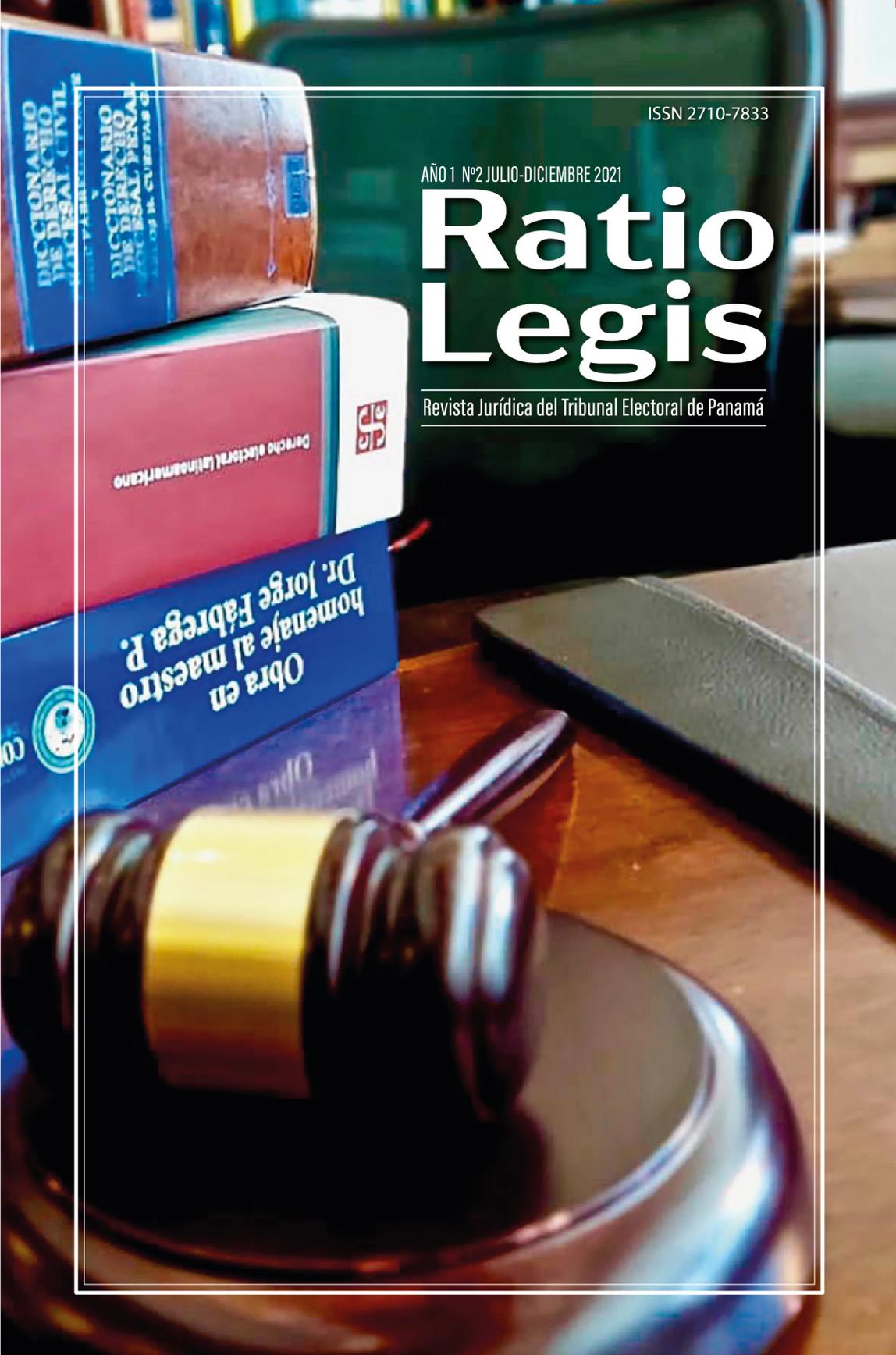


ISSN 2710-7833

AÑO 1 N°2 JULIO-DICIEMBRE 2021

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 Iraida

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.

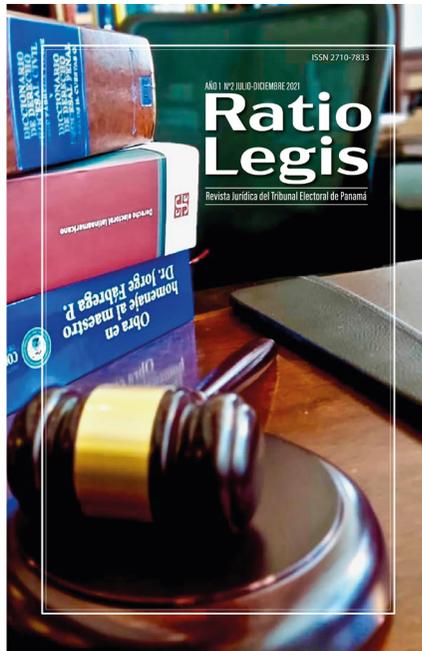
ISSN 2710-7833

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

El Poder Constituyente (Un debate entre la protección y la problematización)
Mgtr. César A. Ruiloba 13

Reformas a la Constitución. Algunos temas que requieren discusión en materia de nacionalidad, ciudadanía y derechos políticos
Mgtr. Sharon Sinclair de Dumanoir 31

DERECHO ADMINISTRATIVO

Aportes internacionales sobre contratación pública y su influencia en el sistema panameño
Lcdo. Ian Bayless 51

Más de dos décadas de la Ley 38 de 31 de Julio de 2000 -Efectividad y Actualidad-
Magistrado Carlos Alberto Vásquez Reyes 67

El acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva en la protección de los consumidores
Dr. Luis A. Camargo V. 93

DERECHO TRIBUTARIO

| | |
|--|------------|
| Evasión o Defraudación Fiscal y la Elusión Fiscal en Panamá Lcdo. Javier Mitre..... | 125 |
|--|------------|

DERECHO CIVIL

| | |
|--|------------|
| Los desafíos de la retroactividad y ultraactividad de las normas en el Registro Civil Mgtr. Andreína Regina Acevedo Arjona..... | 143 |
|--|------------|

DERECHO MERCANTIL

| | |
|---|------------|
| Ámbito de aplicación de la Ley 12 de 2016 en los procesos concursales de insolvencia Lcdo. Narciso Arellano..... | 161 |
|---|------------|

DERECHO PROCESAL

| | |
|--|------------|
| Derecho Procesal comparado Perspectivas desde América Latina Dr. Eduardo Oteiza | 179 |
|--|------------|

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

| | |
|---|------------|
| Comentarios al Fallo de la Corte Suprema de Justicia que declaró que es inconstitucional el artículo 2-A de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988 “Por la cual se establece y regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones”, adicionado por la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010. Lcda. Linda B. Domínguez S. | 203 |
|---|------------|

Palabras del Director

En esta segunda edición de *Ratio Legis*, presentamos interesantes y novedosos artículos, procurando mantener el alto nivel alcanzado en la primera publicación, gracias a los valiosos aportes de expertos en distintas ramas del derecho.

Nos complace contar en esta oportunidad, con la colaboración del Doctor Eduardo Oteiza, profesor titular de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina), quien nos ofrece sus reflexiones sobre el derecho procesal comparado, desde la perspectiva latinoamericana y “las particularidades del entorno social contemporáneo en el que evoluciona”.

Agradecemos también la participación de los magistrados Carlos Alberto Vásquez, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien desarrolló los antecedentes, actualidad y visión de la Ley 38 de 2000, y expuso la importancia para el futuro del Estado de Derecho, de un control eficaz de la administración pública; asimismo, del magistrado del Tercer Tribunal Superior de Justicia sobre Libre Competencia, Luis Antonio Camargo, que expone a través de su artículo sobre el acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva en la protección de los consumidores.

De igual manera, nos honran con su participación autores reconocidos por sus constantes aportes a la literatura jurídica, como Narciso Arellano, quien desarrolla el tema de los Procesos Concursales de Insolvencia, especialmente el proceso concursal de reorganización (regulado por primera vez en Panamá), el proceso concursal de liquidación (antigua quiebra) y la insolvencia transfronteriza. Así también, Javier Mitre, quien a través de su artículo nos orienta respecto

a las nuevas figuras que comprenden los ilícitos tributarios en Panamá, tanto en el ámbito judicial, como en el administrativo, y César Ruiloba, quien expone sobre el “debate constituyente”, como un tema que requiere del “consenso social” y “las condiciones que permitan un ambiente de confianza, serenidad y objetivos comunes”.

Nos llena de orgullo también contar con los enriquecedores aportes de tres colaboradores de la institución: Sharon Sinclair de Dumanoir, Directora Nacional del Registro Civil, que nos presenta una reflexión sobre la normativa constitucional en materia de nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos y suspensión de la nacionalidad y la posibilidad de una reforma constitucional respecto a estos temas. La licenciada Andreína Acevedo, colaboradora de la referida Dirección, que expone en su artículo el tema de la retroactividad y ultraactividad de las normas que regulan el Registro Civil y las dificultades en la identificación de las normas aplicables a cada caso concreto, y finalmente, el Director de Asesoría Legal de la institución, Ian Baylees, quien, en su interesante artículo, plantea la influencia de organismos internacionales en la evolución del sistema de contratación pública panameño.

Bajo la convicción de que el conocimiento debe estar al servicio de la sociedad, mantenemos firme nuestra pretensión de que *Ratio Legis* se convierta en vehículo efectivo para la actualización jurídica, ante la constante transformación de todas las áreas del derecho.

Esperamos sea de vuestro agrado.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Heriberto Araúz Sánchez', written over a horizontal line.

Magistrado Heriberto Araúz Sánchez
Magistrado Presidente del TE

Derecho Constitucional

El poder constituyente (Un debate entre la protección y la problematización)

Por
César A. Ruiloba*

Resumen: Sin perjuicio de reconocer la influencia que pueda tener la representación de las formas políticas pretéritas sobre la organización de nuestro futuro, el debate constituyente debe promover las reflexiones que tiendan a explicar la evolución de las formas políticas incorporando los elementos pertenecientes al contexto estricto de lo que se viene llamando la armadura o capa basal de las sociedades, en las que se incluyen, las técnicas y las tecnologías de una sociedad, el estado de su economía y organizaciones financieras, y la misma estructura específica de la sociedad civil.

Palabras claves: Los problemas del poder constituyente, democracia plebiscitaria, democracia constitucional, el espacio vacío, el motor constituyente, inercia, gradualidad, shock.

Abstract: Without prejudice to recognize the influence that the representation of the ancient political forms could have over the organization of our future, the constituent debate should promote the reflections aimed to explain the evolution of the political forms incorporating the elements which belong to the strict context of what is called the armor or basal layer of the societies, in which there are included, the techniques and technologies of a society, the state of its economy and its financial organizations, as well as the specific structure of the civil society.

Keywords: The problems of the Constituent Power, plebiscitary democracy, constitutional democracy, the empty space, constituent driving force, inertia, graduality, shock.

*Licenciado en Derecho Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, (1999). Estudios de Maestría en Derecho Procesal por la Universidad de Panamá. Postgrado en Gerencia y Gobernabilidad Política por las Universidades de Panamá y la George Washington de USA. Exprofesor de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Expresidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá (2011-2013).

Desde la filosofía de la finitud se reflexiona sobre la condición de la vida humana, entendiendo su forma de habitar el mundo. Uno de los aspectos fundamentales en los que una vida finita se expresa es la precariedad de las situaciones, de los contextos, de las relaciones, así como la fragilidad de las ideas, de los objetos y de las acciones humanas. Ser finito es formarse una vida que no podrá ser planificada de antemano, significa existir en la incertidumbre.

Porque somos finitos andamos fabricando ámbitos de protección, tanto físicos como simbólicos, tal es el caso de la casa, la familia, los mitos, las relaciones educativas y sobre todo, las leyes políticas. Además, es cierto que estas esferas no eliminan ni la inquietud ni la incertidumbre de la vida, todo lo contrario, también problematizan relaciones y situaciones.

Del mismo modo, el paradigma protección-problematización, impacta la teoría del poder constituyente y los razonamientos que surgen de sus entrañas. Es decir, los debates en torno a la creación o reforma de la Constitución, llevan aparejados una serie de cuestionamientos que le son propios a este ámbito de la vida política de los ciudadanos. Resulta esencial plantearnos las siguientes interrogantes: ¿Qué es el poder constituyente y para qué sirve?, ¿En qué contexto de la historia se desarrolla?, ¿Cuál es la diferencia esencial entre el poder constituyente originario y el derivado?, ¿En Panamá, cuál es la actualidad de este debate constituyente?

I- Los problemas del poder constituyente

Precisamente, el paradigma protección-problematización que se plantea desde la teoría del poder constituyente, requiere de un es-

fuerzo intelectual capaz de distinguir, no solo la naturaleza jurídico-política de estas categorías, sino sobre sus límites formales y fácticos, de tal forma que se pueda garantizar la fluidez de un diálogo preciso, eficiente y coherente respecto al poder constituyente.

En tal sentido, hago propio el pensamiento de Jeffrey C. Goldfarb cuando señala que “la intervención intelectual es informar el debate público y la decisión política. Se tiene conciencia de que los mundos de la investigación intelectual y de la acción política están separados aunque mantienen relación problemática. Los problemas políticos no se resuelven cuando aparecen los intelectuales con respuestas teóricas, sino mediante el confuso toma y daca del conflicto, el compromiso y el consenso político. Se entiende que las ideas y los intereses no tienen una correlación necesaria”¹.

