir de la independencia de las colonias en el continente americano, y con el surgimiento de los nuevos Estados y sus respectivas constituciones, se fue incorporando el principio de independencia judicial como uno de los elementos centrales del Estado y de la separación de poderes, desde las primeras constituciones históricas hasta nuestros días. En la actualidad, se ha observado en varios países un desarrollo más amplio del reconocimiento constitucional de este principio fundamental del Estado de derecho.

La Constitución de Panamá, por ejemplo, establece que:

“Los magistrados y Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la Ley; pero los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de recursos legales, las resoluciones proferidas por aquellos” (art. 210).

También se dispone que los magistrados y los jueces:

“...no serán depuestos ni suspendidos o trasladados en el ejercicio de sus cargos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la Ley.” (art. 211).

En cuanto a las incompatibilidades de la función judicial con las actividades político-partidistas a que se ha hecho referencia anteriormente, la Constitución de Panamá afirma categóricamente que:

“Los cargos del Órgano Judicial son incompatibles con toda participación en la política, salvo la emisión del voto en las elecciones, con el ejercicio de la abogacía o del comercio y con cualquier otro cargo retribuido, excepto lo previsto en el artículo 208” (art. 212).

Respecto a la jurisdicción electoral, se establece en la Constitución de Panamá lo siguiente:

“Con el objeto de garantizar la libertad, honradez y eficacia del sufragio popular, se establece un tribunal autónomo e independiente, denominado Tribunal Electoral, al que se le reconoce personería jurídica, patrimonio propio y derecho de administrarlo. Este Tribunal interpretará y aplicará privativamente la Ley Electoral, dirigirá, vigilará y fiscalizará la inscripción de hechos vitales, defunciones, naturalización y demás hechos y actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas; la expedición de la cédula de identidad personal y las fases del proceso electoral. El Tribunal Electoral tendrá jurisdicción en toda la República y se compondrá de tres magistrados que reúnan los mismos requisitos que se exigen para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia” (art. 142).

De esta manera se observa un amplio reconocimiento de la independencia judicial en Panamá, conforme a los estándares internacionales, incluso en materia de la jurisdicción electoral.

La Constitución de Venezuela establece este fundamental principio señalando que el Estado garantizará “una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (art. 26).

La Constitución de Guatemala se refiere a la independencia funcional y a la independencia económica, como una garantía del Organismo Judicial. Contempla, además, que ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente; lo cual representa una garantía muy especial para la independencia e imparcialidad judicial y para preservar el derecho a un juez natural, predeterminado por la ley (arts. 12 y 205).

La Constitución de El Salvador reconoce el principio de la independencia judicial al expresar que “Los magistrados y jueces, en lo referente a la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y las leyes”; y a la vez hace referencia a la competencia e imparcialidad de las funciones jurisdiccionales y al establecimiento previo de los tribunales de justicia. (art. 172).

También se establece que “Los magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, los jueces de Primera Instancia y los jueces de Paz integrados a la carrera judicial, gozarán de estabilidad en sus cargos”, con lo cual la norma constitucional hace referencia a uno de los aspectos centrales de la independencia judicial que es la inamovilidad de los funcionarios judiciales.

Asimismo, se señala que “La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen,” concretizándose de esta forma el reconocimiento al principio de la independencia judicial de carácter funcional, tanto hacia lo interno como hacia lo externo del Órgano Judicial (art. 186).

Finalmente, se dispone que “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un periodo de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovarán por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley.” (art. 186)

La Constitución de Honduras establece que, “la potestad de impartir justicia emana del pueblo y se imparte gratuitamente en nombre del Estado, por magistrados y jueces independientes, únicamente sometidos a la Constitución y las leyes”. También se dispone que “la ley, sin menoscabo de la independencia de los jueces y magistrados, dispondrá lo necesario a fin de asegurar el correcto y normal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales...” (arts. 303 y 307).

Sobre la independencia judicial, la Constitución de República Dominicana se refiere a la independencia de los poderes del Estado (art. 4); al derecho a un juicio imparcial (art. 8.j); al derecho del Poder Judicial de gozar de “autonomía administrativa y presupuestaria”; y al derecho de los jueces a la “inamovilidad” de sus cargos (art.63).

La Constitución de Bolivia reconoce que: “Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial.” (art. 120).

La Constitución de Ecuador establece, por su parte, la justicia indígena y su coordinación y cooperación con la justicia ordinaria, que es independiente e imparcial. En tal sentido establece que “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones an-

cestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.” (art. 171).

La Constitución Política de Nicaragua establece que: “Los magistrados y jueces en su actividad judicial, son independientes y solo deben obediencia a la Constitución y a la ley; se regirán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita.” (art. 165).

Finalmente, la Constitución de Perú crea el Tribunal Constitucional como Órgano de control de la Constitución, y reconoce que este es autónomo e independiente (art. 201).

El derecho constitucional comparado ha contribuido en las últimas décadas a fortalecer el principio de independencia judicial, otorgándole rango constitucional y desarrollando sus alcances, implicaciones y efectos en la estructura del aparato del Estado.

VI. Conclusiones

En el contexto de una sociedad democrática, el Estado de derecho -en su dimensión constitucional, democrática y social- constituye la

condición indispensable para la vigencia real y efectiva de los derechos humanos y de las libertades democráticas fundamentales.

El Estado de derecho es, pues, la condición estructural que asegura la libertad, la igualdad y la vida digna de las personas y de la sociedad en general. Sin el cumplimiento de los elementos jurídico-políticos que les son inherentes, no es posible vivir en democracia, en un ambiente de respeto y seguridad jurídica, y no se pueden lograr el bienestar general ni el desarrollo humano de la sociedad en el máximo nivel de sus posibilidades.

La construcción y evolución histórica del Estado de derecho en los últimos siglos, como producto de la aportación de diversas corrientes del pensamiento jurídico, político y filosófico, han permitido el logro de avances significativos en materia de derechos humanos, democracia y desarrollo económico, social y cultural; pero a la vez, nos plantea grandes retos y desafíos a las generaciones actuales, a fin de luchar por mantener los niveles de desarrollo alcanzado en esta materia y avanzar en la consolidación de un Estado de derecho que se ajuste a los cambios y a las nuevas realidades y amenazas que enfrenta la humanidad.

La cultura de respeto a las reglas y principios del Estado de derecho debe penetrar todas las esferas de los poderes públicos, como un elemento indispensable para lograr los valores superiores de las constituciones democráticas, tales como la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica, la justicia social, el bien común, la educación y la convivencia pacífica en nuestros pueblos, y construir sociedades civilizadas y humanistas, educadas cívicamente para vivir en democracia y en un Estado de derecho.

Para garantizar los fines que persigue un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, es fundamental asegurar la independencia de los jueces y tribunales de justicia, particularmente, la independencia de los tribunales y cortes constitucionales, que constituyen la máxima garantía para la protección jurídica los derechos humanos y para asegurar la eficacia de los límites y controles del poder político frente a la arbitrariedad y el autoritarismo.

Sin el aseguramiento de la independencia judicial no es posible hablar de Estado de derecho. Tampoco es posible hablar de límites y controles efectivos del poder político, ni de la vigencia efectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, razón de ser del Estado de Derecho.

Referencias

Bobbio, Norberto. *El tiempo de los Derechos*. Editorial Fundación Sistema. Madrid. Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Caso Apitz Barbera y Otros vs. Venezuela (Sentencia del 5 de agosto de 2008).

Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Sentencia de 18 de agosto de 2000).

Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú (Sentencia de 30 de mayo de 1999).

Caso Cesti Hurtado vs. Perú (Sentencia de 29 de septiembre de 1999).

Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (Sentencia del 1 de julio de 2011).

Caso de la Corte Suprema de Justicia - Quintana Coello y Otros vs. Ecuador (Sentencia del 23 de agosto de 2013).

Caso del Tribunal Constitucional - Camba Campos y otros vs. Ecuador (Sentencia del 28 de agosto de 2013).

Caso García Asto, Wilson y Ramírez Rojas, Urcesino vs. Perú (Sentencia del 6 de abril de 2006).

Caso Las Palmeras vs. Colombia (Sentencia del 6 de diciembre de 2001).

Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Sentencia de 17 de septiembre de 1997).

Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú (Sentencia de 25 de noviembre de 2004).

Caso Pollo Rivera y Otros vs. Perú (Sentencia del 21 de octubre de 2016).

Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú (Sentencia de 23 de noviembre de 2015).

Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela (Sentencia de 30 de junio de 2009).

Casos López Lone vs. Honduras (Sentencia del 5 de octubre de 2015).

Jiménez Asensio, Rafael. El Constitucionalismo. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 2005.

El amparo y el *derecho a la prueba*

Por

Dr. Heriberto Araúz Sánchez*

Resumen: El autor nos brinda un exhaustivo análisis sobre el alcance y valoración procesal del amparo de garantías constitucionales. Se analiza a través del mismo la naturaleza procesal del derecho de defensa, así como el rol que juega la Corte Suprema de Justicia en materia de interpretación de la figura procesal del amparo a la cual tiene derecho toda persona humana. En el mismo sentido nos brinda una ponderación de esta figura en el mérito o valor probatorio, desde la apreciación de la prueba, mecanismos de admisión, hasta la decisión del Tribunal en materia de alcance y competencia de la figura del Amparo de Garantías Constitucionales.

Palabras clave: Amparo de Garantías, Derecho Constitucional, Demanda de Inconstitucionalidad, Derechos Fundamentales, Juez, Derecho de Defensa, Garantías fundamentales.

Abstract: The author provides us with an exhaustive analysis of the scope and procedural assessment of the protection of constitutional guarantees. Through it, the procedural nature of the right of defense is analyzed, as well as the role played by the Supreme Court of Justice in terms of interpretation of the procedural figure of protection, to which every human person is entitled. In the same sense, it gives us a weighting of this figure in the merit or probative value, from the appre-

*Doctor en Derecho por la Universidad de Rosario Argentina, maestría en Derecho Procesal, Universidad de Rosario Argentina. Maestría en Derecho Procesal, Universidad Latina de Panamá. Especialización en Mediación en ULACIT, Especialización en Docencia Superior, Universidad Santa María La Antigua. Especialización en Derecho Probatorio en la Universidad de Salamanca, España. Estudios sobre Control de Convencionalidad, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Catedrático de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Procesal Administrativo. Autor de varias obras entre ellas: El Proceso Constitucional de Amparo, El Debido Proceso Probatorio, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Introducción al Derecho Procesal. Miembro de la Comisión de Reformas Constitucionales designada en el 2011. Exdirector de la Revista Lex. Actualmente magistrado presidente del Tribunal Electoral.

ciation of the evidence, admission mechanisms, to the Court's decision on the scope and competence of the figure of the Protection of Constitutional Guarantees.

Key Words: Protection of Guarantees, Constitutional Law, Lawsuit of Unconstitutionality, Fundamental Rights, Judge, Right of Defense, Fundamental Guarantees.

Un tema que se esgrime violado con frecuencia a través del amparo es el relacionado con el derecho a la prueba. Al igual que el derecho al debido proceso, esta materia también ha originado una copiosa jurisprudencia de parte de la Corte Suprema, perfilando el alcance de este derecho de defensa, parte integrante del debido proceso. Aunque, debo reconocerlo, algunas veces hay zonas grises en la jurisprudencia sobre el tema y posiciones encontradas. El asunto estriba en que frecuentemente se confunde la finalidad y la esencia del amparo por parte de los litigantes con respecto del derecho a la prueba de los justiciables y administrados, a tal grado que impugnan mediante esa garantía temas de estricta legalidad como es la valoración de la prueba efectuada por un juez o autoridad dentro de un proceso, lo que por supuesto no es impugnabile en un amparo.

De entrar el tribunal de amparo a revisar la valoración de prueba que haga un juez o autoridad, se convertiría en un tribunal de instancia lo que echaría por la borda la esencia del amparo, que, como hemos estudiado, es un proceso especial, extraordinario, sumario y especialmente autónomo. Resalto esta última característica. Un estudio minucioso de la jurisprudencia de la Corte me permite esbozar algunos criterios sobre el tema probatorio y su eventual control vía amparo.

En efecto, mediante la acción de amparo se puede proteger el derecho a la prueba de las personas, es decir, su derecho a la defensa o bilateralidad, elemento esencia del debido proceso. Sin embargo, el referido derecho es controlable en el proceso de amparo solo en lo que se refiere a producir, aducir, contradecir pruebas, a practicarlas en un proceso o procedimiento (derecho de defensa) y a la ausencia de su valoración. Sobre este particular hay pronunciamiento de la Corte con fecha de 8 de febrero de 2011. En esa decisión el Tribunal expresó que la acción de amparo solo procede cuando se invoca la transgresión del derecho a pruebas, ya sea, cuando no se admita una prueba pertinente o no se realice la práctica de un medio probatorio admitido.

“CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE AMPARO. La acción de amparo ha sido concebida como un mecanismo de control constitucional para la defensa de los derechos fundamentales, consagrados en la Constitución Política de la República, así como en los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos, aprobados y ratificados, de todo menoscabo real y efectivo ejecutado por cualquier acto de autoridad pública. Así, el amparo busca la tutela efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, evitando que la violación se materialice o continúe, en perjuicio de la persona agraviada. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente: “el recurso de amparo es adecuado para tutelar los derechos humanos de los individuos; siendo este idóneo para proteger la situación jurídica infringida por ser aplicable a los actos de autoridad

que implican amenaza, restricción o violación de derechos protegidos”. (Corte. IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, Párrafo 121). Ya, en el caso concreto, el Tribunal de Amparo recuerda que, para la admisión de la demanda de amparo, deberá cumplirse con los presupuestos formales preestablecidos en la ley procesal y los lineamientos jurisprudenciales desarrollados por este Máximo Tribunal a través de los años. Como elementos esenciales del amparo se cuenta que, el derecho alegado de vulnerado sea un derecho fundamental consagrado en la Constitución, que ese derecho se halle restringido o lesionado por un acto de autoridad pública y que no haya otro medio de impugnación legal para su reparación por erigirse como mecanismo subsidiario o accesorio. Además, la acción de amparo es una acción constitucional única, principal y autónoma, pues, tiene un espacio propio; no prosigue, ni es continuación de un proceso judicial, administrativo, policivo, laboral, etcétera”.

En ese sentido, Pablo Pérez Tremps menciona que “[...] el amparo no representa en términos estrictos la reproducción de una acción dentro de un proceso ante un órgano superior de un determinado orden jurisdiccional -característica básica de los recursos ordinarios- sino que se sustancia ante un órgano ajeno al Poder Judicial como lo es el Tribunal Constitucional, y con un objeto concreto y determinado: garantizar un de-

recho fundamental. Ello hace del recurso de amparo una acción autónoma.” (PÉREZ TREMP, Pablo. El Recurso de Amparo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004, Pág. 24). Asimismo, la acción de amparo tiene carácter extraordinario porque no toda cuestión puede ser ventilada ante los tribunales de amparo sino, únicamente, aquellas relativas a la denuncia o lesión de derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Así, el Tribunal de Amparo, en diversas sentencias constitucionales, ha reiterado que el amparo no es una instancia adicional o una tercera instancia de un proceso ordinario, donde pueda, nuevamente, volver a apreciarse o valorarse las pruebas allegadas al proceso por razón de la sana crítica o determine cuáles normas legales deben aplicarse al caso concreto, pues, constituyen cargos impugnables en los tribunales de justicia ordinarios por tratarse de asuntos de legalidad”.

La labor de ponderar el mérito o valor probatorio solo corresponde al juzgador de la causa, de acuerdo con los principios de apreciación de las pruebas y no al Tribunal de Amparo, en un proceso de orden constitucional.

Por lo tanto, no puede impugnarse mediante una acción de amparo una resolución en la cual un juez o autoridad haya valorado pruebas. La parte que se considere agraviada con tal decisión tiene a su alcance los medios de defensa previstos en la ley, que incluye, de ser el caso, el recurso extraordinario de casación, si se trata de resoluciones judiciales, o el contencioso administrativo de plena jurisdic-

ción, si se trata de un acto administrativo de contenido subjetivo, previo agotamiento, como regla general, de la vía gubernativa.

El amparo no es continuación de un proceso, no es una nueva instancia ni es un proceso de revisión para entrar a analizar la valoración de la prueba efectuada por un juez o autoridad administrativa. Veamos otros precedentes jurisprudenciales sobre el tema. En sentencia fechada el 26 de noviembre de 2007, el Pleno de la Corte manifestó:

“Esta Superioridad ha señalado reiteradamente que la acción de amparo no puede ser utilizada como una instancia adicional del proceso o un mecanismo procesal mediante el cual se revise lo actuado por el Juzgador en materia de valoración, admisión de pruebas o interpretación de la ley; en tal sentido el Pleno de la Corte manifestó a través del fallo fechado 30 de diciembre de 1996 lo siguiente: “...cabe reiterar que la acción de amparo no es una instancia más dentro del proceso, para que el tribunal de amparo revoque la decisión que ha dictado el tribunal natural en uso de las facultades que le otorga la ley”.

En otra decisión similar, fechada el 29 de abril de 2004, esa Corporación de justicia expresó:

“CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DE LA CORTE en segundo lugar, el Pleno de esta Corporación de Justicia también debe señalar que comparte el criterio del Primer Tribunal Superior en el sentido de que la presente acción de amparo tampoco es admisi-

ble por cuanto la resolución impugnada no constituye una orden de hacer, sino un acto jurisdiccional del juzgador. En este sentido, es conveniente citar un extracto del fallo del Pleno de la Corte de 17 de junio de 2003, en el que se expuso lo siguiente: “El acto jurisdiccional objeto de amparo recae en una sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal de Apelaciones y Consultas del Primer Circuito Judicial de Panamá, mediante la cual se revoca la sentencia absolutoria de primera instancia, y en su lugar se condena a la pena de dos años de prisión al señor ARNULFO MORENO GARRIDO, por el delito de lesiones personales culposas. En primer término, se advierte que la resolución jurisdiccional censurada por vía de amparo no contiene una orden de hacer o no hacer, de carácter arbitrario, en detrimento de las garantías constitucionales del amparista. Se trata de una decisión judicial debidamente razonada, proferida dentro de proceso penal, por autoridad competente para ello, y de acuerdo con el marco de sus atribuciones legales. Debemos resaltar, por otra parte, que la acción de amparo no puede ser utilizada como una instancia intraprocesal adicional para cuestionar la valoración que realiza el juzgador de los elementos probatorios que se acopian al proceso, como en efecto ocurre en este caso, en que la parte amparista no solo solicita la “nulidad” de la actuación demandada, sino también que el tribunal de amparo “decrete la libertad del señor ARNULFO MORENO GARRIDO con sustento en las pruebas que demuestran que este se encuentra exento

de responsabilidad en relación con el hecho punible imputado”, pronunciamientos estos completamente extraños al marco de la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales”.

Sobre el tema probatorio, la Corte es del criterio que los posibles errores de juicio cometidos por el juez en la interpretación de las disposiciones legales aplicables no son susceptibles de reparos mediante el ejercicio de la demanda constitucional de amparo. También ha sostenido que la acción de amparo no es un remedio con el que se pueda plantear pretensiones que tengan que ver con la violación de normas legales, ya que ellas no pueden debatirse en esa instancia constitucional. El amparo, como acción independiente, tiende a reparar violaciones directas a los derechos constitucionales infringidos, razón por la cual no puede convertirse en una instancia adicional para valorar circunstancias propias de la apreciación del Juzgador, puesto que a ella no le es dable contrariar por vía extraordinaria del Amparo de Garantías Constitucionales la evaluación objetiva de un Juez.

Asimismo, en fallo de 26 de junio de 1998 en situación similar a la que se deja indicada, esa Corporación de justicia manifestó: “El Pleno de esta Corporación, en forma reiterativa, se ha pronunciado en el sentido de que los posibles errores de juicio cometidos por el Juez en la interpretación de las disposiciones legales aplicables no son susceptibles de reparos mediante el ejercicio de la demanda constitucional de amparo, pues ello convertiría al Tribunal que conoce de este tipo de demanda en una instancia más del proceso, lo que resulta incompatible con la finalidad del amparo, cuyo objetivo es el de obtener la invalidación de un acto que afecta al impugnante por ser violatorio de una garantía constitucional”.

El Amparo, la admisión, práctica y omisión de valorar pruebas

Si bien la regla general es que no cabe la acción de amparo en materia probatoria, por las razones que hemos expuesto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido demandas de amparo, en materia probatoria, y de manera excepcional, cuando se trata de la admisión, práctica y valoración de prueba que violen de manera ostensible y grosera el derecho a la defensa o el debido proceso, sea porque no se admita una prueba pertinente, lícita y oportuna; sea porque no se practique, sin justificación alguna y dentro de las oportunidades procesales, las pruebas admitidas o porque no se valoren, al momento de decidir la causa, las pruebas aportadas o practicadas durante el proceso.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia de 16 de febrero de 2009, al resolver la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales presentado a favor de Franklin Reyes contra el Juzgado Primero de Trabajo de la Primera Sección, expresó que “ ... la jurisprudencia constitucional ha establecido que ante esta situación procesal, la acción de amparo resulta improcedente, ya que lo pretendido es que el tribunal de amparo se constituya en una instancia más revisora del proceso, dado que a su juicio, el tribunal de primera instancia valoró de manera errónea. Es importante tener presente que, en lo atinente a la infracción del debido proceso, en lo que respecta al derecho a pruebas, de manera jurisprudencial, se ha establecido que la misma se configura cuando existe vulneración en cuanto a la admisión, práctica o valoración de las pruebas, y solo en este último caso cuando se omita la valoración de un medio probatorio admitido y evacuado, mas no cuando se alegue aspectos relacionados con el valor otorgado por el tribunal de

la causa a un medio probatorio, pues, la apreciación de las pruebas allegadas al proceso es una facultad jurisdiccional del tribunal. Ello es así ya que el amparo, como acción independiente, tiende a reparar violaciones directas a los derechos constitucionales infringido, razón por la cual no puede convertirse en una instancia adicional para valorar circunstancias propias de la apreciación del Juzgador al ponderar las pruebas y elementos que se allegaron al proceso, y que fueron evaluados conforme a la sana razón y al conocimiento experimental de las situaciones que rodeaban el negocio”.

La Corte ha sido del criterio que la acción de amparo de garantías constitucionales no puede utilizarse para provocar un nuevo examen de los criterios interpretativos y de valorización jurídica que utiliza la autoridad jurisdiccional al emitir su dictamen, porque ello desnaturalizaría el propósito de esta acción constitucional, entorpeciendo la finalidad de la acción bajo estudio. Así, mediante Resolución fechada el 6 de diciembre de 2010, expresó: “ ... Esta Corporación de Justicia, luego del estudio del expediente, comparte plenamente los criterios externados por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), al considerar que el apelante pretende utilizar la vía del amparo como una instancia adicional al Proceso ordinario de menor cuantía del cual fue parte su representado. Este Máximo Tribunal Constitucional observa que la pretensión del recurrente se centra en que el Tribunal Superior vuelva a revisar los elementos valorativos o razonamientos jurídicos que dio el Tribunal de Apelaciones y Consultas del Circuito de Veraguas, Ramo de lo Civil, al proferir el acto atacado por vía de amparo constitucional. Dicha pretensión conllevaría ineludiblemente a que la acción propuesta se convirtiera en una tercera instancia, particularmente porque el amparo de derechos constitucionales pro-

puesto no se concretó a atacar la violación de las formalidades o trámites legales que regentan el proceso ordinario civil de menor cuantía, sino el juicio de valor externado por el juzgador A quo al emitir la resolución de fecha 9 de septiembre de 2009. Lo anterior se desprende de la lectura del libelo de amparo y del escrito de apelación presentado, documentos que acreditan que lo impugnado es el juicio valorativo dado por el juzgador de la causa, y no la omisión de los trámites o formalidades del Proceso. En este sentido, el Pleno de la Corte estima necesario reiterar el criterio manifestado en distinta jurisprudencia, en cuanto a no admitir acciones de amparos que procuren utilizar esta vía como una tercera instancia, ya que como se ha indicado, la acción de Amparo de garantías constitucionales no puede utilizarse para provocar un nuevo examen de los criterios interpretativos y de valorización jurídica que utiliza la autoridad jurisdiccional al emitir su dictamen, porque ello desnaturaría el propósito de esta acción constitucional, entorpeciendo la finalidad de la acción bajo estudio”.

Finalmente, en otra interesante decisión, fechada el 26 de marzo de 2004, el Pleno de la Corte, al resolver demanda de amparo, destacó que en materia probatoria, a la luz de la garantía instrumental del debido proceso, la tutela constitucional se orienta hacia la protección del derecho efectivo de las partes de producir, aducir, contradecir pruebas y practicarlas en un proceso (derecho de defensa).

El Amparo contra la prueba de oficio

Por otra parte, cabe preguntarse: ¿Cabe un amparo contra un auto que ordena una prueba de oficio? El asunto tampoco ha sido pacífico en la jurisprudencia. En sede judicial (C.J.) y en la administra-

tiva (Ley 38 de 2000), el auto que ordena prueba de oficio es irrecurrible. Pero, ¿acaso esa irrecurribilidad alcanza al amparo? A mi juicio no. Analicemos en detalle esta situación.

Para arribar a la conclusión de que no cabe el amparo contra este tipo de actos, la Corte se ha centrado en el carácter o contenido de la resolución, expresando que no es una orden de hacer o no hacer. A juicio de la Corporación, la práctica de pruebas de manera oficiosa es una facultad ampliamente prevista en el Código Judicial, tanto para los procesos civiles como para los procesos penales, que se regían por el sistema inquisitivo. Al profundizar sobre la naturaleza jurídica de la prueba de oficio, la Corte ha señalado que constituyen una herramienta auxiliar del juzgador, instituida por el derecho procesal moderno, para practicar aquellas diligencias que considere necesarias, por motivaciones de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento.

De allí que la Corte Suprema de Justicia haya sido reiterativa, en que los actos que ordenen la práctica oficiosa de pruebas, para coadyuvar en la decisión que ha de emitir un juzgador, no constituyen una orden de hacer o no hacer, que violente las garantías constitucionales de un individuo. (Cfr. sentencia de 17 de agosto de 2007. Magistrado Ponente: Jacinto Cárdenas).

Considero que una resolución que ordena prueba de oficio puede implicar una orden de hacer o no hacer que colisione con los derechos fundamentales de la persona. El problema ha sido más bien la interpretación o lectura que ha hecho durante muchos años la jurisprudencia al precisar el sentido y alcance de la expresión “orden de hacer o no hacer”, adoptando una posición restringida que se ha centrado, siguiendo los

conceptos literales del Código Judicial, en los siguientes aspectos:

- a. La orden tiene que provenir de autoridad.
- b. Debe imponer al afectado la realización de una conducta (Orden de Hacer), o exigir de él la abstención de un actuar (Orden de No Hacer).
- c. La Orden de hacer o de no hacer tiene que lesionar los derechos y garantías constitucionales de una persona concreta y debidamente individualizada.

Si el auto impugnado no cumple de manera concurrente con los presupuestos antes anotados, el amparo no prospera. Creo que detenerse o tomar en consideración únicamente los aspectos formales dispuestos por el legislador, como ha venido haciendo la jurisprudencia en esta materia, sin ponderar el fondo de la decisión discrecional, sea judicial o administrativa, contenido en el acto impugnado para determinar si se lesionan derechos fundamentales de la persona, es colocarla en una potencial vulneración de su derecho de acceso a la justicia constitucional a través de la acción de amparo y en consecuencia negarle la tutela constitucional contra iniciativas oficiosas probatorias que pueden causar agravio a sus derechos fundamentales.

La prueba de oficio no es controlable jurídicamente en sede judicial. Es irrecurrible. Tampoco en sede constitucional de amparo, según la jurisprudencia constitucional. ¿Acaso procede una demanda de inconstitucionalidad? Esta acción es procedente para esos casos, pero su dilatado procedimiento podría resultar incongruente o inconveniente para efecto del daño o agravio que pretende evitarse. Además, la naturaleza, finalidad y el procedimiento de esta garantía

se diseñó básicamente para atacar actos de efectos generales y aquellos subjetivos que estén en firme y ejecutoriados y decidan el fondo de un proceso o trámite, que no es el caso de una resolución que decreta prueba de oficio. Entonces, ante una eventual violación de derechos fundamentales de la persona afectada, producto de la expedición o ejecución de una iniciativa probatoria de oficio de contenido lesivo del juez, ¿qué mecanismo de defensa o de impugnación le queda? ¿Ninguno? Acaso la Constitución (art. 54) no establece el derecho al amparo de toda persona contra la que “se expida o se ejecute una orden”, por cualquier servidor público, ¿que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra?

Considero que es perfectamente admisible la acción de amparo contra resoluciones que ordenan pruebas de oficio, que, por supuesto, por su gravedad e inminencia puedan vulnerar derechos fundamentales de la persona y cumplan los demás requisitos, en lo que resulten aplicables, del acto controlable por esta vía, analizados con anterioridad. En todo caso se impone una nueva lectura, más amplia, del sentido y alcance de la anotada expresión. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que es posible el que se pueda vulnerar garantías fundamentales a través de la práctica de una prueba de oficio, realizada en detrimento del debido proceso.

En efecto, mediante resolución, fechada el 29 de enero de 1991, la Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre la materia al decidir demanda de inconstitucionalidad presentada en relación con el proceso ordinario promovido por JOSÉ ÁNGEL RAFFO RIVERA contra el BANCO DEL COMERCIO, S.A. y declaró la inconstitucionalidad de una resolución que ordenaba la práctica de pruebas de oficio: “El artículo 782 del Código Judicial vigente otor-

ga al juez de primera instancia facultad para ordenar la práctica de todas aquellas pruebas “que estima procedente para verificar las afirmaciones de las partes”, y le permite al de segunda instancia practicar las que sean necesarias “para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso”. Al leer esta disposición se concluye que el legislador ha conferido al juez la oportunidad de poder producir pruebas, dentro del proceso, para esclarecer, en la forma más completa, todos los aspectos relacionados con el punto controvertido.

Se pretende con ello que la administración de justicia se adecue a una mejor y más eficaz labor. Esta facultad, conferida al juzgador de primera instancia, desde luego ha sido atemperada por la disposición a la cual hemos hecho referencia. Así se le indica al juzgador de primera instancia, que debe limitar la práctica a aquellas pruebas que sean procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y, al juzgador de segunda instancia, aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso. De aquí que sea importante que se entienda que la actividad judicial conferida al juzgador, en ningún momento pueda romper el equilibrio de la neutralidad, garantía esencial en el desempeño de las funciones jurisdiccionales. No se pueden convertir los autos de mejor proveer en medios atentatorios a su significado y alcance, en donde la actividad judicial pretenda suplir la falta de pruebas de las partes. Muy bien han sostenido los tratadistas que los perjuicios derivados de la falta de aportación de pruebas tienen un tratamiento específico; nuestra legislación en forma expresa lo establece cuando dice: “Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables”. De todo esto se debe concluir que los autos para mejor proveer, acorde con el decir del catedrático de Derecho Procesal Español, Francisco Ramos Mén-

dez, “...están justificados para completar extremos litigiosos que no hayan podido ser probados, pese a la iniciativa y diligencia de las partes: aquellas pruebas que el litigante ha propuesto y han resultado admitidas, pero que inculpa suya no se han podido practicar, o que a pesar de su diligencia no han tenido resultado efectivo. Pero no pueden utilizarse para introducir nuevos hechos en el proceso, ni para proveer de prueba a hechos controvertidos no probados por la parte a quien incubía la carga de la prueba”. (Derecho Procesal Civil, 1986, Tomo I, pág.659). (El subrayado es nuestro)”. (Registro Judicial de enero de 1991, pág.71). En consecuencia, la orden impugnada viola también en forma directa la norma constitucional transcrita”.

La mutación constitucional: Un tema polémico

Por
Dr. Rigoberto González Montenegro*

Resumen: Toda Constitución queda sujeta a los posibles cambios que ha de afrontar por razón de las transformaciones del contexto en el que ha de ser aplicada, por la necesidad de tener que ser interpretada por los distintos operadores jurídico-políticos, así como por razón del paso ineludible del tiempo; todo lo cual incide en que termine siendo entendida de forma distinta a como fue concebida originalmente, sin que se vea alterada en su redacción. De esto trata la problemática de la mutación constitucional, tema de por sí polémico por las implicaciones que tiene y que afectan la fuerza normativa de la Constitución.

Palabras clave: Constitución, constituyente, cambios formales e informales, interpretación constitucional, alteración, fuerza normativa, mutación.

Abstract: Every Constitution is subject to the possible amendments that it has to face due to the transformations of the context in which it has to be applied, due to the need to have to be interpreted by the different legal-political operators, as well as due to the unavoidable pass of time; all of which impacts in the fact that it ends up being understood differently from how it was originally conceived without being altered in its wording. This is what the problem of constitutional amendment is all about, a controversial issue in itself due to the implications it has and that affect the normative force of the Constitution.

*Es el actual procurador de la Administración de la República de Panamá. Entre sus estudios destacan un doctorado en Derecho por la Universidad Católica Santa María la Antigua. Tiene curso de estudios de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Tiene un título en Docencia Superior. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Ha publicado más de treinta artículos de su especialidad, de los cuales podemos mencionar: El Poder Constituyente; El Habeas Corpus; El Principio Constitucional de la No Reelección; el Habeas Data; El Indulto; el Preámbulo de la Constitución; la Constitución: reforma o cambio constitucional; la Asamblea Constituyente; Derecho Procesal Constitucional; Continuidad o Ruptura Constitucional, la Asamblea Constituyente Originaria; Problemática de la Reviviscencia de la Ley; El Control de Convencionalidad. Unas Ideas Introdutorias; entre otras publicaciones. Es docente universitario en la Universidad Católica Santa María la Antigua.

Keywords: Constitution, Constituent, Formal and Informal Changes, Constitutional Interpretation, Amendment, Normative Force, Mutation.

I. Unas consideraciones introductorias

Uno de los temas que mayor polémica genera en la doctrina constitucional es el que tiene que ver con lo que se conoce como la mutación constitucional. Dicho tema ha sido abordado por diversos autores y desde distintas perspectivas.

Así, una de las perspectivas desde la que se ha abordado lo referente a la mutación constitucional, y quizás la de mayor significado, es la que tiene que ver con la reforma constitucional. Otra perspectiva, desde la que se ha abordado la problemática de la mutación constitucional, es la que tiene que ver con la interpretación constitucional.

En ese sentido, y con respecto a la relación que se produce entre la mutación constitucional y el poder de reforma, como se sabe, cuando se alude al denominado poder constituyente derivado, o poder de reforma, se infiere que su puesta en práctica conlleva, como condición previa, una decisión clara y precisa que se adopta con un propósito deliberado, la cual consiste en introducirle modificaciones concretas a la Constitución.

Lo que significa, que quienes cuentan con la capacidad política y jurídica para activar el mecanismo de reforma constitucional saben, de antemano, qué es lo que buscan mediante este mecanismo: in-

introducirle reformas a la Constitución, por lo que se sabe, cuáles son las partes, que de manera específica, se quieren modificar de tal norma suprema.

De ahí que al lograrse dicho objetivo se produce, formalmente, la reforma de la Constitución, lo que implica que la parte que de esta ha sido modificada, formalmente se ve alterada en cuanto a la manera como originalmente había sido aprobada por el poder constituyente originario.

De ahí que, la reforma introducida a la Constitución hará variar, de manera concreta y formalmente, el contenido de las normas objeto de tales modificaciones. Por consiguiente, a partir de las modificaciones introducidas, se sabrá cuáles han sido las materias, artículos, capítulos o títulos que de la Constitución han resultado reformados.

En concreto, quienes cuentan con el poder político, y con la competencia constitucional para reformar la Constitución, además de saber, qué es lo que de la Constitución se va a modificar, tendrán control, en principio, de los propósitos y alcances de dichas modificaciones.

No obstante, y como se reconoce en la doctrina, la Constitución también puede verse modificada, en cuanto al sentido de su contenido normativo, sin que formalmente resulte alterado el texto de la Constitución.

De esto trata, y es lo que se conoce en la doctrina como la mutación constitucional. Lo que significa, según lo que se conoce como una

mutación constitucional, que el sentido como venía entendiéndose, interpretándose y aplicándose cierto tramo de la Constitución, cambia por razón de la transformación que se produce en la realidad jurídico-política en la que dicha norma suprema rige, sin que se vea alterado el texto de la Constitución.

Expresado de otra manera, la mutación constitucional es el resultado de los cambios sustanciales que se producen en la realidad constitucional, lo que lleva a que mute el sentido de la Constitución, aunque formalmente el texto de dicha Constitución no se vea alterado, manteniéndose tal y como fue aprobado.

A esta problemática de la teoría de la Constitución aludía Georg Jellinek, a quien se reconoce, desde la doctrina, como uno de los primeros en abordar el tema de la mutación constitucional, cuando señalaba que:

“Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”¹.

Lo importante, como se acaba de ver, es que existe una clara distinción entre lo que implica la reforma constitucional y la mutación

¹Jellinek, Georg. Reforma y mutación constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, p. 7.

constitucional. A través de una, la reforma constitucional, el contenido de la Constitución se verá alterado o modificado formalmente, ello porque así se ha querido por parte de quienes promovieron la modificación de la Constitución. En este caso la reforma de la que ha sido objeto la Constitución trata de una modificación formal de la misma.

Mediante la otra, la mutación constitucional, el contenido de la Constitución, tal y como este fue formulado por el constituyente, se mantiene intacto o inalterado, pero, por razón de los cambios externos a los que se ve sometida toda Constitución, terminará variándose el sentido que venía dándosele por parte de los operadores jurídico-políticos. En este otro caso, la mutación de la Constitución implica una modificación informal de tal norma jurídica.

Si bien sobre esto pareciera no existir mayor controversia en la doctrina, sobre lo que ya no habrá consenso, será sobre las circunstancias y elementos que inciden y constituyen una mutación constitucional, así como los límites a los que deberá someterse la misma a objeto de no distorsionar, gravemente, la fuerza normativa de la Constitución.

II. La problemática de la mutación constitucional. Las diversas posiciones que se plantean en la doctrina.

El tema de la mutación constitucional es de aquellos que suscitan, en la doctrina, diversos criterios y posiciones, con lo que se reafirma la carga de polémica que el mismo entraña.

Con relación a este tema, se ha dejado señalado que “el problema de los cambios informales de la Constitución es destacado por la doc-

trina publicista alemana de finales del siglo XIX y principios del XX. En este contexto, se formula el término de ‘mutaciones constitucionales’ (verfassungswandlung) para describir el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que vea alterada su expresión escrita”.

Se afirma, acorde a los antes expresado, que “son autores de la Escuela Alemana de Derecho Público los primeros en tratar de forma directa este fenómeno”, a lo que se adiciona, que “los postulados de esta escuela, en cuanto propugna el estudio dogmático del derecho público, constituyen el punto de partida necesario para plantearse el problema de la mutación constitucional en cuanto cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma”².

Como se ve, desde un principio se tenía claro, como antes se expresó, que la diferencia entre reforma y mutación constitucional consistía en que la reforma constitucional implica la puesta en práctica de una decisión que tiene como finalidad modificar, de manera específica y formal, la Constitución para lo cual se deberá seguir el procedimiento establecido para tal fin.

Por tanto, reformar la Constitución implica, por una parte, saber, precisar, determinar, qué de lo establecido en la Constitución se va a modificar y, por la otra, que para introducir las posibles reformas a la Constitución existe, de antemano, todo un procedimiento que con tal propósito se ha regulado en tal norma suprema.

²Sánchez Urrutia, Ana Victoria. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 105.

Contrario a ello, en el caso de la mutación constitucional, como ya antes se señaló, la modificación de que es objeto la Constitución, en cuanto al sentido de entender esta, de forma diferente a como venía interpretándose, va a ser el producto, ya sea del cambio de las circunstancias, de la realidad constitucional, como consecuencia de prácticas y actuaciones llevadas a cabo por los operadores jurídico-políticos del ordenamiento constitucional, o como resultado, concretamente, de la interpretación constitucional, en este caso, por parte del intérprete último de la Constitución.

De manera que serán estas prácticas, actuaciones e interpretaciones las que terminarán incidiendo, con el paso del tiempo y en una forma u otra, en la manera de concebir el texto formal de la Constitución, lo que traerá como resultado, que de ahí en más, y es lo que implica que termine produciéndose, una mutación constitucional. Producida la mutación constitucional, la Constitución se entenderá de manera distinta, y en algunos casos de forma contraria, a como venía siendo interpretada y aplicada, pese a que su texto, es decir, la letra de la Constitución, se mantenga igual.

Lo que significa, que en el caso de la reforma constitucional, la norma objeto de la modificación se verá alterada, ya que se introducirá un cambio al mismo texto, tal y como este aparecía redactado originalmente.

Cosa distinta ocurre con la mutación constitucional en la medida en que, si bien formalmente la Constitución no sufre reforma ni alteración alguna en ninguna de sus disposiciones, sí se produce, sin embargo, su modificación en cuanto a la manera como venía entendiéndose, lo que ocurre como resultado del cambio del contexto en

el que esta está llamada a regir, y que afecta, por consiguiente, dicho cambio de circunstancias, en la forma como se ha de entender, en la práctica, la Constitución.

Expresado con otras palabras, la manera como se entendía la Constitución, a partir de la mutación constitucional, será diferente aunque el texto formalmente sea el mismo. La forma y la letra de la norma constitucional seguirán igual pero, por razón del cambio de circunstancias, o por motivo de interpretaciones, prácticas y actuaciones contrarias a la misma, su interpretación o sentido no se ajustara al contenido original de dicha norma constitucional. Cuando ello ocurre es por lo que se afirma que se ha producido una mutación constitucional.

En concreto, una mutación constitucional es cuando, manteniéndose inalterada la letra y forma de la Constitución, tal y como fue elaborada y aprobada en su momento, su sentido, interpretación y aplicación cambia con respecto a cómo venía siendo entendida; mutación que en algunos casos, dicho cambio resulta contrario a lo que constitucionalmente está previsto en la Constitución.

Cónsono con lo que se viene expresando con respecto a lo que significa la mutación constitucional, nos dice Konrad Hesse que “una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”³.

³Hesse, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. España, 1983, p.91.

No obstante lo anterior, si bien en la doctrina se tiene claro en qué consiste la mutación constitucional, y en qué se diferencia de la reforma constitucional, esto no significa que se esté ante un tema de fácil solución, sobre todo cuando se trata de determinar, además de los elementos o circunstancias que traen como resultado, que se produzca una mutación constitucional, los límites de tales mutaciones.

Es por ello por lo que, según la visión de quienes han abordado el tema, diversas serán las posiciones, como distintos los aspectos que se tomarán en cuenta, así como los detonantes que dan origen a la mutación constitucional.

En ese sentido, para Jellinek, la mutación constitucional puede ser el resultado de la práctica parlamentaria, como por actuaciones de la administración o por el de la jurisdicción.

Señala en ese sentido el citado autor alemán que:

“así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres (...), lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la

práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales”⁴.

Con relación a este criterio e ideas que sobre la mutación constitucional expuso en su momento el autor alemán citado, no se puede pasar por alto, que el mismo estaba condicionado por el contexto en el que se elaboró y expuso, toda vez que, para la época en la que se hizo la publicación de la obra en la que se consignan estas ideas, la Europa de finales del siglo XIX e inicios del XX, no estaba establecido, expresa y formalmente, un control de la constitucionalidad.

Lo que significaría, de ahí, que una cosa vendría a ser una mutación constitucional que se origine, por razón de las prácticas continuas de la administración, como la de los tribunales e incluso del legislativo, aun cuando estas sean contrarias a la Constitución, y otra muy distinta sería cuando se pretenda producir una mutación constitucional como resultado de la aprobación de una ley que contrarié lo establecido en la Constitución. En este último caso, de existir un control de constitucionalidad efectivo, la ley que se apruebe y sea contraria a la Constitución vendría a ser inconstitucional, lo que impediría que a través de esta vía se produzca una mutación constitucional.

Es por eso que la posición del profesor español, Pedro de Vega, con relación al tema de la mutación constitucional, sea más acorde con nuestra época de existencia de un control de constitucionalidad consolidado.

⁴Jellinek, Georg. Ob. cit. p.16.

Así, el citado profesor español, al abordar este tema lo hace señalando que “el campo de actuación de las mutaciones no puede ser otro que el de la realidad constitucional”, a lo que adiciona, que “en un sistema constitucional rígido, cualquier modificación que se establezca en la legalidad fundamental, al margen del procedimiento de reforma, no admite otra interpretación posible que la de entenderla como una violación de la Constitución”.

Afirmado esto, sostiene Pedro de Vega que, “por eso no cabe hablar de mutaciones creadas directamente por actos normativos”, por lo que sostiene de manera rotunda el autor en comento, que “el campo de actuación de las mutaciones es el de la realidad y de la práctica política, y no el de la normatividad legalista. La mutación aparece siempre como resultado de una práctica (surgida, a su vez, bien espontáneamente, bien como efecto de un acto normativo) que contradice el significado de ciertos preceptos de la Constitución”⁵.

Lo que lleva a concluir, de acuerdo a lo planteado por este profesor español, que es el cambio de la realidad, así como consecuencia de la práctica jurídico-política, lo que va a originar una mutación constitucional. Según esta posición, por tanto, serían hechos y prácticas políticas y no actos normativos, los que traerían como resultado la mutación constitucional, al producirse la alteración en cuanto a la forma de entender la normativa constitucional, aun cuando se mantenga sin modificación el texto de la misma.

⁵De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y problemática del poder constituyente*. Edit. Tecnos, España, 1985 pp. 200-201.

Producidos estos cambios y prácticas en la realidad jurídico-política del Estado de que se trate, a la Constitución se le dará otro sentido o interpretación, aun cuando su texto no haya formalmente variado. En concreto, según esta posición, el texto formal de la Constitución se mantendrá inalterado, pero se le dará otro sentido distinto en función de la realidad constitucional cambiante, ello por razón de hechos y prácticas originadas por los operadores del ordenamiento constitucional.

Por su parte, Néstor Pedro Sagüés señala que “la idea de mutación constitucional implica la de cambio de la Constitución formal, por acción del derecho consuetudinario constitucional, del derecho judicial constitucional, o por normas constitucionales, en sentido amplio, derivadas del Parlamento, del Poder Ejecutivo, de cada una de las cámaras, etc., aun cuando el texto constitucional formal permanece inalterable. La letra de la Constitución formal sigue, pues, siendo la misma; pero otra norma –proveniente de cualquiera de los niveles que hemos indicado- es la realmente vigente”.

Adiciona a esto Sagüés, que “la interpretación constitucional y la mutación constitucional son temas que tienden naturalmente a vincularse. La interpretación puede ser fuente de la mutación, u oponerse a ella; puede reconocerla, o desconocerla”⁶.

Como se observa, para Néstor Pedro Sagüés los supuestos que producen la mutación constitucional son varios, y de distinta procedencia, caracterizados sobre todo por actuaciones provenientes de los operadores constitucionales, haciendo énfasis en la mutación

⁶ Sagüés, Néstor Pedro. *La Interpretación judicial de la Constitución*. Edit. Lexis Nexis, Argentina, 2006, pp. 42-44.

que se origina como resultado de la interpretación constitucional. No alude este autor, de manera expresa, a la mutación constitucional que es producto del cambio de la realidad constitucional, aun cuando esta está implícita en su planteamiento.

Similar posición, en cuanto al papel relevante que juega la interpretación constitucional, como fuente significativa de mutación constitucional, es la de Göran Rollnert Liern, cuando sostiene, en un trabajo sobre la materia, “la centralidad de la interpretación jurisdiccional en la génesis de toda mutación constitucional”, trabajo en el que, como lo manifiesta de forma clara, defiende la “tesis sobre la naturaleza esencialmente hermenéutica de toda operación de modificación informal de la Constitución”, jugando por tanto un papel protagónico y determinante, a su juicio, “la jurisdicción constitucional en la consolidación de eventuales mutaciones”⁷.

No obstante, este autor es cauto en cuanto a reconocer el papel relevante de la jurisdicción constitucional, como vía a través de la cual se producen las mutaciones constitucionales, sobre todo cuando llama la atención del rol protagónico que compete desempeñar al intérprete último de la Constitución, concretamente al Tribunal Constitucional.

En ese sentido, Göran Rollnert Liern advierte que:

“Este rol validador o ratificador de las mutaciones constitucionales que desempeña la jurisdicción

⁷Rollnert Liern, Göran. La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 101, mayo-agosto de 2014, p. 126. Consultable en el sitio www.dialnet.unirioja.es

constitucional lleva directamente a la problemática de la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y la verdadera naturaleza de su función en relación con la clásica distinción entre poder constituyente y poderes constituidos: ¿en qué medida el juez constitucional se equipara al poder constituyente (aunque sea su dimensión de constituyente-constituido) cuando puede cerrar el paso o, por el contrario, dar carta de naturaleza a cambios constitucionales por vía hermenéutica?”⁸.

Lo que significa, planteada de otra manera esta preocupación de parte del citado autor, que pese a que el Tribunal Constitucional constituye, en aquellos países en los que siguen el modelo de control de constitucionalidad concentrado, el tribunal de cierre de toda controversia constitucional, lo que puede dar lugar, por su condición de intérprete último, a que por dicha vía se produzcan mutaciones constitucionales, el mismo no deja de ser lo que es, un poder constituido que ha de encontrar, en la propia Constitución, el límite en su labor interpretativa.

Por tanto, por más que se puedan producir mutaciones constitucionales vía la interpretación constitucional que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, tal función no puede equipararse, en momento alguno, como si del ejercicio del poder constituyente se tratara.

⁸ *Ibídem*, p. 143.

A este respecto cabe traer a colación lo que en su momento señalaba Eduardo García de Enterría, cuando expresaba que “donde únicamente radica la soberanía, en su sentido clásico de poder libre, radical e incondicionado (no en el parcial de poderes concretos distribuidos a los órganos superiores por la Constitución), es en el poder constituyente mismo...”, lo que lo llevaba a afirmar, de manera contundente, “que el Tribunal Constitucional está estrictamente sometido a dicho poder”, a lo que adicionaba el citado profesor español:

“Este sometimiento no actúa sólo por la vía normal de que el poder constituyente, en cuanto ‘competencia de las competencias’ o ‘poder de los poderes’... pueda alterar las competencias del Tribunal e incluso suprimirlas todas, con el propio órgano, sino también en un sentido más preciso, como límite de la específica potestad interpretativa de la Constitución que el Tribunal tiene como propia”⁹.

Desde otra perspectiva sobre la problemática de la mutación constitucional, nos dice Adriano Sant’Ana Pedra que “la mutación constitucional es un proceso informal que cuida de la alteración de la Constitución. En la mutación, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, lo que presupone la no identificación entre norma y el texto. El texto es compuesto por palabras cuyos significados no son únicos y aún son cambiantes con el pasar del tiempo. Lo que importa saber, entonces”, concluye el profesor

⁹García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas, España, 1985, pp. 200-201.

de la Facultad de Derecho de Vitória, Brasil, “es cómo las normas constitucionales pueden ser modificadas informalmente, en razón de las mudanzas habidas en la sociedad”.

Manifestado esto, el citado autor reconoce que:

“La ‘concretización’ del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la ‘realidad’ que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias —con frecuencia conformadas ya jurídicamente— integran el ‘ámbito normativo’, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el ‘programa normativo’ es elevado a parte integrante del contenido normativo. Puesto que estas singularidades, y con ellas el ‘ámbito normativo’, se hallan sometidas a cambios históricos, los resultados de la ‘concretización’ de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el ‘programa normativo’) continúa siendo idéntico. De todo ello resulta una mutación constitucional constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez”.

Expuesto esto, Adriano Sant’Ana Pedra es del criterio que “la mutación constitucional parte del presupuesto básico indispensable de

que es preciso que exista una norma constitucional debidamente concretizada para que esta sea objeto de mutación”¹⁰.

Según esta posición, a decir del citado profesor brasileño, como el intérprete de la Constitución ha de interpretar la norma constitucional, teniendo que tener presente, no solo la forma como está redactado el precepto constitucional, sino la realidad o contexto en el que se va a aplicar, por razón del caso concreto a resolver, se va a producir, con el tiempo, una mutación constitucional toda vez que esta realidad es cambiante, e incide en el sentido que originalmente se le dio a la Constitución, aunque dicho texto siga inalterable.

Acorde a la idea desarrollada por el profesor brasileño citado, en este otro supuesto, serían las nuevas ideas y concepciones sobre ciertos temas y materias reguladas en la Constitución, así como la forma de interpretarlas, por parte de los operadores jurídico-constitucionales, las que traerían como resultado que se produzca una mutación constitucional.

Un ejemplo de ello lo tenemos en el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, Constitución que entró en vigencia en 1789 y que se mantiene vigente en la actualidad, con las enmiendas que se le han ido adicionando. Resultaría más que difícil sostener, que a lo largo de los más de doscientos años de vigencia de dicha Constitución, producto del cambio de las circunstancias, de la

¹⁰Sant’Ana Pedra, Adriano. Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, vol. 10 No. 2 Santiago, 2012. Consultable en el sitio web [www.http://dx.doi.org](http://dx.doi.org)

realidad política, cultural y social de la población estadounidense, esta siga entendiéndose tal y como en su forma original se le concebía.

Como se puede deducir, cada uno de los autores citados identifica cuáles son, a su juicio, los supuestos que producen la mutación constitucional, sin coincidir en los elementos o circunstancias que dan lugar a una mutación constitucional. Así, unos harán énfasis en la realidad constitucional, otros en las prácticas o actuaciones de los operadores constitucionales y otros en la interpretación o concreción de la norma constitucional.

En todo caso, de lo que se debe ser consciente es que esta problemática surge, como se ha reconocido en la doctrina, a partir de entender a la Constitución como una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, revestida de una jerarquía superior al resto de las demás normas jurídicas y que, para su modificación, se ha de seguir un procedimiento más agravado que el establecido para la elaboración y aprobación de las otras leyes del Estado.

Establecido y reconocido esto, es cuando se planteará el problema de la mutación constitucional. Formalizado el texto de la Constitución con un contenido específico, concreto e identificable como una norma con fuerza normativa, se tendrá que afrontar, de ahí en más, la realidad y actuaciones en las que dicha norma quedará inmersa y, producto de lo cual, puede terminar viéndose alterado el sentido del texto aprobado en su momento, sin que se haya recurrido al procedimiento de reforma constitucional regulado para ello.

El problema, por tanto, no está solamente en reconocer la existencia, e identificar las razones por las cuales se producen las mutacio-

nes constitucionales, sino en determinar el límite de estas sin que se llegue a falsear la Constitución. De donde se sigue, que así como el poder constituyente derivado, o poder de reforma, está limitado en cuanto al alcance de sus funciones, de igual manera, no cualquier práctica, actuación de los operadores constitucionales, cambio de la realidad constitucional, o interpretación que se pretenda dar a la Constitución, puede constituir una mutación constitucional aceptable y cónsona con la concepción del Estado constitucional configurado en tal norma suprema.

Con relación a este polémico tema, compartimos lo sostenido por Pablo Lucas Verdú, en cuanto a este aspecto de las mutaciones constitucionales, cuando señala, que “las mutaciones constitucionales en la medida que respetan la letra, y aún el espíritu de la Constitución, se integran al texto constitucional acomodándolo a la realidad constitucional que en cuanto realidad política cambia, o se modula, con el tiempo. Así, la Constitución no se quebranta escandalosamente, se abrevia su modificación y con ello se resuelven, más eficaz y rápidamente, las exigencias político-sociales del tiempo. En síntesis, las mutaciones constitucionales cuadran perfectamente con la naturaleza jurídico-política de toda Constitución política”¹¹.

Lo que se quiere y pretende dejar señalado es que no se puede ignorar que la Constitución queda inmersa, sujeta y condicionada a los cambios que sufre la realidad política que está llamada a regular. De ahí que estos cambios inciden, tarde o temprano, en la forma como se ha de ir interpretando, o entendiendo el texto constitucional el

¹¹Lucas Verdú, Pablo. Ob. cit. Vol. IV, Edit. Tecnos, España, 1984, p. 145.

que, sin desvirtuar la concepción del Estado constitucional, producto de esos cambios o transformaciones, se va a ver alterado en su sentido, aun cuando no coincida con su idea original.

Este cambio en cuanto a la forma de entender la Constitución, como se ha expresado, se va a producir sin que se vea alterado, formalmente, dicho texto, lo que traerá como resultado una mutación constitucional.

En todo caso, siempre habrá que tener claro cuándo se está ante una mutación constitucional y cuándo lo que se ha producido es un quebrantamiento o ruptura constitucional vía prácticas, actuaciones o interpretaciones constitucionales.

Cuando esto último es lo que ha ocurrido, termina vaciándose el contenido normativo de la Constitución y convirtiéndose esta en un simple texto decorativo cuando no en una simple hoja de papel.

Referencias

De Vega, Pedro. *La Reforma Constitucional y Problemática del Poder Constituyente*. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1985.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Madrid – España. 1985.

Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid – España. 1983.

Jellinek, Georg. *Reforma y Mutación Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid – España. 1991.

Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Volumen IV. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1984.

Sagüés, Néstor Pedro. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. Editorial Lexis. Buenos Aires – Argentina. 2006.

Sánchez Urrutia, Ana Victoria. *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al Origen del Concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Número 58. Enero - Abril 2000.

La Sentencia de Inconstitucionalidad y sus Efectos. *Tres casos sobre decisiones del Tribunal Electoral*

Por
Lic. Salvador Sánchez González*

Resumen: El artículo aborda el tema de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de la República de Panamá y sus efectos materiales, personales y temporales. En concreto, examina varias sentencias estimativas proferidas por la Corte sobre normas o actos expedidos por el Tribunal Electoral y expone la aplicación de las doctrinas de interpretación judicial de la Constitución y sus efectos en ese escenario concreto.

Palabras clave: jurisprudencia, control de constitucionalidad, Constitución, Tribunal Electoral, sentencias.

Abstract: The article addresses the issue of constitutional jurisprudence of the Supreme Court of the Republic of Panama and its material, personal and temporary effects. Specifically, it examines several judgments issued by the Court on norms or acts issued by the Electoral Tribunal and exposes the application of the doctrines of judicial interpretation of the Constitution and their effects in that specific scenario.

Key words: jurisprudence, constitutionality control, Constitution, Electoral Tribunal, judgments.

*El autor es director ejecutivo del Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral de la República de Panamá. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Santa María La Antigua. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España. Profesor universitario desde 1993, ha dictado los cursos de Derecho Constitucional, Ciencia Política y Derechos Humanos. Ha publicado artículos en revistas especializadas de Panamá, España, Colombia, Chile y México. Entre sus principales obras se encuentran "Crítica a la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad". Fue director general de Asesoría Legal y Técnica, en la Asamblea Nacional, secretario ejecutivo de Asuntos Jurídicos del Ministerio de la Presidencia, viceministro de la Presidencia y ministro de la Presidencia, encargado. Representante Permanente de la República de Panamá ante la Organización de Estados Americanos entre 2018 y 2019.

I. Aspectos Generales

El presente artículo se enfoca en examinar los efectos de varias sentencias estimativas de inconstitucionalidad, proferidas por la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá (en adelante, CSJ), sobre normas o actos expedidos por el Tribunal Electoral (en adelante, TE).

Los efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad suelen clasificarse en tres: efectos materiales, efectos personales y efectos temporales. En el derecho comparado, puede encontrarse una variada gama de cada uno de estos tipos de efectos.

Entre los efectos materiales, las sentencias estimativas de inconstitucionalidad suelen presentar el de la derogación, el de la nulidad, o el efecto de inaplicación.

Entre los efectos personales, las sentencias estimativas de inconstitucionalidad pueden ser *inter partes*, o *erga omnes*.

Entre los efectos temporales, las sentencias de inconstitucionalidad pueden tener, principalmente, efectos *ex nunc* (hacia futuro), o efectos *ex tunc* (retroactivos).

Resulta importante reconocer que los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad han sido poco regulados en nuestro derecho. Tampoco han recibido mucha atención de la doctrina.¹ Ese vacío

¹ Ver entre los textos relevantes que abordan los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en Panamá: Pedreschi (El control de constitucionalidad en Panamá, 1965) y Reyes (Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, 1992). También la tesis de licenciatura de Cinthya Camargo (Efectos jurídico-políticos de la sentencia de constitucionalidad, 1997).

no parece que tendrá una solución inmediata, pero conviene tener presente que la jurisprudencia muestra que la CSJ asume que puede establecer esos efectos apoyándose en las normas de la Constitución y la ley, en ausencia de normas explícitas, o en contradicción con ellas.

Para este trabajo también es importante fijar el perfil del concepto de “jurisdicción” que utilizaremos. Primero, porque la autoridad electoral en Panamá realiza tanto funciones administrativas como jurisdiccionales. En ese punto resultará fundamental establecer cómo se expresa la CSJ sobre actos del TE en su faceta de autoridad jurisdiccional.

Este concepto también es importante porque en el desarrollo de los efectos de las sentencias estimativas de constitucionalidad en la jurisprudencia, la CSJ ha distinguido entre los actos objeto de pronunciamiento, si se trata de un acto jurisdiccional o no.

La intención de este artículo es identificar de una muestra de casos, las reglas que aplica la CSJ en sus decisiones sobre constitucionalidad de actos del TE.

Los tres casos que procederé a examinar son los siguientes:

1. Caso de la diputada por agregación del Partido Popular (2009).
2. Caso de los diputados de Cambio Democrático al PARLACEN (2009).
3. Caso de acumulación de cargos de elección popular (2010).

Otras sentencias que se relacionan con los problemas presentes en las sentencias mencionadas arriba serán abordadas tangencialmente.

II. El Sistema de Control de Constitucionalidad en Panamá

La primera consideración necesaria es una descripción básica del sistema de control de constitucionalidad en Panamá. El modelo imperante, actualmente, es de control judicial concentrado y posterior, en cuanto al control abstracto de constitucionalidad de las leyes y otras normas y actos. El ejercicio de ese control queda adscrito a la CSJ, integrada por nueve magistrados, cuyos fallos en esta materia son finales, definitivos y obligatorios, y tienen efectos *erga omnes* y *ex nunc*.

Opera la acción directa de inconstitucionalidad en vía principal, pero también existe en vía incidental la consulta de inconstitucionalidad, y el control previo de las leyes, a través de la objeción por inexequibilidad, de titularidad exclusiva del Órgano Ejecutivo.

En cuanto a la garantía de los derechos fundamentales, existen vías de control concreto y difuso, a través de la acción de amparo de garantías de derechos fundamentales, *habeas corpus*, *habeas data*, y acción de tutela de derecho al honor (ésta última, que consta en la ley, más no en la Constitución Política).

El control de la constitucionalidad subjetiva mediante las instituciones arriba mencionadas está fijada en la Ley, y relaciona a la jerarquía y competencia de los funcionarios responsables de expedir los actos objeto de impugnación. Los actos de funcionarios con jurisdicción nacional o de dos o más provincias, corresponde a la CSJ.

Sin embargo, las vías de control de la constitucionalidad subjetiva no pueden esgrimirse contra los actos de TE, así como tampoco otros instrumentos de impugnación constitucional, por la interpretación hecha a los últimos párrafos del artículo 143 de la Constitución Política, que dice:

Las decisiones en materia electoral del Tribunal Electoral únicamente son recurribles ante él mismo y, una vez cumplidos los trámites de Ley, serán definitivas, irrevocables y obligatorias.

Contra estas decisiones solo podrá ser admitido el recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, la interpretación de estas disposiciones ha impedido la utilización del amparo o la advertencia de inconstitucionalidad (Sentencia de inconstitucionalidad, 2019). Esto coloca a la acción de inconstitucionalidad como la vía necesaria para impugnar las decisiones en materia electoral del TE.

Las normas positivas que regulan los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en Panamá son escasas. El Código Judicial, claramente, establece que los fallos de inconstitucionalidad no tendrán efectos retroactivos:

ARTÍCULO 2573. Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo.

La doctrina nacional, además, ha consolidado las tesis de que son efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad el producir efectos materialmente derogatorios, personalmente *erga omnes* y temporalmente *ex nunc* (hacia el futuro).

Esta configuración inicial ha dado paso a una evolución especialmente pronunciada en los efectos materiales (distinción entre inconstitucionalidad y derogación, por ejemplo) y los efectos temporales.

En el caso de los efectos temporales, se ha abierto la posibilidad de retroactividad en los casos de inconstitucionalidad de actos individualizados jurisdiccionales (del Órgano Judicial, inicialmente), y luego a normas generales.

En los años recientes se han hecho duras críticas a esa evolución, subrayando especialmente la ausencia de fundamentos de las innovaciones jurisprudenciales, y su contradicción frente a las disposiciones constitucionales y legales vigentes.²

Es en el contexto descrito en el que debe enmarcarse el análisis del problema bajo examen en este artículo.

III. Efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad

Hoy es frecuente remitirse a la jurisprudencia constitucional desarrollada a partir de 1990 como la de referencia para la actividad

²Por ejemplo, en Jorge Giannareas, Rigoberto González Montenegro y Salvador Sánchez (La sala de la discordia: estudio sobre justicia constitucional actual, 2012).

cotidiana de la justicia panameña. Esto es cierto en diversos asuntos, pero también respecto a los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

a. El fallo de 3 de agosto de 1990 y los efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad

La sentencia paradigmática en la materia de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, desde la instauración de la democracia, es la fechada 3 de agosto de 1990, que sirvió para entregar Editora Renovación, S.A. (mejor conocida como ERSA) a sus antiguos propietarios (Editora Panamá América, S.A., mejor conocida como EPASA).

Dice la sentencia:

“La corte ha sostenido en innumerables fallos que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos. Esta posición ha sido siempre sostenida cuando lo que se declara inconstitucional es una norma legal. Igualmente, el artículo 2564 del Código Judicial establece que las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad no tienen efecto retroactivo. **Tratándose de normas legales, no queda entonces la menor duda de que las decisiones de la Corte en materia constitucional no producen efectos retroactivos.** Sin embargo, la Constitución Nacional en su artículo 204, permite que se pueda demandar la inconstitucionalidad **de actos jurisdiccionales**, (salvo los fa-

llos de la Corte Suprema o de sus Salas) que normalmente se agotan con la ejecución de los mismos y no continúan rigiendo, como es el caso de las normas legales que mantienen su vigencia hasta que sean derogadas por los diferentes medios que la Constitución consagra.

Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efecto retroactivo y que sólo produce efectos hacia el futuro traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua. Los que realmente ocurre es que con el fallo de inconstitucionalidad de una norma legal se produce una derogatoria por mandato constitucional, ya que la Constitución establece en su artículo 311 que quedan derogadas todas las leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución y, como la Corte tiene por atribución constitucional decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, cuando declara que una norma legal es inconstitucional, la deroga constitucionalmente, en virtud de lo que establece el artículo 311 de la Constitución Nacional.

Si las normas legales se derogan por inconstitucionales, **los actos jurisdiccionales deben declararse**

nulos, por inconstitucionales. Se produce entonces una nulidad constitucional como consecuencia de la violación de normas constitucionales por el acto jurisdiccional...(Sentencia de inconstitucionalidad, 1990).

En esa decisión se establecen tres criterios sobre los efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad, y que nos servirán para constatar la evolución de cada uno de ellos en los casos posteriores que analizo en este escrito. Esos criterios son:

1. Que la declaratoria de inconstitucionalidad sobre las leyes equivale a la derogación;
2. Que la declaratoria de inconstitucionalidad sobre las leyes no produce efectos retroactivos;
3. Que la declaratoria de inconstitucionalidad sobre las resoluciones jurisdiccionales produce la nulidad, y por tanto tiene efectos retroactivos.

Las evoluciones más significativas a partir de la decisión citada de 1990 han sido:

1. La distinción entre la derogación y la inconstitucionalidad, para efectos de posibilitar la declaratoria de inconstitucionalidad sobre la ultraactividad de normas derogadas.
2. La admisión de efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes;
3. La admisión de efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad de actos individualizados de carácter jurisdiccional, y luego de simples actos individualizados.

Puede advertirse aquí la necesidad de abordar la distinción entre un acto jurisdiccional y otro judicial. Aún y cuando en 1990 la Corte pareció entender por jurisdiccional exclusivamente los actos judiciales, en la actualidad ha ampliado ese sentido de jurisdiccional a los actos que integran o deciden un “proceso”, entendiendo por tal no únicamente el llevado adelante por el Órgano Judicial, sino por toda autoridad responsable de administrar justicia, incluyendo la de órganos constitucionales autónomos como el TE, o la justicia en sede gubernativa.

Con posterioridad a la sentencia de 1990, en diversas ocasiones la Corte Suprema señaló efectos retroactivos en caso de actos individualizados, materialmente jurisdiccionales, expedidos por autoridades no judiciales.

Efectivamente, ante acción directa de inconstitucionalidad contra varios Decretos Ejecutivos de indulto, la CSJ estableció en 2008:

Por las consideraciones que vienen expuestas, el PLENO DE LA CORTE SUPREMA administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES los Decretos Ejecutivos N 1317 de 25 de agosto de 2004, N 1 318 de 26 de agosto de 2004 y N 1321 de 30 de agosto de 2004, expedidos por Mireya Moscoso, como Presidenta de la República, con la participación de Arnulfo Escalona Ávila, como Ministro de Gobierno y Justicia, por vulnerar los artículos 22 y 184, numeral 12 de la Constitución Nacional; DEJA SIN SUSTENTO LEGAL toda gestión procesal o ju-

*ridica que haya resultado de la consideración de estos actos presidenciales, y **ORDENA la restitución de todos los procesos afectados con la gracia presidencial, al estado original en el que se encontraban, previo a la materialización de estos actos inconstitucionales** (Sentencia de inconstitucionalidad, 2008).*

Si bien todo indulto puede describirse también como acto individualizado, y que sobre su naturaleza jurisdiccional, administrativa o política hay diferencias de criterio según las doctrinas y los ordenamientos jurídicos, el vínculo de esta decisión de la CSJ y los efectos retroactivos es su jurisprudencia de 1990 sobre actos jurisdiccionales.³

De forma similar, la CSJ extendió efectos retroactivos a la declaratoria de inconstitucionalidad de una resolución del Ministerio Público, en relación con las intervenciones telefónicas al Fiscal Arquímedes Sáenz:

“Con base en todo lo anotado, esta Superioridad se ve obligada a precisar que con la declaratoria de inconstitucionalidad del acto censurado, resulta oportuno aclarar los efectos que produce este pronunciamiento del Pleno de la Corte. En ese sentido, esta Corporación de Justicia ha señalado de manera uniforme, en los casos de jurisdicción constitucional objetiva en que lo

³En nuestra jurisprudencia, se ha calificado los decretos de indulto como actos individualizados (Sentencia de inconstitucionalidad, 1996; Sentencia de inconstitucionalidad, 2000).

que se demanda no es una norma legal, sino un acto de carácter individualizado, como ocurre en el presente caso, la posibilidad de otorgarle efectos retrospectivos o ex-tunc a la sentencia de inconstitucionalidad, con la finalidad que, efectivamente, puedan repararse los agravios causados. Así, la Corte ha indicado que:

“Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efectos retroactivos y que sólo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua” (Sentencia de 3 de agosto de 1990).