A partir de esta premisa, somos conscientes de que el “debate constituyente” no es solo un asunto de proporciones jurídicas, ni mucho menos, se agota desde el estudio y la reflexión del Derecho Constitucional. Antes, se requieren enormes cuotas de consenso social y la posibilidad de construir a lo interno de la sociedad, las condiciones que permitan un ambiente de confianza, serenidad y objetivos comunes. En ocasiones, testificamos la forma como nuestros intelectuales se enfrascan en debates superfluos y de cuyas consecuencia no es fácil obtener resultados que determinen o impacten de manera favorable la vida de nuestra gente. Un ejemplo de ello, se ocasiona en los exacerbados conflictos dialécticos respecto al modelo presidencialista de gobierno panameño. Hay quienes abanderan la posibilidad de asumir como propio la tradición del sistema parlamenta-

¹Jeffrey C. Goldfarb. *Los intelectuales en la sociedad democrática*. Cambridge University Press. 1998, p. 29.

rio que por siglos ha sustentando la realidad política y el extraordinario desarrollo de los pueblos europeos. No obstante, un sector de nuestra intelectualidad, aunque reconocen lo atractivo que pudiera resultar para las naciones latinoamericanas estas potencialidades, atesoran el sentido de la prudencia, ya que estamos determinados por nuestra propia historia y las características que nos definen desde el espectro de las identidades nacionales.

- ¿Qué es el poder constituyente?

Para E. J. Sieyès², quien fue el primero en acuñar la expresión poder constituyente, bajo la premisa que se constituye en el poder de sancionar una Constitución; poder que no lo tiene ninguno de los constituidos y que tampoco ejercita el pueblo, cuya función es simplemente electiva. Lo que deriva que el poder constituyente requiere de un órgano específico: una asamblea especial, llamada convención, distinta de la asamblea legislativa ordinaria, que otorga la Constitución a la nación o la reforma; y que es de naturaleza representativa, como encarnación de la nación soberana. La asamblea constituyente tiene una misión específica: dotar al pueblo de una Constitución, pero en modo alguno ejerce las facultades legislativas ordinarias que, en esta división de poderes, compete a los constituidos.

De esta forma, el Poder Constituyente se nos revela siempre como una cuestión de “Poder”, de “Fuerza” o de “Autoridad” política que está en condiciones de, dada una situación concreta, crear, garanti-

²Sieyès, E.J. Proemio de la constitución (1789). Escrito y discurso de la revolución. Madrid, centro de estudios constitucionales. 1990, p. 100.

zar o eliminar una Constitución entendida como ley fundamental de la comunidad Política.

Este debate se ofrece dentro de la tensa relación entre la democracia plebiscitaria y la democracia constitucional

Si bien desde los fundamentos de la Revolución francesa el poder constituyente se asimila exclusivamente al concepto de soberanía popular, la dinámica social y política de nuestros tiempos nos impone otra realidad. Luigi Ferrajoli ubica al poder constituyente en medio de una especie de confrontación entre las dos concepciones más relevantes de la democracia. Desde la democracia mayoritaria o plebiscitaria se predica que el consenso de la mayoría legitima el poder a cualquier costo, rechazando los sistemas de mediaciones, límites, contrapesos y de controles del poder. Por otro lado, la democracia constitucional establece las reglas, los acicates y las garantías para el funcionamiento del poder político. La crisis planteada entre la política y el derecho, o concretamente, entre el poder y la ley, se constituye en el espacio de acción para la construcción de una arquitectura institucional capaz de permitir el desarrollo de la política dentro de la lógica de la legalidad.

- Un poder constituyente originario

Ahora bien, uno de los aspectos fundamentales sobre el problema del poder constituyente se circunscribe en la determinación de su naturaleza. En tal sentido, es propio hablar de un poder constituyente originario, que por sus características y alcance representa un poder inicial, autónomo y omnipotente. Es inicial porque no existe antes de él, ni en los hechos, ni en el derecho, cualquier otro poder.

Es en él que se sitúa por excelencia, la voluntad del Soberano como instancia jurídico política dotada de autoridad suprema. Es un poder autónomo, ya es solo a él al que le compete decidir cómo y cuándo la nación debe dars una Constitución. Es un poder omnipotente e incondicionado ya que el poder constituyente no está subordinado a ninguna regla de forma o de fondo. El ejercicio del llamado poder constituyente originario será legítimo a partir de determinadas ideas políticas, pero no dentro del concepto de legalidad. La legitimidad de un acto constituyente originario no es un concepto jurídico; es un concepto asociado a la ideología concordante con determinadas ideas políticas.

Por su parte, el poder constituyente derivado existe exclusivamente para modificar o reformar la Constitución en vigor de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos en ella. Igualmente se le denomina Poder Constituyente Constituido, pues, consiste en establecer, por la misma Constitución, un órgano y eventualmente de un procedimiento para su reforma y transformación.

- ¿Acaso tiene límites este poder?

Los problemas relacionados con los límites (jurídicos y políticos) en el ejercicio de este poder, también han sido materia de intrincados debates. En tal sentido, Luis Carlos SÁCHICA³ nos ofrece una visión al respecto: “Ningún constituyente puede cambiar enteramente una Constitución. Ni las revoluciones arrasan con todo lo existente. Hay procesos históricos, realidades psicológicas, infraestructuras cul-

³Sachica, Luis Carlos. *Constitucionalistas ante la constituyente*. Ed. temis, 1990, pp. 10-11.

turales preexistentes, dados, sobre o con los cuales es preciso edificar lo nuevo. En atención a ello, la estabilidad institucional es una riqueza política que no se debe dilapidar. Las reformas no han de ser frecuentes ni totales. Lo prudente es preferir lo existente probado como bueno a lo nuevo impredecible, hacer solo los cambios que la necesidad imponga, y únicamente en el grado que produzca menos traumatismos, el mal menor”.

- El debate constituyente dentro de la dinámica social y política del país

Para Eduardo Novoa Monreal, “no existe otro derecho que el que una sociedad se da a sí misma y adquiere efectiva vigencia dentro de una vida real. El objetivo de este derecho es servir de instrumento a los lineamientos políticos que esa sociedad quiere o tiene que darse. En principio, el derecho no cumple dentro de cada sociedad sino una función ordenadora, que ha de ceñirse a las pautas de los sistemas y formas de organización y de gobierno por los que ella se rige. Agrega el profesor Novoa Monreal que ni el mundo permanece estático ni la vida detiene su curso tan solo porque algunos hombres, ayudados por instituciones dispuestas para ello, quieran ahogar la dinámica de la historia. Una continua movilidad y cambio impulsan, más allá de cualquier voluntad conservadora, un proceso de creación cultural que pugna por expresarse en variaciones y revisiones de las formas de vida social, aun cuando para ello sea menester desbordar los marcos que quisieran contenerlos. Nuevos valores y nuevas necesidades sociales azotan, ininterrumpidamente, ese derecho petrificado e insuficiente, por inepto para adecuarse a las realidades emergentes. Y si las normas jurídicas no son capaces de latir al compás acelerado de la vida, no será el ritmo de esta el que se

retarde, aunque deba vencer obstáculos y por momentos parezca que disminuye la marcha”⁴.

Resulta oportuno desde una especie de auditoría histórica, repasar cuáles han sido los factores que han determinado la existencia de un profundo divorcio entre las estructuras jurídicas actuales y las dinámicas sociales, políticas y económicas que componen el quehacer de la sociedad panameña. Esta realidad, aunque reconocida por un importante sector de la población, no ha logrado impedir que en estos últimos treinta años de nuestra vida republicana se haya impuesto la retórica de los que defienden el inmovilismo, la inercia y el “gatopardismo”. Ya lo decía Gramsci, en la dinámica de la vida en sociedad, se van conformando solidaridades de grupo por encima de los intereses de la nación; estos grupos, a los que él llama “el bloque histórico”, han sido capaces de promover y articular sus intereses sectarios sobre el bienestar de las mayorías desplazadas por un sistema sin equidad ni justicia.

- El retorno democrático

Tras veintiún años de sometimiento a un régimen militar, la última década del siglo XX significó para la sociedad panameña un verdadero parteaguas. Nuestra moral colectiva y las esperanzas por la llegada de mejores días, se correspondían con la realidad de las experiencias recién vividas. Sin embargo, la llegada al poder de un tridente político con vocación democrática, posibilitaban los espacios para acometer las urgentes transformaciones económicas, so-

⁴Novoa Monreal, Eduardo. Derecho, política y democracia. Edit. Temis, 1983, pp. 57-61.

ciales y políticas que requería el país. El principal objetivo de este triunvirato en el poder era fijar las bases para delinear un proceso de refundación del Estado panameño. Sin embargo, los intereses mezquinos y los cálculos aviesos de aquella coyuntura histórica frustraron estos planes y proyectos. A grandes rasgos, fueron las diatribas, los egos personales y quizás las altas dosis de soberbia, que traen aparejado el ejercicio del poder, los que actuaron para destruir la solidez y naturaleza de aquella alianza política de gobierno, y con ella, la posibilidad de modernizar las estructuras jurídico-políticas del Estado.

- La llegada del siglo XXI

Ante la inminente llegada del siglo XXI, nuestro país se alistaba para asumir el control total de la administración y operación del Canal interoceánico. En esta coyuntura se cumplían las condiciones del tratado Torrijos-Carter (1977). Las expectativas eran de toda índole; en el plano económico, la posibilidad de redituarnos por completo sobre los beneficios financieros que generaba esta importante empresa nacional, nos hacía suponer la llegada de un crecimiento en materia macroeconómica. Lo anterior se potenciaba por las amplias oportunidades que se presentaban ante el desarrollo integral y la explotación económica de la zona adyacente al Canal de Panamá. En el ámbito social, los diversos sectores de la población exigían, como consecuencia de la pronosticada bonanza económica, la obligación del Estado de distribuir de manera equitativa aquellas riquezas nacionales. En el aspecto político, la llamada democracia procedimental, si bien había logrado articular los espacios y consensos necesarios que posibilitan la organización de elecciones con un alto grado de transparencia y estabilidad; aquella deuda histórica

por conciliar un proceso de debate constituyente capaz de refundar las bases del Estado se mantenía ecualizada por parte del poder constituido y los grupos conservadores que conformaban el llamado “bloque histórico”, Gramsciano.

En este contexto, presenciamos una vez más la forma cómo el “debate constituyente” resultó eclipsado por las propias estructuras hegemónicas del poder constituido. Como un calco del pasado, las fuerzas políticas que lideraron el gobierno del quinquenio 1999-2004 pactaron políticamente con las huestes en el poder durante el periodo siguiente (2004-2009) y así mediante el Acto Legislativo No.1 de 2004 se consensuó un paquete de reformas constitucionales mediatizadas, superfluas, pero eso sí, capaces de garantizar el futuro político de aquellos grupos en el poder. Ahondar en el análisis de este proceso constitucional, de seguro no nos permitirá constatar nada diferente respecto al proceso del año 1994, pero aquellas enmiendas incorporaron al régimen de reformas constitucionales el mecanismo de la Asamblea Constituyente Paralela.

Es a propósito de la incorporación de este nuevo mecanismo al régimen de reformas constitucionales y, sobre todo, los parámetros establecidos para definir su regulación constitucional, la causa directa que genera confusión respecto a la posibilidad de distinguir o diferenciar el poder constituyente originario del poder constituyente derivado o paralelo.

- El espacio vacío

En las matemáticas, particularmente en la teoría axiomática, se dice que el conjunto vacío es el que no posee elemento alguno. Si reali-

zamos un breve repaso de la década que transcurrió entre los años 2009 a 2019, constataremos sin ninguna dificultad, la ausencia de iniciativas para promover o activar los resortes de un debate constituyente. Las administraciones del poder público que nos gobernaron en dicho periodo, no lograron librarse de los efectos que conlleva el constantemente asedio de los conflictos políticos. Literalmente, nuestro país naufragó en el plano institucional y como consecuencia de ello, divagamos en las penumbras que se imponen bajo la lógica de la judicialización de la política. Solo resta señalar que en el primer lustro de aquel periodo, el poder constituido convocó a un grupo de prestigiosos intelectuales para debatir y presentar un proyecto base de Constitución que posteriormente debía someterse al escrutinio general. La historia da cuenta de que una vez los miembros de esta comisión cumplieron con la misión encomendada y presentaron al poder ejecutivo el documento o informe contentivo de “Proyecto de Constitución”, el cual a grandes rasgos avizoraba aires de modernidad, equilibrio y cientificidad; de hecho aconteció lo esperado, es decir, el poder constituido procedió según sus propios cálculos políticos y engavetó en los más profundo del escrito presidencial aquel esfuerzo intelectual. Para colmo de nuestros males, en el quinquenio siguiente, (2014-2019) no ocurrió nada distinto. Pese a los compromisos que se habían adoptado por impulsar la creación de una nueva Constitución mediante la aplicación del método consagrado en la llamada Asamblea Constituyente Paralela, el poder constituido de turno, simplemente resolvió desatender sus compromisos de campaña, y bajo la falaz retórica que expresaba la falta de condiciones sociales, económicas y políticas necesarias para acometer un proceso de esta índole; hicieron que el tiempo prescribiera y la inercia se apoderara por borrar el descontento social. Al final, aquel proyecto de refundación del Estado quedó rezagado una

vez más, sin que el poder constituyente; verdadero titular de la soberanía del Estado pudiera revertir los designios y la voluntad de los que históricamente han determinado la agenda nacional. El tiempo es historia, y el único hallazgo que servirá para referenciar esta coyuntura, tendrá necesariamente que relacionarse con los “Espacios Vacíos”.