Se estima también conveniente expresar que este efecto de inconstitucionalidad es relativo a lo solicitado y, exclusivamente sobre ello, es decir, sobre la Resolución S/N de 17 de agosto de 2005, proferida por la Procuradora General de la Nación” (Sentencia de inconstitucionalidad, 2007).

En ambos casos los actos declarados como inconstitucionales son de diferente naturaleza. Ninguno es expedido por funcionarios judiciales (en el caso de la Procuradora General de la Nación, un extremo determinado por la Corte en el mismo fallo). Sin embargo, ambos actos son actos individualizados, materialmente jurisdiccio-

nales. Corresponden, según mi apreciación, a una expansión de la cobertura de la doctrina inicial sobre la retroactividad de los efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad de actos judiciales, inaugurada en 1990.

La utilización de la acción de inconstitucionalidad contra actos individualizados no jurisdiccionales ha sido posible durante décadas. En apoyo de esa utilización ha estado el lenguaje del numeral 1 del artículo 206 de la Constitución, que admite el control de la constitucionalidad sobre actos. Sin embargo, esa posibilidad era desincentivada por la persistencia de la jurisprudencia relativa a la preferencia de las vías alternativas de impugnación de ese tipo de actos: la vía gubernativa y la contenciosa administrativa. Igualmente, por la impugnación de dichos actos mediante la acción de amparo, que ofrecía la ventaja de la posibilidad de la suspensión. De ahí que no se observaban con frecuencia casos que reúnan las condiciones de este estudio.⁴

La jurisprudencia sobre la vía preferente se ha modificado en los últimos años, haciendo más fácil utilizar el control de constitucionalidad contra actos individualizados no jurisdiccionales, pero incluso en esta circunstancia la vía del amparo suele preferirse a la de la acción de inconstitucionalidad por razón de la posibilidad de suspensión. Además, en los últimos años también se ha consolidado la jurisprudencia que libera al amparo de una de sus clásicas restricciones, relacionada con las “órdenes de hacer o no hacer” como objeto del amparo (artículo 54 de la Constitución).

⁴Un caso de este tipo, extraño en más de un sentido, se pronuncia sobre la constitucionalidad de una resolución de la alcaldía de Chitré (Sentencia de inconstitucionalidad, 2004).

Sin embargo, como se ha señalado, el amparo no es una vía abierta para la impugnación de los actos del TE. Un dato central es el artículo 143 de la Constitución, que establece como vía de impugnación de los actos definitivos del Tribunal Electoral en materia electoral (jurisdiccionales o no, individuales o generales), exclusivamente la acción directa de inconstitucionalidad.

De ahí la importancia sobre los efectos de las sentencias estimatorias de la CSJ, en esta materia.

b. Eficacia de las sentencias de inconstitucionalidad

Otro aspecto del fallo de 1990, que he tomado como punto de partida de la evolución sobre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño, se refiere a la posibilidad de que la CSJ instruya a la autoridad jurisdiccional emisora del fallo una determinada acción complementaria, para dar eficacia a la declaratoria de inconstitucionalidad.

El fallo de 1990 se pronunció señalando que no era pertinente abundar sobre los efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad más allá del objeto directo de ese proceso constitucional. Así, indicó la CSJ:

“Por último, es conveniente aclarar el ámbito dentro del cual puede desenvolverse la sentencia que resuelve un proceso constitucional. La sentencia de inconstitucionalidad se limita a declarar si una norma legal es o no inconstitucional, y lo mismo hace cuando lo que se demanda es un acto o resolución, el cual declara

nulo, por inconstitucional. Por ello no cabe pronunciarse sobre las declaraciones solicitadas como punto c., ch., d., e y f de la demanda, por no ser conforme con la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad. Las consecuencias de esa nulidad, serán determinadas, en los casos que corresponde, por los Tribunales competentes, con base en el fallo de la Corte.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Pleno, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INCONSTITUCIONALES los autos de 28 de julio de 1969 y 26 de febrero de 1971 proferidos por el Juez Primero del Circuito de Panamá, dictados en el proceso de convocatoria de Asamblea General de Accionistas de Editora Panamá América, S.A., presentado por TAWMAC, S.A.”(Sentencia de inconstitucionalidad, 1990).

Esta actitud inicial de la CSJ parece implicar un respeto a la facultad que la Constitución o la ley reservan a la autoridad cuyo acto es impugnado por inconstitucional, y a la vez cierta autolimitación, en referencia al rol que la Constitución reserva para la propia Corte.

Sin embargo, en el caso de los indultos aquí examinado vemos que la CSJ hizo indicaciones adicionales: ordenó “*la restitución de todos los procesos afectados con la gracia presidencial, al estado original en el que se encontraban, previo a la materialización de estos actos inconstitucionales*”. Ahora bien, los juzgados y tribunales a los que hace alusión el fallo se encuentran fundamentalmente en la esfera de la vía

penal ordinaria. ¿Hay alguna diferencia en la facultad de la CSJ de instruir a los jueces de la vía penal ordinaria la restitución de los procesos a su estado original, frente a, por ejemplo, una instrucción semejante dirigida a otros órganos constitucionales autónomos?

Mi reflexión inicial es que no. La relación entre la CSJ en cuanto a juez de lo constitucional coloca a los tribunales inferiores en una situación semejante a, digamos la Asamblea Nacional o el TE, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. No se trata de un superior jerárquico sino de una competencia especializada que da cierre a la deliberación institucionalizada sobre lo constitucional.

Dicho esto, sin embargo, no parece que haya fundamento específico para acompañar la declaratoria de inconstitucionalidad de otras instrucciones a los emisores originales de los actos y normas declaradas inconstitucionales. Puede pensarse que se trata de una facultad implícita. En cuanto al TE se refiere, enfrenta el explícito reconocimiento de su autonomía en la Constitución, que en su artículo 142 le reconoce además que *“interpretará y aplicará privativamente la Ley Electoral”*.

Como se observa, el asunto de la eficacia de las sentencias supone un impacto de gran envergadura para la relación entre los distintos órganos constitucionales, y en este caso, entre la CSJ y el TE.

IV. Declaratorias de Inconstitucionalidad sobre actos del TE

A continuación, procedo a examinar tres casos en que se ha ejercido control de constitucionalidad, con declaración estimativa de inconstitucionalidad sobre actos del TE.

a. Caso de la diputada por agregación del Partido Popular

La CSJ dejó sin efecto la adjudicación al Partido Popular de la curul ostentada por el diputado Jorge Hernán Rubio, dado que debió asignarse originalmente a ese diputado, pero como parte de las curules del Partido Revolucionario Democrático (Sentencia de inconstitucionalidad, 2009).⁵

La pérdida de curul para el Partido Popular lo dejaba sin representación parlamentaria, pese a haber obtenido más del porcentaje de votos necesario para subsistir como partido político (la barrera electoral). En aplicación de las normas vigentes al momento de la elección, sin embargo, el partido en esas condiciones (es decir, que hubiera sobrepasado la barrera electoral pero que no hubiese ganado una curul en circuito electoral alguno) se hacía merecedor de un escaño por agregación.

La parte resolutive del fallo de la CSJ indicó lo siguiente:

PARTE RESOLUTIVA

Por lo antes expuesto, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES EL DECRETO No. 17**

⁵La acción de inconstitucionalidad estuvo dirigida contra el decreto 19 de 17 de junio de 2003, el acuerdo de 15 de la sala de acuerdos 41 de 21 de junio de 2004 (confirmado por conducto del acuerdo 7 de la sala de acuerdos 43 de 29 de junio de 2004), y la resolución 008 de 20 de febrero de 2004, emitidos por el TE.

de 19 de junio de 2003 del TRIBUNAL ELECTORAL, que reglamenta el segundo párrafo del numeral 4 del artículo 292 del Código Electoral. LA RESOLUCIÓN No. 008 DE 20 DE FEBRERO DE 2004 DEL TRIBUNAL ELECTORAL y el ACUERDO No., 15 DE SALA DE ACUERDOS No. 41 DEL 21 DE JUNIO DE 2004, CONFIRMADO POR CONDUCTO DEL ACUERDO 7 DE LA SALA DE ACUERDOS 43 DE 29 DE JUNIO DE 2004, expedidos por el Tribunal Electoral de Panamá.

No hay en este caso orden dirigida al TE, para que ejecute la sentencia. Sin embargo, se hace evidente del efecto de expulsión del ordenamiento jurídico de las normas que habían decidido la adjudicación de la curul del diputado Rubio, que la misma debía ser re-expedida en el sentido conforme a lo ordenado por la Constitución y decidido por la CSJ.

De ahí que el TE expidió el Acuerdo 1 de la Sala de Acuerdos 12 de 4 de febrero de 2009 “Por el cual se da cumplimiento a la Sentencia de 19 de enero de 2009 proferida por el Pleno de la CSJ.” (Boletín 2680 de 4 de febrero de 2009).

Acuerdo 1

de la Sala de Acuerdos 12 de 4 de febrero de 2009

“Por el cual se da cumplimiento a la Sentencia de 19 de enero de 2009 proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia”.

Que este Tribunal debe proceder a darle cumpli-

miento a la Sentencia de 19 de enero de 2009 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, y a ese efecto,

ACUERDA:

PRIMERO: ADJUDICAR al Partido Revolucionario Democrático, la curul de Diputado por residuo que se produjo en el entonces Circuito 8-8 en el Distrito y Provincia de Panamá, en las pasadas Elecciones Generales del 2 de mayo de 2004, y que en la actualidad ostenta en la Asamblea Nacional el señor Jorge Hernán Rubio como Diputado Principal, y el señor Eric López como Primer Suplente.

Se observa por tanto que en este pronunciamiento se sigue la tesis de 1990 de que la CSJ sólo debe hacer el pronunciamiento de lo que es constitucional o no, pero sin instruir a los jueces que expedieron la sentencia impugnada sobre la actuación a seguir a consecuencia de la inconstitucionalidad que se declara.

En la medida que el fallo de 1990 señala que la declaratoria de inconstitucionalidad de actos individuales jurisdiccionales lleva aparejados efectos retroactivos; sin embargo, en este caso era viable que el juez de la causa, el TE, enmendara sus propios actos en el sentido de lo señalado por la CSJ en su sentencia.

b. Caso de los diputados de Cambio Democrático al PARLACEN

Este caso inicia con la admisión de un recurso de nulidad contra la postulación por parte de CD de sus candidatos al PARLACEN. Ese

recurso es el que permite al TE valorar cómo habían sido hechas estas postulaciones, y concluir con la anulación de la lista de postulados de CD. Sin embargo, la CSJ estimó que el recurso había sido presentado extemporáneamente, y que su admisión violaba el debido proceso legal (artículo 32 de la Constitución Política).

En efecto, el TE, en resolución de 30 de marzo de 2009, anuló las resoluciones identificadas con los números que van del 06080084-NA-A al 06080096-NA, en relación con las postulaciones a los cargos de Diputados al Parlamento Centroamericano (PARLACEN) formulada por el Partido Cambio Democrático.

Pese a recurso presentado contra su resolución de 30 de marzo, el TE mantuvo su decisión inicial de anular las postulaciones. Posteriormente, se interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante la CSJ. La sentencia declaró inconstitucional la resolución de 30 de marzo (Sentencia de inconstitucionalidad, 2009).

El fallo fue del tenor siguiente:

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de sus competencias, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE Y DECLARA:

1. Que es INCONSTITUCIONAL la Resolución de 30 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal Electoral a través de la cual anuló las resoluciones identificadas con los números que van del 06080084-NA-A al 06080096-NA, que ese Tribu-

nal había admitido previamente, en relación con las postulaciones de 13 candidatos principales y sus respectivos suplentes a los cargos de Diputados al Parlamento Centroamericano (PARLACEN) formulada por el Partido Cambio Democrático.

2. Como consecuencia de lo anterior y a los propósitos de dar efectivo cumplimiento a la presente decisión, ORDENA al Tribunal Electoral que realice lo necesario para atender el debido trámite de proclamación y entrega de credenciales como prescribe la Ley a los candidatos que en su oportunidad postuló el Partido Cambio Democrático y que hayan resultado electos de conformidad con el artículo 383 del Código Electoral, a los cargos de Diputados al Parlamento Centroamericano (PARLACEN) con arreglo a las ELECCIONES GENERALES celebradas el pasado 3 de mayo de 2009.

Como puede observarse, en este caso la Corte decidió adicionar un párrafo 2, con el que buscó garantizar la eficacia de la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en el párrafo 1.

A consecuencia de esta sentencia, el TE procedió a expedir un Acuerdo acatando el fallo de la CSJ.⁶ En él establece lo siguiente:

⁶Acuerdo 5 Sala de Acuerdos 97 de 21 de diciembre de 2009 "Por el cual se hace efectivo el cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 16 de noviembre de 2009 con relación a la proclamación para diputados al Parlamento Centroamericano (PARLACEN) en las elecciones generales del 3 de mayo de 2009; y a ese efecto convoca a la Junta Nacional de Escrutinio para que lleve a cabo una nueva proclamación de los cargos antes referidos".

“PRIMERO: DEJAR SIN EFECTO la proclamación de los 20 Diputados al Parlamento Centroamericano (PARLACEN) efectuada el 12 de mayo de 2009 por la Junta Nacional de Escrutinio y publicada en el Boletín del Tribunal Electoral No. 2,776 el 13 de mayo de 2009, a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la nueva proclamación que deberá hacer la Junta Nacional de Escrutinio.

SEGUNDO: CONVOCAR a la Junta Nacional de Escrutinio acreditada para las Elecciones Generales del 3 de mayo de 2009, integrada tanto por los principales y suplentes nombrados por el Tribunal Electoral como por los principales y suplentes nombrados por los partidos políticos, exceptuando a su Vocal principal, a fin de haga una nueva proclamación tomando en cuenta a los candidatos postulados por el partido Cambio Democrático.

A ese efecto, la Secretaría General del Tribunal Electoral entregará a la Junta Nacional de Escrutinio, la lista completa de los candidatos postulados a Diputados al Parlamento Centroamericano (PARLACEN), postulados por todos los partidos, incluyendo Cambio Democrático.

TERCERO: La Junta Nacional de Escrutinio deberá instalarse el día miércoles 6 de enero de 2010 a las dos de la tarde (2:00 p.m.), y utilizar el reglamento

interno aprobado por dicha corporación para las Elecciones Generales del 3 de mayo de 2009”.

Al resolverse la reconsideración presentada contra este Acuerdo, el TE procedió a confirmarlo, señalando en esta ocasión lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto al resto de los argumentos planteados por las recurrentes, si bien el Tribunal comparte algunas preocupaciones vertidas, ya que efectivamente no fueron consideradas en el fallo constitucional en cuestión, debe advertir que la parte resolutive del fallo implica darle efectos retroactivos al mismo, toda vez que las elecciones del 3 de mayo de 2009 ya fueron celebradas y las proclamaciones producto de las mismas están en firme o ejecutoriadas. **A este efecto, no sobra recordar que el artículo 2573 del Código Judicial dispone meridianamente que las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad, además de ser finales, definitivas y obligatorias, no tienen efecto retroactivo.** Tampoco podemos soslayar el hecho de que en dicha sentencia se dio una interpretación de la Ley electoral distinta a la que le dio la autoridad constitucionalmente autorizada para interpretar **EXCLUSIVAMENTE** la ley electoral que es esta colegiatura.⁷

⁷Acuerdo 6 de la Sala de Acuerdos 3 de 11 de enero de 2010, en donde se trató un tema similar.

Como se observa, el TE manifiesta una vigorosa objeción a lo ordenado por la CSJ, pero acata la decisión de esa instancia judicial. Sin embargo, dado que Panamá abandonaba el PARLACEN desde el 24 de noviembre de 2010, el TE expidió las credenciales a los diputados con vigencia hasta ese día. Los afectados reclamaron la expedición de las credenciales hasta 2014, sin éxito.⁸Incluso plantearon una queja por el supuesto desacato de los magistrados.⁹

La suerte corrida por el reclamo de los diputados al PARLACEN del partido Cambio Democrático se relacionaba estrechamente con la que corrió la ley 78 de 11 dediciembre de 2009, “Que deroga las leyes que aprueban los instrumentos internacionales relativo al Parlamento Centroamericano”. Esa ley fue declarada inconstitucional (Sentencia de inconstitucionalidad, 2012). En ese pronunciamiento, que en su parte resolutive sólo declara inconstitucional una ley, no se instruye conducta alguna al TE. Sin embargo, a continuación de su expedición se inició un conflicto entre órganos constitucionales, fuera de proceso constitucional alguno, por la interpretación de los efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad.

Se trata de problemas de importancia. La ley declarada inconstitucional no había producido la salida de Panamá del régimen jurídico del Parlamento Centroamericano (el acto correspondiente había sido depositado en la Secretaría del Tratado por el Órgano Ejecuti-

⁸El 17 de abril de 2012, los diputados de CD solicitaron el reconocimiento de sus credenciales hasta el año 2014. El 24 de mayo de 2012, el TE declaró esa solicitud como “no viable”, decisión que debió reiterar el 3 de junio del mismo año.

⁹El 31 de mayo de 2012 el abogado Abraham Rosas presentó una queja por desacato contra los magistrados del TE y pidió a la CSJ que ordenara su arresto.

vo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores), y sin embargo la Corte argumentó el regreso de Panamá al PARLACEN como una consecuencia del fallo. En lo pertinente estrictamente al tema que discutimos aquí, se implica con ese argumento que el TE debía volver a expedir credenciales de diputado a aquellos que habían dejado de serlo desde el momento en que Panamá se separó del organismo internacional.

Como se observa, no solo volvió a aparecer el problema de los efectos de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad de las leyes, sino el de las instrucciones adicionales de la Corte, cuando la eficacia de las sentencias depende de órganos constitucionales autónomos.

Años después se planteó el problema inverso. La CSJ declaró inconstitucional el decreto no. 25 de 11 de noviembre de 2014, emitido por el TE (Sentencia de inconstitucionalidad, 2018). El decreto, bajo el cual se habían organizado elecciones legislativas parciales en el circuito electoral 4-1, se declaraba inconstitucional sin agregar instrucciones respecto a qué hacer con las curules ocupadas por los diputados que ganaron esas elecciones.¹⁰

c. Caso de acumulación de cargos de elección popular

La CSJ declaró inconstitucional el artículo 7 del Decreto No. 16 de 4 de septiembre de 2008, expedido por el TE (Sentencia de inconstitucionalidad, 2010).

¹⁰El Magistrado Ayú Prado, en salvamento de voto, puso en evidencia el problema causado por la sentencia de la mayoría de la CSI.

Ese artículo disponía, en lo pertinente, lo siguiente:

Artículo 7. Cualquier persona podrá ser postulada por un partido, a más de un cargo de elección popular, siempre que los estatutos o reglamentos del partido lo permitan.

Si el candidato resulta ganador en más de un cargo de elección, deberá optar por uno de ellos, dentro de los 10 días ordinarios siguientes a la última proclamación. De no hacerlo, se entenderá que opta por el de mayor representación y el Tribunal Electoral entregará la credencial correspondiente...

La sentencia de la CSJ señaló lo siguiente en su parte resolutive:

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el PLENO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE Y DECLARA:

1. Que es INCONSTITUCIONAL el artículo 7 del Decreto No. 16 de 4 de septiembre de 2008, expedido por el Tribunal Electoral.
2. Que como consecuencia de lo anterior, OFÍCIASE al Tribunal Electoral para que procure lo necesario, a fin de atender el debido trámite de proclamación y entrega de credenciales, como prescribe

la Ley, a los candidatos que hayan resultado electos en más de un cargo de elección popular.

Como puede observarse, la Corte decide adicionar un párrafo 2, con el que busca garantizar la eficacia de la declaratoria de inconstitucionalidad contendía en el párrafo 1.

El párrafo 2 establece la decisión de oficiar al TE a fin de que se proclame y entreguen credenciales a los candidatos que hayan resultado electos en más de un cargo de elección popular.

Conminado por la CSJ, el TE expidió el Acuerdo 1 de la Sala de Acuerdos 40, de 3 de junio de 2010 “Por el cual se da cumplimiento a la Sentencia de 13 de mayo de 2010 emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia”. En el mismo, el TE reiteró una tesis previamente esbozada en el Acuerdo 6 ya citado, de Sala de Acuerdos 3 de 11 de enero de 2010. Es decir, que consideraba que la CSJ desbordaba sus competencias constitucionales.

Este caso presenta varios rasgos particulares: se declara inconstitucional una norma (no un acto jurisdiccional ni individualizado), se le otorgan efectos retroactivos, y se ordena al TE una actuación específica.

No se trata, por supuesto, de considerar ilimitadas las facultades reglamentarias del TE, o de negar la facultad de la CSJ de declarar inconstitucional un decreto reglamentario del Tribunal (Sentencia de inconstitucionalidad, 2005). Sin embargo, la declaratoria de inconstitucional de un decreto reglamentario no podría tener efectos retroactivos, sino a futuro. Así, quienes se postularan a varios cargos

simultáneamente podrían acumularlos si resultaban victoriosos en las elecciones de 2014. Pero no podrían reformarse decisiones ejecutoriadas del TE que no habían sido siquiera impugnadas, ni mucho menos declaradas inconstitucionales.

Contrario a esta situación, puede observarse lo sucedido en el fallo de 19 de enero de 2009, sobre el diputado por agregación, ya comentado. En ese caso se habían impugnado tanto normas como actos.

V. Reflexiones Finales

Luego de examinar el pequeño universo de casos considerados, en los que la CSJ declaró la inconstitucionalidad de actos jurisdiccionales electorales, podemos reconocer los rasgos principales de la crisis actual de la interpretación constitucional en general, y en particular, de la de los actos del Tribunal Electoral.

Al menos en lo referido a la declaración de inconstitucionalidad de los actos jurisdiccionales individualizados, estos casos encajan en la doctrina dominante en la Corte de otorgar efectos retroactivos a sus fallos. Precisamente por eso, los efectos que se reconocen caen en el debate general sobre su prohibición expresa por el Código Judicial, y por la premisa de que se trata de efectos automáticos de la declaratoria, o si exigen pronunciamiento especial, y si ese pronunciamiento debe aparecer reflejado en el fallo (la parte resolutive) o en la fundamentación de la sentencia.

Hay casos, como el del diputado por agregación, en el que se declaran inconstitucionales actos jurisdiccionales individualizados y las

normas reglamentarias en las que se basaron. Se trata de un caso típico de la evolución trazada inicialmente por el fallo de 1990.

En principio, la misma situación se presenta en el fallo de los diputados del PARLACEN postulados por el partido Cambio Democrático. Pero lo innovador, con respecto al fallo anterior, es la claridad con la que la Corte se dirige al TE, ordenándole la expedición de las credenciales de diputados al PARLACEN.

Si observamos este último pronunciamiento podemos entender fácilmente qué pudo hacer ineludible el segundo párrafo del fallo. Aún reconociéndose un sentido individualizado y jurisdiccional a la resolución del TE impugnada, la simple recuperación de la vigencia de las postulaciones a diputados al PARLACEN del partido Cambio Democrático no producía efecto alguno, pues las elecciones de 2009 se habían realizado.

Ahora bien, la especial circunstancia del sistema electoral aplicable en Panamá para la elección de los diputados al PARLACEN, que consistía en 2009 en adjudicar a cada partido el número de diputados correspondiente al porcentaje de votos obtenido por el candidato presidencial del partido, hizo factible que la Corte ordenara al TE aplicar a la lista de diputados postulados el porcentaje de votos obtenidos por el candidato presidencial de Cambio Democrático y así rediseñar la lista de diputados electos. Eso fue precisamente lo que ordenó la CSJ.

Sin duda, este desenlace es difícil de imaginar en otros escenarios electorales, marcados por sistemas electorales muy diferentes. Quizá es pertinente agregar que la fórmula electoral aplicable a la elección

de los diputados al PARLACEN, radicada en el Código Electoral, fue en su momento demandada y la Corte la consideró constitucional (Sentencia de constitucionalidad, 1999).¹¹

Resulta de todas formas significativo que se haya cuestionado el debido proceso en la resolución de la causa dentro de la jurisdicción electoral. Esa hipótesis pone el acento en la necesidad de medios procesales idóneos para abordar con agilidad este tipo de problemas.

La vía usual en otras jurisdicciones, agotados los medios procesales ordinarios, habría sido la acción de amparo, que como sabemos es inviable contra resoluciones electorales del TE. Al menos en caso del amparo, habría una oportunidad de solución oportuna del conflicto jurídico: con la acción de inconstitucionalidad no suele haberla.

La situación original, resuelta con el acatamiento por el TE del pronunciamiento de la CSJ, se complicó por el imprevisto de la salida y el regreso de Panamá al régimen jurídico del PARLACEN. La propia Corte la que generó la tensión con su fallo sobre la ley 78 de 2009, pues como hemos dicho, esa ley no era la que había separado a Panamá del PARLACEN, y sin embargo la CSJ forzó que así se entendiera, y derivó de su declaratoria de inconstitucionalidad la reincorporación de Panamá al PARLACEN. Peor aún: la Corte no hizo señalamientos expresos en el fallo sobre estos extremos, dando por tanto al TE la oportunidad de interpretarlo.

¹¹El fallo explora la diferencia entre elección directa e indirecta, para concluir que la fórmula adoptada en el Código Electoral para la elección de los diputados al PARLACEN no violaba la Constitución Política.

Por último, el tercer caso nos ofrece el escenario más complejo, porque la CSJ reconoce efectos retroactivos a la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma general. El único antecedente en la jurisprudencia constitucional en aquel momento era el infame fallo sobre la reviviscencia de la ley que aprobó la Sala Quinta. Los efectos fueron graves, porque modificó los resultados electorales un año después de realizarse el torneo electoral. Eso sí, se sigue aquí la experiencia del pronunciamiento sobre la postulación de candidatos a diputados del PARLACEN, incorporando una explícita instrucción al TE para que haga lo pertinente en orden de proporcionar acreditación a los candidatos que resultaron victoriosos en las elecciones referidas a dos o más cargos de elección popular.

Este tipo de instrucción explícita aparece como útil cuando se pretende derivar del fallo la supresión de un derecho previamente reconocido a unos, para otorgárselo a otros. Esta circunstancia se produce tanto en el caso de los diputados al PARLACEN, como en el caso de los ganadores en elecciones a dos cargos de elección popular.

En el primer caso examinado, en el que el diputado por agregación simplemente se sumaba al conjunto de diputados ya existente, el TE actuaba más cómodamente al interpretar su deber a partir de una sentencia que en su parte resolutive no daba instrucciones, aunque la modificación de la integración de la Asamblea Nacional siempre tiene implicaciones importantes.

Referencias

Camargo, C. (1997). *Efectos jurídico-políticos de la sentencia de constitucionalidad*. Panamá: Universidad de Panamá.

Giannareas, J., González Montenegro, R., & Sánchez G., S. (2012). *La sala de la discordia: estudio sobre justicia constitucional actual*. Panamá: Portobelo.

Pedreschi, C. B. (1965). *El control de constitucionalidad en Panamá*. Madrid: Fábrega, Pedreschi y Galindo.

Reyes, L. C. (1992). Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. *Anuario de Derecho* (21).

Sentencia de constitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 22 de diciembre de 1999).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 13 de mayo de 2010).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 16 de noviembre de 2009).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 16 de abril de 2018).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 17 de marzo de 2000).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 17 de julio de 2007).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 19 de enero de 2009).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 2 de febrero de 2012).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 26 de marzo de 2004).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 27 de septiembre de 1996).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 27 de junio de 2005).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 3 de agosto de 1990).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 3 de agosto de 1990).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 30 de junio de 2008).

Sentencia de inconstitucionalidad (Corte Suprema de Justicia 6 de diciembre de 2019).

Derecho Civil

La *excesiva* onerosidad sobrevvenida en los contratos de tracto sucesivo en el Código Civil Panameño

Por
Profesora Lidia Mercado*

Resumen: La excepción de incumplimiento contractual denominada «excesiva onerosidad sobrevvenida» en el sistema jurídico de tradición romano-germánica, y en el common law, conocida como hardship, posee gran utilidad práctica, sobre todo, con el advenimiento de la crisis mundial por COVID-19, que produjo eventualidades desfavorables para muchos deudores en los contratos de ejecución sucesiva. La figura excesiva onerosidad sobrevvenida se encuentra regulada en el Código civil panameño y se conoce, en doctrina, como Teoría de la imprevisión. El objeto de este artículo es analizar sus presupuestos, diferencias con otras instituciones, así como su tratamiento normativo y jurisprudencial en nuestro derecho positivo.

Palabras Clave: *Excesiva onerosidad sobrevvenida, Contratos de Tracto Sucesivo, Teoría de la Imprevisión, Código Civil Panameño.*

Abstract: *The exception of contract compliance called "excessive heavy charges" that has come in the legal system of German-Roman tradition, and known as hardship in the common law, has enormous practical utility, especially with the advent of the global crisis caused by COVID-19, which produced unfavorable*

*Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Panamá (UP). Dictando la Cátedra Derecho Civil I (Derecho de personas), también ha dictado la asignatura Derecho Civil III (Contratos civiles) y Derecho de bienes. Abogada en ejercicio, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (Capítulo de Honor Sigma Lambda), máster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca (USAL) - España (título obtenido con Mención de Honor). Actualmente finaliza sus estudios de Doctorado en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca. Secretarí general de la Asociación de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado de Panamá (ADIPCOP).

eventualities for many debtors in successive contracts. This exception is regulated in the Panamanian Civil Code and is part of the Unforeseen Circumstance Theory. This paper analyzes, its requirements, its differences with other legal institutions, and the normative and jurisprudential treatment in our positive law.

Key words: Hardship, successive contracts, Unforeseen Circumstance Theory, Civil Code of Panama.

I. Introducción

Ciertamente, la **inejecución** o **incumplimiento** de la obligación no siempre obedece a factores o circunstancias imputables al deudor. Puede ocurrir que al momento de la exigibilidad del *derecho personal o de crédito*, al sujeto pasivo de la relación contractual, le resulte sumamente **costoso** cumplir con lo pactado por un hecho que no pudo prever y que produce una **alteración** de la **simetría contractual**¹ inicial, justa y satisfactoria entre las partes.

La invocación de la figura *excesiva onerosidad sobrevenida*, implica la *prueba* de una **transformación negativa** en la **base económica-estructural** «originaria» del contrato, es decir, una prueba que permita *cuantificar* si realmente se ha producido un desequilibrio patrimonial que **en ningún caso** comprende los riesgos normales derivados del contrato específico y que el deudor debe soportar.

La jurisprudencia ha identificado esta cuestión, por ejemplo, en *Construcción Especializada de Panamá, S.A. vs. Fomento de Construc-*

¹Entendiéndose por *simetría contractual* la concepción del vínculo obligatorio sobre la base de un contrato de libre discusión, es decir, un negocio jurídico en el que las partes se encuentran en igualdad de condiciones.

ciones y Contratas (FCC), **Sentencia de 9 de octubre de 2006²**, proferida por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, donde se indica la necesidad de probar la **variación** en el valor económico original de la obligación para que el juez pueda determinar si concede o no esta excepción, según el caso concreto.

Por otra parte, la terminología *excesiva onerosidad sobrevenida* se puede distinguir del concepto **fuerza mayor** (*force majeure*) y, por lo tanto, no significa que la ejecución de la obligación se ha vuelto imposible para el deudor. **Se trata de figuras distintas.**

En este sentido, mientras que la **fuerza mayor**, definida en el **artículo 34-D³** del Código Civil, constituye una excepción de incumplimiento, que implica un acto imprevisible e inevitable derivado de la voluntad del hombre, concretamente un *acto de autoridad*, cuyo carácter imperativo imposibilita de forma absoluta a la parte deudora cumplir la obligación (v. gr. la política de restricción o confinamiento establecida por el Gobierno Nacional frente a la pandemia mundial por **COVID-19**, o una manipulación política vinculada a un control aduanero ejercido por la autoridad que impide al deudor importar o exportar el producto que constituye el objeto de la obligación) – **en cambio**, la **excesiva onerosidad sobrevenida** consiste en la *destrucción* o fluctuación⁴ del *necesario*

²Sentencia de 9 de octubre de 2006, Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Caso Construcción especializada de Panamá, S. A. vs. Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), Expediente 188-03. Magistrado ponente: Alberto Cigarruista Cortez.

³Vid. Código Civil de la República de Panamá, Editorial Sistema Jurídicos, S.A. (SIJUSA) Edición actualizada 2020, p.47.

⁴Para Boris Starck, la excesiva onerosidad será siempre "una cuestión de índole económico y financiero que, según cada caso, esta ligada al momento del desequilibrio contractual o fluctuaciones de precios que afectan el cumplimiento de la obligación". Starck, B. *Obligations, 2 Contrat*, cinquième édition, Editorial Ilitec - Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1995, p. 504, n °1215.

equilibrio económico en los beneficios que perciben las partes producto de una transformación radical en el costo de la ejecución para una de ellas (por ejemplo, la imprevisible depreciación monetaria, el desabastecimiento o variación inesperada de la disponibilidad de un producto que genera como consecuencia conseguirlo a un precio excesivamente más elevado para cumplir la obligación, exacerbación imprevisible de las tasas de financiación, o incremento excesivo en materia de impuestos que **arruinaría** a la parte deudora).

Por consiguiente, la excesiva onerosidad sobrevenida se desarrolla en base a dos principios elementales en el Derecho de contratos: (i) el **principio de buena fe** positivado en el artículo 1109 del Código Civil y (ii) el **principio de equidad** contractual. Razón por la que, **H. Bouhinon Dumasse** afirma que se la excesiva onerosidad sobrevenida se “trata de un dispositivo capaz de **limitar la injusticia** en el cumplimiento de una obligación y la noción de buena fe ha sido propuesta como un intento de desestimar la severidad del rechazo a cualquier revisión judicial del contrato”⁵.

Así por ejemplo, en *Gaming & Services de Panama, S. A. vs. Ministerio de Economía y Finanzas* (MEF), **Sentencia de 12 de diciembre de 2008**, proferida por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se describe claramente en qué consiste la *excesiva onerosidad*, a propósito de un supuesto fáctico donde la parte actora, invoca vulneración del *principio de buena fe* en materia pre-contractual y vulneración del **artículo 1161-B del Código Civil** en materia contractual respecto a un negocio jurídico

⁵Bouthinon-Dumas Hugues, Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, *Revue internationale de droit économique*, 2001/3, t. XV, 3, p. 360 y ss.

de concesión, donde el Estado optó por aplicar un impuesto del 15% de importación de máquinas tragamonedas, a pesar de que al momento en que se suscribió el contrato público no existía tal impuesto para este tipo de máquinas. Sin embargo, el fallo realiza una precisión conceptual necesaria al señalar que:

La excesiva onerosidad implica “[...] mantener una «ecuación económica» lo que en doctrina se conoce como «equilibrio contractual», y la afectación **dependerá** de que la causa que lo origina sea extraordinaria e imprevisible, para lo cual el artículo 1161-A del Código Civil, **distingue** entre un hecho extraordinario e imprevisible y **un hecho catalogado como propio del contrato**. [...] La presunta introducción del impuesto del 15% de importación de las máquinas [...] es un evento que no puede ser tratado como extraordinario e imprevisible, debido a que esta condición, fue insertada en el contrato como obligación del concesionario. [...] lo que en realidad está tratando de plantear la sociedad impugnante, es una modificación al contenido del contrato, pero de ninguna manera se dan los **presupuestos** para que pueda reconocerse la existencia del desequilibrio económico que alega la demandante en relación al pago de ese impuesto.”⁶

⁶Sentencia de 12 de diciembre de 2008, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Caso Gaming & Services de Panama, S. A. Expediente 666-04. Magistrado ponente: Adán Arnulfo Arjona L.

Por otra parte, la *excesiva onerosidad sobrevenida* se distingue del **caso fortuito**, pues este último, consiste en la imposibilidad **absoluta** de cumplir una obligación debido a *fenómenos naturales* (v. gr. erupción volcánica, terremoto, huracán, inundación, calor extremo que produce incendios forestales y que imposibilita la ejecución de la obligación).

Establecidas estas diferencias, la excesiva onerosidad sobrevenida constituye: (i) una **excepción**, y por lo tanto, una **causa de exoneración** de responsabilidad civil contractual, (ii) no implica imposibilidad absoluta de cumplir la obligación, sino un sobrecosto inesperado en la ejecución que perjudica gravemente al deudor, (iii) surge con ocasión de un acontecimiento inevitable e imprevisible que ocurre «con posterioridad» a la celebración del contrato, (iv) cumple una **función correctora** frente al desequilibrio económico sobrevenido e injusto para una de las partes; (v) genera un **punto de inflexión al principio lo pactado obliga** o lo pactado tiene fuerza de ley entre las partes (del adagio romano *pacta sunt servanda* regulado en el **artículo 976 del Código Civil panameño**) y (vi) su aplicación se limita a negocios jurídicos de ejecución sucesiva, conocidos también como contratos de tracto sucesivo, ya sean bilaterales o unilaterales.

II. El rol del Artículo 1161-A del Código Civil: Utilidad y efectos de la excesiva onerosidad sobrevenida

En nuestro ordenamiento jurídico, la *expresión técnica* excesiva onerosidad sobrevenida produce **dos efectos**, lo demuestra así, la lectura del **artículo 1161-A del Código Civil**. En primer lugar, permite

al deudor (i) solicitar la *terminación* del contrato (*resolución*), en segundo lugar, (ii) provocar la revisión del contrato desequilibrado por un evento imprevisible, esto último se conoce en la práctica forense, como *modificación o reajuste* del contrato y en otras jurisdicciones como Francia, se denomina renegociación (*renégociation du contrat*).

El **rol** del artículo 1161-A del Código Civil Panameño es generar, a través de estos dos efectos, una **apreciación jurisprudencial**, pero tal valoración del caso por parte del juez no puede ser mecánica sino, que la noción excesiva onerosidad sobrevenida, se caracteriza por ser una de las instituciones más **restrictivas** en su aplicación jurisprudencial. Al devenir **casuística**, protege el *principio de la autonomía de la voluntad de las partes* del cual se desprende que la «voluntad» es el fundamento⁷ de la existencia y fuerza obligatoria del contrato, cuestión que no puede ser alterada arbitrariamente por el juzgador.

Por consiguiente, la autoridad jurisdiccional únicamente determina si se cumplen los *requisitos* para conceder la resolución del contrato por excesiva onerosidad o en su caso, señalar a la parte acreedora que acceda a la necesaria revisión del contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo para **restaurar** el equilibrio económico inicial con fundamento en el *principio de buena fe*.

⁷Véase en particular Marty G, Raynaud, P. Droit civil, Les obligations, Tome 1, Les sources, éditions Sirey 1988, p. 28, n° 30.

Se sigue de aquí, que, al ser aplicada la excesiva onerosidad sobrevenida, - explica **Vivas Tesón**, se produce como consecuencia técnica comprender que:

“si bien el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es una conquista jurídica del pasado, **elevarlo a dogma absoluto** y, a veces, con resultados gravemente injustos, es, a todas luces, **inaceptable**. Si la ley positiva, aplicada estrictamente, provoca efectos perniciosos, se contempla la posibilidad de utilizar este mecanismo integrador de equidad para *mitigarlos*”⁸.

Así la articulación clásica de este problema, es decir, el balance que debe existir entre el (i) principio de la autonomía de la voluntad de las partes, (ii) la equidad, (iii) el rol sustancial de la buena fe y (iv) el principio lo pactado obliga, rebasa los tendones de una discusión estrictamente filosófica, moral y de Derecho natural sobre el equilibrio justo entre los contratantes con el objeto de **evitar una posición abusiva** por parte del acreedor.

De ahí que el **artículo 1161- A** del Código Civil Panameño provoca una remembranza a la **Teoría del abuso del derecho** (*théorie de l'abus de droit*)⁹ de **Louis Josserand**, que si bien, se formuló para ser aplicada estrictamente en el Derecho francés, concretamente en tor-

⁸Vivas Tesón, Inmaculada. “La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación”, Revista Aranzadi Doctrinal, Nº 2, mayo 2010, p. 138.

⁹Véase Josserand, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, Paris, 1927, reedición por Editorial Dalloz 2006. De igual forma, Loredana, Tullio. La valeur de la théorie de l'abus de droit, Revue juridique de l'Ouest, 2015-4, p. 7 y ss.

no al derecho de propiedad privada, y por lo tanto, para ser examinada en el Derecho de bienes, también se ha sido utilizada doctrinalmente en Derecho de contratos, y a pesar de las críticas que sufrió dicha teoría, la intención de Josserand, – coincidimos con **A. Di Robilant**–, fue “la **defensa** de la **solidaridad** para fortalecer el sistema individualista de derecho privado templando sus asperezas más flagrantes”¹⁰.

En esta línea, el preclaro jurista **Lino Rodríguez-Arias Bustamante**, realizando una adaptación de la *théorie de l’abus de droit* a nuestra legislación, expone la *Teoría de los actos antinormativos*, puntualizando que:

“actualmente todas las legislaciones han impregnado de una **función socializadora** al Derecho Civil. Los criterios de *equidad y buena fe* deben guiar al titular de un derecho en su uso y ejercicio, orientándolo hacia una **concepción moderada** de sus prerrogativas”¹¹. Es pues, en este contexto, donde a nuestro juicio, se inserta la excesiva onerosidad sobrevenida y encuentra su justificación.

Cuanto queda dicho, nos permite afirmar, que el **desarrollo legislativo** de incorporar la excesiva onerosidad sobrevenida en el **Códi-**

¹⁰Di Robilant, Anna, Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law, Boston University School of Law, Public Law Research Paper No. 14-28 – 20 de junio de 2014, p. 92.

¹¹Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. El abuso del derecho, teoría de los actos antinormativos, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, tomo IV, no. 16, y tomo V, nums. 17-18, octubre-diciembre 1954 y enero-junio 1955. Disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM a través de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25392/22794>

go Civil Panameño, refleja el acogimiento de una tendencia «moderna» y «revolucionaria» en el Derecho de contratos.

Los cimientos del **artículo 1161-A**, así como de los artículos **1161-B** y **1161-C** del Código Civil, denotan una «posición partidaria» de la **Teoría de la imprevisión**, que dicho sea de paso contribuyó a crear, en nuestro Derecho, un **reforzamiento del principio de enriquecimiento sin causa** desde la perspectiva del acreedor, que amparado en las cláusulas del contrato obviaría la injusticia que comete contra el deudor, si el cumplimiento de la obligación se torna exorbitantemente costoso hasta ocasionarle ruina.

Así, pues, mediante **Ley de 18 de julio de 1992**, publicada en Gaceta Oficial Nº 22, 094 de 6 de agosto de 1992, se incorporó la excesiva onerosidad sobrevenida en el Capítulo VI, Título II del Libro Cuarto del Código Civil panameño y partir de entonces, se genera un nuevo **cauce de mitigación** de la fuerza obligatoria del contrato, que cede ante circunstancias que el deudor no pudo evitar, incluso si adoptó medidas con demasiada antelación.

De las Casas señala que esta figura, a la luz del Derecho Civil Panameño no implica que:

“el cumplimiento coloque al deudor en situación de ruina, *bastando* que la onerosidad sobrevenida resulte groseramente **repugnante** a la equidad”¹².

¹²De las Casas, Víctor. La teoría de la imprevisión en el Código civil panameño, Revista Sapientia, Año 11, Nº 1, marzo 2021, p. 11.

III. La excesiva onerosidad sobrevenida y los contratos bilaterales de ejecución continuada

Fijada la noción excesiva onerosidad sobrevenida, hay que tener en cuenta el contenido literal del artículo 1161-A del Código Civil panameño, que hace mención de los «contratos *bilaterales* de ejecución continuada», lo que a la luz de la **Teoría general del negocio jurídico** indica que estamos frente a contratos de carácter sinalagmáticos (obligaciones recíprocas) y que forman parte de la **clasificación de los contratos con base en su duración**¹³. Sin embargo, en el artículo 1161-B del Código Civil, también admite la utilización de la excesiva onerosidad en los negocios *jurídicos unilaterales* (una sola parte es deudora y la otra acreedora).

Lo anterior demuestra que la excesiva onerosidad sobrevenida se aplica solamente en *contratos de ejecución continuada* ya sean bilaterales o unilaterales, y este tipo de negocio jurídico se conoce también como **contratos de tracto sucesivo** o **contratos de tracto continuado**. Esta tipología contractual lo define De Espanés, así:

“es un contrato donde el vínculo jurídico tiene cierta permanencia y proyección temporal. La distancia temporal entre las prestaciones, y **su repetición**, justifica que se hable de contratos de tracto continuado”¹⁴.

¹³Larroumet, Christian. Teoría general del contrato, Volumen 1, Editorial Temis, 1993, p. 156 y 157.

¹⁴De Espanés, Luis Moisset. El principio del tracto sucesivo, Anuario de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba, Nº. 8, 2003, p. 190. De igual forma, para una profundización en torno a los contratos de tracto sucesivo véase AZÉMA, Jacques, La Durée des contrats successifs, Paris Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 2 n°3.

Por consiguiente, los contratos de ejecución continuada son aquellos donde las prestaciones se producen en el marco de un **único contrato**. Como lo explica Jean Carbonnier, “las prestaciones se considerarán un todo **por la unidad del negocio jurídico originario**”¹⁵.

Así ocurre, **por ejemplo**, en los contratos de construcción a largo plazo, el contrato de arrendamiento de cosas donde el deudor realiza pagos mensuales subsiguientes de alquiler, contrato de suministro de servicios, contrato de seguro, compraventas a plazo, incluso fuera del ámbito civil, se analiza la excesiva onerosidad en los contratos de trabajo¹⁶.

IV. La teoría de la imprevisión: Origen y evolución de la excesiva onerosidad sobrevenida

La «excesiva onerosidad sobrevenida» nace a partir de la **Teoría de la imprevisión** cuyos *primeros defensores* fueron los *glosadores*¹⁷. Los antecedentes históricos de la Teoría de la imprevisión se remontan a la Edad Media, con la elaboración en el **Derecho canónico**, de ideas moralistas en torno al principio *pacta sunt servanda* y el principio de equidad en la voz de **Santo Tomás de Aquino**, para quien “el incumplimiento de las promesas no constituía pecado en caso de un cambio en las circunstancias”¹⁸.

¹⁵Carbonnier Jean. Droit civil, T.2: les biens, les obligations, quinta edición, Editorial Presses Universitaires de France (P.U.F.), 1936, p.488 n° 147 y ss.

¹⁶En el caso puntual de los contratos de trabajo, véase Olarte Montes, Néstor, La teoría de la imprevisión y las relaciones laborales: a propósito de la pandemia mundial originada por el COVID-19, YachaQ: Revista de Derecho, Nº 11, 2020, pp. 81-90. De igual forma, Warren, Tracey. Work-time underemployment and financial hardship: class inequalities and recession in the UK, Work, employment and society 2015, Vol. 29 (2) pp. 191-212.

¹⁷Marty G, Raynaud, ob. cit., p. 261 n° 250.

¹⁸Vid. Zimmermann, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 576 y ss.

Al hilo de esta opinión, el profesor italiano, **Bártolo de Sassoferrato**, formula en la doctrina la **cláusula *rebus sic stantibus***, según la cual el contrato subsistirá, y, por lo tanto, subsiste la obligación del deudor, «siempre y cuando» las circunstancias en las que se celebró el negocio jurídico permanezcan iguales.

Actualmente son muchas las circunstancias imprevisibles que pueden presentarse en torno a un contrato y su ejecución (v. gr. **imposibilidad** en el cumplimiento “nadie está obligado a lo imposible”, fenómenos naturales (**caso fortuito**) -o **fuerza mayor**), pero «en el caso concreto» de la excesiva onerosidad, explica Denis-M. Philippe, se atribuye su regulación al **Derecho civil italiano**— cuando afirma que “el legislador italiano fue más rápido en intervenir que los legisladores belga y francés. El **Código Civil italiano de 1942** fue probablemente uno de los primeros códigos en regular expresamente la *excessiva onerosità* en los artículos 1467 y 1468, ante la irradiación de la cláusula *rebus sic stantibus* desarrollada por Bartolo, que se aplicaba a las catástrofes que vivió Italia, como la erupción del Vesubio o la guerra ítalo-turca”¹⁹.

Por su parte, en el **Derecho civil francés** -, la *Teoría de la imprevisión*, inicialmente experimentó escasa admisión en la jurisprudencia y la cuestión en la doctrina estuvo bastante fragmentada. La sentencia más emblemática, sobre el rechazo inicial en la jurisprudencia francesa, ocurre en 1876, con *L'arrêt Canal de Craponne*, **Sentencia de 6 de marzo de 1876**, proferida por la *Cour de Cassation*, que no admitió la pretensión de la parte actora, sobre la revisión del

¹⁹Philippe, Denis-M. *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986, XV, p. 406 y ss.

contrato. En Francia, las críticas provenientes desde la doctrina clásica consideraban que la Teoría de la imprevisión «pugnaba» con el principio lo pactado obliga y la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, cabe destacar que, en Francia, se promulgó una Ley de aplicación **temporal (Loi failliot** ²⁰ de 21 de enero de 1918) relativa a los contratos comerciales concluidos antes de la Primera Guerra Mundial que admitía la resolución del contrato por *excesiva onerosidad sobrevenida*.

No sería hasta la reforma que entró en vigencia el **1 de octubre de 2016**, con la *Ordonnance n°2016-131 de 10 de febrero de 2016*, que el Derecho contractual francés experimentaría una profunda evolución. Actualmente la noción *l'excessive onérosité* aparece regulada expresamente en el **artículo 1195 del Code Civil**²¹.

Respecto al **Derecho Civil Alemán**, por ser el **BGB** uno de los códigos más importantes en el Derecho Continental, no podíamos dejar de observar si la excesiva onerosidad sobrevenida aparece regulada en alguno de sus artículos. En Alemania, si bien no se utiliza el término excesiva onerosidad, no hay duda de la recepción de la **Teoría de la imprevisión** en el **ordinal 1 y 3 del §313 - BGB**²² (Bürgerliches Gesetzbuch) con la frase “cambio fundamental en las circunstancias” artículos que se aplica en la hipótesis de que la prestación se torne mucho más onerosa de lo previsto por los contratantes.

²⁰Loi du 21 janvier 1918 dite Failliot relative aux marches commerciaux conclus avant la 1ere guerre mondiale. Disponible a través de Légifrance - Publications officielles-: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000869154/#:~:text=Loi%20du%2021%20janvier%201918,CONCLUS%20AVANT%20LA%201ERE%20...>

²¹Código Civil de Francia, Edición limitada (annoté), versión impresa, Editorial Dalloz, 2022, p.1507.

²²Código Civil de Alemania, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 313 Störung der Geschäftsgrundlage consultado en línea a través de : https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/___313.html

IV. Breve referencia a las cláusulas de Hardship y los principios de Unidroit

Si bien el presente estudio **concentra** un análisis de la excesiva *onerosidad sobrevenida* en los contratos *entre particulares*, celebrados en la jurisdicción panameña, y por lo tanto haciendo de aplicación los artículos **1161-A, 1161- B y 1161-C del Código Civil**, en otras áreas del **Derecho Privado**, específicamente en el **Derecho Comercial internacional**, también se protege el «equilibrio económico», de grandes y pequeñas corporaciones que pueden enfrentar situaciones en las que el cumplimiento de la obligación se torna significativamente más oneroso por un hecho extraordinario e inevitable.

En tal sentido, en virtud del *principio de la autonomía de la voluntad de las partes*, los contratantes pueden hacer de aplicación, en un litigio, bien sea ante la «**justicia ordinaria**», o en la «**práctica arbitral de inversiones y arbitraje comercial**», de los **Principios de UNIDROIT** que consisten en **reglas supletorias de interpretación** de los contratos.

Los Principios de UNIDROIT, que pertenecen al *Derecho material internacional* y regulan la excesiva onerosidad sobrevenida en el **artículo 6.2.2**²³. Debemos aclarar que en el Derecho inglés la cuestión de incremento en el costo de la prestación se conoce como **Doctrine of frustration**²⁴ y en Estados Unidos como **Hardship**²⁴,

²³Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2016, p. 19 y 20. Disponible en línea a través de: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf>

²⁴Sobre el particular, véase Perillo, Joseph. Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Tulane Journal of International and Comparative Law, volumen 5, 1997, p. 22.

esta última expresión es la que más se utiliza en la contratación internacional para significar que los co-contratantes pueden redactar e insertar una *cláusula* que se active, frente a circunstancias económicas imprevistas permitiendo de común acuerdo la readecuación de los términos del contrato. Los Principios de UNIDROIT juegan un **rol complementario** en materia de Ley Aplicable, a la luz del conflicto de leyes (*conflict of laws*), y su utilización es permitida en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del **artículo 79 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá**²⁵, para ser utilizados como norma aplicable al fondo del litigio, pero **siempre y cuando** las partes lo hayan establecido en una cláusula del contrato.

Concluimos entonces que la consolidación de la noción *excesiva onerosidad sobrevenida* es una **conquista** para el Derecho Privado moderno, y no afecta el *principio de seguridad jurídica*. Al margen de toda discusión doctrinal y en términos puramente prácticos, la reglamentación de esta noción en el Derecho Civil Panameño, erigió una necesaria **moderación** del *principio lo pactado obliga* para evitar prácticas contractuales abusivas e injustas y **reequilibrar** económicamente el contrato con base en la buena fe contractual.

²⁵Ley N° 61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley 7 de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. Publicado en Gaceta Oficial No. 27885-A de jueves 08 de octubre de 2015.

Referencias

Bouthinon-Dumas Hugues, Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, Revue internationale de droit économique, 2001/3, t. XV, 3.

Código Civil Alemán (BGB), German Edition, 2022.

Código Civil de Francia –Édition limitée (Annoté) Boutique Dalloz, 2022.

Código Civil de la República de Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos S.A (SIJUSA), 2020.

De las Casas, Víctor. La teoría de la imprevisión en el Código Civil Panameño, Revista Sapientia, Año 11, N° 1, marzo 2020.

Larroumet, Christian. Teoría general del contrato, Volumen I, Editorial Temis S.A, 1993.

Philippe, Denis-M. Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, Bruylant, 1986.

Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2016.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. El abuso del derecho, teoría de los actos antinormativos, Revista de la Facultad de Derecho de

la Universidad Autónoma de México, tomo IV, no. 16, y tomo V, nums. 17-18, octubre-diciembre 1954 y enero-junio 1955.

Sentencia de 12 de diciembre de 2008, Caso Gaming & Services de Panama, S. A, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Magistrado ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Expediente 666-04.

Sentencia de 9 de octubre de 2006, proferida por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Expediente 188-03. Magistrado ponente: Alberto Cigarruista Cortez.

Starck, Boris. *Obligations, 2. Contrat*, cinquième édition, Editorial Ilitec – Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1995.

Vivas Tesón, Inmaculada. La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 2, mayo 2010.

Zimmermann, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992.

Derecho Internacional Público

La *codificación* de la responsabilidad internacional del Estado por violación de obligaciones internacionales: Valoraciones presentes

Por
Profesor Constantino Riquelme Ortiz*

Resumen: La responsabilidad internacional del Estado en el derecho internacional constituye una larga controversia doctrinaria sobre consideraciones legítimas que le permiten al principal sujeto del derecho internacional, es decir, los Estados, reclamar una afectación o daño ante un tribunal internacional. Su condición de sujeto afectado tiene sus orígenes en la sociedad de naciones hasta la década de los cincuenta, luego de culminada la Segunda Guerra Mundial, donde se faculta a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) codificar un instrumento jurídico de derecho internacional que hiciera responsable al Estado por violación de obligaciones internacionales. Las fortalezas y debilidades se han hecho presente, por la inexistencia de un tratado internacional sobre responsabilidad internacional que contextualice la reparación como obligación, y del ejercicio de poder de policía para hacer exigible la reparación de la misma.

* Jefe de Investigación y Publicaciones del Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral. Tiene un DEA en el doctorado en Derecho Internacional Público por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Coaching Directivo y Liderazgo por la Universidad de Barcelona. Maestría en Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Javeriana. Ha sido expositor internacional en Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad de Ciencias de la Seguridad del Estado de Nuevo León, Universidad de Guadalajara, México, Universidad Nacional de Quilmes, Universidad Central de Venezuela y Universidad Libre de Colombia en temas de Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional. Docente Universitario en distintas universidades panameñas a nivel de licenciatura y maestría. Autor de escritos a nivel internacional en Justicia Penal Internacional. Consultor para UNICEF y la Cruz Roja Internacional (CICR).

Palabras clave: Responsabilidad Internacional del Estado, Obligación Internacional de los Estados, Corte Internacional de Justicia, Comisión de Derecho Internacional, Estados.

Abstract: The international responsibility of the State in international law, constitutes a long doctrinal controversy on legitimate considerations that allow the main subject of international law, that is, the States, to claim an affectation or damage in an international court. Its condition as an affected subject has its origins in the society of nations until the fifties decade after the end of the Second World War, where the United Nations International Law Commission (CDI) was commissioned to codify a legal instrument of law that would make the State responsible for the violation of international obligations. The strengths and weaknesses have been present, due to the inexistence of an international treaty on worldwide responsibility that contextualizes the restoring as an obligation and of the exercise of law enforcement to demand its repair.

Key words: International Responsibility of the State, International Obligation of States, International Court of Justice, International Law Commission, States.

Introducción

La responsabilidad internacional del Estado se ha considerado en los últimos años como un eje central del Derecho Internacional Público. Lo anterior se debe a que este tema es el resultado de la personalidad jurídica general reconocida a los Estados en virtud del Derecho Internacional y del hecho que los Estados son los principales portadores de las obligaciones internacionales¹.

La naturaleza de la responsabilidad internacional ha sido abordada en el derecho internacional por la determinación de sus efectos

¹Abello – Galvis, Ricardo y Arévalo – Ramírez, Walter. Derecho Internacional Público, Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, D.C. 2019. Pág. 25.

prácticos y de sus exigencias internacionales. Dicha acción, promovida por acto de sus órganos, funcionarios o particulares, lesionando el derecho interno de otros Estados, ha logrado plantear distintas corrientes desde el derecho internacional, cuyo fin es resolver las divergencias o controversias, planteadas entre un Estado lesionado por una acción, y un Estado responsable de la acción.

Aún a pesar de distintas corrientes doctrinarias planteadas desde la antigüedad, la condición jurídica del ejercicio de soberanía de un Estado, ha sido vista como eximente en la ejecución de actos considerados responsabilidad internacional. Aunado al hecho de que la Carta de UN consagró la prevalencia del respeto a la soberanía de un Estado y de no intervención en los asuntos internos de un Estado, como los grandes principios que rigen el derecho internacional.

Los planteamientos doctrinarios tienen su antecedente en los escritos de grandes clásicos, como Hugo Grocio Virally, Anzilotti², y otros abordan, con suma avidez, los efectos de promover la responsabilidad internacional del Estado, ante la violación de una obligación contraída entre las partes, propio de que el individuo no era visto en percepción de la doctrina clásica como sujeto del derecho internacional.

²Hugo Grocio en su obra *De Jure Belli ac Pacis* (1625) expreso que "si los sujetos cometen un acto de hostilidad sin la autorización o encomienda del Estado, el Estado podrá ser responsable del mismo si fue evidente que tuvo conocimiento del mismo, tuvo posibilidades de impedirlo o poder castigarlo y no lo ha hecho". Virally en *Reflexiones sobre el Jus Cogens* (1966), destacó que, sin ciertas bases imperativas no habría posibilidad alguna de llevar adelante las relaciones internacionales y no existiría el derecho internacional. Anzilotti en su *Teoría General de la Responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional* (1902) sostuvo que la igualdad soberana de los Estados excluye la invocación por parte de un Estado de la responsabilidad de otro Estado por violaciones a los derechos de un tercer Estado (o de la comunidad de Estados como un todo). V. *Drmas de Clement, Zlata. La Inconclusa Puja entre Objetivistas y Subjetivistas en los Proyectos sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional. El Derecho Internacional entre lo Jurídico y lo Político*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, D.C. Julio, 2010. Págs. 34 - 36.

Por ello es importante referir como el derecho internacional clásico desde la segunda mitad del siglo XIX aborda la expresión “responsabilidad del Estado”, sustituyendo en gran medida el derecho de represalias y más recientemente de “intervención”. No cabe duda de que la idea de hacer responsable al Estado en el derecho internacional, es un tema de discusión permanente por parte de estudiosos del derecho internacional.

Como bien destaca el jurista internacional Remiro Brotóns³, las normas consuetudinarias que regulan la responsabilidad internacional de los Estados comienzan a ser formuladas, desde la segunda mitad del siglo XIX, por una ingente masa de decisiones judiciales y arbitrales interesadas, en una primera etapa, por los daños que los Estados causan a los extranjeros y solo excepcionalmente concernientes a daños directamente infligidos por un Estado a otro Estado.

Podestá Costa⁴ sobre el particular nos refiere que todas estas expresiones son reveladoras de puntos de vista, conceptos y procedimientos diferentes al de la responsabilidad: todas implican una acción unilateral ejercida por medio de la fuerza; todas tienen en mira a los hechos antes que al derecho.

Nociones conceptuales

Ha sido la Comisión de Derecho Internacional (CDI) quien en uno de sus emblemáticos encargos y cumpliendo con el mandato de

³Remiro Brotóns, Antonio. Derecho Internacional. Mc Graw Hill. Madrid. 1997. Pág. 410.

⁴Podestá Costa. Manual de Derecho Internacional Público. Artes Gráficas Bartolomé U. Buenos Aires - Argentina. Pág. 199.

1954, proferido por la Asamblea General (AGNU) mediante Resolución 799 (VIII), donde se le autoriza a la Comisión iniciar la codificación de principios, instituciones jurídicas, fuentes, causales y costumbres entre otros, que llegasen a constituir un régimen esencial y universal de responsabilidad internacional del Estado e igualmente desarrollar el tema de manera progresiva⁵.

Aunado al trabajo de codificación de la CDI, diversos autores, entre ellos Oppenheim⁶, describe la responsabilidad del Estado respecto a obligaciones internacionales como una “responsabilidad de carácter jurídico”, complementando que la inobservancia de una obligación jurídica internacional, constituye delito internacional y el Estado víctima de él puede, sin perjuicio de sus obligaciones de un arreglo pacífico, obligar al Estado delincuente por medio de represalias e incluso la guerra, a cumplir con sus obligaciones internacionales. Jiménez de Arechaga⁷ señala que la responsabilidad internacional del Estado puede configurarse por la lesión directa de los derechos de otro Estado, o también por un acto u omisión ilícito que causen daños a un extranjero. Camargo⁸ por su parte nos señala que si al derecho interno corresponde determinar la responsabilidad del Esta-

⁵La solicitud de la Asamblea General fue proferida en la octava sesión (VIII), Resolución 799, plenaria 468 del 7 de diciembre de 1953, motivada en promover las relaciones pacíficas entre Estados y teniendo en cuenta que la CDI había incluido el tema de la responsabilidad internacional del Estado en sus temas provisionales. V. Arévalo – Ramírez, Walter. Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos: las causales de exclusión de la ilicitud su contenido y escenario de aplicación. En Derecho Internacional: Varias visiones de un Maestro. Un Homenaje a Marcos Gerardo Monroy Cabra. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2015. Pág. 32.

⁶Oppenheim, M.A., LL.D. Tratado de Derecho Internacional Público. Tomo I – Volumen I. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1961. Pág. 357.

⁷Jiménez de Arechaga y Otros. Derecho Internacional Público. Principios – Normas – Estructura. Tomo II. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo – Uruguay. 2008. Pág. 246.

⁸Camargo, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional Público. Leyer Editores. Bogotá, D.C., Colombia. 2013. Pág.550.

do, al derecho internacional le compete regular la responsabilidad externa del Estado por hechos ilícitos de sus órganos. La Corte Internacional de Justicia ha puntualizado que no bien la responsabilidad internacional del Estado conforme al Derecho Internacional “se contesta en sentido afirmativo, resulta que debe ser una compensación como consecuencia de la afirmación de la responsabilidad”⁹.

Sobre los aportes brindados por muchos autores en el derecho internacional clásico, es importante referir sobre la naturaleza de la defensa que los mismos promueven en gran medida a la integridad del principio de no intervención, llevándolos muchas veces a cuestionar el surgimiento de una responsabilidad estatal en el campo del derecho internacional, toda vez que los mismos consideraban el desarrollo de la presente figura, como una acción unilateral de los Estados.

La responsabilidad internacional del Estado es uno de los cimientos del derecho internacional. Ante la ausencia de tribunales jerarquizados, la regla de la responsabilidad internacional del Estado provee al derecho internacional los fundamentos para sancionar los sujetos que incumplen sus normas¹⁰.

Sánchez de Bustamante, precursor del Código de Derecho Internacional de América Latina, en su análisis sobre la efectividad de la responsabilidad refiere sobre el particular a la percepción de la presente acción de los Estados conlleva responsabilidad. Diversos auto-

⁹Ibid. Jiménez de Arechaga y otros. Pág. 246.

¹⁰Pérez Vera, Jorge Enrique. El Derecho Internacional y sus Efectos en los Contratos Estatales. Universidad Externado de Colombia. 2017. Pág. 115.

res¹¹ citados por Bustamante, brindaron distintos enfoques teóricos sobre la naturaleza de la responsabilidad, al elaborar teorías que nos permiten un creciente desarrollo doctrinario, superando posiciones del derecho internacional clásico, propio de la trasgresión o comisión de un acto por un Estado, que conlleva responsabilidad.

La ejecución de hechos lesivos, desarrollada en el derecho internacional clásico sobre el elemento material correspondiente a la responsabilidad internacional, fue promovida en la doctrina como el desarrollo que un Estado posee en su carácter de principal sujeto internacional de reclamar cuando en el mismo, se ha producido una lesión causada por un Estado a un nacional¹² del otro Estado o de sus bienes ubicados en aquel país extranjero.

La lesión promovida en perjuicio de otro Estado no alcanzó un marco regulatorio positivo entre los Estados, dado el hecho de la consolidación de los Estados – Nación y la puesta en práctica de

¹¹Sánchez de Bustamante cita una diversidad de autores del derecho internacional clásico entre ellos: Accioly quien distingue la responsabilidad que resulta de la violación de la primera clase y que tiene por única sanción la conciencia internacional, de la jurídica, surgida por la violación de un deber jurídico, y que puede ser delictuosa o contractual. Antoloketz entiende que la responsabilidad por la conciencia internacional, y la jurídica de la violación de un derecho fundado en un contrato, cuasi – contrato, delito, cuasi – delito o costumbre. Oppenheim la clasifica en original y vicarius, comprendiendo en la primera que resulta de actos del Gobierno mismo o de individuos particulares que los realizan por mandato del gobierno o con su autorización; y en la segunda la procedente por actos de otro, como los autorizados de sus agentes, los de sus nacionales y los de aquellos extranjeros que residen en el territorio. Coincide con él, entre otros, Fauchille; pero Visscher le da un sentido diferente llamando responsabilidad directa a aquella en que el Estado no la asume sino en virtud de su propio hecho de otra persona de derecho internacional; es decir la infracción de otro Estado. Véase. Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio. Derecho Internacional Público. Tomo III. Habana – Cuba. 1936. Págs. 484 - 485.

¹²Sobre el particular refiere Podestá Costa que los hechos lesivos de la persona o de los bienes de los extranjeros que pueden dar origen a la responsabilidad internacional del Estado son muy diversos: malos tratamientos, prisión abusiva, denegación de justicia, cobro ilegal de multas o de contribuciones forzosas, despojo o destrucción de bienes, suspensión de la deuda pública, incumplimiento de contratos con el Estado, etc. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. cit. Pág. 202.

principios como el de respeto a la soberanía de los Estados y de no intervención en los asuntos internos de los Estados. El desarrollo de estos principios permiten un proceso evolutivo en la firme actividad alcanzada por el *jus ad bellum* en épocas anteriores y codificada por la sociedad internacional, hasta casi la segunda mitad del siglo XX, a través de la promulgación del *ius in bello*.

Sostiene Podestá Costa¹³ sobre la violación de una obligación internacional emergente, la responsabilidad internacional se traduce en la obligación de acordar una satisfacción moral, cuando la lesión es de esta especie, y consiste en dar explicaciones, presentar excusas o realizar una demostración de desagravio a los símbolos nacionales; si se han producido daños materiales, la responsabilidad se traduce en la obligación – sin perjuicio de la satisfacción moral, si esta corresponde – de restablecer las cosas en la situación en que se encontraban *restitutio naturalis*.

Con respecto a la protección de la nacionalidad por parte de los Estados, es importante recordar el contenido del Caso en materia de Arbitraje El Montijo entre Colombia – Estados Unidos en 1875¹⁴, destacando en gran medida la protección la invocación de

¹³Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Cit. Pág. 201.