II- El motor constituyente y sus obstáculos

El último intento que registramos en el país para activar un proceso de reformas constitucionales tiene que ver con la iniciativa liderada por el actual gobierno. El sustento que precede a esta decisión, guarda estricta relación con sus promesas de campaña electoral. En materia constitucional, el referido programa político establecía dos matrices de trabajo: 1- Reformas concretas en cinco títulos de la actual Constitución Política. 2- La implementación del mecanismo de reformas ligado al contenido del artículo 313, numeral 2 de la Constitución Política, es decir, la fórmula de las dos legislaturas de una misma Asamblea y el posterior referéndum popular.

Una vez se aceptaron los motores para llevar adelante el mencionado “debate constituyente”, los regentes gubernamentales incorporaron a guisa de un actor estratégico al Consejo de la Concertación para el Desarrollo Nacional, de cuya estructura, se concentran más de treinta organismos de la sociedad civil y de los partidos políticos. Los objetivos trazados por el Consejo de la Concertación para el Desarrollo Nacional consistían en la posibilidad de consensuar a lo interno, un proyecto o paquete de reformas constitucionales que sirviera de base para el posterior debate legislativo. A nivel nacional, muy pronto surgieron voces que, no solo cuestionaban el nivel de

representatividad social de esta mesa de diálogo, sino los propios contenidos del llamado proyecto de reformas del Consejo Concertación. Con el apoyo del poder constituido, el Consejo de la Concertación para el Desarrollo Nacional presentó ante el actual Gabinete de Ministros un paquete de reformas que concentraban modificaciones en cinco de los títulos de la actual Constitución; cumpliendo al pie de la letra con las recomendaciones exigidas por las estructuras que eventualmente los había sumado al debate. Una vez se recibió el referido documento, el Gabinete de Ministros dispuso el traslado inmediato de aquel proyecto a la sede del Parlamento Nacional.

Tal como se ha descrito, el debate constituyente se concentró en la Comisión de Gobierno y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional, y para tales fines se nombró una subcomisión para la ejecución de un plan de consultas a nivel nacional, con base en el proyecto de reformas constitucionales que en otrora adoptó el Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo.

Lo expuesto hasta aquí refleja quizás nuestra constante preocupación por el rumbo en el que históricamente han girado las diversas y frustradas iniciativas de refundación del Estado panameño. Considero que la falta de sentido común que se asienta en la naturaleza de las cosas y en la reflexión forjada de la contemplación atenta de lo que ocurre en nuestra vida en sociedad, no le ha permitido al poder político constituido la justa comprensión de sus límites. Desde esta perspectiva, el camino que adoptó la actual administración para promover un proceso constituyente bajo la tutela y liderazgo de los organismos que representan al poder constituido, chocan una vez más con la lógica del fracaso. En la medida en que el poder

constituyente, se erija como promotor y propulsor del proceso de cambio, el panorama de desconfianza y desasosiego que nos ha acompañado en este trayecto de más de treinta años finalizará por completo.

En conclusión, a lo largo de estos treinta años de vida democrática, la nación todavía no renuncia a la posibilidad de articular y promover las condiciones sociales, políticas y económicas que le permitan culminar su proyecto de refundación del Estado. En la base popular, existen los acuerdos que avalan la necesidad de construir un pacto político moderno y capaz de concebir la esencia de nuestros valores e intereses en pleno siglo XXI, no obstante, son los poderes constituidos los que se oponen vehementemente para que esto ocurra; valiéndose de aquella lógica que establece que cualquier acuerdo popular requiere del consenso de la clase política en el poder para su materialización real.

III- Entre la Inercia, la Gradualidad y el Shock

Desde la perspectiva que nos impone la realidad pandémica, la sociedad panameña, como estoy seguro ocurre en otras latitudes, se ha visto abocada a priorizar la solución de los asuntos más urgentes y coyunturales por encima de los temas importantes y estructurales. No es fácil lidiar constantemente con esta encrucijada cuando nuestros índices macroeconómicos reflejan una caída en el PIB por el orden de los 17,9%. Y si a ello le agregamos una tasa de desempleo que ronda en el 18,5% y una baja en la recaudación tributaria por más de 1560 millones de dólares en el año 2020, se augura la tormenta perfecta en un ambiente de desasosiego, incertidumbre y altas cuotas de sacrificio de parte de nuestra población en general.

Pese a ello, un sector representativo del quehacer nacional; vinculado a los partidos políticos en oposición y a un segmento de la sociedad civil, ligados a los temas de la institucionalidad democrática del país, impulsan y promueven un movimiento para la recolección de más de medio millón de firmas de nuestros ciudadanos, con el fin de activar los resortes que se establecen dentro del artículo 314 de la Constitución Política, y así impulsar un proceso constituyente bajo los parámetros y mecanismos de la llamada Asamblea Constituyente Paralela. Es importante acotar que en un breve periodo de tiempo hemos logrado advertir la preeminencia de al menos tres corrientes o visiones del pensamiento que, de alguna manera, están guiando los derroteros del actual “debate constituyente”.

1. De la Inercia: el estado de inercia representa la incapacidad que tienen los cuerpos de modificar por sí mismos el estado de reposo o movimiento en el que se encuentran. Un calificado sector de panameños, entre los que se encuentran, intelectuales, empresarios, profesionales, y de manera coyuntural, sectores ligados al gobierno de turno, abanderan la hipótesis en cuanto a que no es el momento oportuno para acometer un proceso de esta naturaleza; cuando las prioridades del gobierno deben estar centradas en la solución de los problemas inmediatos que nos ha dejado la pandemia del Covid-19 y las medidas de clausura del sistema económico en el último año. Este grupo de panameño, coincide en señalar que las condiciones actuales no propician este debate, lo que podría generar un efecto adverso relacionado con el alto riesgo por ahuyentar el capital y la inversión extranjera. En conclusión, son partidarios de andar con prudencia y por ende, priorizar los asuntos más relevantes de nuestra realidad como nación.

2. De la Gradualidad: esta supone un desarrollo que se lleva a cabo lentamente, y no de forma abrupta, es decir, poco a poco, pero de manera continuada. Frente a la postura anterior, existe igualmente un amplio sector de la sociedad panameña que se matricula ante la posibilidad de iniciar un proceso de debate constituyente de forma serena, pero ininterrumpida, a efectos que nos permita adelantar una agenda como país capaz de enfrentar aquellas deficiencias que nos impiden nuestro desarrollo integral. El flagelo de la corrupción pública y privada tienen un peso específico en este debate, una justicia aniquilada y cooptada por el poder político requiere y exige una profunda reingeniería institucional y como colofón, el desgaste y la falta de credibilidad de nuestras organizaciones y estructuras políticas, demandan de medidas profundas y efectivas. Los partidarios de esta gradualidad, si bien, no desconocen la nueva realidad impuesta por la pandemia del Covid-19, advierten que este flagelo no puede representar un impedimento de fondo para activar un proyecto de refundación tan necesaria para el país y capaz de proporcionarnos una nueva institucionalidad democrática y de bienestar general.

3. El Shock: ante las posturas anteriores, grupos del sector social y de los trabajadores, poseen una visión diametralmente distinta. Opinan que el estado de inercia hoy es insostenible y no representa una opción posible. Nuestra historia y las experiencias que en ella se reflejan, nos demuestran cómo se ha impuesto la lógica de los poderes constituidos sobre el poder constituyente. Lo que significa que llegó el momento para que el poder soberano, es decir, el pueblo organizado decida a través de la convocatoria de una constituyente originaria los destinos de la

sociedad. Estos cambios deben llegar sin la presencia del poder constituido, dado que el soberano no está ni debe estar sometido a los designios de ningún poder que lo limite. Los partidarios de esta posición se aferran a los criterios vertidos, tanto en la doctrina constitucional como en la teoría política, que versa sobre la naturaleza, ideología y el desarrollo del poder constituyente en manos del pueblo.

Referencias

Goldfarb, Jeffrey C. *Los intelectuales en la sociedad democrática*. Cambridge University. 2000.

Novoa Monreal, Eduardo. *Derecho, política y democracia*. Ed. temis, 1983.

Sachica, Luis Carlos. *Constitucionalistas ante la constituyente*. Ed. temis, 1990.

Sieyès, E.J. *Proemio de la Constitución (1789). Escrito y discurso de la revolución*. Madrid, centro de estudios constitucionales, 1990.

Reformas a la Constitución.

Algunos temas que requieren discusión en materia de nacionalidad, ciudadanía y derechos políticos

Por
Sharon Sinclair de Dumanoir*

Resumen: Con el propósito de abrir un espacio de reflexión, el artículo se centra en revisar la normativa constitucional en materia de nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos y suspensión de la nacionalidad ante la posibilidad de una posible reforma constitucional o la adopción de una nueva, en el cual se incluye además un breve recuento de las Constituciones Políticas que han estado vigentes en nuestro país y las reformas que sobre ellas se han hecho.

Palabras Claves: Reformas Constitucionales, Nacionalidad, Ciudadanía, Derechos Políticos, Suspensión y Pérdida de la Nacionalidad.

Abstract: With the purpose of opening a space of reflection, the article is centered in revising the constitutional norm in matter of nationality, citizenship, political rights and suspension of the nationality; facing the possibility of a possible constitutional reform and the adoption of a new one, in which a brief summary of the Political Constitutions that have been into force in our country and the amendments that they have had, are included.

Keywords: Constitutional Reforms, Nationality, Citizenship, Political Rights, Suspension and Loss of the Nationality.

*Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá; maestría en Derecho Administrativo de la Universidad de Ciencia y Tecnología (ULACIT) de Panamá; estudios en Derechos Humanos en American University, Washington D. C., Estados Unidos; postgrado en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la Perspectiva del Siglo XXI, Universidad Castilla La Mancha, Toledo, España. Magistrada suplente del Tribunal Electoral de 2008-2014. Actualmente directora nacional del Registro Civil.

La Constitución Política vigente establece tanto que se pueden proponer reformas a la constitución, como adoptarse una nueva mediante el establecimiento de una Asamblea Constituyente.

Tienen iniciativa para reformarla, la Asamblea Nacional, el Consejo de Gabinete o a la Corte Suprema de Justicia, mientras que la Asamblea Constituyente puede ser convocada por decisión del Órgano Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Órgano Legislativo, por el propio Órgano Legislativo, con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual debe ser respaldada por la firma de por lo menos el 20% de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En el caso de la iniciativa ciudadana, los peticionarios tienen hasta seis meses para cumplir con ese requisito, conforme al procedimiento que establezca el Tribunal Electoral.

Hasta ahora, en nuestro país y desde que somos República hace casi 118 años, ha tendido cuatro Constituciones: las de 1904, 1941, 1946 y 1972. Cada una de ellas ha sufrido reformas, algunas puntuales, otras más extensas y profundas.

La Constitución de 1904 fue modificada en 1906, 1918, 1928 en tres ocasiones, y por último en 1932.

Por su parte, la Constitución de 1941 es producto de un acto legislativo reformativo, que fue sometido y aprobado mediante plebiscito en diciembre de 1941, después del Golpe de Estado de Arnulfo Arias en octubre de ese mismo año. No tuvo ninguna reforma y ha

sido la Constitución de menor duración. Su vigencia fue suspendida el 29 de diciembre de 1944 por el Decreto No 4 de esa fecha, en virtud del llamado que hizo el presidente de la República a fin de convocar una Convención Nacional para redactar una nueva Constitución; solo se mantuvieron vigentes las normas relativas al Poder Judicial y al Ministerio Público, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1946. También entro a regir por un día en 1951, cuando a través de un Decreto Ejecutivo, el presidente Arnulfo Arias declaró sin efecto la Constitución de 1946, y puso en vigor la de 1941. Por ello se le realizó un proceso judicial por extralimitación de funciones, siendo condenado a la destitución del cargo y a la inhabilitación de funciones públicas.

La Constitución de 1946 fue expedida el 1o de marzo de ese año, por la Asamblea Constituyente, que había sido elegida en mayo de 1945. Fue reformada en 1956, 1959 y 1963, mediante Actos Legislativos. Esta Constitución tuvo vigencia aproximadamente por 26 años, pero dentro de ese período, además de lo señalado anteriormente, desde el 11 de octubre de 1968, cuando se dio el Golpe de Estado de la Guardia Nacional contra el presidente constitucional Arnulfo Arias, y hasta el 11 de octubre de 1972, cuando se promulga la nueva Constitución de 1972, la Junta Provisional de Gobierno ejerció las funciones de la Asamblea Nacional mediante la expedición de Decretos de Gabinete.

La Constitución de 1972, que fue aprobada por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento, y cuenta con casi cincuenta años de vigencia, ha sido reformada por diversos mecanismos, cinco veces en las siguientes ocasiones:

1. 1978. Mediante Actos Reformatorios No 1 de 5 de octubre y No 2 de 25 de octubre.
2. 1983. Por un Acto Constitucional aprobado el 24 de abril.
3. 1993. Acto Legislativo No 1.
4. 1994. Acto Legislativo No 2.
5. 2004. Acto Legislativo No 1.