¹⁴Las razones establecidas en el caso destacan que un navío norteamericano de este nombre se dedicó durante años al transporte de mercancías y pasajeros entre la ciudad de Panamá y otros puertos del mismo Estado, cuando todavía Panamá era un Estado miembro de la federación de Colombia. Como un acontecimiento más de las luchas políticas por el poder entre el entonces presidente del Estado (miembro) de Panamá, Buenaventura Correoso, y el jefe de los revolucionarios Tomás Herrera, el Montijo fue tomado por la fuerza por este último y sus socios, el 6 de abril de 1871, cuando se encontraba en un puerto colombiano reparando una avería. Dos días más tarde este grupo se constituyó en gobierno provisional, del que el mencionado Herrera se nombró a sí mismo Presidente. El apoderamiento de la nave se hizo con violencia y después que sus propietarios se hubieran negado a arrendarles el buque, cosas que habían hecho en otras ocasiones de luchas políticas y levantamientos. Véase. Puente Egido, J. Casos Prácticos de Derecho Internacional Público. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. 1991. Págs. 329 - 330.

la nacionalidad como fundamento de la protección diplomática por parte de los Estados Unidos, donde se evidencia en la exposición de motivos del conflicto la protección por parte de los Estados Unidos de la nacionalidad de las personas así como la nacionalidad de los buques.

Las causas que fundamentan el proceso, nos permiten evidenciar la protección diplomática en las cuestiones preliminares relacionadas al promoverse la protección de la nacionalidad de los propietarios perjudicados, así como del pabellón del buque. Por otra parte los argumentos vertidos con respecto al incumplimiento de las normas internas establecidas en la Gran Colombia; y finalmente se puede determinar como causa directa en el desarrollo del proceso, los problemas de autoría y participación de la imputación, toda vez que el demandado en este caso Panamá, gozaba de una condición jurídica de Estado Federal.

Lo importante de la relevancia en el tema de responsabilidad del presente arbitraje comentado, descansa en que el mismo promovió en el derecho internacional, una corrección que deriva de las competencias procedentes del gobierno central y de los gobiernos locales o federales, en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados.

Pierre – Marie Dupuy¹⁵, sobre el contenido de la responsabilidad, destaca que la misma constituye “el epicentro” de un sistema jurídico: la naturaleza de los hechos, la estructura de las obligaciones, la

¹⁵Véase. P.M Dupuy. *Le Fait Générateur de la Responsabilité des Etats*. Recueil des Cours de L'Academie de la Haye (RCADI). 1984. T. V. Pág. 21.

definición de sanciones por su violación; todo converge y se entremezcla en ella en conexión lógica y relaciones de estrecha interdependencia.

En la doctrina y jurisprudencia internacional

Los diversos intentos de establecer un proceso codificador en materia de la responsabilidad internacional se han manifestado desde el ámbito privado y público, teniendo como resultado una diversidad de aportes doctrinarios que abordan la naturaleza de la responsabilidad internacional del Estado, del que podemos señalar la opinión del insigne jurista Oppenheim¹⁶, quien nos refiere sobre el particular al comentarnos que, si se examinan las diferentes obligaciones internacionales de cuyo incumplimiento pueden derivarse responsabilidades para los Estados, es preciso distinguir entre dos clases de responsabilidad estatal: la responsabilidad principal es aquella en que incurre el Estado por sus propios actos – es decir, por los de su Gobierno –y por los actos de sus funcionarios, agentes o personas individuales, en virtud de orden o de autorización del Gobierno. La otra se determina por la responsabilidad del Estado por otros actos que los suyos propios se denomina responsabilidad subsidiaria.

Los aportes doctrinales que nos brinda Oppenheim con respecto a la diferencia en la ejecución de un acto u obligación considerado de responsabilidad del Estado, nos conducen al planteamiento, según lo expuesto por el citado autor, al destacar que la responsabilidad principal tiene su génesis en la ejecución de un acto de negligencia por parte del Estado en cumplimiento del propio deber. La negli-

¹⁶Tratado de Derecho Internacional Público. Op. cit. Pág. 357.

gencia del Estado¹⁷ en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales jurídicas constituye un delito internacional, y la responsabilidad que el Estado contrae por la ejecución de dicho delito es especialmente grave.

De suma relevancia cabe recordar lo expresado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Lagrand* (México vs. Estados Unidos), donde expresó que el derecho internacional no puede ser rehén de la maniobra, especialmente de la maniobra procesal, del derecho nacional. Ese caso es, sin duda una de las grandes reflexiones que la CIJ ha brindado sobre responsabilidad de un Estado ante otro Estado respecto a la violación del derecho internacional¹⁸.

En el fallo sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986), la CIJ, al referir a la responsabilidad de los Estados Unidos, señaló que “para que la responsabilidad internacional se vea comprometida, debería en principio probarse que estos tenían el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares, en el curso de las cuales las violaciones en cuestión se habían producido”¹⁹.

Por su parte el fallo *Trail Smelter* (1938) de Estados Unidos vs. Canadá sobre daños ambientales, señaló la CIJ que ningún Estado tiene derecho de usar o permitir el uso de su territorio de tal modo que cause daño por emanaciones dañinas al territorio de otro Esta-

¹⁷Tratado de Derecho Internacional Público. *Ibid.* Pág. 150.

¹⁸Singh, Prabbakar. *Derecho Internacional de la Responsabilidad del Estado Hoy*. Ureña, René (Coordinador) *Derecho Internacional. Poder y Límites del Derecho en la Sociedad Global*. Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., Colombia. Pág. 466.

¹⁹Vallarta Marrón, José Luis. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. México. 2016. Pág. 260.

do. Goldie²⁰ sobre el particular señala que existe una diferencia entre “responsibility” y “liability” y plantea una dicotomía en el campo del derecho internacional, principalmente frente a los problemas de contaminación.

Fundamenta al respecto el ilustre jurista internacional Remiro Brotons²¹ sobre el origen de la responsabilidad que en todo ordenamiento jurídico la piedra de toque de su eficacia descansa en gran medida sobre el régimen de la responsabilidad, el cual descansa sobre el conjunto de reglas que regulan los efectos de conductas lesivas de derechos subjetivos.

Vallarta Marrón²² enumera tres (3) elementos de la responsabilidad internacional: 1) la violación de una obligación prevista en el derecho internacional vigente; 2) el acto ilícito debe ser imputable al Estado, y 3) el daño debe ser identificado como consecuencia del acto ilícito.

Los aportes brindado por distintos relatores de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas, acerca de promover el desarrollo de un marco jurídico internacional que brinde aspectos sustantivos y procesales sobre el alcance de la responsabilidad internacional del Estado, frente a la comisión de la violación de una obligación internacional, a través de la conformación del proyecto

²⁰Goldie señala que el concepto de “responsibility” va a ser entendido como la serie de obligaciones por las cuales tiene que responder un Estado, en tanto que “liability” vendría a denotar las obligaciones de indemnización o compensación que se generan por el incumplimiento de deberes jurídicos, en particular aquí deberes de prevención. Citado en Jurisprudencia Internacional por Daños Fronterizos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. Pág. 17.

²¹Derecho Internacional. Op. cit. Pág. 409.

²²Derecho Internacional Público. Op. cit. Pág. 249.

de responsabilidad internacional del Estado por un hecho ilícito internacional (2001), constituye la larga controversia doctrinaria en el derecho internacional.

Roberto Ago, quien se encargó de fijar la estructura y orientación básica del Proyecto de 2001, señaló que los principios que rigen la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos internacionales y en mantener una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponen a los Estados, obligaciones cuya violación puede entrañar responsabilidad²³.

En particular, los relatores de la CDI al constituir la responsabilidad de los Estados, han seguido la tradición del derecho civil, buscando la idea de articular reglas homogéneas y generales de responsabilidad. Ago (1970) “la define como una regla y el contenido de la obligación que impone, y otra, determinar si esa obligación ha sido violada y cuáles deben ser las consecuencias de la violación”²⁴.

Cuando un Estado incurre en responsabilidad internacional por la comisión de un hecho ilícito en violación del derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, está obligado a reparar el daño causado y a indemnizar a la víctima de acuerdo con la teoría general de las obligaciones civiles²⁵.

Desde el contenido de la sentencia en el caso entre Alemania vs. Polonia (1928), conocido como “Fábrica de Chorzow”, el Tribunal

²³Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53º período de sesiones (23 de abril al 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). AGNU. Suplemento Nº 10 (A/56/10). Pág. 38.

²⁴Derecho Internacional. Poder y Límites del Derecho en la Sociedad Global. Op. cit. Pág. 458.

²⁵V. Tratado de Derecho Internacional Público. Op. cit. Pág. 569.

Permanente de Justicia Internacional estableció la obligación de reparar como un principio del derecho internacional. Sobre el alcance interpretativo brindado, la CPJI nos detalla los mecanismos que se pueden establecer en el campo de la reparación, así como la cuantificación ante el daño causado. En el mismo sentido, en el Caso *Rainbow Warrior* (1990), el Tribunal se refirió a “cualquier violación de una obligación por el Estado”.

Con respecto a los fundamentos de la responsabilidad de los Estados por la ejecución de hechos ilícitos, podemos referir a cuatro teorías planteadas por Camargo que derivan en la evolución del derecho internacional. Sobre el particular Camargo nos enfatiza la conformación de la teoría de la falta²⁶ (*maleficium*); la teoría objetiva del riesgo; la teoría de la imputabilidad; y la teoría del orden jurídico internacional.

Por su parte, los aportes teóricos generados nos permiten valorar los límites y consecuencias de haber incurrido en responsabilidad internacional por parte de los Estados al incurrir en la ejecución de una violación por acción o por omisión, es decir la violación de un de-

²⁶Con respecto a la teoría de la falta (*maleficium*), Camargo nos destaca que la misma se trata de la más antigua esbozada por Hugo Grocio: si por culpa de un Estado, predeterminada por una acción u omisión de una obligación internacional, se comete una falta o se causa un daño a otro Estado, hay responsabilidad internacional, en principio, y el Estado responsable está obligado a reparar el daño causado. Por su parte la Teoría Objetiva del Riesgo, promovida por Anzilotti, destaca la idea de garantía recíproca como fundamento del orden internacional. Para esta doctrina hay una evidente relación de causalidad entre la actividad del Estado y el acto ilícito internacional. Por su parte la Teoría de la Imputabilidad por Hechos Ilícitos del Estado se cimienta en decisiones adoptadas por los tribunales internacionales. Fundamenta la responsabilidad internacional en dos requisitos: a) que el hecho ilícito (acción u omisión) sea real y efectivamente atribuible a un Estado; y b) que ese hecho ilícito sea en violación del derecho internacional o se traduzca objetivamente en el incumplimiento de una obligación internacional del Estado. Con respecto a la Teoría del Orden Jurídico Internacional, destaca que el fundamento mismo de la responsabilidad internacional y en la necesidad de que los Estados se encuentran de observar ciertas reglas de conducta en sus relaciones mutuas. Tratado de Derecho Internacional. Tomo I. Ed. cit. Pág. 483.

ber establecido en las reglas de derecho internacional que promueve, en la medida, el surgimiento de una regla jurídica nueva.

Han sido los aportes doctrinales y jurisprudenciales con respecto a la responsabilidad de los Estados por daños ocasionados a extranjeros, los que han brindado precedentes y han permitido, al respecto, un desarrollo en la codificación de la responsabilidad de los Estados por daños directos. Cabe destacar la relevancia de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho internacional de la responsabilidad, la cual se aplica en todo el ámbito de las obligaciones internacionales.

Por ello es importante referir sobre las consecuencias derivadas de la violación de la obligación o la ejecución del acto considerado hecho ilícito, la cual promueve en gran medida la (responsability) o responsabilidad en el derecho internacional. Dicha acción recae en la omisión de un deber de derecho internacional considerado en gran medida como la ejecución de una violación primaria por parte de un Estado; y la segunda, es decir, las consideradas secundarias emergen cuando nos encontramos frente a tipos de infracciones de derecho internacional, cuya posible justificación, determina las consecuencias jurídicas y el deber de restablecer el daño inferido *restitutio in integrum*.

El restablecimiento de las cosas a su primitivo estado *restitutio in integrum*²⁷, en el derecho internacional, surge producto del cumplimiento de la obligación por parte del Estado, resarcando el daño

²⁷El propósito de la restitución es especie, es restablecer la situación que hubiera existido de no haber ocurrido el acto u omisión ilícitos, mediante el cumplimiento de la obligación que el Estado dejó de cumplir; la revocación del acto ilícito; o la abstención de una actuación inícuca adicional. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. cit. Pág. 535.

causado, es decir, influyendo en gran medida, ante la reparación prevista por la infracción de una obligación internacional.

Violación de una obligación internacional

La doctrina clásica preveía un solo régimen para la responsabilidad de los Estados con independencia del carácter de la obligación violada. Posterior a la creación de Naciones Unidas se desarrolló la necesidad de distinguir entre violaciones que preocupan y lesionan a toda la humanidad y las que lesionan en especial a un Estado o, si se quiere, a un grupo de Estados; la gravedad y el alcance serían los criterios para distinguir²⁸.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 define norma imperativa de derecho internacional general aquella que es “reconocida” o “aceptada” por la comunidad internacional. La norma *jus cogens* deviene del derecho natural (*jusnaturalismo*), y de las normas jurídicas internacionales (*juspositivismo*).

El proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) se constituye cada día en una fuente del derecho internacional, siendo referente en escritos de grandes académicos y de los órganos de solución de controversias. Sus cinco (5) capítulos y 59 artículos comprenden la importancia y relevancia que las distintas relatorías han generado sobre la relevancia de crear un Convenio que regule conforme a principios y reglas del derecho internacional, aspectos sustantivos y procesales del alcance y eficacia de la responsabilidad internacional de los Estados.

²⁸Derecho Internacional Público. Op. cit. Pág. 265.

Prueba de ello es la opinión consultiva del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar (TIDM), quien en febrero de 2011 sostuvo sobre el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, que los mismos son considerados reflejo del derecho internacional consuetudinario, señalando que la falta de un Estado parte de cumplir con sus obligaciones, que no resulta en daños materiales, está cubierta por el derecho internacional consuetudinario²⁹.

Conclusiones:

1. La responsabilidad internacional del Estado ha sido objeto de interpretaciones y valoraciones por grandes autores que han forjado una visión del derecho internacional. Desde Hugo Grocio, considerado el forjador del derecho internacional, hasta Roberto Ago y otros autores contemporáneos han dotado de elementos su valoración acerca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado, en el campo internacional.
2. La idea de constituir un orden jurídico internacional, que regule las relaciones entre los pueblos, tiene su génesis en el vínculo del derecho natural, promoviendo a través de su conformación que su expresión adquiriera su carta de naturaleza en la mayoría de los estados del mundo, siendo relevante las distintas teorías establecidas sobre el desarrollo y avance de la responsabilidad internacional del Estado.
3. La Carta de Naciones Unidas dispone, en su artículo 13, numeral 1, que la Asamblea General (AGNU) promoverá y hará re-

²⁹Derecho Internacional. Poder y Límites del Derecho en la Sociedad Global. Op. Cit. Pág. 456.

comendaciones para los fines siguientes como lo son el de “fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

4. Por su parte la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, desde la década de los cincuenta, ha tenido como labor codificar un instrumento jurídico que represente la cristalización del derecho a la responsabilidad del Estado, en el campo del derecho internacional.
5. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha brindado grandes aportes sobre el alcance y efecto de la responsabilidad internacional de los Estados en el campo del derecho internacional. Desde la década de 1920, el TPJI se pronunciaba mediante sentencia en el Caso de la Fábrica de Chorzow sobre la obligación de reparar ante el daño causado.
6. Analizar los distintos elementos de constitución de la responsabilidad internacional ha sido una labor progresiva y de mucho debate en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). La misma ha creado diversas relatorías desde García de Amador, Roberto Ago, W. Riphagen, Gaetano Arangio – Ruiz y James Crawford quienes, a través de diversos períodos, han presentado propuestas de hacer presente la responsabilidad de los Estados por la comisión de la violación de una obligación internacional, finalizando a través de la ilicitud.
7. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³⁰ o Convención sobre el Derecho de los Tratados dispone en sus reglas de interpretación la obligación para cada una de las

³⁰Aprobada por Panamá, mediante Ley 17 de 1979 “Por la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. Véase Gaceta Oficial No. 19106 del 7 de julio de 1980.

partes (Estados) de respetar el contenido de lo suscrito, conforme a lo previsto en los artículos 26 (Buena Fe); 27 (Pacta Sunt Servanda), y los artículos 53 y 64 (Normas Jus Cogens) que han sido objeto de interpretación conforme al análisis de una violación por tribunales internacionales, que tienen competencia para juzgar a los Estados parte.

Referencias

Abello – Galvis, Ricardo y Arévalo – Ramírez, Walter. Derecho Internacional Público, Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, D.C. 2019.

Arévalo – Ramírez, Walter. Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos: las causales de exclusión de la ilicitud su contenido y escenario de aplicación. En: Derecho Internacional: Varias visiones de un Maestro. Un Homenaje a Marcos Gerardo Monroy Cabra. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2015.

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

Camargo, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional Público. Leyer Editores. Bogotá, D.C., Colombia. 2013.

Drnas de Clement, Zlata. La Inconclusa Puja entre Objetivistas y Subjetivistas en los Proyectos sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional. El Derecho

Internacional entre lo Jurídico y lo Político. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, D.C. Julio, 2010.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53º período de sesiones (23 de abril al 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). AGNU. Suplemento No 10 (A/56/10).

Jiménez de Arechaga y otros. Derecho Internacional Público. Principios – Normas – Estructura. Tomo II. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo – Uruguay. 2008.

Oppenheim, M.A., LL.D. Tratado de Derecho Internacional Público. Tomo I – Volumen I. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1961.

P.M Dupuy. Le Fait Générateur de la Responsabilité des Etats. Recueil des Cours de L'Academie de la Haye (RCADI). 1984.

Pérez Vera, Jorge Enrique. El Derecho Internacional y sus Efectos en los Contratos Estatales. Universidad Externado de Colombia. 2017.

Podestá Costa. Manual de Derecho Internacional Público. Artes Gráficas Bartolomé U. Buenos Aires – Argentina.

Puente Egido, J. Casos Prácticos de Derecho Internacional Público. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. 1991.

Puente Egido, J. Casos Prácticos de Derecho Internacional Público. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. 1991.

Remiro Brotóns, Antonio. Derecho Internacional. Mc Graw Hill. Madrid. 1997.

Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio. Derecho Internacional Público. Tomo III. Habana – Cuba. 1936.

Singh, Prabbakar. Derecho Internacional de la Responsabilidad del Estado Hoy. Ureña, René (Coordinador) Derecho Internacional. Poder y Límites del Derecho en la Sociedad Global. Universidad de los Andes. Bogotá, D.C., Colombia.

Vallarta Marrón, José Luis. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa. México. 2016.

Derecho Procesal Penal

Propuesta para aumentar los *delitos desistibles* dispuesto en el artículo 201 del Código Procesal Penal

Por
Dr. Ricaurte Soler Mendizábal*

Resumen: *El presente ensayo tiene por finalidad generar un debate científico y académico sobre los delitos desistibles, establecidos en el artículo 201 del Código Procesal Penal, toda vez que estos delitos son taxativos. Este artículo dificulta que otros tipos de delitos puedan ser abordados a través de los Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos Penal. En el estudio proponemos otros tipos de delitos que puedan ser tomado en consideración para ampliar el listado existente.*

Palabras clave: *Desistimiento, Delitos Desistibles, Solución de Conflictos, Mediación, Jurisprudencia.*

Abstract: *The purpose of this essay is to generate a scientific and academic debate on crimes to desist, established in article 201 of the Criminal Procedural Code, since these crimes are exhaustive. This article makes it difficult for other types of crimes to be addressed, through the Alternative Criminal Conflict Resolution Procedures. In the study we propose other types of crimes that can be taken into consideration, to expand the existing list.*

*Doctor en Derecho Procesal por la Universidad Autónoma de Nuevo León-México. Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Latina de Panamá, postgrado en Docencia Superior por la Universidad del Istmo, postgrado en Mediación por la Universidad de Panamá y postgrado en Mediación y Negociación por la Universidad Tecnológica de Panamá. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Es docente Universitario y director de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial. Es autor de numerosos artículos y libros entre los cuales se destacan: Proceso de Juzgamiento de Faltas Laborales, El Arbitraje, La Conciliación y La Mediación. Métodos Alternos de Solución de Conflictos. La Justicia Restaurativa en Panamá. Correo electrónico. ricaurtesoler@gmail.com

Key words: *Withdrawal, Crimes to Desist, Conflict Resolution, Mediation, Jurisprudence.*

Sumario:

1. Desistimiento. 2. Delitos Desistibles en el Código Procesal Penal. 3. Comparación de las Legislaciones de Colombia y México sobre los Delitos Desistibles. 4. Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia sobre los Procedimientos Alternos de Resolución de Conflictos Penal. 5. Propuesta para ampliar los delitos desistibles en el Código de Procesal Penal. Conclusiones. Bibliografía.

Desistimiento

El desistimiento es una forma de terminación del proceso penal, en donde la víctima en forma unilateral, voluntaria, desiste que se continúe con el proceso penal y de la pretensión punitiva, con esto se extingue la acción penal.

Se define el desistimiento como una “declaración o voluntad de la parte en el sentido no proseguir con el proceso, con un recurso, una impugnación u oposición que inició. La respectiva resolución extingue el proceso o el recurso sin que se haya de decidir sobre el mismo.”¹

Para Hernán Fabio López Blanco, considera que “el desistir implica renunciar de manera total o parcial, incondicional o con reserva a

¹FÁBREGA P, Jorge y CUESTAS, Carlos. Diccionario de Derecho Procesal Civil y Penal. Edit. Jurídica Panameña. Panamá .2010. p. 130.

las pretensiones de la demanda; es una manifestación del principio dispositivo; así como el actor pone en movimiento el órgano jurisdiccional en la rama civil con la pretensión de una demanda, del mismo modo puede él ponerle fin a la actuación que inició.”²

Existen distintas formas de desistimiento, como son: “el desistimiento de la demanda, tenemos, en realidad, una actitud del actor por cuyo medio retira el escrito de demanda, antes de que esta haya sido notificada al demandado. En este caso, la relación procesal aún no ha surgido. El desistimiento de la instancia implica, por el contrario, que el demandado ya ha sido llamado y entonces se requerirá su consentimiento expreso para que surta efectos el desistimiento del actor. Finalmente, en el mal llamado desistimiento de la acción, lo que en realidad se tiene es una renuncia del derecho o de la pretensión; en este caso el desistimiento prospera aún sin el consentimiento del demandado.”³

De conformidad con nuestra legislación penal, el desistimiento es de la acción que extingue la persecución del delito, conforme lo señala el artículo 115, numeral 2 del Código Procesal Penal. Además, el desistimiento es un acto voluntario y libre de la víctima de no continuar más con el proceso penal. Esto implica la renuncia de su pretensión y de aquellos derechos que considera que hayan sido vulnerados por el imputado.

²LÓPEZ BLANCO, Fabio Hernán. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General. Tomo I. 4 ed. Editorial Temis. Colombia. 1985, p. 490.

³MARTÍNEZ, Javier Jiménez. Las Formas Alternas para la Solución de Controversias Penales. Editorial Flores. México. 2016, pp. 19-20.

El elemento más importante del desistimiento, para Diego Araque Moreno, “es que si la persona de forma voluntaria evita la producción del resultado a cuya realización había dado ya comienzo, no habrá lugar a ningún tipo de sanción penal. Esto, por lo menos en relación con el punible por el cual se estaría desistiendo, siendo esta, como se viene de sostener, la consecuencia jurídica más importante en materia de desistimiento”.⁴

Para que se dé el desistimiento es necesario reunir las siguientes condiciones, según lo dispuesto en el artículo 202 del Código Procesal Penal, que: 1. Se haya pactado la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. 2. En caso de que el delito sea por violación del domicilio, el mismo no haya sido efectuado con violencia, con armas o por más de dos personas. 3. No procede el desistimiento en el caso de homicidio culposo cuando el imputado esté bajo los efectos de bebidas embriagantes, drogas o sustancias que produzcan dependencia física o síquica, o cuando el agente abandone, sin justa causa, el lugar de la comisión de los hechos. 4. En los delitos de derechos laborales solo procede cuando el empleador-imputado remita las cuotas o deducciones realizadas al salario del trabajador a la autoridad correspondiente antes de juicio oral.

Estas son las limitaciones que impone el Código Procesal Penal al Juez de Garantías, para que el mismo sea admisible el desistimiento. El procedimiento que contempla el Código Procesal Penal para su aprobación por parte del Juez de Garantías es el siguiente: 1. Solicitud de la audiencia de desistimiento debe ser con el consentimiento de la víctima, ante el Juez de Garantías. 2. Esta debe contener el

⁴MORENO, Araque Diego. El Desistimiento y Derecho Penal. Editorial IBÁÑEZ. Colombia. 2008, p. 151.

acuerdo reparatorio. 3. Debe ser presentado en la fase de investigación hasta antes de la apertura del juicio oral. 4. El Juez de Garantías verificará las condiciones para su admisibilidad. 5. Aprobado el acuerdo reparatorio, declarará la extinción de la acción penal, artículo 115, numeral 2 del Código Procesal Penal. 6. La resolución que decida el desistimiento es irrecurrible. 7. En caso de que no reúna las condiciones procesales para su admisibilidad, continuará el proceso penal en la fase que corresponda, de conformidad con el artículo 203 del Código Procesal Penal.

En caso de que se incumpla el acuerdo reparatorio pactado, el afectado puede recurrir a la jurisdicción civil para hacer valer su derecho mediante un proceso ejecutivo, al tenor del artículo 1612 y siguientes del Código Judicial.

II. Delitos Desistibles en el Código Procesal Penal

El artículo 201 del Código Procesal Penal establece los tipos de delitos que pueden ir a los Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos. Entre los cuales tenemos los siguientes:

Artículo 201. Homicidio culposo, lesiones personales y lesiones culposas. Hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque. Incumplimiento de deberes familiares y **actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad. Evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecten bienes del Estado.** Calumnia e injuria. Inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad del secreto. Falsifica-

ción de documentos en perjuicio de particulares.
**Contra la propiedad intelectual que no causen
peligro a la salud pública.**

Las negritas son los nuevos delitos que se introduce con el Código Procesal Penal, con referencia al artículo 1965 del Código Judicial. Estos son los tipos de delitos que pueden ir a mediación o conciliación.

Cada uno de estos delitos generan lazos emocionales que los mediadores y conciliadores deben manejar, porque es imposible que no tenga emociones, debido a que son experiencias que pueden ser positivas o negativas.

Estas experiencias pueden afectar el comportamiento humano. Las emociones positivas pueden ser la alegría, amor y el estado de felicidad, entre otras. Las emociones negativas serían lo contrario, el dolor, el miedo, la angustia, entre otras. Estas emociones, dentro de los encuentros o sesiones de mediación o conciliación, deben ser controladas por los terceros neutrales e imparciales.

Roger Fisher, considera para afrontar las “emociones deben basarse en cinco expectativas: aprecio, afiliación, autonomía, estatus y rol. Puede utilizarlas como palancas para propiciar emociones positivas en usted mismo y en otros.”⁵

Estas emociones son la que deben reflexionar el mediador penal en las sesiones que realiza. Es por eso que cada uno de los delitos que

⁵FISHER, Roger y SHAPIRO, Daniel. Las Emociones de la Negociación. Editorial Grupo Norma. Colombia: 2007, p. 21.

admiten desistimiento tiene su propia característica, que el mediador o conciliador tienen que considerar, al momento de realizar estas sesiones, sobre todo con los nuevos delitos desistibles.

III. Comparación de las Legislaciones de Colombia y México, sobre de los Delitos Desistibles

En el derecho comparado, las distintas legislaciones consideran que delitos deben estar contempladas en el Código Procesal Penal, porque se distinguen de otros delitos, pues estos son querellables de acción privada, que pueden utilizar otras formas para solucionar los conflictos penales.

Para Ramón Álzate y Carlos Romera, consideran sobre estos delitos deben estar: “conforme a las normas del Código Penal no tienen por qué coincidir con la gravedad percibida subjetivamente; ni todos los delitos graves deben quedar excluidos, ni todos los hechos leves, como faltas, son idóneos para ser objeto de mediación. Además, cabe la posibilidad de que participen en el proceso otras personas, cumpliendo roles de víctimas subrogadas o vicarias, teniendo en cuenta las características de cada caso.”⁶

El Código Procesal Penal Colombiano, en su artículo 74, establece que puede ir a conciliación obligatoria, como requisito de procedibilidad de los delitos que son querellables. Estos son los siguientes:

⁶ALZATE SÁEZ DE HEREDIA Ramón y ANTÓN, Carlos Romero. **Los servicios de mediación penal de Bilbao y Barakaldo**. Experiencias de Justicia Restaurativa. Simposio sobre Tribunales y Mediación. Editorial Hygnes. España, p. 200.

Artículo 74. Delitos que requieren querrela. Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.
2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produzcan incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112, incisos 1º y 2º); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1º); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1º); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2º); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de

ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3°); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445).

También puede ir a conciliación, según lo dispuesto en el artículo 524 de la Ley Procesal Penal Colombiana, los delitos cuya pena mínima es de 5 años de prisión. Para César Román Tello Solando, considera al respecto:

“Podría ser muy extenso el análisis comparativo entre la norma nuestra y la colombiana, sin embargo, sostenemos que los últimos marcan una propuesta

en la dirección correcta, bajo la premisa de establecer un límite a delitos mediabiles, tomando en cuenta aquellos que tengan fijada pena de prisión hasta cinco años.”⁷

Nuestro Código Procesal Penal, en comparación al Código Procesal Colombiano, es limitado, porque en Colombia pueden ir a conciliación todos aquellos delitos cuya pena sea hasta 5 años. En nuestro país no está regulado de esa forma, sino que solo son pueden ir a mediación o conciliación aquellos delitos determinados en el artículo 201 del Código Procesal Penal.

Con relación a México, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 187 solamente admite acuerdos reparatorios en los siguientes casos:

“Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios. Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

1. Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido;
2. Delitos culposos, o
3. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

⁷TELLO SOLANO, Román. Métodos Alternos a la Solución de Conflicto en el Sistema Penal Acusatorio. Editorial Mizrahi & Pujol. Colombia. 2021, p. 71.

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a delitos dolosos, salvo que hayan transcurrido dos años de haber dado cumplimiento al último acuerdo reparatorio, o se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas.

Tampoco serán procedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto o cuando hayan transcurrido cinco años desde dicho incumplimiento”.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo citado, puede ir a las soluciones alternas, los tipos de delitos que son perseguibles por querrela, los culposos y de los delitos patrimoniales. Esto también va a depender del Estado Federativo, pues en Baja California puede ir a estos tipos de proceso cuya pena no excedan en cinco (5) años y en el Estado de Nuevo León, según el Artículo 3 Fracción VII, los delitos cuya pena sea seis (6) años, según el Código de Procedimiento Penales del Estado de Nuevo León.

De igual forma, no podrán ir a estos mecanismos de solución de conflictos los que hayan celebrado acuerdo reparatorio dentro del término de dos (2) años, del último cumplimiento del acuerdo reparatorio o que se trate de delitos de violencia intrafamiliar o sus equivalentes. Así mismo, cuando haya incumplido los acuerdos reparatorios, exceptuándose en aquellos casos que fue absuelto o pasado cinco (5) años del incumplimiento del acuerdo reparatorio.

Para Rosa María Reyes Nicasio y Anel Retama Jácome, hacen una clasificación de los delitos desistibles o querellables, tomando dos supuestos, los que son perseguible por querrela y los que no excedan de cinco (5) años; estos son los siguientes:

1. “ Delitos perseguibles por querrela

Delito de lesiones contenidas en los artículos 143, 144 y 146 del código penal, sin embargo, en cuanto al artículo 146 se cometiere en forma dolosa no encuadra en el puesto de ser un delito mediable ya que su persecución es oficiosa empero en el caso de que el responsable de las lesiones, repare el daño disminuye la sanción de uno a cuatro años de prisión.

Homicidio y lesiones personales culposo, cuando el pasivo sea pariente colateral hasta cuatro o esté unido con estrecha amistad con el activo, siempre que no actué bajo influjo de las bebidas embriagantes, drogas o enervantes. Artículo 155.

Delito de abandono de lesionado. Artículo 167.

Peligro de Contagio. Artículo 168.

Privación de Libertad. Artículo 169.

Constreñimiento a la prestación de servicios y de reducción a la servidumbre. Artículo 170.

Amenazas. Artículo 176.

Allanamiento de morado. Artículo 177.

Allanamiento en Local comercial o profesional. Artículo 178.

Violación entre cónyuges. Artículo 183.

Estupro. Artículo 185.

Abusos erótico sexuales. Artículo, 187-a y 187-b.

Salvo el cometido por servidor público o contra menor o incapaz.

Secuestro simulado entre cónyuges, concubinos, ascendiente y descendiente, adoptante, tutor y pupilo, hermanos, madrastra, o padrastro o hijastro, Artículo 175-B.

Difamación. Artículo 198.

Calumnia. Artículo 189.

Robo simple de las Fracciones I, II del artículo 191.

Robo de Uso. 193.

Robo en cosa propia. Artículo 195.

Robo entre parientes. Artículo 197.

Abuso de Confianza. Art. 198.

Abuso de Confianza en Cosa Propia. Art. 199.

Fraude. Art. 201.

Fraude por Doble Ventana. Art. 202. Fracción I

Fraude por Simulación. Art. 202. Fracción II

Administración Fraudulenta. Art. 203.

Usura. Art. 205.

Despojo. Art. 206.

Despojo Agravado. Art. 208.

Daños, salvo que concurra con Homicidio o Lesiones graves. Art. 210.

Incumplimiento de las obligaciones. Familiares. Art. 215.

Violencia intrafamiliar, salvo que se cometa contra menores de 18 años de edad o incapaces. Art. 221.

Responsabilidad Médica. Art. 229-a.

Violación de correspondencia entre ascendiente y descendiente, cónyuges o concubinos, parientes ci-

viles o hermanos. Art.231.
Abandono de defensa. Artículo 265. Fracción I
Ejercicio arbitrario del propio derecho. Art. 278.
Delitos contra la Hacienda Pública (Defraudación
Fiscal y figuras equiparadas). Arts. 279, 280,281 y
282.

2. Delitos patrimoniales

1. Robo. Arts., 191. Fracciones III y IV
2. Robo de Cuantía indeterminada. Art. 192.
3. Robo calificado. Art. 194, salvo que se cometa con violencia sobre las personas o cosas.
4. Robo de ganado. Art. 194-A.
5. Robo de ganado. Art.194-B. Fracción I.

3. Delitos con punibilidad que no exceden de cinco años de prisión

1. Lesiones dolosas que dejan cicatriz notable y visible. Artículo 144.
2. Lesiones dolosas que cause debilitamiento, disminución o perturbación de cualquier función, cuando se repare el daño. Artículo 146.
3. Tentativa de lesiones si no puede determinar su grado. Artículo 149.
4. Homicidio culposo. Artículo 153-b.
5. Abandono de personas. Artículo 165.
6. Omisión de Auxilio. Artículo 166.
7. Responsabilidad Médica. Artículo 229-b.

8. Violación de Correspondencia. Artículo 231
- Aborto. Artículo 159 y 160.
9. Secuestro. Artículo 175.
10. Abusos Eróticos Sexuales en personas incapaces o menores de 12 años. Artículo 187.
11. Bigamia. Artículo 127.
12. Incesto. Artículo 218 y 219.
13. Tráfico de Menores. Artículo 220.
14. Violencia Intrafamiliar contra menores e incapaces. Artículo 221.
15. Violación a las Leyes de Inhumación y Exhumación. Artículo 222.
16. Pandillerismo y Asociación delictuosa. Arts. 223 y 224. Armas prohibidas. Artículo 226.
17. Ataques a las vías de comunicación. Artículo 230.
18. Falsificación de sellos y marcas. Artículo 232.
19. Uso de documento falso. Artículo 234.
20. Usurpación de profesión. Artículo 235.
21. Empleo de menores en centro de vicios. Artículo 238.
22. Lenocinio. Artículo 240.
23. Sedición. Artículo 243.
24. Motín. Artículo 244.
25. Usurpación de funciones públicas. Artículo 251.
26. Abandono de funciones públicas. Artículo 252.
27. Variación de nombre o domicilio. Artículo 254.
28. Desobediencia de particulares. Artículo 255.
29. Tráfico de Influencias. Artículo 258.

30. Quebrantamientos de sellos. Artículo 260.
31. Delito de prevaricato, falsedad y dilación de negocios. Artículo 265.
32. Falsedad de Denuncias. Artículo 267.
33. Evasión de presos. Artículo 269.
34. Quebrantamiento de sanciones. Artículo 273.
35. Encubrimiento. Artículo 274, 275-B.
36. Omisión de denuncia. Artículo 276.
37. Delitos Electorales.
38. Delitos contra el medio ambiente”.⁸

Para que este mecanismo proceda debe existir el perdón del ofendido, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal Federal que dice:

“Artículo 93. El perdón del ofendido o del legítimo para otorgarlo sólo podrá otorgarse cuando se hayan reparado la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, éste extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

⁸REYES NICASIO, Rosa María, JÁCOME, Anel Retama. “Mediación Penal como instrumentos de la reparación del daño en el nuevo sistema de justicia.” En *Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos y la Justicia Penal*. Ramón Ernesto Badillo Aguilar, Rosa María Reyes Nicasio, Gabriel Campos Piña. (Coordinadores) Universidad Autónoma de Nuevo León. México. 2014. pp. 8792.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor”.

Con relación a este artículo “El perdón del ofendido, en un proceso de orden criminal, puede presentarse como consecuencia de la aplicación de la mediación, en virtud de que el uso de mecanismos alternos para solución de conflictos abrevia el resultado del trance planteado por los contrincantes, y se formula el acuerdo reparatorio; si este se cumple se cierra el ciclo para el ejercicio de la acción penal.

Las causas de la extinción de la pretensión punitiva, de conformidad con lo que señala el Código Penal Federal, son entre otras el perdón del ofendido en los delitos querrela”.⁹

⁹CABELLO TUERINA, Paris Alejandro y GORIÓN GÓMEZ, Gabriel Jesús. “Mediación y acuerdo reparatorio, el trayecto a la extinción penal. Aproximación del Código Penal Federal y el Código Procesal Penal del Estado de Nuevo En

Los parámetros que establece la ley mexicana son muy amplios para poder recurrir a estos procedimientos de justicia restaurativa. Las legislaciones colombianas y mexicana establecen como parámetros para recurrir a los procedimientos de solución de conflictos, no solo el tipo del delito, sino también la pena que oscila en Colombia de cinco (5) años prisión y México puede variar según el Estado de cinco (5) o seis (6) años prisión.

IV. Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, sobre los Procedimientos Alternos de Resolución de Conflictos Penal

La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha dictado diferentes sentencias en cuanto a los Procedimientos Alternos de Resolución de Conflictos Penal, con lo cual establece algunos criterios al respecto y orientando a los jueces, magistrados, abogados, mediadores y comunidad jurídica, sobre lo relacionado con estos temas. Entre las sentencias están las siguientes:

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 22 de marzo de 2017, cuando expresa:

“el Pleno comparte el criterio esbozado por el Tribunal A quo, en el sentido de que al acogerse el desistimiento presentado por la víctima no estamos ante una decisión arbitraria que infringe los artículos 17 y 32 de la Constitución Política, sino por el

Justicia en el Marco de los Derechos Humanos, La Equidad y la Justicia Alternativa "Perspectiva Panameña y Mexicana". Hernán De León Batista, Nelly Cedeño de Paredes, Ricaurte Soler Mendizábal, Tulia Pardo, Manuel S. Acuña, Francisco Gorjón Gómez, Juan José Aguilar Garnica, (Coordinadores). México. Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014. p. 340.9 C.A.B.E.

contrario, en una decisión se dio la ponderación de principios y se otorga prevalencia a los derechos de la víctima y el imputado, inclinándose por cumplir con los objetivos del nuevo sistema de justicia penal, que busca contribuir a restaurar la armonía y la paz social, tomando en cuenta que la pena representa una medida extrema”.¹⁰

La Corte hace una ponderación de los principios que inspiran los Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos, en el cual afirma que el desistimiento es un derecho de la víctima al acogerse al mismo para salvaguardar sus derechos de conformidad con el artículo 26 del Código Procesal Penal.

En la ponencia del magistrado José E. Ayú Prado Canals, en Sentencia de Apelación de Amparo de Garantías Constitucionales 28 de mayo de 2014, consideró con relación al artículo 26, que es procedente que el juez garantías pueda advertir a las partes en el acto de audiencia, sobre los medios alternativos de solución de conflictos, que no se agota solo con la mediación; sino que hay otras salidas alternas donde los participantes pueden escoger.

La sentencia que abre la posibilidad que otros delitos puedan verse por medio de los Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos Penal es la sentencia de apelación de Amparo de Garantías Constitucionales, con la ponencia del magistrado Jerónimo Mejía E, del 12 de diciembre del 2014, cuando expresa:

¹⁰Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia del 22 de marzo de 2017. Citado por César Román Tello Solano. Ob cit, pp. 47-48.

“Esa sola referencia a los delitos cometidos con cheque ¿qué significa realmente?: ¿que son desistibles todas las formas delictivas en cuya comisión se haya usado un cheque -aunque la figura de que se trate no encuadre dentro de los delitos que han sido catalogados en el Capítulo IX, Título VII, Libro II del Código Penal bajo la rúbrica de “Delitos cometidos con cheques”?; ¿que solamente son desistibles los delitos cometidos con cheques, tipificados con ese nombre en el aludido Capítulo IX, Título VII, Libro II Código Penal?; o que cuando el legislador mencionó, como desistibles, a los delitos cometidos con cheques lo hizo con el propósito de que también quedasen incluidos los delitos cometidos con tarjetas de créditos, pues usó sólo una parte de la denominación del Capítulo IX, entendiendo que en realidad aludía a otros delitos incluidos en el Capítulo que se denomina “Delitos Cometidos con Cheques y Tarjetas de Crédito”?

Esa respuesta no aparece directa y expresamente contestada por el Juez, pero sí figura implícitamente en su argumentación, cuando señala que el bien jurídico tutelado en los delitos cometidos con tarjetas de crédito es el orden económico, con lo cual nos está diciendo que ese bien tutelado implícitamente comparte los mismos fines de protección que se han establecido para los casos de delitos cometidos con cheques, que sí son desistibles. Por otro lado, el juez también brinda razones para explicar por qué los delitos de uso de tarjetas de cré-

ditos que se cometen con tarjetas de créditos que se han encontrado fortuitamente -es decir, cuya adquisición ha sido producto de un hallazgo casual azar y no de una planeación previa reprochable en sí misma, como sería el caso de falsificar o clonar una tarjeta para usarla con posterioridad-, tienen unas repercusiones menores en la sociedad y mucho mayor en el patrimonio de la persona que sufre la lesión por el uso de la tarjeta de crédito, quien es la que debe pagarle al banco.

.....

frente a un escenario en el cual las partes (imputado y víctima) expresaron su deseo de resolver el conflicto a través de la mediación y luego de verificar que las normas aplicables hacían viable, a criterio del juez, acceder a remitir la causa al Centro Alternativo de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, sin que tal actuación produzca indefensión en la parte que recurre en amparo, no justifica la concesión del presente.

A juicio del Pleno la decisión del Juez de garantías de derivar una causa seguida por el delito de uso de tarjeta de crédito, en circunstancias en las que la lesión causada se limita al patrimonio de la víctima y en la que ésta -la víctima- y el imputado están de acuerdo en acudir a la mediación, no hace más que privilegiar el ejercicio de la facultad de las partes de acudir a los medios alternos de resolución del conflicto, en plena armonía con una de las finalidades del proceso penal, el principio de solución del con-

flicto y resulta consistente con el objetivo de evitar la judicialización del conflicto.

¿Qué sentido tiene para el Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el que rige en Panamá condenar o invertir recursos del Estado en una causa como la que nos ocupa, cuando las partes pueden alcanzar un acuerdo satisfactorio, el bien jurídico de los delitos cometidos con cheques -que es un delito desistible- es compartido por el delito de uso de una tarjeta de crédito que fue encontrada -y no falsificada o clonada- y cuyo uso se dio por un monto bajo?

Por las consideraciones antes expuestas, lo procedente es revocar la decisión del a-quo y, en su lugar, denegar el amparo.¹¹

Como bien lo expresa la Corte Suprema de Justicia, este tipo delito, está en el Capítulo IX Delitos Cometidos con Cheques y Tarjeta de Créditos. Por lo tanto, debe interpretarse dentro del artículo 201 numeral 2 y lo que se pretende es resolver el conflicto de conformidad con el artículo 26 del Código Procesal Penal, toda vez que ambas partes pretende resolverlo en los Centros Alternos de Resolución de Conflictos, sin que esto impliquen vulneración de derechos o garantías constitucionales o fundamentales. Asimismo, debemos expresar, salvo mejor criterio, que la Corte no introduce un nuevo delito como desistible dentro del artículo 201, sino que el uso indebido de la tarjeta de crédito está dentro de este catálogo por el tipo

¹¹Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Apelación de amparo de garantías constitucionales. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. M.P. Jerónimo Mejía E., citado por César Román Tello Solano. *Ibid.*, pp 51-52.

penal, la Corte, como Tribunal Constitucional, hace una interpretación de la norma en forma integral, como le corresponde.

Otra es la Sentencia de Apelación de Amparo de Garantías Constitucionales, del 10 de diciembre de 2019, en la ponencia del magistrado Luis Ramón Fábrega, en la cual el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial, primera instancia, consideró en cuanto la evasión de las cuotas obreros patronales de la Caja de Seguro Social, estas pueden derivarse a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos.

Antecedente del Caso

El Centro Alternativo de Resolución de Conflictos, verbalmente, no procedió a realizar la sesión de mediación, toda vez, que es un delito no mediable. El Tribunal Superior de Justicia del Segundo Distrito Judicial consideró que había afectación de derecho del debido proceso, porque no se le permitió a la parte imputada ser escuchada en la mediación sobre la forma de pago a la Caja de Seguro Social, contraviniendo los artículos 22, 32 y 54 de la Constitución Política de Panamá.

Criterio de la Corte

La Corte Suprema de Justicia consideró, con relación a la evasión o retención indebida de cuota, se encuentra dentro del catálogo de delitos desistibles, pero para que proceda no debe haber afectación de bienes del Estado, señalando:

“Esta Superioridad no comparte la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial, pues tal como lo señala el recurrente, en el

presente caso nos encontramos frente a un delito que afecta el patrimonio de la Caja de Seguro Social, entidad autónoma que garantiza la seguridad social del Estado panameño, por lo que, de conformidad con la normativa cita, el delito de Retención Indebida de Cuota, en perjuicio de la Caja de Seguro Social, no puede ser derivado o resuelto a través de mediación”.¹²

Además, la Corte sustenta su posición de conformidad con la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, Ley No.51 del 27 de diciembre de 2005 y el Acuerdo Unificatorio de los Centros Alternos de Resolución de Conflictos, No. 685 del 12 de noviembre de 2015, y que el Centro Alterno de Resolución de Conflictos, procedió conforme al procedimiento “al expresar que la causa que se pretendía derivar no era susceptible de desistimiento”. Por lo que, revoca la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial y No Concede el Amparo de Garantías Constitucionales.

No obstante, existe un salvamento de voto de la magistrada Angela Russo de Cedeño, que consideró:

“...dicho delito es susceptible de ser desistido, previo cumplimiento de la condición de remitir la cuota empleado-empleador a la entidad correspondiente; de conformidad con el numeral 2 del artículo 204 del Código Procesal Penal, este proceso

¹²Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de diciembre de 2019. Ponencia magistrado Luis Ramón Fábrega Sánchez, pp. 6-7.

puede ser sometido a las formas alternas de solución de conflicto y cuya competencia la ejerce el Centro de Métodos Alternos de Resolución del Órgano Judicial”.¹³

La Corte Suprema de Justicia de Panamá se ha pronunciado en diferentes fallos sobre la procedencia o no de estos tipos de delitos y seguirán pronunciándose al respecto, toda vez, el artículo 201 del Código Procesal Penal, es taxativo en cuanto estos de delitos. Por consiguiente, no se puede dar la arbitrariedad remitir a los Centro Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial todo tipo de delito argumentando la solución de conflictos del artículo 26 del Código Procesal Penal o la voluntad de las partes, porque esto rompe el principio de legalidad.

Además, de los criterios antes vertido por los juzgadores, estos deben evaluar las siguientes consideraciones, antes de derivar una causa a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos, estas son: la naturaleza de caso, la relación entre las partes, disposición de las partes para negociar, si la mediación va hacer beneficiosas riesgo a la integridad física de los participantes en la mediación y el riesgo en el proceso penal, entre otras consideraciones.

V. Propuesta para ampliar los delitos desistibles en el Código de Procesal Penal

La propuesta presentada es un estudio realizado en forma conjunta con el Ministerio Público, en reuniones de trabajo en el año 2014 y

¹³Ibid, p.11.

otras nuestras propias reflexiones de las normas del Código Penal (CP), donde consideró primeramente el bien jurídico tutelado, el tipo de delito y la pena aplicable. Estos podrían ser los siguientes:

1. **Hostigamiento:** Siempre y cuando no sea agravada, es decir, los numerales 1 y 2 del mencionado artículo, la víctima no sea menor de edad y que el victimario no sea funcionario público, la pena es de 1 a 3 años, Artículo 178 CP.
2. **Robo Simple:** Siempre que no se cumpla ninguna de las condiciones establecidas en el artículo 219, la pena es de 7 a 12 años. Artículo 218 CP.
3. **Uso Indevido de Tarjetas de Crédito:** Excepto los numerales 1 y 2 y el último párrafo, relacionado con las organizaciones criminales. Que se limite al uso indebido de la tarjeta de crédito y el imputado no registre antecedentes penales, de 4 a 6 años, Artículo 287 CP. Este tipo de delito se encuentran incorporado jurisprudencialmente. Sentencia del 12 de diciembre del 2014.
4. **Revelación de Secretos Empresariales:** Siempre y cuando exista voluntariedad de las partes de resolver sus conflictos, cuya pena es de 2 a 4 años, Artículo 288 CP.
5. **Receptación de Cosas Provenientes del delito:** Con excepción que sea receptación y no sean bienes públicos o utilizando para prestar servicio público. La sanción es de 2 a 5 años. Se excluye la ocultación. Artículo 392 CP.

6. **Hacerse justicia por sí mismo:** Siempre que no haya afectaciones físicas, psíquica graves o que su conducta cause un delito más grave. La pena es de 50 a 100 días multas. Artículo 396.
7. **Delitos Contra los Animales Domésticos:** Trato cruel de animales, quien participe en los Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos, se identifique al dueño del animal. Ya que en muchos casos denuncia cualquier persona y no necesariamente el dueño del animal. La pena es de 100 a 200 días multas. Artículo 421 CP.
8. **Delitos contra la inviolabilidad del secreto:** La pena es de 1 a 3 años y su equivalente en días multa o arresto fines de semana. Artículo 164 del CP.
9. **Libertada Individual:** La pena es de 1 a 3 años artículo 149 del CP.
10. **Delitos contra la propiedad Industrial:** Cuya pena es de 4 a 6 años. Artículo 267 del CP.
11. **Revelación de Secretos Empresariales:** Cuya pena es de 2 a 4 años de CP.
12. **Libertad de Culto:** Pena de 50 a 100 días multa. Artículo 172 del Código Penal.
13. **Delitos contra la Familia:** Pena de 6 meses a 1 año o su equivalente. Artículo 209 CP.
14. **Delitos contra los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y sus conocimientos Tradicionales:** Pena de 4 a 6 años. Artículo 274 CP.

15. Delitos contra la Libre Competencia y los Derechos de los Consumidores: Cuya pena es de 2 a 5 años. Artículo 239 CP.

La propuesta incluye 15 nuevos delitos, que algunos de ellos es por la pena aplicar, que van de días multas a 5 años de prisión. No obstante, hacen un total de 23, que deben ser analizadas con mayor profundidad. El artículo 201 del Código Procesal Penal quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 201. Oportunidad y clases de delitos. Antes del juicio oral se podrá desistir de la pretensión punitiva, en los siguientes delitos:

1. Homicidio culposo, lesiones personales y lesiones culposas.
2. Hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque.
3. Incumplimiento de deberes familiares y actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad.
4. Evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecten bienes del Estado.
5. Contra la propiedad intelectual que no causen peligro a la salud pública.
6. Calumnia e injuria.
7. Inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad del secreto.
8. Falsificación de documentos en perjuicio de particulares.

9. Hostigamiento. Siempre y cuando no sea agravada.
10. Robo simple. Que no se cumpla ninguna de las condiciones establecidas en el artículo 219.
11. Uso indebido de tarjetas de crédito. Excepto los numerales 1 y 2 y el último párrafo, relacionado con las organizaciones criminales.
12. Revelación de secretos empresariales.
13. Receptación de cosas provenientes del delito: Con excepción que no sean bienes públicos o utilizados para prestar servicio público.
14. Hacerse justicia por sí mismo: Siempre que no haya afectaciones físicas, psíquicas graves o que su conducta cause un delito más grave.
15. Delitos contra los animales domésticos
16. Delitos contra la inviolabilidad del secreto.
17. Libertad individual.
18. Delitos contra propiedad Industrial.
19. Revelación de secretos empresariales.
20. Libertad de culto.
21. Delitos contra la familia.
22. Delitos contra los Derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus conocimientos tradicionales.
23. Delitos contra la Libre competencia y los derechos de los consumidores.

Con este aumento de los delitos desistibles, las partes en conflicto con la ley penal pueden recurrir al cualquiera de los Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos Penal, establecido en el Título IV

del Código Procesal Penal, como son: el Desistimiento, Principio de Oportunidad, la Suspensión Condicional del Proceso, la Conciliación y la Mediación, con la cual, si se cumple con lo acordado, se extingue la acción penal y procederá el archivo del expediente.

Conclusiones

El artículo 201 del Código Procesal Penal establece los delitos desistibles, en donde la víctima desiste continuar con el proceso penal, esto extingue la acción penal y el archivo del expediente. Estos tipos de delitos son taxativos en la Ley Penal, lo que constituye un número cerrado. Por lo tanto, introducir otros tipos de delitos deben ser analizado cuidadosamente.

Los jueces de garantías están derivando otros tipos delitos que no están amparado por la Ley, en virtud del principio de autonomía de voluntad de las partes o por la potestad juzgadora que posee; pero esto no puede estar alejado de la ley, la Constitución y los derechos humanos.

La Corte Suprema de Justicia ha dictado diferentes sentencias sobre esta materia, que hemos analizado, con la finalidad de ir orientando a los jueces, mediadores y abogados, de la forma de aplicar e interpretar los distintos Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos Penal, que nuestra legislación procesal penal lo establece.

Es por eso que presentamos una propuesta de aumento de estos tipos de delitos, con fundamento en el derecho comparado, las reuniones que sostuvimos en del año 2014 con el Ministerio Público y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. No

pretendemos que los mismos sean los únicos, toda vez que es necesario hacer un análisis más profundo de estos o de otros, que puedan ampliar el artículo 201 del Código Procesal Penal, con el propósito que más tipos de delitos puedan acudir a los Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos Penal.

Referencias

- Blanco, F. H. (1985). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Parte General). Colombia: Temis.
- Fisher, R., & Shapiro, D. (2007). *Las Emociones de la Negociación*. Colombia: Grupo Norma.
- Heredia, R. A., & Antón, C. R. (s.f.). Los servicios de mediación penal de Bilbao y Barakaldo. En *Experiencias de Justicia Restaurativa* (pág. 200). España: Hygnes.
- Martínez, J. J. (2016). *Las Formas Alternas para la Solución de Controversias Penales*. México: Flores.
- Mendizábal, R. S. (2018). *Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos*. Panamá: Barrios&Barrios.
- Moreno, D. A. (2008). *Desistimiento y Derecho Penal*. Colombia: IBÁÑEZ.
- Nicasio, R. M., & Jácome, A. R. (2014). Mediación Penal como Instrumentos de la reparación del daño en el nuevo de sistema. En R. E. Aguilar, M. Reyes Nicasio, & G. Campos Piña, *Los*

Métodos Alternos de Solución de Conflictos y la Justicia Penal. (págs. 87-92). México: Universidad Autónoma de Nuevo León.

Ponce, J. F., & Cuestas Gómez, C. H. (2010.). *Diccionario de Derecho Procesal Civil y Penal.* Panamá: Jurídica Panameña.

Solano, R. T. (2021). *Métodos Alternos a la Solución de Conflicto en el Sistema Penal Acusatorio.* Colombia: Mizrachi & Pujol.

Tijerina, P. A., & Gorjón Gómez, G. J. (2014). Mediación y acuerdo reparatorio, el trayecto a la extinción penal. Aproximación del Código Penal Federal y el Código Procesal Penal del Estado de Nuevo León. En H. D. Batista, N. Cedefio de Paredes, R. Soler Mendizábal, F. J. Gorjón Gómez, M. Acuña Zepeda, & J. J. Aguilar Garnica, *Justicia en el Marco de los Derechos Humanos, la Equidad y la Justicia Alternativa "Perspectiva Panameña y Mexicana* (págs. 333-341). México: Universidad Autónoma de Nuevo León.

Filosofía del Derecho

La *Democracia*, sus amigos y sus enemigos

Por
Dr. Juan Camilo Salas Cardona*

Resumen: Así como Karl Popper en su obra "La sociedad abierta y sus enemigos", consideraba que el historicismo determinista era un claro enemigo de las sociedades occidentales, análogamente, hoy pudiéramos afirmar que en las sociedades latinoamericanas y caribeñas actuales hay una serie de factores como la educación, la vigencia de los derechos sociales, la institucionalidad democrática y la participación activa de la sociedad civil, al lado de una adecuada carrera administrativa y de una transparencia en la contratación pública, que favorecen y dinamiza la vida democrática, y a los cuales, coloquialmente, pudiésemos denominar como "amigos de la democracia".

Palabras clave: *Democracia, Libertad, Capacidades, Normas, Educación, y Derechos sociales.*

Abstract: *Just as Karl Popper in his work "The open society and its enemies", considered that deterministic historicism was a clear enemy of Western societies, analogously, today we could affirm that in current Latin American and Caribbean societies, there are a series of factors such as education, the validity of social rights, democratic institutional structures, and the active participation of civil society, together with an adequate administrative career and transparency in public contracting, which favor and invigorate democratic life, and to which, colloquially, we could call them "friends of democracy".*

*Doctor en Derecho por la Universidad de Estrasburgo, Francia; doctor en Filosofía, y máster en Ética y Democracia por la Universidad de Valencia, España. Abogado por la UMNG, teólogo y magíster en Teología por la Universidad Javeriana, especialista y magíster en Filosofía latinoamericana por la Universidad Santo Tomás, y especialista en Bioética por la Universidad El Bosque, Colombia. Se ha desempeñado como consultor de la Unión Europea, de la UNESCO y del BID, y ha sido profesor, conferencista y/o consultor en Francia, España y en casi la totalidad de los países de América Latina y el Caribe. Actualmente es profesor de Filosofía del Derecho y Teorías de la Justicia en la Universidad de Estrasburgo, Francia; de Hermenéutica e Investigación jurídica en la Universidad de Salamanca, España, y es director de trabajos de investigación jurídica en la Universidad Nacional de Colombia. info@juancamilosalas.com

Key words: *Democracy, Freedom, Capacities, Norms, Education, and Social Rights.*

En su conocida obra *¿Qué es la democracia?* Giovanni Sartori nos recuerda que las definiciones de democracia se pueden clasificar en dos categorías, principalmente, las de tipo “descriptivo”, es decir aquellas que parten de hechos y circunstancias reales y propias de una determinada sociedad, a las cuales se pudiera denominar como “democráticas”, y aquellas de tipo “prescriptivo”¹, las cuales apuntan a los elementos que “debiera” tener toda sociedad que quisiese denominarse como tal,² punto a partir del cual Sartori se inclina por no adherirse a ninguna definición que pudiera considerarse como canónica, optando más bien por hablar de elementos básicos constitutivos de una democracia, como son, entre otros, el *“elegir a los gobernantes, tener opciones electorales (que permitan cambiar el voto), expresar disenso [las cuales] constituyen la denominación mínima de la palabra democracia”*³.

Para no caer en la tentación de redundar, o simplemente comentar, los abundantes y bien fundados análisis y debates clásicos que existen sobre la democracia, así como sobre su ser, su deber ser y sus alcances, quisiéramos centrarnos en estas líneas en una mirada “desde y para el contexto latinoamericano y caribeño”, dado que, como

¹SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Taurus, Madrid, 2004. p. 351.

²Un buen ejemplo de una definición “prescriptiva” de democracia viene dado por Karel Vasak, el padre de las nuevas generaciones de los Derechos humanos, quien, en múltiples textos y en diversas circunstancias, enfatizó en que toda sociedad que quiera llamarse democrática debe tener un serio y radical compromiso con los Derechos humanos. Sobre este punto véase, VASAK, Karel. *La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme*, Paris, 1968. p. 53.

³*Ibid.* p. 352.

es sabido, a pesar de los elementos comunes que comparten las que pudiésemos llamar “auténticas democracias”, no es menos cierto que cada contexto histórico, es decir, cada nación, y cada sociedad, en una determinada época, requiere de unas valoraciones, análisis y perspectivas particulares. En este sentido, y para acotar aún más el prisma de los análisis que quisiéramos proponer, en medio de la infinidad de perspectivas desde las que puede abordarse la democracia, no solo queremos situarnos en el panorama latinoamericano de este inicio de la tercera década del siglo XXI, sino que quisiéramos pensar la cuestión de la democracia desde una óptica ética y educativa, perspectiva que nos permite hablar metafóricamente, y de forma introductoria, de amigos y de enemigos de las democracias latinoamericanas actuales, para lo cual quisiéramos proponer algunas categorías, como invitación a la reflexión y a la discusión, las cuales acogen la perspectiva de Sartori, pero van más allá de ella, situándose en un horizonte histórico y axiológico.⁴

I. La democracia es un valor

Con base en una mirada panorámica a los grandes signos distintivos de las democracias occidentales, así como a los pensadores que generaron o nutrieron dichas características, pudiésemos afirmar que, cuando hablamos de democracia no estamos haciendo una simple constatación o proponiendo un ideario, sino que estamos hablando de una realidad histórica, dinámica y en constante construcción,⁵ o,

⁴Para una aproximación de este tipo a la democracia, entendida como fenómeno histórico y sociológico, véase GOODIN, R. and TILLY, C. *The Oxford Handbook of Contextual Political Analysis*, Oxford University Press, 2008. Especialmente el capítulo III. The socialisation of epistemology. Pp. 58 ss.

⁵A este respecto, véase POCOCK J. G. A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*. Cambridge University Press, 2009.

en algunos casos, deconstrucción, fenómeno que puede describirse adecuadamente con el término “valor”. A este respecto, una definición usual de lo que es un valor, indica que es una *cualidad que poseen las personas, las acciones o las cosas, que las hace deseables*. A propósito de esta definición, a juicio de muchos autores, dichas cualidades tienen como origen la capacidad de los seres humanos de “apreciar, valorar o estimar”⁶, la cual se hace evidente a través de las diversas “relaciones”⁷ que se dan entre las personas, o entre estas y las cosas.

Así pues, los valores se van precisando y consolidando a través de las relaciones históricas y concretas de las personas, y van adquiriendo prioridad en la medida en que, como lo afirma Adela Cortina, permiten “acondicionar el mundo, hacerlo habitable”⁸. Y, es precisamente en este punto, en el cual se constata que, desde *La política* de Aristóteles, hasta *La idea de la justicia* de Amartya Sen, la democracia se ha reconocido como un “valor”, porque ha demostrado que es un tipo de organización social que posee la aptitud para generar sociedades pacíficas y justas, y para formar hombres felices, autónomos y responsables. En este sentido, contemporáneamente, es común escuchar hablar de “valores de la democracia”⁹, o del “valor de la democracia”, encontrando en esta perspectiva notables aportes como el de Hans Kelsen¹⁰, quien, como víctima de un régimen to-

⁶Sobre la capacidad de estimar del ser humano, en la cual se originan los valores, véase CORTINA, Adela. *El mundo de los valores*. El Búho, Bogotá, 1996. p. 27 ss.

⁷A propósito de la captación o determinación de los valores a través de las relaciones, véase FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores?* Fondo de Cultura Económica, Breviarios. México, 1994. p. 194.

⁸CORTINA, Adela. Op. cit. p. 30.

⁹SHAPIRO, I. & Hacker C. *Democracy's values*. Cambridge University Press, 1999.

¹⁰KELSEN, Hans. *The essence and value of Democracy*. Rowman & Littlefield publishers, inc., New York, 2013.

talitario, como creyente convencido del valor del derecho para la vida democrática, y como testigo de excepción de las tragedias que trajo la falta de democracia en muchos contextos, reconoció en ella el ámbito ideal para que el ser humano desarrollara su principal cualidad, como es la libertad, en medio de un período convulsionado de comienzo a fin, y al que Paul Ricoeur llamara “el horrible siglo XX”.

Pero llegados a este punto, conviene preguntarnos ¿Qué implica el comprender la democracia como un valor?, a lo cual pudiésemos responder, sintéticamente, que la primera implicación es la de no comprenderla como “un hecho”, es decir, como algo dado y que ya está allí, como una realidad inamovible, sino que, por el contrario, reconocer la democracia como un valor significa que debemos respetarla, cultivarla, promoverla, fortalecerla por todos los canales posibles, y también significa que debemos “educar a los ciudadanos para que sus postulados, y los valores que ella involucra, tengan vigencia y vitalidad”, ya que como valor, la democracia hace que una vida con estatura humana, con dignidad y con justicia, sea posible.

En lo que respecta a América latina, es usual que, buena parte de los ciudadanos, identifique la democracia, simplemente, con la existencia de partidos políticos y de un sistema electoral; sin embargo, a todas luces, esta visión, que aunque recoge elementos válidos de una democracia, dista mucho de lo que pudiésemos llamar una “auténtica democracia”, categoría en la cual juegan un importante papel 1) **la existencia de una institucionalidad democrática**, y 2) **la participación activa de la sociedad civil**, elementos que, bien pudiésemos denominar como “amigos de la democracia”.

En este sentido, a pesar de las múltiples definiciones que existen respecto de lo que es **la institucionalidad democrática** (1)¹¹, el común denominador de todas ellas es el de la existencia de instituciones fuertes, autónomas e independientes, fenómeno que se origina en la misma democracia ateniense, y que tiene sus desarrollos teóricos más relevantes en la modernidad, a través de pensadores como Montesquieu y Locke, entre otros. En un panorama histórico latinoamericano, en el que, por un lado, existe una marcada tendencia a que el órgano ejecutivo dirija y/o asuma funciones legislativas, siguiendo las tesis de Carl Schmitt de una identificación del derecho con la voluntad política del gobernante de turno¹², y en el que, por otro lado, en los órganos legislativos no es infrecuente ver cómo un buen número de legisladores trabaja solo para su propio beneficio, o, en el mejor de los casos, para imponer a través de las normas sus propias ideas del bien, la institucionalidad democrática constituye un valor fundamental, el cual se debe cultivar y promover desde todos los ámbitos y perspectivas posibles.

Así pues, un órgano legislativo que ejerza un adecuado control político, y que cree normas que, inequívocamente, se orienten hacia la consecución del bien común, un ejecutivo que trabaje con una visión de Estado, de Nación y de País, y no privilegiando intereses particulares y/o coyunturales, y unos jueces independientes, que articulen con sabiduría la justicia y el derecho, son elementos centrales de una institucionalidad democrática con altura social y humana,¹³ y, por lo tanto, son sus amigos.

¹¹Para una profundización sobre esta categoría, véase SHABBIR CHEEMA G. *Building Democratic Institutions: Governance Reform in Developing Countries*. Kumarian Press, 2005.

¹²SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo político*. Alianza, Madrid, 2014.

¹³Para una profundización sobre esta perspectiva véase, AGAMBEN Giorgio, et autres. *Démocratie, dans quel état?* Editions La Fabrique. Paris, 2009.

En este escenario, el llamado “cuarto poder”, constituido por los medios de comunicación es, cuando trabaja con objetividad, profundidad y sentido ético – social, un elemento central del engranaje democrático, el cual, infortunadamente, en la historia remota, reciente y actual de América latina, ha sido una de las primeras víctimas de los regímenes autocráticos, o con tendencias de este tipo. Así pues, resulta fundamental enfatizar que, todo medio de comunicación debe ser consciente de su “deber ético de objetividad”, así como de su “papel como colaborador en la formación de la opinión pública nacional”. Flaco servicio le presta a la democracia, un medio de comunicación que se dedica a imponer su visión del mundo y de la sociedad a los ciudadanos, sin ofrecerles herramientas de juicio y argumentos ponderados, que hagan gala de ser un ejercicio de esa “razón pública”¹⁴ de la que nos hablara Emmanuel Kant, y que resulta decisiva para ayudar a formar ciudadanos libres y autónomos.

Desde esta óptica, tan deplorable y antidemocrático es censurar a los medios de comunicación porque cumplen con su papel de crítica constructiva y de información verás, como también es profundamente antidemocrático el que un medio se dedique a promover y defender intereses contrarios al bien común, a una noción de justicia entendida como imparcialidad, o a un sano pluralismo; todo esto, poniendo de manifiesto, claro está, el que la neutralidad axiológica, política e ideológica no existen, pero este hecho no debe dar pie a los sesgos injustificables con que algunos medios pretenden informar. Con base en estos supuestos, resulta evidente que unos

¹⁴A propósito de la idea de “razón pública”, así como de su sentido y alcances para la democracia, véase RAWLS, John. *The law of peoples. With the idea of public reason revisited*. Harvard University Press, 2001.

medios de comunicación comprometidos con el bien común son evidentes amigos de la democracia, y resultan un elemento central de toda sociedad que se precie de ser democrática, como también resultan enemigos de la democracia, los medios que, sin pudor, defienden intereses particulares de tipo económico, político o de cualquier otra naturaleza.¹⁵

En lo que respecta a la participación activa de la sociedad civil (2)¹⁶, es conveniente recordar que esta categoría se acuñó y adquirió carta de ciudadanía en la modernidad, a través de la obra de pensadores tan destacados como el mismo Emmanuel Kant y de Friedrich Wilhelm Hegel, aunque tiene claros antecedentes en la vida cotidiana de la sociedad ateniense, en la actividad de las conocidas “asamblea de ciudadanos” y en el “consejo de ciudadanos”, cuya existencia y trabajos fueran tematizados en las reflexiones políticas de Platón y de Aristóteles.¹⁷

En términos cotidianos la sociedad civil se entiende por oposición al Estado, es decir, que ella está constituida por los ciudadanos que no forman parte de las instituciones públicas, y que encuentran espacios de organización para hacer escuchar su voz, y/o para trabajar en proyectos y actividades de beneficio social. Así pues, los ciudadanos que promueven iniciativas de leyes, los que vigilan la gestión pública y se pronuncian respecto de ella, y los que se comprometen

¹⁵Para una profundización sobre el sentido y alcances de una ética de los medios de comunicación, véase WILKINS Lee & CHRISTIANS Clifford G. *The Handbook of Mass Media Ethics*. Routledge, 2008.