En momentos en que en nuestro país varios grupos de ciudadanos se encuentran en la fase de recolección de firmas con el propósito de que se convoque a una Asamblea Constituyente, para que se adopte una nueva Constitución Política, debemos abocarnos al estudio de la constitución actual y hacer una reflexión desde nuestra experiencia personal y profesional, para contribuir en la discusión de si las normas constitucionales requieren un cambio.

No vale decir que es necesario introducir cambios sin hacer el análisis completo de las instituciones legales y de la realidad cultural, política y social de nuestro país. Hay que meditar en el modelo que se busca construir y en los principios que se deben proteger y resguardar, así como y las instituciones que se deben modernizar.

En 1956 el doctor César Quintero¹, en un análisis que hizo sobre las reformas constitucionales de ese año, con las cuales se reformó por primera vez la Constitución de 1946, señalaba que “los vacíos y deficiencias inherentes a toda Constitución se comprueban con certeza a través de su funcionamiento. De allí la necesidad de las re-

¹Quintero, César. Las Reformas Constitucionales de 1956. Páginas 505-506. Ensayos sobre Historia Constitucional, Jorge Fábrega, Editora Jurídica Panameña. Primera Edición. 1986.

formas prudentiales y sucesivas al documento original; solo a través de ella se puede mantener la situación jurídica más cercana al ideal constitucional. Y este ideal no es otro que el de la mayor proximidad posible entre las normas escritas y la realidad social”. Y concluía señalando que no podía haber reformas anuales a la constitución porque ello engendraría una nociva inestabilidad institucional, pero que si en un lapso de veinte años no se hicieran modificaciones, la misma perdería contacto con la realidad, por lo que consideró oportunas las reformas de 1956, que se hicieron 10 años después de que esta entrara en vigor.

Las últimas reformas a la Constitución de 1972 son de hace 16 años, con lo dicho por el doctor Quintero, todo apunta a que debemos hacer una revisión integral de la misma. Ya hubo un primer intento en el año 2011, bajo la presidencia de Ricardo Martinelli, quien mediante Decreto Ejecutivo 209 de 26 de abril de 2011, modificado posteriormente mediante el Decreto 517 de 7 de septiembre de 2011, convocó a una Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá. Más adelante veremos los aportes de dicha Comisión en los temas que guardan relación con este artículo.

Ahora bien, las reflexiones que haremos a continuación no representan la opinión del Tribunal Electoral donde laboro ni mucho menos una postura jurídica como directora nacional de Registro Civil, cargo que ocupo en la actualidad, sino que se trata de poner en la palestra de discusión, algunas situaciones jurídicas que a lo largo de los años hemos observado, así como las opiniones que hemos recibido de muchos ciudadanos en temas relacionados al mecanismo de reconocimiento del ejercicio de la nacionalidad paname-

ña y los derechos ciudadanos que se desprenden de ella, temas sobre los cuales nos limitaremos en este artículo.

El origen, la posesión o adquisición de la nacionalidad panameña, así como su pérdida, ha sido un tema que ha sido revisado en todas las constituciones que hemos tenido, así como en varias de sus reformas. Sobre el particular, tenemos que el artículo 8 de la Constitución Política vigente establece:

“Artículo 8: La nacionalidad panameña se adquiere por el nacimiento, por la naturalización o por disposición constitucional” (el subrayado es nuestro).

Este pequeño artículo de apenas dos líneas es fundamental; del mismo se desprenden todos los deberes y obligaciones que tiene el Estado con los nacionales y a su vez los derechos y deberes de estos. Puede establecer además, una serie de limitaciones importantes para el ejercicio de la ciudadanía, especialmente de los derechos políticos, si alguno de ellos se reserva por ejemplo a los nacionales por nacimiento.

La primera palabra sobre la que hay que reflexionar en este artículo es la que hemos subrayado y puesto en negrita: “adquiere”. ¿Cómo realmente una persona tiene, posee o adquiere la nacionalidad panameña? ¿Se tiene de pleno derecho o de forma originaria con el nacimiento o existen requisitos para adquirirla, tal como parece inferirse del artículo constitucional citado?

Para la Real Academia de la Lengua Española (RAE), el vocablo “adquirir” significa llegar a tener o conseguir una cualidad, un conocimiento, un hábito o una habilidad, de forma natural o tras un

proceso. Con esta definición la palabra “adquirir” puede referirse tanto a la nacionalidad que se adquiere de origen como a la nacionalidad derivada, que se adquiere, valga la redundancia, por un proceso de naturalización.

En su libro *Ciencia Política*, el reconocido constitucionalista panameño doctor César Quintero, dentro del capítulo en que trata sobre los derechos políticos, señalaba que era importante recordar la diferencia existente entre nacional de un Estado y ciudadano del mismo, así mismo entre el derecho de nacionalidad y el de ciudadanía. Sobre el particular afirmaba “La nacionalidad es una calidad que generalmente adquiere el nacional de un Estado desde el momento en que nace. La ciudadanía es un derecho que adquiere el nacional de un Estado cuando llega a cierta edad y reúne otras condiciones. Así, puede decirse que por regla general todo ciudadano de un Estado es nacional del mismo, mientras que no todo nacional es necesariamente ciudadano”, y más adelante concluye que “la nacionalidad como es sabido se tiene por nacimiento y **se adquiere** por naturalización” (Lo resaltado en negrita y subrayado es nuestro).

Entonces, qué importancia tiene revisar en el texto del referido artículo 8 la conveniencia o no de modificar el verbo rector, pues bastante, porque jurídicamente podría no ser lo mismo que la nacionalidad “se adquiere”, que la nacionalidad “se tiene”, pues estas frases enmarcan o guían el resto de las normas constitucionales que permiten diferenciar, por el origen de la nacionalidad que se ostenta, los diversos efectos jurídicos que podrían darse para el ciudadano.

Las Constituciones de 1904, 1941 y 1972 usan el verbo *adquirir* para indicar que la calidad de panameño se adquiere por naci-

miento o por naturalización, y en el caso de la del 72, además por disposición constitucional. La Constitución de 1946, por su parte, parecía establecer una diferencia entre la nacionalidad de origen y la adquirida, pues sí hacía una diferencia, al decir que la calidad de panameño se tiene por nacimiento y se adquiere por naturalización.

Si se busca diferenciar la nacionalidad de origen (nacimiento por *iussoli* y *iussanguinis*), de la derivada (por naturalización y por adopción) y con ello limitar el ejercicio de algunos derechos políticos exclusivamente para los nacionales de origen, tales como el ejercicio de cargos de elección popular y con mando y jurisdicción, se podría considerar retomar el texto de la Constitución de 1946, incluyendo que también la nacionalidad se adquiere por adopción, en lugar de decir que es por disposición constitucional.

En cuanto a la nacionalidad de origen, tenemos que en la actualidad nuestra Carta Magna exige ser panameño por nacimiento para ser presidente de la República, ministro de Estado, defensor del Pueblo, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, contralor y subcontralor, así como para para ser diputado y representante de corregimiento. Sin embargo, para estos dos últimos casos también se permite para el primero ser naturalizado con quince años de residencia en el país, y para el segundo al menos diez años. Otro ejemplo sería, que la Constitución establece, además, que el comercio al por menor está reservado en principio a los panameños por nacimiento, estableciendo algunas excepciones.

Cuando avanzamos en la revisión de las normas sobre nacionalidad, tenemos los artículos 9 que define quienes son panameños por nacimiento, y el 11 quienes son panameños por disposición constitucional.

“Artículo 9. Son panameños por nacimiento:

1. Los nacidos en el territorio nacional.
2. Los hijos de padre o madre panameños por nacimiento nacidos fuera del territorio de la República, si aquellos establecen su domicilio en el territorio nacional.
3. Los hijos de padre o madre panameños por naturalización nacidos fuera del territorio nacional, si aquellos establecen su domicilio en la República de Panamá y manifiestan su voluntad de acogerse a la nacionalidad panameña a más tardar un año después de su mayoría de edad”.

Del contenido de este artículo se desprende que:

1. En Panamá, mantenemos un sistema mixto para determinar la nacionalidad por nacimiento, el primero por *iussoli*, o derecho de suelo, y el segundo por derecho de sangre o *iussanguinis*. Mientras el derecho de suelo se aplica sin ninguna restricción, el derecho de sangre, es decir, haber nacido en el extranjero de padres panameños si la tiene, ya que no basta con ser hijos de panameños, sino que además hay que fijar el domicilio en el país. En adición, la Corte Suprema ha interpretado, y así se incorporó en la ley de Registro Civil, que en el caso de padres panameños nacidos en el extranjero,

estos ya deben ostentar la nacionalidad panameña, al momento del nacimiento de su hijo para poder transmitirla. Esto quiere decir, que la primera generación, un hijo de panameño nacido en territorio nacional, que haya nacido en el extranjero, podrá reclamar en cualquier momento la nacionalidad panameña si fija residencia en el territorio, pero no así la segunda, ya que dependerá de que al momento de su nacimiento su padre panameño también nacido en el extranjero, ya la ostentara.

Veamos un ejemplo, el hijo, de un panameño por nacimiento, nacido en el extranjero, solicita a los 30 años su inscripción como panameño en el Registro Civil, ya tiene un hijo, también nacido en el extranjero, ese niño no podrá reclamar la nacionalidad panameña porque su padre no la ostentaba al momento de su nacimiento, pero si tiene un segundo hijo con posterioridad a ello, ese niño sí será panameño por nacimiento. Si residen en Panamá, el primer hijo sería extranjero y tendría que obtener una visa como residente.

Hasta donde conocemos, no existe una normativa especial a nivel constitucional o legal, para que los hijos de panameños nacidos en el extranjero que se encuentren en esa situación puedan adquirir la nacionalidad panameña,

por ejemplo, por un proceso de naturalización más expedito. A contrario sensu, los hijos de naturalizados nacidos en el extranjero, son considerados como panameños por nacimiento si establecen su domicilio en Panamá y manifiestan su voluntad de acogerse a la nacionalidad panameña a más tardar un año después de su mayoría de edad.

Una situación similar ocurre con los llamados panameños por disposición constitucional. Estos son los menores adoptados por panameños menores de siete años que sí adquieren la nacionalidad panameña con la inscripción de la adopción en el Registro Civil, mientras que los adoptados nacidos en el extranjero, mayores de siete años no son nacionales. Para ellos, tampoco existe una alternativa legal para obtener la nacionalidad en un proceso más corto o inmediato, y se ven afectados al llegar la edad adulta, ya que sin hacer el proceso regular de naturalización no pueden ser considerados panameños. Si, por ejemplo, estudian Medicina o Derecho, no podrán ejercer hasta tanto se naturalicen.

2. Que es posible tener más de una nacionalidad de origen en Panamá. Por ejemplo, en el caso de los nacidos en el territorio nacional de padres extranjeros, podrían tener derecho a su vez

a la nacionalidad de sus padres, si el país de origen de estos se rige por *iussanguinis*. Y en el caso de los hijos de panameños nacidos en el extranjero, podrían tener a su vez la nacionalidad del país donde nacieron, si el mismo admite el *iussoli*.

Panamá, desde sus orígenes, estuvo conformado por personas con ascendencia de diferentes culturas y nacionalidades; todavía, en la actualidad, coexisten en armonía dentro de nuestro país comunidades de origen chino, árabe, hindú, italiano, español y estadounidense por mencionar las más grandes. Los descendientes de todos ellos nacidos en Panamá ostentan, además de la panameña, la nacionalidad originaria de sus padres y abuelos. Esta realidad, unida al hecho de los efectos de la globalización, debe impulsar al Estado a definir el concepto de nacionalidad múltiple y las consecuencias jurídicas de su tenencia. Parte de la doctrina nacional ha planteado que es posible tener nacionalidades múltiples cuando estás son originarias (*iussoli* y *iussanguinis*), pero no cuando son producto de una naturalización o adopción; otro sector plantea que el ejercicio de cargos públicos con mando y jurisdicción debería estar restringido a aquellos que tuvieran una nacionalidad distinta a la panameña, sin importar cómo se obtuvo esta.

Como ejemplo, podríamos plantear el caso hipotético de un niño nacido en Panamá de madre italiana y padre colombiano. El niño “de origen” tiene derecho por nacimiento a la nacionalidad panameña por iussoli, y a las nacionalidades italiana y colombiana por iussanguinis, las tres nacionalidades podrán ser ejercidas por él, en cada país y no de forma simultánea, una vez se registre su nacimiento en cada nación. La pregunta hipotética, sería, si ese niño con derecho a tres nacionalidades podría llegar, por ejemplo, a ser presidente de Panamá o ministro de Estado.

Sobre este tema se ha planteado que se incorpore a la norma constitucional el reconocimiento de la tenencia de nacionalidades múltiples en Panamá, pero condicionándolo a que se prohíba expresamente la tenencia de múltiples nacionalidades a los que ejerzan cargos de elección popular y/o con mando y jurisdicción.

En cuanto a la normativa constitucional que establece que una vez adquirida, la nacionalidad panameña por nacimiento, no se pierde, pero la renuncia expresa o tácita de ella suspenderá la ciudadanía, podemos señalar que del contenido de los artículos 13, 133 y 134 de la Constitución Política actual se infiere que la suspensión de la ciudadanía es la consecuencia de la renuncia expresa o tácita de la nacionalidad panameña de origen, mientras que estas acciones por parte del que ha adquirido la nacionalidad panameña por naturali-

zación, conllevan la pérdida de la nacionalidad panameña y en consecuencia la de la ciudadanía.