¹⁶A propósito del contenido, sentido y alcances de la sociedad civil, véase RABHI, Pierre. *Eloge du génie créateur de la société civile*. Domaine du possible Actes Sud. 2011.

¹⁷Sobre los antecedentes históricos de la Sociedad civil, véase LAUDANI, Raffaella. *Une démocratie à reconstruire. Aux origines de la société civile*. Le monde diplomatique. Sept. 2012.

con necesidades sentidas de la sociedad, como en el caso de las ONGs, etc., forman parte y actúan como “sociedad civil”.

Uno de los problemas más graves de nuestras sociedades latinoamericanas postmodernas, en el ámbito político, es el de la existencia de grandes porciones de ciudadanos totalmente desinteresados por los asuntos públicos, los cuales no se sienten vinculados ni comprometidos con la res publica, por considerar que sus intereses solo tienen que ver con su esfera privada, y cuya presencia en el ámbito público se reduce, en el mejor de los casos, a su participación en las elecciones.

Así pues, partiendo de esta constatación, vale la pena recordar que el sentido democrático de la sociedad civil comienza por asuntos, en apariencia triviales, tales como el no arrojar basura en lugares públicos, el no contaminar con desperdicios, con quemas o con ruido, el sembrar árboles y el cuidar la naturaleza y los bienes públicos, siendo estas, prácticas que denotan una conciencia de que las acciones u omisiones de cualquier ciudadano, afectan igualmente a toda la colectividad, y va hasta la participación activa en asociaciones, proyectos y movimientos en pro del beneficio común. Desde estos supuestos, “el incentivar la responsabilidad social y el sentido común de los ciudadanos”, se constituye en grandes amigos de la democracia, porque las pequeñas acciones, así como los grandes compromisos con los asuntos públicos, van generando un “inconsciente colectivo democrático”, empleando la célebre categoría propuesta por Gustav Jung,¹⁸ el cual que va determinando la forma de ser de los

¹⁸A propósito del inconsciente colectivo en Jung, véase JUNG, Carl Gustav. *Psychologie de l'inconscient*. Références, Livre Poche. 1996.

ciudadanos, y se va transformando, paulatinamente, en una sólida conciencia democrática, que se materializa en una “ciudadanía democrática”.¹⁹

En opinión de Adela Cortina, en su obra *Ciudadanos del mundo*, la ciudadanía, como núcleo fundamental de la vida democrática, se compone de dos elementos, “la justicia y la pertenencia”²⁰, en los cuales, la justicia, con su carácter racional, se articula con el carácter afectivo de la pertenencia, constituyéndose en una categoría que articula las tensiones actuales entre la visión liberal y la perspectiva comunitarista de la democracia. Desde esta óptica, se promueve la democracia cuando el ciudadano se percibe como “tratado con justicia” porque, entre otras cosas, percibe que sus derechos sociales, de los cuales hablaremos a continuación, son respetados y promovidos por el Estado, y porque, por razones de diferente índole, “se siente perteneciente a la sociedad”.

Ahora bien, vale la pena preguntarnos ¿qué implica, para la democracia, el que el ciudadano se sienta perteneciente a una determinada sociedad? a lo cual pudiésemos responder que dichas implicaciones dependen de dos escenarios diferenciados y contrapuestos; por un lado, si el sentimiento de pertenencia es incluyente y plural, como es obvio en un mundo multicultural, globalizado y pluriétnico, o, si de se trata de un sentimiento excluyente, egoísta y xenóforo. En este punto, vale la pena recordar que todas las grandes civilizaciones se construyeron con base en diálogos interculturales y

¹⁹Para una profundización sobre las implicaciones educativas del inconsciente colectivo, véase TRAVERSI, Bruno et autres. *Propos sur l'éducation selon C.G. Jung. L'inconscient collectif. Enjeux pur l'individu et la société*. Cénacle de France 2020.

²⁰CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo*. Alianza, Madrid, 2009. pp. 29-30.

en la asimilación de personas, valores, experiencias y conocimientos de otras identidades nacionales.

Así pues, la civilización griega clásica se desarrolló por los diálogos, intercambios e integración de diversos pueblos, como los Aqueos, Jonios, Eolios y Dorios,²¹ al igual que el Imperio romano llegó a su esplendor por el reconocimiento y aplicación del principio clásico de “la unidad en la diversidad”, y, contemporáneamente, constituye un dato evidente el que los Estados Unidos de América han llegado a ser tales, en términos de desarrollo, por sus orígenes pluriétnicos y por las oleadas de migrantes de diversas nacionalidades que se han integrado en el llamado “sueño americano”, al igual que la Europa contemporánea reconoce, como fuente de su identidad y de su fortaleza, su carácter multicultural.

Así pues, la ciudadanía democrática se convierte en una fortaleza cuando se reconoce “el carácter migrante del ser humano”, por lo que no hay ninguna sociedad que sea “pura” en términos de identidad nacional, y que el “homo migrantis”²², como carácter esencial de la especie humana, hace que el multiculturalismo, tal como lo afirma Will Kymlicka, sea un carácter propio de todas las sociedades humanas.²³ En este sentido, no se trata de reducir la discusión de la migración a extremos inconvenientes tales como el debate sobre si los extranjeros pueden votar o no, ya que la democracia, tal

²¹Para una profundización sobre el diálogo multicultural en la cultura griega antigua, véase Carol DOUGHERTY C & KURKE L. *The Cultures Within Ancient Greek Culture. Contact, Conflict, Collaboration* Cambridge University Press, 2003.

²²Sobre este particular, véase CORTÉS, Enrique y ORTÍZ, Luis. *Homo sapiens, homo migrantis*. Revista Transatlántica de Educación. No. 14 - 15. 2015. pp. 5 - 12.

²³A propósito de esta perspectiva en la obra de KYMLICKA, véase KYMLICK, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford University Press, 1996.

como lo hemos dicho líneas arriba, es mucho más que el mero sistema electoral, sino de reconocer que, sin lugar a duda, una migración ordenada, en términos legales, constituye un elemento central del progreso social y de la vida democrática de cualquier nación.

Desde esta perspectiva, y con sentido democrático, es conveniente aclimatar y desarrollar la idea de una “ética de la migración con sentido democrático”, porque el migrante debe reconocer su obligación de respetar las normas nacionales, y debe aportar lo mejor de sí para enriquecimiento de la nación que le acoge, pero también, los nacionales deben evitar “la miseria del etnocentrismo”, como decía la misma Adela Cortina²⁴, y deben reconocer que los conocimientos, la fuerza de trabajo y las cosmovisiones que aportan los migrantes, sin lugar a dudas aportan para el desarrollo económico, social y cultural de un país. Así pues, las leyes excesivamente restrictivas para los migrantes, no solo resultan antidemocráticas, en un sentido pleno del término democracia, sino que también constituyen un auténtico “disparo en el pie” para cualquier país, y mucho más para países como los latinoamericanos y caribeños, tal como lo ilustran innumerables casos en múltiples momentos de la historia, porque una migración ordenada constituye un aporte económico, social y cultural para cualquier nación, porque, tal como lo acabamos de comentar, ninguna gran civilización se ha construido sobre la base de una sola identidad nacional.

En conclusión, la pertenencia, como elemento central de una ciudadanía democrática, debe implicar un “esfuerzo ético” para educar a todos los ciudadanos, desde la infancia hasta la madurez, en los valo-

²⁴CORTINA, Adela. Op. cit. p. 151 ss.

res cívicos, que son, entre otros, la libertad, la igualdad, el respeto activo, la solidaridad y el diálogo²⁵, porque, en última instancia, querer y defender la patria, la nación y el país no pueden consistir en conceptos o declaraciones abstractas, sino que debe materializarse en conductas responsables, respetuosas, comprometidas y generosas para con las personas concretas, la naturaleza, las instituciones y la cultura en general. Parafraseando el evangelio de Juan, la pertenencia, como elemento impulsor de la democracia, implica que “no se puede decir que se quiere a la Patria, a la que no se ve, pero se desprecia o no se sirve al conciudadano, se ensucian los espacios públicos y se contamina el ambiente, a los que sí se ven”.

Este sentimiento de pertenencia, en materia democrática, implicará, entre otras cosas, que el ciudadano, sintiéndose corresponsable del progreso de su país, y de la calidad de vida en él, ejerza su derecho al voto pensado, no en conveniencias particulares o simpatías emocionales, sino en el pleno convencimiento de qué candidato tiene mejor trayectoria de compromiso y de honestidad, y presenta mejores perspectivas reales para una mejor garantía de los derechos ambientales, sociales, políticos y culturales de los ciudadanos.²⁶

II. Democratizar la educación y educar para la democracia

Democratizar la educación no debe significar solo, ni primariamente, el que todos los ciudadanos puedan acceder a una educación de calidad, lo cual ya es bastante, sino también, y principalmente, que la

²⁵Ibid. pp. 193 ss.

²⁶Para una profundización sobre el marco ético de la vida político - democrática, resultan esclarecedoras las, ya clásicas, reflexiones de José Luis López Aranguren en su libro *Ética y Política*. Libros Orbis, Barcelona, 1987.

educación, en general, y la educación pública, en particular, debe pensarse y desarrollarse teniendo como telón de fondo las necesidades de los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto, así como “el proyecto de País” al cual se quiere avanzar con dichas prácticas educativas.²⁷

Sobre este punto, conviene recordar que la educación pública fue una creación de Napoleón Bonaparte, quien, a justo título, se preguntó ¿Qué tipo de educación era necesario para alcanzar el modelo de país que se proponía?, para lo cual tuvo la idea de crear los liceos y las universidades públicas, dotándoles de un perfil formativo armonizado con los valores y la identidad de *La República*,²⁸ así como las normas contenidas en los códigos, principalmente el Civil y el Administrativo.

Una mirada panorámica a las prácticas educativas más difundidas en el contexto latinoamericano y caribeño nos permite inferir que, en términos generales, estamos educando de acuerdo con las exigencias del mercado, y para los modelos y expectativas que este le propone a los ciudadanos, y no estamos educando para la felicidad, para el desarrollo de competencias ni para avanzar hacia los modelos de nación y de país con los que nacieron y se organizaron nuestras repúblicas, ni con los valores que hicieron posibles sus independencias y la configuración institucional de las mismas.²⁹

²⁷Una obra fundamental de referencia sobre las relaciones entre Democracia y Educación es DEWEY, John. *Democracy and Education*. Free Press, 1966.

²⁸Sobre este particular véase, BOUDON, Jacques-Olivier. *Napoléon et les lycées: enseignement et société en Europe au début du siècle*. Actes du colloque des 15 et 16 novembre 2002. Nouveau monde, 2004.

²⁹En el caso de Colombia y de Panamá, valga recordar que personajes tan determinantes para la independencia y para la organización institucional, como lo fueron Francisco de Paula Santander y Justo Arosemena, recibieron una clara y directa influencia de Jeremías Bentham, de allí que sus proyectos políticos se orientaran por una perspectiva social Benthamista, caracterizada por una educación liderada por el Estado, orientada a la “búsqueda del mayor

Evidentemente, no se trata de proscribir el papel del mercado en la dinámica económica nacional, lo cual resultaría altamente inconveniente, sino de reconocer que, en materia educativa, los criterios de direccionamiento de la educación deben ser pensados desde referentes éticos, políticos, antropológicos y culturales, entre otros, y no desde la mera ley de la oferta y la demanda.

La proliferación desbordada y sin criterios de calidad de profesionales de algunas disciplinas, como el derecho, así como la graduación fácil de profesionales sin las debidas competencias y conocimientos, solo genera una postergación del progreso nacional, el cual no se puede medir solo en términos del PIB, así como también una frustración personal y social, ya que la graduación de profesionales mal formados y sin un norte ético – social, solo conduce a malas prácticas profesionales, y/o a actos de corrupción pública y privada.

Así pues, democratizar la educación debe significar el que se rediseñen las ofertas profesionales, se creen nuevos programas acordes con el país del presente y del futuro, y se asegure, por todos los medios posibles, la mejor calidad de los egresados, los cuales deben entender, con claridad meridiana, que la profesión debe servir para tener una mejor calidad, pero no puede, en ningún caso, entenderse solo como un medio de enriquecimiento sin marcos éticos, porque, “profesión”, en última instancia, significa “compromiso con el bienestar público”.

grado de bienestar para el mayor número de personas; en desarrollo de la propuesta de Francis Hutcheson, que se reflejara en la producción normativa, basada en el cultivo de una ética ciudadana. Sobre este particular véase MARQUÍNEZ, Germán. *Benthamismo y Antibenthamismo en Colombia*. Editorial El Buho, Bogotá, 1983.

En este panorama, “educar para la democracia” debe significar el que el ejercicio de las profesiones, cualesquiera que estas sean, se entienda, en porcentajes iguales, como un medio de realización personal y como un servicio a la sociedad, así como un aporte a la Visión de país consignada en el texto constitucional. En dicho contexto y si se quiere cultivar una ciudadanía democrática, no debe tolerarse el modelo de la “universidad negocio”, en el que, literalmente “se venden diplomas académicos”, tarea que debe estar acompañada de un verdadero liderazgo educativo por parte del gobierno y de las autoridades educativas por él designadas, para no seguir pasando como invitados de piedra en un escenario en el que prima el “dejar hacer y el dejar pasar” (“laissez faire” - “laissez passer”), y en el cual, en el más infortunado de los escenarios, las universidades públicas terminan renunciando a su liderazgo, y compitiendo con las universidades privadas solo por la cantidad de alumnos matriculados.

Educar para la democracia será entonces formar para la libertad,³⁰ la felicidad, la solidaridad, la participación en los asuntos públicos, y para una convivencia armónica y pacífica, así como hacer evidente cómo cada profesión, oficio o disciplina, puede y debe humanizar, concientizar, educar y promover valores que mejore la calidad de vida de todos los ciudadanos. Así las cosas, una educación con “altura humana”, generará ciudadanos menos egoístas y más interesados en el bien común, más participativos en espacios y organizaciones de la sociedad civil, menos tolerantes con la corrupción y la desidia de otros, y más conscientes del valor democrático y social de su participación electoral.³¹

³⁰Para una aproximación a una revisión histórica del significado político de la libertad, véase. ARENDT, Hannah. *La libertad d'être libre*. Éditions Payot & Rivages, Paris, 2019.

³¹Sobre este particular, véase AVUSTE, Ana. *Educación, Ciudadanía y Democracia*. Editorial Octaedro, Barcelona, 2006.

III. Democracia, Derecho al trabajo y Carrera administrativa

En un contexto como el latinoamericano y caribeño, caracterizado por altas tasas de desempleo y de sub – empleo, y ante la precariedad de empleos “de calidad”, para utilizar una categoría usual entre los laboristas, el empleo en el sector público, así sea coyuntural, se ha convertido en una opción deseable, y muchas veces necesaria, para miles de latinoamericanos que no encuentran alternativas en el emprendimiento o en el trabajo en el sector privado. En dicho contexto se esperaría que el empleo en el sector público, como debiera ser, se caracterizara por la estabilidad, el justo pago y la existencia de unas condiciones dignas de trabajo, así como por unas reglas transparentes de contratación, caracterizadas por la prevalencia de los méritos personales; sin embargo, en muchas instituciones públicas de América latina, los puestos de trabajo se han vuelto “moneda de cambio para aceitar las maquinarias electorales”, hecho que cercena la libertad para la participación en las justas electorales.

En dicho escenario, muchos ciudadanos se comprometen con una determinada campaña política, no porque reconozcan en ella una mejor alternativa para el bien común, sino porque media una promesa de empleo, situación en la cual, tal como reza el refrán popular, “se vota con la cuchara en la mano”, lo cual resulta abiertamente manipulador y radicalmente antidemocrático.

Y, haciendo uso de esta lógica de la manipulación de las necesidades de los ciudadanos, muchos políticos de profesión, cuando logran su objetivo de ser elegidos, convierten las instituciones públicas en un botín para pagar favores electorales, y para perpetuarse en el poder. En ambientes como el colombiano, no es extraño el oír expresiones tales

como: “esta institución *le pertenece* a tal legislador” (senador o representante, en el lenguaje local), queriendo significar que los empleos que en ella se generan, dependen de la voluntad de esa persona, o, “ayúdeme con unos votos por tal legislador, ya que, si él gana, voy a conservar mi puesto, o voy a poder trabajar en determinada institución pública”.

Obviamente, estamos hablando de lo que se conoce como “empleos precarios”, dado que, con abrumadora frecuencia, en dichos casos, se disfrazan relaciones laborales formales con contratos provisionales por servicios profesionales,³² con excesos de trabajo, presencia de maltratos, y con la espada de Damocles del despido siempre pendiente sobre la cabeza del trabajador. Con esta situación, se crea un funesto círculo vicioso, en razón de que el político corrupto se elige porque tiene un grupo de ciudadanos necesitados de empleo que siempre votarán por él, no por sus convicciones políticas o por su liderazgo, sino porque, como es apenas obvio, “es mejor un mal empleo que el desempleo”.³³ Y esos mismos ciudadanos necesitados de empleo, eufemísticamente llamados “caudal electoral”, se encargan de conseguir votos y de perpetuar así en el poder al político de profesión corrupto, que hace del servicio público un asunto para el beneficio personal, y no permite que la sociedad y el país mejoren. Esta problemática situación, en la cual el empleo público, paradójicamente, se convierte en un auténtico enemigo de la democracia, con

³²Sobre este fenómeno, véase BERNAL, Erika Magnolia. *El abuso del contrato de prestación de servicios en Colombia como una forma de huir del derecho del trabajo*. Trabajo de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, 2022. Reseñado en el artículo *Contrato de prestación de servicios ¿evasión de derechos laborales?* Agencia de noticias UNAL, Marzo 9 de 2022. Disponible en <http://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/contrato-de-prestacion-de-servicios-evasion-de-derechos-laborales>

³³A propósito de las diferentes problemáticas que se presentan en el empleo público, véase ARCINIEGAS María y otros. *Empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público*. Escuela Superior de Administración Pública. Cartillas de Administración pública. Volumen 1, 2009.

diferentes matices, énfasis y denominaciones, se vive en toda América Latina y en el Caribe, y es la razón por la cual, en los órganos legislativos de la región, haya existido y siga existiendo, una manifiesta reticencia por formalizar legalmente una carrera administrativa, regida por criterios de méritos, de capacitación, y de cumplimiento metas, situación en la cual, los aislados y tímidos intentos por fortalecer la carrera administrativa, sigan teniendo un carácter marginal y embrionario.

IV. Democracia y contratación pública

Un caso análogo al que sucede con el “poder corruptor” que se genera en torno de los empleos públicos, es el que se presenta a propósito de la contratación pública, en la cual, la moneda de cambio no son ya los empleos públicos que se adjudican a cambio de votos, sino los jugosos contratos celebrados con el Estado saltándose las normas de contratación, o con interpretaciones caprichosas de estas, los cuales, para agravar la situación, frecuentemente no cumplen con sus cometidos. En dicho escenario, en muchos casos, el dinero de tales contratos se utiliza para financiar costosas campañas a base de “donaciones hechas por los contratistas, o para la compra de votos, ya sea con pagos de diversa índole.”³⁴

Los casos de contrataciones públicas con trasfondo electoral, se han multiplicado³⁵ algunos de los cuales le han ocasionado sonoros es-

³⁴Para una aproximación a la problemática de la corrupción en la contratación pública en América latina, véase ENGEL, Eduardo y otros. *Informe del Grupo Asesor de Expertos en anticorrupción, transparencia e integridad para América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. Especialmente véase el Capítulo 2. “La corrupción y sus costos” p. 3 ss.

³⁵Sobre los vínculos entre contratación pública y corrupción electoral, véase el informe titulado *Uno de cada tres financiadores de campañas, celebran contratos con el Estado*. Transparencia por Colombia. Capítulo Transparencia internacional. Comunicado de Prensa 014. 2019. Disponible en <https://transparenciacolombia.org.co/2019/12/07/uno-de-cada-tres-financiadores-de-campanas-celebran-contratos-con-el-estado/>

cándalos a lo largo y ancho del continente; sin embargo, esas prácticas antidemocráticas parece que no tienen en las normas, por estrictas y bien elaboradas que sean, unos diques de contención, frente a las cuales pareciese aplicarse el conocido refrán jurídico “hecha la ley, hecha la trampa”, ámbito en el cual, aparecen los derechos sociales y la ética, como grandes amigos de la democracia y de la eficacia del derecho.

V. Democracia, Ética y Derechos sociales. A manera de conclusión

Una mirada panorámica a la historia de las ideas político – jurídicas en la cultura occidental, nos permite constatar que la eficacia de las normas de derecho ha sido pensada, en una inmensa mayoría de casos y de circunstancias, a partir de su vínculo con los valores, los principios y modelos de vida buena de los ciudadanos, es decir de ese sustrato que en la Grecia clásica se denominaba el “ethos”, y de donde proviene el vocablo ética, hecho que desembocó en una de las discusiones clásicas del derecho, como es la de las relaciones de este con la moral, y que, a partir de la postmodernidad ha sido reformulada como la relación entre “el derecho y la ética”. Así pues, las relaciones entre los valores y su expresión normativa, puede constatar desde el *Código de Hammurabi*, en el siglo XVIII a.C., en el cual el famoso legislador no hizo otra cosa que “poner por escrito los usos, los valores, los criterios de resolución de conflictos, y las aspiraciones a una vida buena de sus ciudadanos”, hasta la *Teoría de la justicia*, de John Rawls, en la cual, el profesor de Harvard, en la segunda mitad del siglo XX, pone de manifiesto la necesidad de determinar una “noción básica de justicia de la sociedad”, con base en la cual construir el sistema institucional.

A partir de esta constatación, se pone de manifiesto la urgente necesidad de “democratizar la educación y de educar para la democracia”, a las que nos hemos referido líneas arriba, porque, las solas normas carecen de la capacidad de alcanzar los objetivos, y por lo tanto necesitan de “refuerzos pedagógicos” y de un ambiente de justicia social, en el que los valores democráticos se impongan por virtud propia. Y es, precisamente, esta justicia social la que hace posible que los ciudadanos puedan “pensar en plural” su vida en sociedad y sus opciones personales, rompiendo el individualismo y la apatía por los asuntos públicos.³⁶

Por esta razón, la vigencia y realización de los derechos sociales se encuentran en el centro mismo de la vida democrática, ya que solo unos ciudadanos con una vida digna y de calidad, pueden desarrollar las capacidades para ser sujetos de su propio desarrollo, tal como lo propone Amartya Sen en su obra *Desarrollo y Libertad*,³⁷ y pueden cultivar los valores, las actitudes, y las opciones características de una vida democrática.

Valga recordar que los derechos sociales se identifican como tales, y comienzan a ser garantizados por el Estado en medio de las tensiones decimonónicas entre el socialismo y el liberalismo,³⁸ y con ellos se quiso significar que no era necesario el vivir en un Estado socialista para gozar de las garantías sociales básicas, como la salud, la educación, el trabajo, etc. Y, ya en el siglo XX, en el contexto de las

³⁶Sobre el vínculo entre Democracia y Derechos sociales, véase MORALES, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Marcial Pons, 2015.

³⁷Cf. SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Planeta, Barcelona 2012.

³⁸Cf. HERRERA, Carlos Miguel. *Les Droits sociaux*. Presses Universitaires de France, Paris, 2009, especialmente el capítulo 1 “L’idée des droits sociaux».

Guerras mundiales, si vigencia se consolidó, hasta ser reconocidos como parte integral de los Derechos humanos, con lo cual se acuña la categoría de “derechos fundamentales de naturaleza social”, o de “derechos sociales fundamentales”³⁹. Desde esta perspectiva, la garantía de este género de derechos engloba todos los elementos que pudiésemos denominar como “amigos de la democracia”, dado que, una ciudadanía que goce del derecho a la educación, con plenas garantía de su salud, y teniendo de un trabajo de calidad, genera fuertes sentimientos de pertenencia, de corresponsabilidad y de compromiso, al reconocer que su calidad de vida está en estrecha relación con un sistema auténticamente democrático.

Contrariamente, cuando los ciudadanos viven en medio de constantes negaciones de sus derechos, cuando la insatisfacción es el común denominador de lo que esperan del servicio público, cuando en su cotidianidad perciben con hartazgo cómo sus impuestos se despilfarran en burocracia y en corrupción, cuando la exclusión y la pobreza caracterizan a la mayor parte de la población, los cantos de sirena del populismo, ya sea de izquierda o de derecha, parecen la única alternativa de cambio para un mañana mejor, y es ahí cuando esas carencias se convierten en verdaderos enemigos de la democracia, porque el populismo, tal como lo muestra la dolorosa experiencia latinoamericana reciente, casi inexorablemente trae consigo la autocracia, cumpliéndose la máxima denunciada por Hannah Arendt, cuando decía que los dirigentes y los regímenes totalitarios, “gobiernan y se afirman con el apoyo de las masas”.⁴⁰

³⁹Cf. ARANGO, Rodolfo. *Derechos sociales fundamentales*. Legis, Bogotá, 2005.

⁴⁰ARENDRT, Hannah. *El origen del totalitarismo*. Cap. X. No. 1 “Las masas”. Taurus, Madrid, 1998. Edición digital.

Referencias

- Arango, Rodolfo. *Derechos sociales fundamentales*. Legis, Bogotá, 2005.
- Arciniegas, María y otros. *Empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público*. Escuela Superior de Administración Pública. *Cartillas de Administración pública*. Volumen 1, 2009.
- Arendt, Hannah. *El origen del totalitarismo*. Cap. X. No. 1 “Las masas”. Taurus, Madrid, 1998. Edición digital.
- Ayuste, Ana. *Educación, Ciudadanía y Democracia*. Editorial Octaedro, Barcelona, 2006.
- Bernal, Erika Magnolia. *El abuso del contrato de prestación de servicios en Colombia como una forma de huir del derecho del trabajo*. Trabajo de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, 2022. Reseñado en el artículo *Contrato de prestación de servicios ¿evasión de derechos laborales?* Agencia de noticias UNAL, marzo 9 de 2022.
- Cortés, Enrique y ORTÍZ, Luis. *Homo sapiens, homo migrantis*. *Revista Transatlántica de Educación*. No. 14 – 15. 2015.
- Cortina, Adela. *Ciudadanos del mundo*. Alianza, Madrid, 2009.
- Cortina, Adela. *El mundo de los valores*. El Búho, Bogotá, 1996.
- Fronzizi, Risieri. *¿Qué son los valores?* Fondo de Cultura Económi-

ca, Breviarios. México, 1994.

Herrera, Carlos Miguel. *Les Droits sociaux*. Presses Universitaires de France, Paris, 2009., especialmente el capítulo 1 “L'idée des droits sociaux.

Kelsen, Hans. *The essence and value of Democracy*. Rowman & Littlefield publishers, inc., New York, 2013.

Kymlick, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford University Press, 1996.

Morales, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Marcial Pons, 2015.

Pocock j. G. A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*. Cambridge University Press, 2009.

Rabhi, Pierre. *Eloge du génie créateur de la société civil. Domaine du possible Actes Sud*. 2011.

Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Taurus, Madrid, 2004.

Schmitt, Carl. *El Concepto de lo político*. Alianza, Madrid, 2014.

Shapiro, I. & Hacker C. *Democracy's values*. Cambridge University Press, 1999.

TraversI, Bruno et autres. *Propos sur l'éducation selon C.G. Jung. L'inconscient collectif. Enjeux pur l'individu et la société*. Cénacle de France 2020.

Teoría general del *Estado*

Por
Mgr. Martín Wilson Chen*

Resumen: *El artículo presentado demuestra la importancia del Estado a partir de su conceptualización, objeto, naturaleza jurídica y los elementos esenciales en los cuales descansa. En el mismo sentido, nos brinda un análisis de la distinción entre formas de Estado y formas de Gobierno. Se aborda, en el mismo, un análisis del concepto e importancia de la teoría del Órgano Ejecutivo, la teoría del Órgano Legislativo, así como de la teoría del Órgano Judicial. Culmina con el análisis de los modelos de democrático clásico y de democrático directo.*

Palabras clave: *Estado, Gobierno, Teorías, Modelos, Democracia, Órgano Ejecutivo.*

Abstract: *The article presented demonstrates the importance of the State from its conceptualization, object, legal nature and the essential elements on which it rests. In the same sense, it offers us an analysis of the distinction between forms of State and forms of Government. It addresses in it, an analysis of the concept and importance of the theory of the executive body, the theory of the legislative body, as well as the theory of the judicial body. It culminates in the analysis of the classical democratic model and the direct democratic model.*

Keywords: *State, Government, Theories, Models, Democracy, Executive Branch.*

*Actualmente es magistrado presidente del Tribunal de Contrataciones Públicas de Panamá. Dentro de sus estudios destacan una licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Maestría en Administración de Empresas en grado MBA de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal con Énfasis en Sistema Procesal del Sistema Penal Acusatorio del INEJ. Maestría en Docencia Superior de la Universidad Latina de Panamá. Postgrado en Administración Estratégica de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional; diplomado en Derecho Probatorio y un diplomado en Contrataciones Públicas de la Universidad Latina de Panamá, así como un diplomado en Derecho Parlamentario de la Universidad Latinoamericana y del Caribe.

Este ensayo sobre la “*Teoría General del Estado*”, tiene el propósito de permitir al lector participante, conocer de las teorías que dieron lugar al origen de esta institución, sus funciones e importancia en la sociedad moderna; así como también procurar una explicación sobre los orígenes de los Poderes del Estado y sus formas políticas de gobierno.

Su objetivo central sería el de analizar y conocer como ciencia jurídica su relación con otras ciencias sociales-humanísticas en general; en lo particular, elaborar una definición del Estado, y diferenciarlo de otros órdenes normativos, así como distinguir sus diferentes acepciones, para finalmente identificar sus procesos en la creación y su relación con la sociedad, así como la conducción ordenada del mismo.

Dentro de sus objetivos específicos, nos adentraríamos en precisar:

- La identificación del objeto, la naturaleza y método en cuanto a las Teorías del Estado.
- Explicar las formaciones políticas como antecedentes del Estado.
- Precisar los elementos esenciales del Estado.
- Dimensionar la Organización del Estado según sus funciones.
- Explicar los fines y la justificación de este.
- Los orígenes y el concepto de los Poderes del Estado.

Como metodología didáctica, nos adentraremos en su abordaje conforme a las siguientes interrogantes.

¿Qué es el Estado?

Describirle no tiene una categoría única o uniforme, pues tiene una variable de contextos dentro de múltiples disciplinas y en virtud de

ello, muchos autores han procurado darle una significancia desde la perspectiva histórica en la subjetividad de sus análisis reflexivos; entre estos:

- Platón, quien la describe como *“Es un ente ideal”*.
- Aristóteles nos lo advierte como *“Una sociedad perfecta”*.
- Hegel y Savigny lo prescriben como *“Un ser espiritual”*.
- Rousseau lo señala como *“La Asociación política libremente fundada por los partícipes del contrato social”*.
- Kant lo expresa como *“Reunión de hombres que viven bajo las leyes jurídicas”*.
- Kelsen la expone así: *“Ordenación de la conducta humana”*.
- Duguit, *“Agrupación humana establecida en un territorio determinado, donde el más fuerte impone su voluntad a los más débiles”*.
- Biscaretti Di Ruffia, *“Ente social que se forma cuando en un territorio determinado se organiza jurídicamente en un pueblo que se somete a la voluntad de un gobierno”*.
- Marx, *“Es un instrumento de dominación sobre las clases”*.
- Harold Laski lo nombra como *“Una sociedad de hombres unidos por el deseo de enriquecer la vida colectiva”*.

Como se aprecia en todos ellos, hay un conjunto de términos y elementos que distinguen partes de una realidad o una hipótesis, lo que propicia su análisis al respecto, conduciéndonos conclusivamente al ideal, en procurar sustentar la unidad gregaria del hombre, lo que tiende a la ordenación de las conductas mediante un ente o una ficción filosófica, quien es titular abstracto y permanente del poder soberano, mismo cual procura una sana convivencia de sus agremiados, de la mejor forma posible en la búsqueda de sus fines sociales.

¿Cuáles son los elementos existenciales que determinan el concepto?

Algunos autores suelen diferenciarles entre esenciales, los siguientes como:

Población, territorio, orden jurídico u organización política, soberanía, bienestar público, y finalidad.

Otros suelen diferenciarles entre los esenciales y los modales, describiendo en su integrabilidad la soberanía, el imperio de la ley, el bienestar público y la autoridad gobernante.

¿Cuál sería su concepto de Estado?

Para el autor Porrúa Pérez denota primariamente su tenor en:

Es una sociedad humana, establecida en un territorio, constituido el mismo por un Orden Jurídico, cual esta creado, definido y aplicado por un Poder Soberano, que procura obtener un bien público temporal y formando una institución con una personalidad jurídica.

(Teoría del Estado, Edit.. Porrúa, 1999)

¿Cuál es la naturaleza jurídica del Estado?

Determinarla responde a una serie de interrogantes, las cuales denotan la continuidad de su estudio en el significado e importancia del mismo, analizándola desde una perspectiva histórica en sus orígenes

o en el contexto de su organización para responder particularmente a las razones de su logro según:

- El funcionamiento: ¿Cómo es el Estado?
- Sus fines: ¿Para qué existe el Estado?
- La función Social: ¿Por qué existe el Estado?
- Justificación: ¿Por qué debe existir el Estado?

Al abordarlas concluiríamos en señalar que el Estado no tiene una Naturaleza unitaria, si no compleja y con vigencia objetiva y cambiante o dinámica, como lo veremos en adelante.

¿Cuál es el objeto que lo precisa?

- Este abarca particularmente todos los aspectos científicos en la **comprensión y conocimiento del Estado**, tanto en su origen, evolución, organización y funcionamiento.
- Ello es analizado por el razonamiento científico sobre sus dificultades, centradas particular y objetivamente por el fenómeno Político y los hechos políticos, como una disciplina dogmática, cual procura darle significado o respuestas, a sus complejidades.
- Es por lo indicado que puede tener dos acepciones o vertientes:
 - Teórica: centrada en justificar el conocimiento científico de la actividad política del Estado, y la otra
 - Práctica: aplicada por el ejercicio de las actividades en la organización y operatividad funcional o su gobernabilidad.

Para su comprensión, resulta indispensable adentrarnos al estudio sobre las teorías de la separación del poder.

La separación de las funcionalidades del Poder dentro del Estado en su antecedente histórico tiene fundamentos filosóficos mediante eruditos desde la época de los griegos, entre ellos Aristóteles, quien consideraba la necesidad de su división para regentar el equilibrio y evitar los abusos, por lo que en estos fundamentos, los estudiosos de la Edad Media, padres del liberalismo moderno, Locke y Montesquieu, sustentaron, bajo el método de la observación, los estudios comparativos entre las administraciones del poder legislativo de Inglaterra y el modelo ejercido en Francia, donde indican que en esta última, no era funcional entre el periodo de 1614 a 1789.

Producto del análisis de los vicios del parlamentarismo francés denotan que la Monarquía no convocaba a los legisladores y por lo tanto su preponderancia absolutista era mayoritaria, a diferencia del fenómeno en Inglaterra, donde el poder del Monarca era mermado constantemente por el poder de los lores y los comunes, propiciando el poder de los parlamentarios sobre el ejercicio de las funciones de la Corona.

Conclusivamente Montesquieu advierte que la operatividad del modelo debe descansar en la construcción de la Constitución Política del Estado para que este prospere, pues de lo contrario daba paso a una transitoriedad fulminante.

Organización del Estado por sus funciones

Distinción entre formas de estado y formas de gobierno:

La expresión terminológica de Estado tiene un contexto amplio y denota una organización política en su conjunto, mientras que el concepto de Gobierno se refiere al conjunto de Poderes Públicos, es decir, del conjunto de los órganos a los cuales se les atribuye la facultad y el ejercicio de poder político y la autoridad de la soberanía del Estado.

Es el conjunto de medios por los cuales la soberanía se traduce en actos (Groppali); se traduce en el conjunto de instituciones organizadas por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la Autoridad Política en la representatividad del Estado, y lo caracteriza la subjetividad de quienes ostentan la misma, es decir, de las personas designadas por la competencia para su implementación.

Mientras que la forma de Estado lo constituye la configuración de la organización política determinada por la cobertura aplicada al orden de sus elementos constitutivos adoptados en su totalidad, reflejando la personalidad concreta ya sea desde la perspectiva sociológica, geográfica o finalmente jurídica.

Su diferenciación conceptual propicia el distinguir que se pueda variar la forma de gobierno, sin que se varíe la forma de Estado y a la inversa.

Desde la perspectiva analítica de los filósofos griegos y romanos, la forma como se distribuía el ejercicio del poder entre las autoridades determina el ideal del modelo hipotético más sostenible para la conducción del Estado, y ello condujo reflexivamente al modelo mixto, propuesto por "Polibio". Toda vez que las Monarquías se degeneraban en Tiránías, luego estas son derrocadas por la Aristocracias,

quienes a su vez se degeneran en Oligarquías, las cuales son derrocadas por el pueblo, para instaurar las Democracias, pero que al degenerarse estas, se deviene en las Demagogias, las cuales después retornan nuevamente o reformuladas a las Monarquías, transformando lo que se denominó como “el ciclo pendular y fáctico fatal de las formas de gobierno”.

Funciones del Estado:

Independientemente del tipo del modelo de Gobierno, todo Estado tiene aparejado un conjunto de actividades que procuran mediante el modelo de gestión pública, la realización de los fines y propósitos del mismo. Por tanto, debe existir imprescindiblemente un conjunto de ellas, sin las cuales perdería su operatividad y estas constituyen la determinante del concepto imprecado en el presente enfoque de estudio.

De conformidad con la clasificación natural del ejercicio del poder público se resguardan dentro de toda organización estatal aquellas encaminadas esencialmente a la formulación y producción normativa que debe estructurar su modelo, partiendo del principio de legitimidad de la soberanía, luego la necesidad de reglamentar la relación entre el Estado y los ciudadanos; así como otra tendiente a tutelar dicho ordenamiento en el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad humana que lo aglutina.

Principales estudios sobre las formas de gobierno:

Los primeros en analizar el fenómeno político en el ejercicio del poder soberano como lo es entendido hoy día, lo constituye el pen-

samiento filosófico por los griegos, entre estos Sócrates, seguido de Platón y Aristóteles, quienes visualizaron hipotéticamente ya sea desde la perspectiva de una idea o derivada la misma de la observación de los hechos políticos, estudiaron el profundo fenómeno de la necesidad de la distribución del ejercicio del poder a través de las funciones ejercidas entre las castas gobernantes como mecanismo para evitar los abusos y desenfrenos de su ejercicio.

Heródoto en su obra “Los nueve libros de la Historia” hace una referencia a las diversas formas de gobierno, clasificándolas en monarquías, democracias y aristocracias. Luego Platón en su obra la República las clasifica en cinco: timocracias, oligarquías, democracias, tiranías y aristocracias.

A mayor profundidad es analizado por Aristóteles de manera inductiva al estudiar el fenómeno desde la perspectiva de las constituciones de 158 ciudades griegas o polis, subdividiendo las formas de gobierno solo en tres, tomando en consideración los titulares del poder en las mismas.

Al estar en manos de un solo gobernante lo categorizó en “monarquía” es decir la Monarquía, en otra categoría, cuando era liderizado por un grupo élite de varias personas le denominó como Aristocracia, pero cuando estaba liderizado por un grupo mayoritario de ciudadanos les denominó “Politeia” al considerar como la más conveniente aquella en la cual se encaminaba la realización del bien de los agremiado en la sociedad idealizada como la “Pura o Perfecta” y a la inversa, cualquier de estas era potencialmente susceptible de corromperse y deformarse como tal.

Por su parte ya en la época romana Polibio visualizó que la mejor era la romana, al considerar como Mixta adoptando su transformación de acuerdo con las necesidades del ejercicio del poder, dividiéndole entre la Monarquía y el pueblo; y el Senado entre la aristocracia y el pueblo. Pensamiento seguido por Cicerón y Tácito, entre otros.

Ya en la Edad Media Dante de Aligere, seguido por Santo Tomas de Aquino, sugieren que es preferible los regímenes mixtos al no tener que elegir alguno, sino propiciar su combinación por lo que cada uno tenía de positivo, según lo procurado en su realización social. Luego del Renacimiento, Nicolás Maquiavelo retoma la subclasificación de los regímenes, pero en una modalidad bipartita, entre “El Principado y La República” tomando en consideración la estructuración del órgano supremo de la autoridad política.

Luego Hobbes, Locke, Rousseau y Montesquieu sustentan la necesidad de subdividir el ejercicio del poder, pero de acuerdo al modelo clásico de las monarquías, aristocracias y las democracias, según quien ostenta la tenencia del poder soberano.

Modernamente surge una nueva corriente del pensamiento político regentada por Groppali, quien considera que la distribución del Poder, de acuerdo con las Formas de Gobierno, está distribuida en cuatro y no en tres, según la corriente clásica al incorporar como novedad a la “Jefatura del Estado,” separada esta del gobierno, el Parlamento y la Magistratura. En síntesis, sustenta que la jefatura del Estado debe visualizarse como el símbolo viviente de la unidad política y quien es depositario del principio de autoridad. Sin embargo, los detractores sostienen que este ya está integrado dentro del

órgano ejecutivo y valdrá su consideración de acuerdo con la tradición histórica de la región en que se encuentre su funcionalidad.

Es así como dentro del enfoque moderno de su funcionalidad se distribuye entre las diversas formas de Gobierno las siguientes actividades:

Teoría del Órgano Ejecutivo:

La función encaminada a la realización de la satisfacción de las necesidades primarias y la realización del bienestar común se encuentra encomendada a la actividad de la Administración y su lideresa en la conducción del Estado. La representatividad soberana en el concierto de las naciones denota una función pragmática primaria.

Las actividades de la vida práctica del Estado obliga a que la administración regentada por el poder ejecutivo tenga autonomía y libertad en su conducción para enfrentar a los problemas y dificultades en la realización del bien común y la consecutiva realización de las satisfacciones de las necesidades de la población y para ello debe ajustar su funcionalidad a la realización y materialización de los postulados imperativos de la ley, razón por la cual esta aplica la misma pero en el ejercicio de las realizaciones de dicha satisfacción social y sin confundirle con las funcionalidades del Poder Judicial, quien actúa en la realización de la justicia.

Para ello debe procurar la materialización de su poder reglamentario imprecándole la concreción de los postulados imperativos de la ley y por lo tanto hace uso de sus facultades exorbitantes al margen comparativo de los sujetos civiles del Estado.

Comprende en su haber el ejercicio de una actividad mediante Actos de Gobierno y actos administrativos encaminados al logro de los fines, tanto del propio Estado como de todos los ciudadanos que le conforman.

Tiene en su haber la funcionalidad propia de coordinación con los otros Poderes y facultades con la alta conducción del Estado, procurando un equilibrio armónico derivado de la Teoría Separatista Pura de los diversos órganos públicos involucrando tanto a los Actos Políticos como de los Actos Administrativos; distinguiéndole según el fin superior reinante; para ello hace alusión a la finalidad interior o exterior de los intereses del Estado en los momentos fundamentales de su vida (Ranelletti).

Teoría del Órgano Legislativo:

La separación de las funcionalidades del Estado en su antecedente histórico tiene fundamentos filosóficos desde la época de los griegos, entre ellos Aristóteles quien consideraba la necesidad de su división para regentar el equilibrio y evitar los abusos, por lo que en estos fundamentos los estudiosos de la Edad Media, padres del liberalismo moderno, Locke y Montesquieu, sustentaron bajo la observación con fundamento en los estudios comparativos entre las administraciones del poder legislativo de Inglaterra y el modelo ejercido en Francia, donde indicaron que en esta última, no era funcional el ejercicio legislativo.

Producto del análisis de los vicios del parlamentarismo francés denotan que la Monarquía no convocaba a los legisladores y por lo tanto su preponderancia absolutista era mayoritaria, a diferencia del

fenómeno en Inglaterra, donde el poder del Monarca era mermado constantemente por el poder de los lores y los comunes, propiciando el poder de los parlamentarios sobre el ejercicio de las funciones de la monarquía.

Siendo esta recogida por el constitucionalismo en los Estados Unidos primero y luego en Francia, destacando la eliminación del peligro de que un órgano ignore el campo preciso de sus atribuciones en desmedro de otro y con eso desborde el control sobre los demás, al pretender que el Ejecutivo pueda absorber las funciones del Legislativo, transformándose en un régimen dictatorial.

Repartida la Soberanía del Estado se elabora una nueva teoría sustentada en lo que se conoce a la postre como los frenos de los pesos y contrapesos del poder político.

Derivados del esquema puro de las separaciones del modelo de Montesquieu, se evoluciona a mayores precisiones, moderaciones e integraciones en la cual se indica que no debe valorarse en un sentido subjetivo en las denominaciones de las funciones, sino objetivo por el cual se reordena un sistema más flexible, reformado por un conjunto de órganos estatales, definidos o estructurados por el orden jurídico, para el ejercicio de competencias y facultades funcionalidades de cada uno de estos, para conformar en su conjunto las funciones del Estado.

Teorías del Órgano Judicial:

Deriva su ejercicio por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, delegándole el deber de materializar la realización de la justicia entre

los sujetos del Estado involucrados para el cumplimiento de sus fines y el deber de los ciudadanos en el apego a la ley e impetrándole la coercitividad como método idóneo de sus postulados. Esta debe encaminarse a tutelar el ordenamiento jurídico y obtener, en casos concretos, la declaración de derechos y su observancia en las normas pre constituidas mediante resoluciones.

Esta debe conciliar los intereses de los particulares entre sí, así como entre estos y el poder público a través de la ejecución coactiva de sus decisiones mediante sentencias.

Su realización material solo puede lograrse a través de un “debido proceso”, descriptivo de los medios ideados por la propia Ley, la cual le atribuye esta facultad de juzgar.

Este es reconocido por algunos autores, entre ellos el ilustre Chiovenda, *“como un conjunto de actos coordinados, tendientes a procurar la voluntad concreta de la Ley en relación con el bien pretendido por su actor a través de los diversos órganos jurisdiccionales”*.

Presupuestos indispensables del mismo, que suelen clasificarle en los siguientes elementos esenciales:

- a) el derecho de acceso a obtener justicia o de la tutela jurisdiccional efectiva
- b) el deber de proporcionarla por el Estado
- c) la acción o facultad de su requerimiento por el Actor
- d) la jurisdicción y competencias
- e) el trámite a instrumentarse, el cual debe ser provisto por la propia ley

- f) la capacidad de proponer pruebas y refutarlas
- g) generarle una decisión conducente al sentido de la valoración de las pruebas y establecer su recursividad por quien se encuentre afectado promoviendo las Revisiones de las mismas por otros juzgadores.

Elementos y características de las formas de gobierno moderno:

El concepto de Gobierno hace mención al desarrollo de uno de los elementos constitutivo del Estado, siendo este el del Poder o Autoridad Soberana dentro del mismo y su conducción, mediante un modelo de gestión o de Gerenciar. Según la teoría, se define como gobierno al organismo que, según reconoce la Constitución, asume las responsabilidades del Órgano Ejecutivo y es quien concentra el Poder Político para conducir a una determinada sociedad.

Generalmente, estará integrado por un presidente o primer ministro y de una cierta cantidad de ministros, secretarios o jefes de carteras, así como también de otros funcionarios, cuales coadyuvan en su funcionalidad.

Como se ha observado en la evolución histórica de los modelos funcionales, un Gobierno de orden constitucional se rige por una serie de leyes dictadas por organismos legítimamente escogidos.

Cuentan con la característica de que varios partidos o grupos de poder o sectores sociales, corporativos, industriales, laborales o vanguardistas se presentan a elecciones y son elegidos limpiamente. El partido o grupo representativo del Poder Político, que más votos reciba encabezará el gobierno; el resto de los partidos o sectores,

ocuparan diferentes porcentajes en la cámara de diputados y senadores, a fin de que el poder se encuentre dividido de forma equitativa y no exista un gobierno monopolista.

Además, el gobierno debe atarse a las leyes existentes y rendir cuenta de todas las acciones que realice. Estos requisitos convierten al Estado en una entidad democrática de derecho. Entre estos gobiernos se incluyen el sistema de gobierno presidencial, parlamentario o semi-presidencial.

Su clasificación tiende a categorizarlo según se divide en poderes, pero en realidad se divide en órganos con distintos tipos de funciones:

Los criterios de clasificación actuales se atienen más al contenido que a la forma; se trata de separar los Gobiernos no por el número de gobernantes, sino por la forma cómo se ejerce el poder o según la distribución de las competencias entre el individuo y el Estado, según el modo como toman en consideración los gobernantes los derechos individuales y sociales de los ciudadanos (libertad de opinión, de prensa, de reunión, de pensamiento, de creación, de partidos políticos, de enseñanza). En otras palabras, los postulados dogmáticos del constitucionalismo que lo regenta.

Lo más apropiado es clasificarlos como de corte democrático o de índole totalitarista, según el reconocimiento de las libertades ciudadanas y se reconozca a su vez la libertad de intervenir como modelos participativos en el Gobierno a los individuos o no, así como también según se reconozcan y admitan los derechos fundamentales.

El modelo democrático clásico:

Su base se sustenta según el reconocimiento a la eminente dignidad humana, basando la organización estatal en el objeto de fomentar las múltiples posibilidades que derivan de dicha persona (Ismael Iván Santaella Solorio y otros. w.w.w. Wikipedia. com).

Por regla general, la forma de Gobierno se sustenta en el predominio de las mayorías, pero con el reconocimiento y respeto a las minorías. Lo que es conducente a un pluripartidismo.

- Características. Ellas apuntan a:
- Pluralidad de órganos constitucionales y la aceptación de la teoría de separación de poderes.
- Constitución rígida sustentada en un control de constitucionalidad y de la legalidad
- Órgano Legislativo electivo.
- Una amplia tutela jurisdiccional de los derechos públicos subjetivos y particularmente los derechos de la libertad civil.
- Descentralización amplia.

Modelo democrático directo:

- Aquel en el cual el pueblo ejerce directamente las funciones de Gobierno; actúa realizando actos de Gobierno sin representantes. Este régimen no existe actualmente y puede afirmarse que nunca se realizó, en Estado alguno. Solo ha sido posible en pequeñas circunscripciones (Municipios, Cantones suizos.).
- Se ha dicho que en Grecia se practicó Democracia directa; lo que

no es exacto, pues si bien el pueblo se reunía en el Ágora para discutir y resolver las cuestiones de Gobierno, era en realidad una aristocracia ya que estaban excluidos los extranjeros, esclavos y mujeres. En la época moderna todos los autores citan como ejemplo de Gobierno directo los cantones suizos. Pero en realidad esas reuniones eran esporádicas y en ellas se limitaban a votar por sí o por no a los proyectos sometidos a su consideración.

Modelo totalitarios:

En estos se sustenta la transfiguración de la personalidad de su administrador o gobernante. El Estado es regulado según el criterio exclusivo o dominante de la clase gobernante, con poco o ningún contrapeso de otros sectores sociales, restringiéndose en gran medida los derechos civiles de los ciudadanos. La clase o sectores que lo dirige puede imponer sus ideas, criterios y doctrinas sin contrapeso de otras instituciones o grupos sociales. En los sistemas totalitarios todas las competencias residen en el Estado; este orienta los individuos de tal manera que se hace necesario que sean suprimidos o minimizados sus derechos fundamentales.

Fines y justificación del Estado

Responde a la interrogante sobre la importancia de la existencia del Estado.

En la sociedad moderna las grandes organizaciones de los seres humanos conforman el contexto de la estructura de los nuevos Estados cuya selección de sus sistemas de gobierno utilizan diversos métodos ya se utilizando las modernas democracias como **Metodologías**

de Elección, en la cual los ciudadanos se encargan de elegir a sus representantes y las ideas que más los representan mediante la **emisión del voto**, siendo esta una herramienta que forma parte de las **Leyes Estatales** fundamentales.

El rol del Estado entonces es garantizar la estructuración sostenible y sustentable de los grupos sociales, actuando a través del ejercicio soberano y autónomo del ejercicio del Poder Político, adoptando las distintas medidas que busquen un crecimiento y el bien común de todos sus agremiados, ya sean nacionales o extranjeros, correspondiéndose además a las el ejercicio de sus funciones públicas a través de los Órganos que componen el ejercicio del Poder gubernamental como la fuente de cumplimiento de las leyes, el Legislar, el cual se encarga de la producción de las mismas, y por otro lado el ejercicio jurisdiccional por quienes las interpretan.

De este modo, se podría decir que el Estado es quien dirige los destinos de una organización social o una Nación determinada, además de tomar decisiones que se deben considerar como un beneficio para la mayoría de los ciudadanos en pos de un progreso social y económico, siempre amparándose y complementándose con las leyes enunciadas y promulgadas. Es por ello que se denomina la estructura del Nuevo Estado Democrático de Derecho, el cual fundamenta y pregona la salvaguarda de los derechos fundamentales de todos sus agremiados y los comparte con el concierto de las Naciones.

Referencias

Aguilar, Balderas, Lidia. *Teoría General del Estado*. Larousse – Grupo Editorial Patria. España. 2014.

Andrade Sánchez, Eduardo. Teoría General del Estado. II Edición. Editorial.

Duverger Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Ediciones Ariel, S.A. Madrid – España. 1962.

Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis, S.A. Bogotá – Colombia. 2000.

Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado. Editorial Porrúa. México. 1999.

Serra Rojas, Andrés. Ciencia Política. La Proyección Actual de la Teoría General del Estado. Editorial Porrúa. México. 1999.

Recensión de un Fallo

Comentarios al *Fallo de la Corte Suprema de Justicia* que declaró que son inconstitucionales el artículo 182-A y la frase “Por tener setenta y cinco (75) años de edad”, contenida en el artículo 182-B (modificado mediante Acuerdo del Consejo General Universitario N°7-16 de 23 de junio de 2016), del Estatuto Universitario de la Universidad de Panamá.

Por
Mgrtr. Julio César Rodríguez Del Vasto*

En fallo de veinticinco (25) de noviembre de 2021, publicado en la gaceta oficial digital N°29498-A de 18 de marzo de 2022, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 182-A y la frase “Por tener setenta y cinco (75) años de edad”, contenida en el artículo 182-B (modificado mediante Acuerdo del Consejo General Universitario N°7-16 de 23 de junio de 2016), del Estatuto Universitario de la Universidad de Panamá.

De acuerdo con la primera norma demandada, el personal académico que tenga setenta y cinco (75) años de edad, finalizara automáticamente su relación laboral con la Universidad de Panamá. Por su parte, la frase “por tener setenta y cinco (75) años de edad”, contenida en el segundo artículo demandado, es con respecto al derecho de recibir bonificación por antigüedad.

*Asesor legal del Despacho Superior.

El origen del fallo se da por razón de sendas demandas de inconstitucionalidad promovidas por el doctor Tiburcio Rodríguez Batista, actuando en representación de **RAMÓN ANTONIO EHRMAN PHILLIPS** y **CUBA NELSON VILLARREAL**, el licenciado Roberto Enrique Fuentes, en representación de **JOSÉ DEL ROSARIO GARRIDO** y por el licenciado Abner Alberto Palacios S., en representación de **ROGELIO VALENZUELA DÍAZ, MANUELA FOSTER VEGA Y HUGO PEREIRA SERRACÍN**, las cuales fueron acumuladas por razón de identidad de la petición.

Los promotores constitucionales consideraron que las normas acusadas infringen los artículos 4, 17, 19, 64, 71 y 74 de la Constitución Política de la República. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia no solo las confrontó con las normas citadas por los recurrentes sino también, con las demás que componen dicha carta política.

Es importante señalar que el procurador General de la Nación, al emitir su vista solicitó que se declarara no viable dicha demanda, argumentando que, por tratarse de normas reglamentarias adoptadas por una acción administrativa, el debate se debió dar en el plano legal.

No obstante, la Corte aclara que las acciones de inconstitucionalidad proceden contra leyes, Decretos, Acuerdos, Resoluciones y demás actos que por razón de fondo o forma impugne ante ella cualquier persona.

En su análisis la Corte Suprema de Justicia consideró, entre otras cosas, los siguientes parámetros:

I. Autonomía De la Universidad de Panamá

Sostuvo la Corte que el bloque constitucional, en concordancia con la Jurisprudencia y la Doctrina, permiten colegir que la Constitución Política de la República le confiere a la Universidad de Panamá, en su condición de Universidad oficial, autonomía en su régimen, lo que implica, la facultad de administrar el personal que allí labora en la forma que determine la Ley.

Que esa Autonomía universitaria implica el desarrollo de los derechos económicos, prestacionales, académicos y participativos en la vida universitaria, como la evaluación del recurso humano y del perfil idóneo necesario para lograr la generación de los profesionales que requiere la sociedad, entre otros.

“Sin embargo, debe decirse que esta facultad o prerrogativa de auto gobernanza no debe de ninguna forma suponer que exime a la Universidad de Panamá del cumplimiento de las disposiciones generales contenidas en la Constitución Política o la Ley, y es que, se aprecia del propio mandato constitucional que da vida a la Autonomía Universitaria que la misma se encuentra supeditada precisamente a la Ley, entiéndase por ésta, a las disposiciones con rango constitucional, legal e inclusive convencional”.

Agrega la Corte, que si bien es innegable que la Universidad de Panamá, goza de plena Autonomía en su régimen, otorgado por vía constitucional, no menos cierto es que tal prerrogativa no es absoluta, sino que se encuentra supeditada al cumplimiento de los pará-

metros establecidos en los instrumentos a los que se refirió previamente.

II. Confrontación de las normas acusadas con el resto de las disposiciones constitucionales que remiten a Convenios Internacionales suscritos y ratificados por Panamá

Al respeto señaló que, a nivel Convencional, la Declaración de Viena de 1993, establece que todos los Derechos Humanos están interrelacionados, son universales, indivisibles e interdependientes; por tanto, desde esa perspectiva, el Derecho del Trabajo está ligado a otros Derechos Sociales, Civiles y Políticos, y tiene una importancia fundamental para el pleno goce de estos.

Añade la Corte que, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha señalado que el Derecho al Trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana, por lo tanto, toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad.

En tal sentido, la Corte sostiene que el artículo 64 de la Constitución Política, contenida en el Título III, sobre los derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 3º, califica al trabajo como *“un derecho y deber del individuo, y por tanto, es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa”*.

Agrega el Pleno, que el Derecho al Trabajo, coadyuva a la obtención de otros Derechos Humanos y la satisfacción de las necesidades personales y familiares de cada individuo.

Otro aspecto que abordó la Corte lo encontramos en el análisis del artículo 17 de la Constitución Política de la República, cuando advierte que dentro del conglomerado de las normas que componen el Título III de los derechos y deberes individuales y sociales de toda persona, estos deben considerarse como mínimos.

Explica la Corte, que los derechos fundamentales que poseen las personas no se limitan a los establecidos en la Constitución, si no que se deja abierta la posibilidad de reconocimiento de aquellos contemplados en otras normativas, tal es el caso de los Convenios sobre Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Para convalidar lo expuesto, cita la Sentencia de 12 de febrero de 2015, mediante la cual el Pleno de dicha Corporación de Justicia señaló:

“Advierte el Pleno de esta Corporación de Justicia, que la reforma Constitucional de 2004 al introducir un párrafo al Artículo 17 de nuestra Constitución Nacional, permitió que el intérprete de esta Carta Magna pueda efectuar un análisis de los distintos Convenios sobre Derechos Humanos, con el propósito de hacer cumplir la Constitución, pues, de conformidad con el segundo párrafo del Artícu-

lo 17 Constitucional, ‘los derechos y garantías que consagra la constitución, deben considerarse como mínimo y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. **De esta forma todos los Convenios sobre Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, lo que equivale decir, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de 1969, siendo el principal instrumento de la región sobre Derechos Humanos, debe cumplirse como una norma constitucional más.**”

Además, sostuvo que el valor de los instrumentos internacionales en el ordenamiento nacional es evidente, toda vez que ellos forman parte del bloque de constitucionalidad, motivo por el cual son plenamente invocables y de aplicación directa e inmediata, pues, no en vano nuestra norma suprema en su artículo 4 establece que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”.

III. Protección Laboral de las personas adultas

Sobre el tema, la Corte indicó que, al analizar los estándares internacionales que se integran a las normas constitucionales patrias sobre protección de derechos de adultos mayores, se debe colegir que, sin bien la República de Panamá no ha ratificado la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, no es menos cierto que el reconocimiento de los derechos de los adultos mayores y su visualización como titulares de

los mismos, viene dado por la incorporación en los principales instrumentos de protección de Derechos Humanos, en los cuales se incluye a la edad como una categoría de protección y frente a la cual está prohibida toda forma de discriminación.

De esta manera, se refiere a la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, señalando que la misma no ha desconocido esa realidad, y aunque tampoco haya un Fallo específico sobre el Adulto Mayor, existen sentencias que aplican al tema. Entre las cuales destacan: Damiao Ximenes Lopes y sus familiares, Furlán y Familiares Vs. Argentina, García Lucero y otras Vs. Chile y Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala. En todas estas, se reconocieron derechos en favor del Adulto mayor, con base a los principios de “Efecto Útil” y “Para Homine”, de manera que se estableció con claridad que dicho sector se encuentra protegido por la Convención Americana y demás normas de Derechos Humanos.

Agrega la Corte que, en un Estado Democrático de Derecho, como el nuestro, es ineludible la interpretación conforme al Principio “Pro Homine” o “Pro Persona” basado en lo ya expuesto en el artículo 17 de la Constitución Política, en compaginación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la mano con la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana en el ejercicio de sus competencias contenciosas.

Sostiene que nuestra Constitución Política reconoce el Derecho al Trabajo, sin distinción de edad, por lo tanto, se inserta a las Personas adultos mayores dentro de los grupos poblacionales que deben tener acceso a este importante derecho.

De igual forma, indicó que el enfoque de derecho promueve la protección laboral de las personas adultas mayores, en virtud de que busca garantizarle a esta colectividad un envejecimiento digno, en el que continúen participando y ejerciendo plenamente otros derechos que se encuentran asociados o divergen del salario proveniente del empleo que ocupan.

Así mismo, señaló que es indudable que la promoción del envejecimiento laboral activo en los adultos mayores permite que estos mantengan su calidad de vida y continúen su participación en la sociedad. Toda vez que, *“para nadie es un secreto que, debido a diversos factores, la gran mayoría de las personas mayores en nuestro país sufre un desmejoramiento marcado de su calidad de vida, que es más notorio a medida que van envejeciendo, situación que les impulsa, en muchos casos, a depender económica y socialmente de otros familiares, aspecto que es justamente el que se pretende combatir y/o disminuir mediante los instrumentos concebidos para este motivo”*.

Concluye demostrando que es muy importante lograr que los adultos mayores alcancen una vida digna, que el Estado cree e impulse políticas públicas sustentadas en una igualdad real, a través de la generación de mecanismos que permitan que este grupo de la sociedad logren equidad y estabilidad en el ámbito laboral.

En definitiva, manifestó que “la población considerada como “Adulto Mayor” es una categoría protegida por normas, tanto convencionales, como constitucionales, y, por ende, desde esa óptica deben interpretarse aquellas normas que regulan las relaciones laborales en las que este grupo poblacional forma parte”.

IV. Principio de Igualdad y no Discriminación

Con relación a estos principios, la Corte se refirió a los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, los cuales contemplan el Principio de Igualdad y la obligación de no discriminar.

Sostiene la Corte que *“de acuerdo a la abundante doctrina sobre el tema, se puede señalar que los referidos preceptos constitucionales están dirigidos a la prohibición de fueros y prerrogativas personales y distingos por razón de condiciones en ellos señaladas, es decir la creación de situaciones injustas de favor o exención en beneficio de determinada persona, o de limitaciones o restricciones injustas o injuriosas que entrañen un trato desfavorable o favorable para quienes en principio se encuentran en la mismas situación que otras por razón de su nacimiento, condición social, raza, entre otras”*.

Agrega, que en el presente caso se estableció la medida por el simple hecho de haber alcanzado los setenta y cinco (75) años de edad, situación que a todas luces se constituye como discriminatoria y que coloca a este grupo poblacional en una evidente situación de desventaja respecto a aquellas personas que no alcancen la referida edad, siendo justamente este tipo de tratos arbitrariamente desiguales los que se prohíben en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política.

Por lo tanto, el hecho de que la norma estatutaria establezca una distinción solamente sustentada en razón de edad supone la existencia de una discriminación o violación al Principio de Igualdad ante la Ley.

En tal sentido, concluye la Corte que los artículos 182-A y 182-B de la norma estatutaria impugnada, al establecer fueros o privilegios a favor de los servidores públicos que posean una edad inferior a los setenta y cinco (75) años, además de colisionar directamente el Derecho al Trabajo de aquellas personas mayores de dicha edad, establecen un trato arbitrariamente desigual en su contra, contrariando de esta forma diversas normas constitucionales y convencionales que fueron concebidas para la protección del adulto mayor.

Advierte que debe tenerse presente que la protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores tiene como base el Principio de Igualdad y no discriminación por razón de edad en la vejez, que es lo que ha sucedido con las normas sometidas al escrutinio en esta sede constitucional, con las que, reiteramos, se dispuso el retiro de los profesores solamente porque estos cumplan setenta y cinco (75) años de edad.

Agrega la Corte que, para nadie es un secreto que la realidad social vivida en el país impone a los adultos mayores una especie de subordinación, debido a que en muchos casos son dependientes económicos y sociales del Estado, lo que a su vez les genera estigma para su rechazo y resentimiento al considerarlos como simples beneficiarios de Derechos.

Por ende, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en reconocimiento de la no discriminación por razón de edad en adultos mayores se erige como un presupuesto necesario para su igualdad y dignidad como personas, y en el ámbito laboral, para que este grupo de personas sean concebidas como parte activa y productiva, aspecto que contribuye a su vez a garantizarles niveles mínimos de igualdad

material, que es lo que en el fondo persiguen los instrumentos constitucionales y convencionales a los cuales hemos hecho referencia en páginas previas.

Consideraciones Sobre el fallo

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia es del criterio que el artículo 182-A y la frase “Por tener setenta y cinco (75) años de edad”, contenida en el artículo 182-B (modificado mediante Acuerdo del Consejo General Universitario N°7-16 de 23 de junio de 2016), del Estatuto Universitario de la Universidad de Panamá, infringen los artículos 4, 17, 19, 20, 64 y 74 de la Constitución Política; por ende, deben acogerse los cargos de infracción relacionados a ellos.

Es importante resaltar la gran labor docente desplegada por nuestra máxima corporación de justicia al ir desarrollando cada uno de los parámetros en que fundamentó su decisión, para la cual se valió de la definición de conceptos técnicos, doctrina, los convenios Internacionales suscritos por la República de Panamá, así como de la jurisprudencia nacional e internacional.

En tal sentido, expuso sobre la Autonomía de la Universidad de Panamá, la Vigencia y eficacia de la Autonomía y la Autonomía de las Instituciones.

Luego se refirió a los cargos de violación constitucional y el fundamento para ser confrontados con el resto de las disposiciones constitucionales y que a su vez no remiten a los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por Panamá.

De igual forma, se refirió al Derecho al Trabajo, como un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos, al Adulto mayor, y al derecho al trabajo de este.

Así mismo, expuso sobre los principios de Igualdad y no Discriminación, señalando que una norma es violatoria de estos principios, cuando establece diferencias subjetivas, que no están relacionadas con el fin debido de la Ley.

Finalmente destaca el voto razonado del magistrado Olmedo Arrocha, quien hace alusión al test de igualdad señalando que “El Test de Igualdad lo constituyen dos elementos o conceptos, los cuales son: **una finalidad legítima** y que exista **una razonabilidad o proporcionalidad** de la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido”.

En este sentido, se advierte que en el Estatuto de la Universidad de Panamá no existe una explicación o justificación, que permita entender y comprender cuál es la finalidad legítima de la distinción y trato diferenciado a Iguales, y en cuanto a la relación razonable de la proporcionalidad de la medida, no tiene sentido que por el mismo trabajo que realiza el Personal Docente Universitario, iguales sean tratados desigualmente, por el hecho de llegar a tener una edad determinada, en este caso, 75 años.

Ratio Legis

En esta edición:

DERECHO CONSTITUCIONAL

Estado de *derecho* e independencia judicial

Dr. Florentín Meléndez

El amparo y el *derecho a la prueba*

Dr. Heriberto Araúz Sánchez

La *mutación constitucional*: Un tema polémico

Dr. Rigoberto González Montenegro

La Sentencia de Inconstitucionalidad y sus Efectos. *Tres casos sobre*

decisiones del Tribunal Electoral

Lic. Salvador Sánchez González

DERECHO CIVIL

La *excesiva* onerosidad sobrevenida en los contratos de tracto sucesivo en el Código Civil Panameño

Profesora Lidia Mercado

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La *codificación* de la responsabilidad internacional del Estado por violación de obligaciones internacionales: Valoraciones presentes

Profesor Constantino Riquelme Ortiz

DERECHO PROCESAL PENAL

Propuesta para aumentar los *delitos desistibles* dispuesto en el artículo 201 del Código Procesal Penal

Dr. Ricaurte Soler Mendizábal

FILOSOFÍA DEL DERECHO

La Democracia, sus amigos y sus enemigos

Dr. Juan Camilo Salas Cardona

Teoría general del *Estado*

Mgrt. Martín Wilson Chen

RECENSIÓN DE UN FALLO

Comentarios al *Fallo de la Corte Suprema de Justicia* que declaró que son inconstitucionales el artículo 182-A y la frase “Por tener setenta y cinco (75) años de edad”, contenida en el artículo 182-B (modificado mediante Acuerdo del Consejo General Universitario N°7-16 de 23 de junio de 2016), del Estatuto Universitario de la Universidad de Panamá.

Mgrt. Julio César Rodríguez Del Vasto