De acuerdo al Diccionario Electoral de CAPEL, “Desde el punto de vista del *derecho electoral*, la *ciudadanía* es la condición jurídica que otorga la titularidad de los *derechos políticos*, esencialmente el derecho de sufragio activo y pasivo. Se trata del concepto clásico de *ciudadanía* que se identifica como “*ciudadanía política*”.

Por su parte, el artículo 132 de la Constitución vigente establece que los derechos políticos y la capacidad de ejercer cargos con mando y jurisdicción se reservan a los ciudadanos panameños. De esa lectura se infiere que cuando la Constitución se refiere a la suspensión de los derechos ciudadanos, como consecuencia de la renuncia expresa o tácita de la nacionalidad, se refiere a los derechos políticos; esto es el ejercicio activo y pasivo del sufragio y al ejercicio de cargos públicos con mando y jurisdicción. El resto de los derechos ciudadanos, que incluye, por ejemplo, inscribir a sus hijos nacidos en el extranjero como nacionales, ejercer el comercio, portar cédula de identidad y pasaporte, no se ha visto restringida.

En la actualidad, la suspensión de los derechos ciudadanos por la adquisición de otra nacionalidad es una de las causas más importantes que limitan el ejercicio del voto a los panameños residentes en el extranjero, puesto que muchos se han naturalizado en los países de su residencia. De allí que valga la pena meditar sobre cuál es el propósito de la norma.

²Diccionario Electoral CAPEL. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.Tercera Edición. 2017, pág. 149.

El sentir ciudadano, con respecto a los panameños que se han naturalizado en otro país o que tengan más de una nacionalidad, es que no deben ostentar cargos de elección popular o con mando y jurisdicción. Esto se solucionaría, por ejemplo, con una limitación constitucional que establezca que aquellos llamados a ocupar cargos de elección popular o con mando y jurisdicción no pueden tener múltiples nacionalidades. Sobre este tema, la Constitución de 1946 establecía que había renuncia tácita cuando se adquiere la nacionalidad de un Estado extranjero y cuando se acepta empleo de otro gobierno sin el permiso del Ejecutivo.

Por ejemplo, el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia establece que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Entre las condiciones para hacer efectivo ese derecho señala, en el numeral 7, que los ciudadanos pueden acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse³.

Por último, es importante traer a colación la contribución al debate que hiciera la Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá de 2012, que antes mencionáramos, la cual después de varios meses de trabajo entregó un anteproyecto que contenía una reforma integral a la Constitución de 1972.

³Constitución Política de Colombia. Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público-IEMP, Bogotá Colombia, 2020. Tomado de: <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/ejecucion/Constitucion%20Pol%C3%ADtica%20de%20Colombia%202020.pdf>

En la exposición de motivo, la Comisión Especial señala que el proyecto “pretende establecer un régimen constitucional, que, al regir sobre autoridades y ciudadanos, nacionales y extranjeros, sea el fundamento jurídico que necesitan las grandes transformaciones que la sociedad panameña reclama. El Anteproyecto de Acto Constitucional que se propone, aunque introduce numerosas instituciones novedosas, no es fruto del prejuicio sobre el derecho constitucional en vigor. En ese sentido, se incluye en él las disposiciones de la Constitución vigente que continúan siendo adecuadas, o sobre las cuales no hubo consenso para proponer textos alternativos”.

Sobre los temas objeto de este artículo, el proyecto plantea las siguientes propuestas:

1. Establece que la nacionalidad panameña se adquiere por nacimiento o naturalización, y elimina la disposición constitucional como forma de adquirirla.
2. Propone que el Estado reconozca el derecho a la doble nacionalidad y elimina la obligación de que los que quieran naturalizarse deban renunciar a su nacionalidad anterior.
3. En el caso de los requisitos para ser panameño por nacimiento, como hijo de panameños nacidos en el extranjero, propone eliminar la necesidad de que estos establezcan su domicilio en Panamá.
4. Elimina como causal de renuncia tácita de la nacionalidad, el haber adquirido otra nacionalidad.
5. Incorpora la suspensión de derechos políticos, como consecuencia de la renuncia expresa o tácita de la nacionalidad, en lugar de los derechos ciudadanos, tal y como está en la actualidad.

6. Establece nuevos supuestos para la obtención de la nacionalidad por adopción. Por ejemplo, todos los nacidos en el extranjero adoptados por panameños siendo menores de edad, adquirirán la nacionalidad panameña, con lo cual elimina la limitación actual de que solo aplica para los menores de 7 años. Sin embargo, no queda claro si estos son considerados panameños por nacimiento, pero sí le da esa categoría a los menores de edad nacidos en el extranjero que sean adoptados antes de cumplir siete años por panameños por naturalización. Además, incluye que los menores de edad nacidos en el extranjero que sean adoptados después de haber cumplido los siete años y antes de su mayoría de edad por panameños por naturalización serán panameños por naturalización.

Esperamos haber despertado el interés en continuar con el estudio y la reflexión sobre la nacionalidad panameña y el ejercicio de los derechos ciudadanos; estas líneas son solo una síntesis. Lo cierto es que estos y todos los temas constitucionales que pudieran discutirse ante unas posibles reformas merecen el estudio de los ciudadanos y de una discusión aún más profunda y enriquecida, por la opinión de todos los sectores culturales, sociales y políticos de nuestro país.

Referencias

Fábrega, E. Ramón y Boyd Galindo, Mario. *Constituciones de la República de Panamá, 1972, 1946, 1941, 1946*. Talleres Gráficos del Centro de Impresión Educativa en el mes de septiembre de 1981.

Fábrega, Jorge. Ensayos sobre Historia Constitucional, Editora Jurídica Panameña. Primera Edición. 1986.

Quintero, César A. Principios de Ciencias Políticas. Editorial Manfer, S.A. Panamá, Quinta Edición. 1991.

Valdés Escoffery, Eduardo. Acontecer Electoral. Imprelibros, S.A., Cali, Colombia. Primera Edición. 2006.

Constitución Política de la República de Panamá, reformada por los actos reformativos No 1 y No de 1978, el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos No 1 de 1993 y No 2 de 1994, y por el Acto Legislativo No 1 de 2004.

Constitución Política de Colombia. Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público-IEMP, Bogotá Colombia, 2020.

Derecho Administrativo

Aportes internacionales sobre *contratación pública* y su influencia en el sistema panameño

Por
Ian Bayless*

Resumen: *La contratación pública, está íntegramente asociada con los intereses públicos y sociales, así como con el crecimiento, el desarrollo económico y la buena gobernanza de los Estados. Su evolución está ligada al interés internacional, y su objetivo es la armonía en que funcione con las políticas internas de cada país, desarrollando buenas prácticas que garanticen el intercambio efectivo y recíproco del comercio internacional.*

Palabras claves: *Transparencia, eficiencia, economía, globalización, eficacia, innovación interoperabilidad, transaccionalidad, sostenibilidad e inclusión.*

Abstract: *Public procurement is a system entirely associated with public and social interests, as well as with the economic growth, with the development, and good governance of States. Its evolution is linked to international interest, and its objective is to harmonize it with the internal policies of each country, developing good practices that guarantee the effective and reciprocal trading of international commerce.*

Keywords: *Transparency, efficiency, economy, globalization, effectiveness, innovation, interoperability, transaction banking, sustainability and inclusion.*

*Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Paz. Estudios en Posgrado y Maestría en Derecho Penal con énfasis en Sistema Penal Acusatorio UDELAS; estudios en Posgrado y Maestría en Derecho Procesal en la universidad de Interamericana de Panamá. Diplomado en Contrataciones Públicas. Estudios en Especialización en Derecho Administrativo y Financiero de la Universidad de Salamanca. Formó parte del equipo negociador de los Tratados de Libre Comercio y Tratados de Promoción Comercial entre Panamá y los diferentes socios comerciales: Canadá, Unión Europea, México, Colombia, Perú, implementación del tratado con Estados Unidos de América; EFTA; Acuerdo del Sistema de Integración Centro Americano.

Las compras públicas tienen una conexión directa con el crecimiento económico de cada país, son también de gran importancia para las corrientes comerciales internacionales. La manera en que los gobiernos administran los fondos públicos y generan confianza en la ciudadanía, a través de una participación y acceso a la información, son los objetivos fundamentales de los avances en la regulación de esta materia.

1. Organismos internacionales y sus aportes.

A lo largo de los años las distintas organizaciones mundiales han perfeccionado acuerdos y tratados como una vía de globalización para unificar la manera en que los países aplican su derecho doméstico y desarrollar un solo lenguaje de comunicación en cuanto a compras gubernamentales se refiere.

Para entender la influencia del derecho comercial internacional en la contratación pública, es importante mencionar tres de las más relevantes organizaciones que han implementado sistemas innovadores y que han sido aplicados por diversos países:

OMC – Organización Mundial del Comercio

Dentro del plan de acción de la Organización Mundial del Comercio, surgió el primer Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) en 1994, con la intención de encontrar un mecanismo que garantizara a los proveedores nacionales y extranjeros la libre participación en igualdad de condiciones. Posteriormente este acuerdo fue sometido a negociaciones en 2012, y entró en vigencia en abril del 2014.

Son 83 países los que actualmente forman parte de este acuerdo, divididos en 48 países como miembros Partes y 35 países como observadores. Según datos de la OMC, encontramos del continente americano, a Estados Unidos (1996-2014) y Canadá (1996-2014) como miembros Partes. De América Latina; Argentina (1997), Brasil (2017), Chile (1997), Colombia (1996), Costa Rica (2015), Ecuador (2019), Panamá (1997), Paraguay (2019), participan en el Comité en calidad de observadores¹.

Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) 2014

Este acuerdo constituye un procedimiento especial aplicable a las medidas relativas a una contratación abarcada, es decir, a las contrataciones realizadas a efectos gubernamentales, independientemente de que se realice, exclusiva o parcialmente, o por medios electrónicos.² Dicho de esta forma, mencionaremos sus principales aportes:

- a. *La no discriminación.* Trata de que los Estados Partes se comprometen a conceder a los proveedores y a los bienes y/o servicios que sean de cualquier otra parte, un trato no menos favorable que al local.
- b. *El uso de medios electrónicos.* Se han implementado sistemas de tecnología y programas informáticos que fuesen accesibles e interoperables³, con amplia difusión y de acceso público, con algunas regulaciones para proteger la información.

¹OMC | Contratación pública - El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) (wto.org)

²https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf

³Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública, artículo IV "Principios Generales."

- c. Manifiesta la responsabilidad que tienen los Estados Partes considerados “*desarrollados*” de prestar una atención especial a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los Estados Partes considerados “*en desarrollo*”, a los cuales se les debe otorgar una preferencia única.
- d. Clasifica los métodos de contratación en *subasta electrónica, licitación restringida, licitación pública y licitación selectiva*.
- e. Sugiere a las entidades preparar, adoptar o aplicar dentro de sus especificaciones técnicas la promoción de la *conservación de los recursos naturales y proteger el medio ambiente*.

ONU – Organización de las Naciones Unidas

La ONU tiene como propósito reunir a los países de todo el mundo para dilucidar sus problemas internos y encontrar posibles soluciones a dichos conflictos. Con este fin, en 1966 encontró la manera de reducir los obstáculos para el comercio que eran creados por las contradicciones de las leyes nacionales que regían el comercio internacional, creando así una comisión encargada de la legislación mercantil a nivel mundial, modernizando y armonizando las reglas del comercio internacional. Esta comisión cuyas siglas en español son CNUDMI – Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional o en inglés UNICTRAL – United Nations Commission on International Trade Law, implementó una Ley Modelo sobre la Contratación Pública en 1994 como instrumento internacional de referencia para reflejar las nuevas prácticas. Esta ley fue reemplazada en 2011 para actualizar aquella ley de 1994, conforme a los avances culturales y tecnológicos de la época, sin modificar los principios o procedimiento básicos recogidos en la ley anterior.

La CNUDMI en la actualidad se encuentra integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General. Como miembros del continente americano están Argentina (1968-2022), Brasil (1968-2022), Canadá (1989-2025), Chile (1969-2022), Colombia (1968-2022), Ecuador (1992-2025), El Salvador (2007-2019), Estados Unidos de América (1968-2022), Honduras (1998-2025), México (1968-2025), Panamá (2013-2019), Perú (1980-2025), República Dominicana (2019-2025) y Venezuela (2004-2022)⁴.

Ley Modelo sobre la Contratación Pública (2011)

La ley modelo desde su creación en 1994 ha tenido como finalidad promover la rectitud y la equidad en el proceso de contratación, para que dicho proceso goce de la confianza pública, alcanzando una máxima economía y eficiencia.

Evaluando su más reciente modificación en 2011, la ley ha implementado unos aportes que han reforzado el manejo de las contrataciones públicas, dentro de los cuales podemos mencionar:

- a. Otorga a las entidades la facultad de *exigir las idoneidades* a los proveedores o contratistas, en la que deberán demostrar que poseen las cualificaciones profesionales y técnicas, el equipo y los medios materiales que se requieran.
- b. Incluye otros requisitos como la *exigencia de que los proponentes cumplan con las normas éticas, estar legalmente capacitados, no*

⁴Origen, mandato y composición de la CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

haber incurrido en quiebra o insolvencia, haber cumplido con sus obligaciones fiscales, no haber sido condenados, ni ellos ni su personal directivo por algún delito imputable, etc.

- c. Evaluar de los proveedores o contratistas las características del objeto del contrato dentro del *margen funcional y ecológico*, es decir, primará aquellos participantes que ofrezcan en sus propuestas *políticas ecológicas, sociales y económicamente favorables*.
- d. Clasifica los métodos de contratación en *licitación abierta, licitación restringida, solicitud de cotizaciones, propuestas sin negociación, licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, propuestas con negociación consecutiva, negociación competitiva, subasta electrónica inversa y la contratación con un solo proveedor o contratista*.
- e. Implementa la *subasta electrónica inversa* como técnica de contratación en línea en tiempo real, de la que podrá valerse la entidad licitante para seleccionar la oferta ganadora. Los proveedores o contratistas presentan durante un plazo establecido ofertas más bajas, cuya evaluación es automática.
- f. Adiciona el *recurso de apelación* para que los proveedores o contratistas que sufran de un daño o perjuicio a causa de una decisión tomada por la entidad licitante que haya adoptado esta ley, puedan interponer un recurso contra esa decisión o medida.
- g. Añade también el *recurso de revisión* ante un órgano independiente.

OEA – Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos, como organismo regional que tiene como meta alcanzar un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y robustecer su colaboración, tiene a su vez,

una importante participación en temas de contratación pública desde su alcance regional a través de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), en la que colabora dentro de su cuerpo político como Secretaría Técnica.

La Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)

Es un mecanismo de cooperación horizontal, que fortalece el intercambio de experiencias y moviliza las buenas prácticas en las compras públicas, promueve los vínculos entre gobiernos para colaborar estrechamente, enriquece el diálogo y los consensos entre sus miembros. Cuenta con el apoyo institucional y financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)⁵ y el Centro Internacional de Investigaciones de Canadá (IDRC).

Ha construido un repositorio de información proveniente de los países de la región, con la intención de dar a conocer las acciones que llevan a cabo para determinados temas. Además comparte a través de su sitio web, publicaciones, guías, artículos, conferencias, talleres técnicos, cursos, actividades y webinarios sobre compras públicas.

La red cuenta actualmente con 33 países miembros de América Latina y El Caribe, los cuales son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, ST. Kitts y Nevis, ST. Lucía, ST. Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Uruguay.

⁵<http://ricg.org/es/junta-directiva/>

2. Influencia de los aportes internacionales sobre contratación pública en Panamá.

En el marco regulatorio de las compras gubernamentales, el derecho internacional ha sido el padre creador. A pesar de que respeta las leyes internas de los países que se adhieren a sus tratados, es fácil interpretar que éstos se encuentran identificados con sus aportes y por ende presentan características similares.

Panamá se ha visto influenciado por las corrientes internacionales de manera sustancial en la forma de estructurar su reglamentación, esto se deja ver desde la clasificación de los procedimientos de selección de contratista que regula nuestra ley. Mientras que el ACP y la Ley Modelo de la CNUDMI, otorgan otros sistemas de selección, ambas mantienen la semejanza en que todo procedimiento de selección de contratista debe hacerse a través de un concurso limitado por algunas exigencias mínimas establecidas en los pliegos de cargos conocidos internacionalmente como pliego de condiciones.

La creación y posteriormente las mejoras a nuestro sistema electrónico de contrataciones públicas, ha sido también uno de los aportes más significativos del modelamiento internacional. El portal “Panamá Compra” para el año 2006 fue diseñado con la intención de automatizar las operaciones y los procesos, vincular a los proveedores y contratistas en un sistema informático centralizado, intercambiando información en un entorno de seguridad responsable⁶. Para el 2016 surgió la iniciativa de ofrecer una nueva versión tomando en cuenta las últimas tecnologías del mercado a nivel global. Actual-

⁶Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública (artículo 2, numeral 41).

mente, gracias al constante intercambio de información se ha logrado materializar esa propuesta del 2016, logrando grandes avances como emitir certificaciones vía web, el uso de firmas electrónicas calificadas, capacitar en línea, recibir propuestas de manera totalmente electrónica, evitar la dualidad de documentación, además de alcanzar una interconectividad con las entidades del Estado.

3. Panamá vs países de América Latina y el Caribe – Estudio normativo comparado

Luego de desarrollar los aportes que han realizado los organismos internacionales en cuanto a contratación pública e indicar la posición de Panamá en las distintas herramientas de diplomacia internacional, nos hallamos en el estudio comparado entre los países en igualdad o desigualdad de condiciones, para determinar más allá de los avances, las deficiencias que debemos mejorar como país en crecimiento.

Es significativo señalar que interoperabilidad en esta materia los países de América Latina y El Caribe estructuran su normativa en sus constituciones, como por ejemplo:

- Países como Brasil, Costa Rica, Honduras, México, Panamá y Perú, lo hacen para establecer la regla general de la licitación pública e imponer el carácter legal de las excepciones. En el caso de Panamá lo hace desde la Constitución de 1946 en el artículo 222, misma que ha sido reformada y que en la actualidad se enmarca en el artículo 266 de nuestra Carta Magna.
- Argentina, Bolivia y Chile, para consagrar los principios determinantes de los regímenes contractuales.

- Ecuador, establece los criterios que deben regir las compras públicas.⁷

Cabe destacar que Panamá con relación a los demás países de la región concibe regímenes especiales para ciertos sectores o servicios, como la gestión del Canal de Panamá. Además, mantiene algunas excepciones tratadas mediante contrataciones directas como la compra de medicamentos (sistema similar al de Ecuador), el equipamiento del Ministerio de Educación a inicios de todos los años y las características especiales que rigen al Aeropuerto Internacional de Tocumen.

Según datos que podemos verificar en la RICG, los países de América Latina tienen la simetría de contar con autoridades encargadas de aprobar u otorgar autorizaciones a las entidades licitantes. Sin embargo podemos separarlos, ya que no todos poseen entidades autónomas e independientes, tal es el caso de:

| <u>Entidades autónomas o descentralizadas</u> | <u>Direcciones o dependencias dentro del Ejecutivo</u> |
|--|--|
| Panamá Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) Dependencia: autónoma | Chile Dirección Chile Compra Dependencia: Presidencia de la República (a través del Ministerio de Hacienda). |
| Colombia Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente Dependencia: descentralizada | Argentina Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) Dependencia: Jefatura de Gabinete de Ministros. |

⁷Las Compras Públicas en América Latina y el Caribe y en los proyectos financieros por el BID.

| | |
|--|---|
| Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) Dependencia: organismo desconcentrado | Costa Rica Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa Dependencia: Ministerio de Hacienda. |
| Perú Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) Dependencia: autónomo | El Salvador Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC) Dependencia: Ministerio de Hacienda. |
| | República Dominicana Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) Dependencia: Ministerio de Hacienda. |

Nuestro modelo de compras gubernamentales tiene dos entidades autónomas:

La Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), emite los lineamientos generales para el diseño, administración, implementación y funcionamiento eficaz del portal electrónico, fiscaliza los procedimientos de selección de contratista, celebra las licitaciones de convenio marco y confecciona, estructura, depura y actualiza la tienda virtual, entre otros.

El Tribunal Administrativa de Contrataciones Públicas, dirime las controversias que surgen dentro de los procesos de contratación pública.

Adicionalmente, según datos obtenidos del estudio normativo comparado publicado por el BID en el 2016⁸, la clasificación que otorga

⁸Las compras públicas en América Latina y el Caribe y en los proyectos financiados por el BID.

Panamá y Ecuador en los procedimientos de Licitación por Mejor Valor⁹ (Panamá) o el “Mejor costo”¹⁰ (Ecuador), son interesantes, ya que, conceden una ponderación centrada en la evaluación sobre determinados aspectos, sin que el precio sea el factor determinante.

En tanto a las discrepancias, Panamá difiere de países como Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador y México, ya que nuestro sistema no cuenta con la modalidad de licitación privada, misma que le da la facultad a la entidad de reservarse la invitación con una “convocatoria limitada”. Como ejemplo de esta modalidad tenemos los procedimientos en dos etapas, las licitaciones privadas y los procedimientos con definición de proyectos (Según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contrataciones Públicas del 2011).

En la etapa que conocemos como *etapa precontractual*, cada país maneja la forma en qué los proveedores o proponentes pueden presentar su disconformidad, a través de reclamos o protestas, lo cual asegura el debido proceso que rige los actos públicos. En Panamá pueden presentarse acciones de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante el proceso de selección de contratista antes de que se adjudique¹¹. Sin embargo, en Costa Rica existen múltiples recursos contra varios actos del proceso, como por ejemplo, objeción al pliego de condiciones y el recurso de apelación o revocatoria en contra del acto de adjudicación, el que declare desierto o declare infructuoso el concurso.¹²

⁹Artículo 59 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

¹⁰Artículo 6, numeral 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹Artículo 153 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 del 2020.

¹²Artículo 86 de la Ley General de Contratación Pública N° 9986.

En Panamá, a través de la DGCP se han estado realizando acciones conducentes al desarrollo integral de aquellos procesos que involucran a las instituciones estatales y empresas privadas. Hemos logrado múltiples avances desde el marco tecnológico y de control mediante los principios que regulan la contratación.

Desde el punto de vista del BID las empresas nacionales son las verdaderas generadoras de progreso para sus países, pues movilizan los recursos que impulsan las economías. En nuestro país representan el 70% del sector productivo y más del 90% del empleo, es por esto que en nuestra nueva legislación, se promovió la inclusión de las MIPYMES en las contrataciones públicas desde un plano regional, con la participación exclusiva de empresas nacionales, la promoción de empresas locales y la adquisición bienes y servicios producidos dentro de nuestro territorio¹³. A pesar que desde la escala internacional se consolidó este tipo de procedimiento desde el 2011, en el que se le concede a los países, la excepción de limitar la participación para sus empresas nacionales, fue hasta el 2020 que se materializó en nuestro país. Es así que, en nuestra última actualización se agregaron los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 22 de 2006, y los artículos 88, 89, 90 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020, regionalizado bajo un umbral la participación, además del beneficio que se le otorga a la hora de un desempate, si se acredita que son MIPYMES.

En ese sentido, países como Ecuador, Colombia, El Salvador, Uruguay, implementaron este sistema en sus legislaciones desde el 2013.

¹³Artículo 11, 12 y 13 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenando por la Ley 153 de 2020.

- En Ecuador se incluyó en el artículo 59.1 de la Ley Orgánica de Contratación, como *feria inclusiva*, método que se utiliza para adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional.
- En Colombia se introdujo con el Decreto Nacional 1510 de 2013, como incentivos en la contratación pública, convocatorias restringidas a MIPYME y limitaciones territoriales.
- El Salvador, en el artículo 39 A, otorga a las micro pequeñas y medianas empresas nacionales, la participación en los procedimientos, abriendo el compás para que las MIPYME puedan asociarse para ofertar un determinado suministro o servicio.
- En Uruguay, el Decreto N° 371/010 de 14/dic/010, y su modificativo N° 164/013 de 28 de mayo de 2013, reglamentó el Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.

Como otro punto, resaltamos la implementación de nuevos sistemas como “Panamá Compra en Cifras” y “Panamá en Obras”, en vías al desarrollo de la norma que guarda relación con los datos abiertos, siendo esta una iniciativa liderada inicialmente por el Banco Mundial para promover la contratación abierta y el uso de la información de los procesos de compra y contratación para fomentar la colaboración, la innovación y la transformación de la entrega de bienes, obras y servicios a los ciudadanos. Las Contrataciones Abiertas (Open Contracting Partnership) definió un estándar de Datos Abiertos (Open Contracting Data Standard -OCDS- o Estándar de Datos de Contrataciones Abiertas -EDCA) para asegurar que los datos cubran las etapas de los procesos de compra y contratación, además de asegurar la legibilidad de los datos en las diferentes aplicaciones.

En Panamá, a pesar de los avances significativos en adquisiciones gubernamentales, la legislación debe mantenerse en constante actualización ya que las compras públicas son procedimientos dinámicos, reales y cambiantes.

Es por ello que, el sistema de compras públicas conlleva la implementación de diferentes componentes que agilicen y faciliten su interoperabilidad para atraer mayor participación de los proponentes.

Referencias

Acuerdo revisado sobre contratación pública y Textos Legales adicionales de la OMC. Texto del ACP modificado el 30 de marzo de 2012.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.* Nueva York, 2014.

Red Interamericana de Compras Gubernamentales.<http://ricg.org/es/home/>.

Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020.

José Luis Benavides, María Cecilia M' Causland Sánchez, Catalina Flórez Salazar, María Eugenia Roca. *Las compras públicas en América Latina y el Caribe y en los proyectos financiados por el BID.* Diciembre de 2016.

Más de dos décadas de la *Ley 38 de 31 de julio de 2000* -Efectividad y Actualidad-

Por
Carlos Alberto Vásquez Reyes*

Resumen: *La Ley 38 de 31 de julio de 2000 representó un avance sin precedentes para el desarrollo del Derecho Administrativo en Panamá. La falta, en su momento, de una norma de carácter general que regulara un procedimiento ante las Instituciones de Derecho Público, generaba confusión e inestabilidad en los procedimientos llevados a cabo por la Administración. La ordenación de un cuerpo normativo que, entre otras cosas, aglomerara los principios rectores del procedimiento administrativo, las disposiciones sobre el inicio, tramitación y terminación de los procedimientos, la interposición de los recursos, el Silencio Administrativo y el agotamiento de la vía gubernativa, representó, en su momento, una transformación en las actuaciones de la Administración Pública.*

Palabras claves: *Ley, Derecho Administrativo, Actos Administrativos, Procedimientos Administrativos, Principios, Función Administrativa.*

Abstract: *The Law 38 of July 31st of 2000 represented an advance without precedents for the development of the Administrative Law in Panama. The lack, at that moment, of a norm of general nature that would regulate a procedure before the Institutions of Public Law, caused confusion and instability in the procedures carried out by the Administration. The organization of a normative body that, among other things, gathered the main rectors of the administrative procedure, the dispositions over the start, processing, and completion of the procedures, the lodging of appeals, the Administrative Silence, and the exhaustion through government channels, represented at that moment, a transformation in the acting of the Public Administration.*

Keywords: *Law, Administrative Law, Administrative Acts, Administrative Procedures, Principles, Administrative Function.*

*Se desempeñó como asesor legal en diversas instituciones públicas; presidió el Colegio Nacional de Abogados, la Academia Panameña de Derecho Administrativo; es docente universitario y en la actualidad, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

I. Introducción

En los albores del siglo XXI, en Panamá el Procedimiento Administrativo evoluciona hacia una visión unitaria, con la promulgación de la Ley 38 de 21 de julio de 2000 *“Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones”*. Anterior a ella, la falta de una norma de carácter general que regulara un procedimiento en las Instituciones de Derecho Público, había desencadenado una proliferación casuística de los mismos, generando confusión e inestabilidad en los procedimientos practicados por la Administración, que indubitablemente iban en perjuicio de los administrados y que, de alguna manera, deslucía la eficiencia y la eficacia del ejercicio de la función administrativa del Estado.

Así las cosas, la ex magistrada presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera, al referirse, al entonces Anteproyecto de Ley, indicó que:

“Hoy en día los trámites ante los despachos oficiales se ventilan con fundamento en leyes especiales y a través de Reglamentos, porque existe un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico, que no cuenta, contrario a los países del área y de otras latitudes, con una Ley de Procedimiento Administrativo Común.

Es evidente que el actual procedimiento gubernativo, regulado en el Título II, Capítulo I, Artículo 29 hasta el 41, de la Ley 135 de 1943, de lo conten-

cioso administrativo, por el paso del tiempo, ya no consulta las necesidades de una Administración Pública moderna y eficiente. Este procedimiento constituye un antecedente de la instauración de un régimen de procedimiento administrativo en nuestro país, contemplado en la Ley de la jurisdicción contencioso administrativo, creada por la Constitución de 1941, gracias a la labor tenaz y encomiable del doctor José Dolores Moscote”¹.

Ahora bien, este avance materializado, a través de la citada Institución procedimental, vino a llenar un gran vacío en nuestro Derecho Público, específicamente, en el desempeño de la función que debía desarrollar la Administración Pública, en apego a los Principios del Debido Proceso Legal, de Legalidad y de Seguridad Jurídica, entre otros, procedimientos que, hasta antes de su promulgación, eran suplidos por la Ley 135 de 30 de abril de 1943 “*Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, e informado vía doctrina jurisprudencial por el Tribunal Contencioso Administrativo, hoy, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que orientaba a la Administración en cuanto conceptos y procedimientos.

II. Antecedente Histórico y Normativo

En el mes de marzo de 1999, la entonces procuradora de la Administración, doña Alma Montenegro de Fletcher, con el objetivo de

¹Discurso de la magistrada presidenta de la Corte de Suprema de Justicia, licenciada Mirtza Angélica Franceshi de Aguilera, con motivo de la inauguración de la Primera Jornada de Capacitación a los Asesores Legales del Estado sobre procedimiento administrativo, organizada por la Procuraduría de la Administración (2 de abril de 2000).

elaborar un Proyecto de Ley sobre “*Procedimiento Administrativo General*”, nombró una comisión integrada por notables juristas panameños, como el exprocurador de la Administración, doctor Olmedo Sanjur Gordillo, el doctor José Antonio Carrasco, el licenciado Javier Chérigo Hurtado y el licenciado Javier Ernesto Scheffer Tuñón, como secretario ejecutivo, encomendándoles la delicada misión de elaborar un Anteproyecto de Ley en materia de Procedimiento, destinado a aplicarse a toda la Administración Pública, en vista de las deficiencias notables y la falta de uniformidad normativa de los Procedimientos Administrativos en ese momento.

La Comisión hizo entrega ese mismo año (1999) del Anteproyecto de Ley, trabajo intelectual en la que los comisionados manifestaron sus opiniones y apreciaciones con relación al contenido del mismo, y que estuvo basado, esencialmente, en dos (2) Proyectos que, anteriormente se habían presentado ante la Asamblea Nacional.

Es así que, con anterioridad al trabajo presentado por la Comisión de Juristas, se habían dado dos (2) intentos de creación de una Ley de Procedimiento Administrativo General, el Anteproyecto elaborado por el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, doctor Rogelio Fábrega Zarak (q.e.p.d.) (1987), y el presentado por el exprocurador de la Administración, doctor Olmedo Sanjur (1990). Sin embargo, es loable destacar que el proyecto que dio vida jurídica a la Ley 38 de 21 de julio de 2000, además de contemplar el aporte teórico de los comisionados, la Doctrina, el Derecho Comparado y las leyes dispersas sobre la materia vigente, se tomó en cuenta la experiencia abogadil administrativa de los juristas, así como la de un número plural de servidores públicos que fueron consultados, quienes emitieron sus valiosas opiniones y su-

gerencias para la elaboración del citado texto de procedimiento, esto sin desmeritar los proyectos que le antecedieron².

Un aporte valioso en cuanto al Procedimiento Administrativo panameño es la obra intitulada: “*El Procedimiento Administrativo en Panamá*”³, del licenciado Scheffer Tuñón, misma que, en cuanto a los antecedentes normativos previos a la vigencia de la Ley 38 de 21 de julio de 2000, hace mención, a que antes de su aprobación y entrada en vigencia, coexistían las normas tales como:

- Ley 1 de 22 de agosto de 1919. Código Administrativo

En el Título VI “*Administración Pública*”, Capítulo VIII de este vetusto y vigente instrumento jurídico, se prevé en los artículos 851 y 852, normas de carácter garantista, y de naturaleza procesal administrativa. Veamos.

“Artículo 851. El Poder Ejecutivo reglamentará la manera de proceder en los asuntos administrativos de carácter nacional, sobre las bases siguientes:

1. Que no se eluda el derecho de petición, ni se demore indefinidamente el despacho de los asuntos;
2. Que cuando la naturaleza del caso lo requiera, se haga una averiguación prolija de los hechos, para que la decisión no lastime los derechos legítimos de los asociados;

²Sheffer Tuñón, Javier, *El Procedimiento Administrativo en Panamá*, Editorial Sistemas Jurídicos, 2002, pág. 26

³Sheffer Tuñón, Javier, *El Procedimiento Administrativo en Panamá*, Editorial Sistemas Jurídicos, 2002, pág. 27-31.

3. Que se definan bien los casos de impedimento, a fin de asegurar la imparcialidad de los empleados y se disponga claramente la manera de reemplazar los impedidos; y
4. Que se definan claramente los casos de apelación y el procedimiento que debe seguirse en ellos, haciendo que no se vulneren los derechos de los particulares ni se eluda la ley”.

“Artículo 852. El Poder Ejecutivo puede, en los casos no previstos que ocurran, disponer lo que juzgue conveniente y equitativo en cuanto al procedimiento de los empleados nacionales y municipales, y puede también modificar o reformar los reglamentos sobre el particular, cuando lo crea justo y razonable”.

Con estas regulaciones, se aprecian algunas pautas de orden procedimental, en donde se observa un contenido discrecional para regular aspectos de procedimiento, tanto a nivel nacional como municipal, por parte del Órgano Ejecutivo.

- Ley 135 de 30 de abril de 1943. Capítulo I, Título II

Tal como lo indicamos, antes de la promulgación de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el Procedimiento Administrativo era suplido por la Ley 135 de 30 de abril de 1943 “*Orgánica de los Contencioso Administrativo*” aunque como lo expresa el jurista Scheffer Tuñón, “*no es técnicamente el instrumento jurídico que debe normar el procedimiento general ante la Administración Pública; pero, con todo, es el*

que ha regido la materia ‘*mutatis mutandi*’, durante los últimos 58 años²⁴, sin embargo, no regulaba ni contenía todos los principios, derechos y figuras vigentes hoy día para el trámite ante la Administración, y que exigía toda Administración desarrollada y compleja por sus múltiples tareas, pero sobre todo, por su papel de gestora y garante del bien común.

Vale la pena destacar, como referencia histórica, que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del entonces magistrado Álvaro Cedeño Barahona, al hacer referencia de la Ley 135 de 30 de abril de 1943, se señaló, expresamente que: “*Dicha Ley constituye en nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento general en la esfera administrativa*”²⁵.

- Ley 15 de 28 de enero de 1957

La Ley 15 de 28 de enero de 1957 “*Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Nacional (Derecho de Petición)*”, modificada por la Ley 36 de 5 de junio de 1998, regulaba el Derecho de los ciudadanos de poder presentar quejas contra servidores públicos y hacer valer la garantía del Debido Proceso tutelado en la Constitución Política. Los artículos 1 y 2 de la citada Ley disponen lo siguiente:

“Artículo 1. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos, por motivos de interés social o particular, y obtener pronta resolución.”

²⁴Sheffer Tuñón, Javier, *El Procedimiento Administrativo en Panamá*, Editorial Sistemas Jurídicos, 2002, pág. 28.

²⁵Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 16 de diciembre de 1986.

“Artículo 2. El servidor público, ante quien se presente una petición, reclamación, consulta o queja, deberá resolverla dentro del término de treinta días, contado a partir de la fecha de su presentación. El peticionario deberá indicar, con claridad, el lugar en donde recibirá notificaciones personales”.

Huelga expresar que la Administración está llamada a cumplir con diversas funciones, por lo tanto, debía contar con un cuerpo normativo, que entre otras cosas, le sirviera al propio Estado, para reparar actuaciones deficientes en apego a un procedimiento garantizado por el Debido Proceso.

- Ley 33 de 8 de noviembre de 1984 y la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985

La citadas Ley 33 de 8 de noviembre de 1984 *“Por la cual se toman medidas sobre actuaciones administrativas y se dicta otras disposiciones”*, y la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985, *“Por la cual se adoptan disposiciones tendientes a agilizar algunos trámites administrativos y se dictan otras disposiciones”*, introdujeron, en su momento, una serie de principios importantes para el desenvolvimiento de los trámites en los Despachos Administrativos de las dependencias oficiales con uniformidad, coherencia, invitando a la Economía Procesal y ausencia de formalidades para tramitar peticiones; no obstante, la mayoría de los artículos de los compendios normativos citados, fueron subrogados por la Ley 38 de 21 de Julio de 2000, incluso, algunas de sus disposiciones, fueron incorporadas al texto de la citada Ley de *“Procedimiento Administrativo”*.

Así las cosas, la Ley 20 de 30 de diciembre de 1985, destaca, pues, a través de ella, se modificaron los artículos de otras leyes que contemplaban procedimientos administrativos. En efecto, el artículo 28 de la mencionada norma, modificó el artículo 10 de la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, que en su orden, señalaban lo que a continuación se transcribe:

- Ley 33 de 8 de noviembre de 1984

“Artículo 10. Los procedimientos administrativos en los Ministerios y entidades descentralizadas deberán ser uniformes y los recursos contra los actos administrativos deberán ser tramitados conforme lo previsto en la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. La sustentación de los recursos, en cada instancia, no deberá exceder de cinco días hábiles. Salvo que exista alguna ley que establezca procedimientos administrativos especiales, se establecerán criterios por el Consejo de Gabinete para la uniformidad de los procedimientos antes mencionados”.

- Ley 20 de 30 de diciembre de 1985

“Artículo 28. El Artículo 10 de la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, quedará así:

‘Artículo 10. Por regla general los procedimientos administrativos en los Ministerios y Entidades Descentralizadas serán uniformes y los recursos

deberán ser tramitados conforme lo previsto en la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. La sustentación de los recursos en cada instancia no excederá de cinco días hábiles. Los procedimientos administrativos especiales se registrarán por las leyes que los establecieron y, en lo no previsto por ellas, se aplicarán las normas contenidas en esta Ley’.

Lo anteriormente expresado evidencia que las instituciones de control y de fiscalización de la Administración Pública panameña, antes de la promulgación de la Ley 38 de 21 de julio de 2000, carecían de un instrumento integral de procedimiento que, no solamente fuese una herramienta adecuada para reparar sus propias actuaciones, sino que además, se constituyera en un mecanismo de *“expresión del Administrador”*, frente a los administrativos. En este contexto, y para el ejercicio de un adecuado desarrollo de la función pública, se requería de un cuerpo legal, que abarcara desde la corrección de la conducta oficial de los servidores públicos, la reparación del daño o lesión de un Derecho causado por el administrado, hasta la obtención y uso de un servicio público accesible y sin complicaciones, orientado al servicio y a la facilidad en cuanto a trámites se refiere.

Sobre este punto, tal como lo observó en su momento el jurista panameño Scheffer Tuñón, a escasos dos (2) años de la promulgación de la Ley 38 de 31 de julio del 2000, *“En Panamá, más que una reforma de procedimiento administrativo estamos ante la instauración de un procedimiento común de este tipo, lo cual es evidente que generará transformaciones en las actuaciones de la Administración Pú-*

*blica, y vaticinamos un acentuado debate académico, tal cual ha ocurrido en aquellas latitudes donde existe ese procedimiento legalmente regulado; es el caso de España, Colombia, Argentina Venezuela, Costa Rica, Alemania, entre otros*⁶.

En concreto, antes de la creación de la Ley de Procedimiento Administrativo General, no existía en Panamá una Ley que contemplara *“las normas básicas aplicables para los casos en que ello se requiere teniendo en cuenta la protección de los derechos ciudadanos o empresas involucradas, sin desmeritar la función Pública de cada institución”*⁷.

III. Actualidad de la Ley 38 de 31 de julio del 2000

A veintiún (21) años, desde su promulgación, podemos manifestar sin duda alguna, que la Ley 38 de 31 de julio del 2000 vino a llenar un vacío importante, que se hacía impostergable para la Administración Pública panameña, pues, como ya lo hemos expresado, antes de su promulgación, existía una normativa dispersa en cuanto al Procedimiento Administrativo. En este orden de ideas, con la citada Ley, se aprobó el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración; y, a su vez, entró a regular el Procedimiento Administrativo General, constituyéndose, en su momento, en una novísima regla de procedimientos uniformes para la Administración Pública, misma que fue organizada desde una nueva visión y misión con la sociedad, a fin de prevenir las fallas administrativas, redefinir el carácter Institucional de la Administración, fomentar la seguridad jurídica, minimizar las formalidades, procurar coheren-

⁶Sheffer Tuñón, Javier, El Procedimiento Administrativo en Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, 2002, pág. 27.

⁷Carrasco, José. Modernización del procedimiento administrativo en Panamá: Una necesidad apremiante. Seminario Jurídico y Empresarial. Edit. Sistemas Jurídicos S.A. Noviembre de 1999, pág. 46.

cia y uniformidad en las gestiones estatales, y garantizar la aplicación de Procedimientos Administrativos conforme al Principio de Legalidad⁸.

Al respecto, vale acotar, que la Ley de Procedimiento Administrativo General constituye un primer esfuerzo de modernización de la Administración Pública panameña, aspecto que, ya había iniciado en los años 80 en Latinoamérica, con el fin de evitar las improvisaciones de los Estados en esta materia, que en ocasiones, constituían arbitrariedades en los trámites y en las actuaciones de procedimientos destinados a resolver los Derechos de los ciudadanos, procurando de esta manera, una verdadera *“Justicia administrativa”*, término al cual, el jurista panameño Dr. Olmedo Sanjur, hizo la siguiente acepción:

“El sistema que tiene a lograr que la Administración Pública se ciña a derecho; e incluye, como es natural, la función estatal encaminada a ese fin, los organismos o instituciones que la ejercen, los procedimientos que le encausan para defender sus derechos subjetivos afectados o, simplemente, para preservar el orden jurídico infringido”⁹.

Sin lugar a dudas, con la **Ley 38 de 31 de julio del 2000**, se logró, entre otras cosas, generar seguridad jurídica al constituirse en el marco de los procedimientos administrativos para la mayoría de las

⁸De la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales sobre el Proyecto de Ley No. 77 “Por el cual aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración y se regula el Procedimiento Administrativo General”.

⁹Sanjur G., Olmedo F., Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa, Anuario de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Panamá, pág. 12, 1983.

instituciones públicas del país, consolidando el Régimen Constitucional, pues, se le estaba dando juridicidad procedimental a la actuación de los órganos estatales, frente a los ciudadanos, por lo tanto, podemos advertir, que se trata de una ley que brinda una aplicación efectiva al Orden Constitucional, de conformidad con el artículo 17 de la Constitución Política, que a nuestro criterio, contiene disposiciones sustantivas y fundamentales sobre los Derechos Universales que deben protegerse en todo Estado de derecho.

Lo anterior guarda relación con que en el ámbito normativo de la Ley se desarrollan aspectos que, precisamente, consagra la defensa del Estado de derecho, concepto que abarca una serie de Principios Fundamentales para el desarrollo de las garantías de los particulares, entre estos, aquellos que garantizan una relación democrática y permanente entre el Estado y los administrados, siendo, pues, la Ley 38 de 31 de julio del 2000, ese canal que da inicio a esa interacción, basada en los Principios de Justicia y en la búsqueda del bien común. Y es que, no podemos olvidar que la citada Ley de Procedimiento Administrativo General, regula procedimientos apegados al Orden Constitucional; es decir, que está subordinada a los preceptos de las Garantías Constitucionales, a los Principios de Derecho y a la protección de los Derechos Fundamentales.

En efecto, en el mencionado cuerpo normativo, específicamente, en su Libro Segundo *“Del Procedimiento Administrativo General”*, Título I *“De las Disposiciones Generales”*, artículo 34, *se contemplan una serie de “Principios del Derecho Administrativo”*, lo que denota, una trascendencia de la ley, pues, su carga dogmática, garantiza que todo el Procedimiento de la Administración esté basado y amparado sobre estos “Principios”.

En ese sentido, la aludida disposición señala que:

“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada”.

En este contexto, vale la pena destacar lo expresado por el procurador de la Administración, doctor Rigoberto González Montenegro, cuando indica:

“...hay que tener presente, que así como lo que en la doctrina se conoce como, el Estado legal de Derecho, mutó al Estado constitucional de Derecho, éste, a su

vez, ha mutado a lo que se constituye el Estado constitucional y convencional de Derecho o, simplemente, en Estado convencional de Derecho”¹⁰.

Precisamente, y sobre una perspectiva del Derecho Comparado y Convencional, vale la pena mencionar que la Ley 38 de 31 de julio de 2000, además de establecer unas reglas de Procedimiento, está provista de “*Principios*”, mismos que juegan un papel sobresaliente, pues, por su fuerza jurídica, obliga a la Administración Pública a resolver cualquier operación administrativa, no solo a través de la aplicación de la norma estrictamente, sino que, además, su aplicación, debe ser analizada sobre el prisma de los Principios que anuncia el citado Procedimiento Administrativo.

Lo anterior, supone la consolidación de un Procedimiento Administrativo más efectivo, desde la perspectiva de la tutela de los Derechos Fundamentales, pues: “*El grado de incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de derechos humanos, enmarca un desafío a la comunidad internacional latinoamericana en cuanto a su contenido y alcance y, respecto al criterio de interpretación que los órganos nacionales les den a los mismos, sobre todo cuando en la praxis se analiza la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, aspecto que no escapa de la aplicación del control de convencionalidad en la esfera administrativa*”¹¹.

¹⁰González Montenegro, Rigoberto. Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Un cambio de concepción en la protección de los derechos humanos. Revista LEX. Edición Especial 90° Aniversario. Editores Fondo Editorial. 2019. Pág. 87-88.

¹¹Mella Carpanetti, Héctor Angelo. Aplicación del control de convencionalidad en la esfera administrativa. Revista Gestión Pública. Procuraduría de la Administración de la República de Panamá. Edición 17, septiembre de 2018, pág. 50.

A no dudarlo, esta ley, introdujo beneficiosos aportes que, desde su promulgación, ha redundado tanto en la Administración Pública como en las Instituciones y en los particulares, estos últimos, adquiriendo un papel preponderante en la relación Estado-administrados, contando con una mayor seguridad jurídica en cuanto a su actuación en los diferentes entes públicos.

Y es que, justamente, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en cuanto al Procedimiento Administrativo General, regula su aplicación directa y supletoria, el Derecho de Petición y consulta, el tema de la invalidez y revocatoria de los Actos administrativos, el manejo de los expedientes administrativos, las notificaciones y las citaciones, los Recursos ordinarios como el de Reconsideración, Apelación y los extraordinarios como el de Hecho y el de Revisión Administrativa, además de contar con un título sobre Incidentes y el manejo del caudal probatorio en el Procedimiento Administrativo.

Ahora bien, y para aspectos prácticos, resulta apropiado señalar que en la actualidad la citada Ley de Procedimiento Administrativo General procura la consecución de procedimientos administrativos informales, en donde no se requiere la representación directa por medio de apoderado legal para la presentación de recursos administrativos, solicitudes y quejas, salvo que así lo contemple una Ley Especial.

Así las cosas, basta con revisar el contenido normativo de la ley, para percatarnos que la misma enuncia y a su vez orienta sobre los diferentes procedimientos que pueden ser iniciados de oficio o por una parte interesada, así como los recursos que pueden ser presentados en la vía gubernativa, y en donde la propia excerta jurídica

hace una explicación de cada uno de ellos. Aunado a lo anterior, y gracias al completo y extenso glosario incluido en la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los operadores del servicio público, los usuarios, e incluso en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se han podido aclarar conceptos y definiciones contenidos en la propia norma de procedimiento.

Otro aspecto importante y regulado por esta ley, a fin que el administrado no quede en indefensión frente a la Administración Pública por falta de respuesta de esta última, lo constituye el denominado “Silencio Administrativo”, regulado por la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que, más allá considerarse una exención funcional del Estado, es un beneficio o prerrogativa para el administrado.

Visto lo anterior, podemos indicar que la creación, promulgación y entrada en vigencia de la citada ley representó un avance sin precedentes para el Derecho Administrativo panameño, y, obviamente, para la Administración Pública, pues, tal como lo expresamos, anterior a ella, no existía una norma de carácter general que regulara un procedimiento ante las Instituciones de Derecho Público. En este escenario, la ordenación de un Cuerpo Normativo que, entre otras cosas, aglomerara los Principios rectores del Procedimiento Administrativo, las disposiciones sobre el inicio, tramitación y terminación de los procedimientos, la interposición de los Recursos, el Silencio Administrativo y el agotamiento de la vía gubernativa, representó en su momento, una transformación en las actuaciones de la Administración Pública, y que vemos reflejada hoy día.

Sin embargo, no podemos perder de vista que *“El derecho administrativo se asienta sobre bases que están en constante evolución y que*

*reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado*¹²; por lo tanto, y en virtud de ese dinamismo, se hace imperante hacer una revisión a este cuerpo normativo, a fin de ponerlo acorde a las nuevas tendencias procedimentales, las tecnológicas, las garantías fundamentales, e inclusive, la inclusión de métodos alternos de solución de conflictos (MASC); por supuesto, con fundamento en las nuevas tendencias que rigen la materia del denominado Derecho Administrativo Global.

IV. Hacia el futuro.

Hoy, gracias a la visión de un grupo de juristas panameños y a la necesidad de nuestras instituciones de contar con una base jurídica sólida para conducir adecuadamente los Procedimientos Administrativos; esta generación de abogados posee un instrumento encaminado al pleno desarrollo del Derecho Administrativo: La Ley 38 de 31 de julio de 2000.

En esta línea de pensamiento, al ser consultada sobre su concepción de la citada ley, la estudiante y presidenta del Laboratorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA), Catherine Del Carmen Chu, señaló que: *“A 21 años de su vigencia, la misma sigue siendo formadora de estudiantes y profesionales en Derecho, pues, su estructura la hace sencilla para el entendimiento ‘Primum Tempus’ de la norma y a la vez sirve de fundamento para profundos análisis sobre el sentido de esta. Y aunque su*

¹²Cavalli Y. Carlos Alberto. El Derecho Administrativo panameño y su contribución al fortalecimiento de la democracia. www.juridicas.unam.mx Pág. 78.

*concreción representa un gran avance, el Derecho, al igual que otras ocupaciones, se mantiene en constante cambio y movimiento. Queda en nosotros como estudiantes y estudiosos del Derecho seguir dando aquellos pasos que nos encaminen a la actualización e inclusión de tendencias innovadoras para el Derecho Administrativo en Panamá*¹³.

Por otra parte, no podíamos quedarnos sin resaltar a quienes han contribuido desde el siglo pasado hasta el presente en Panamá, en el desarrollo del Derecho Administrativo moderno, al respecto, el doctor Carlos Gasnell Acuña, ha señalado lo siguiente:

“El desarrollo del derecho administrativo en tratados, manuales o revistas especializadas en Panamá es nulo en algunas materias y escaso y desactualizado en otras, pudiendo rescatarse obras puntuales, como la de Eduardo Morán Jr., publicada en 1961 y reeditada en 1982 sobre el tema de los recursos contencioso-administrativos, aún con plena vigencia, y obras como la de Javier Sheffer Tuñón (miembro de la comisión redactora de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobada en 2000), El procedimiento administrativo en Panamá. También es necesario resaltar las obras, los trabajos y las monografías de César Quintero, Rigoberto González, Edgardo Molino Mola, Olmedo Sanjur, Adán Arnulfo Arjona, Víctor Benavides, Janina

¹³Chu, Catherine Del Carmen. Estudiante de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA). Entrevistada.

Small, Jaime Franco, José Antonio Carrasco, Roy Arosemena, Ernesto Cedeño, Heriberto Araúz, Francisco Vega, Teófanés López, Arturo Hoyos, Lastenia Domingo, Manuel Bernal, Carlos Ayala Montero, Maruja Galvis, y Marelissa Ábrego, así como las compilaciones de Jorge Fábrega Ponce, entre otros juristas que han contribuido en las últimas décadas a que tengamos una incipiente doctrina en materia de derecho administrativo, aunque con una marcada tendencia hacia la parte procesal”¹⁴.

En esta línea de pensamientos, no podríamos pasar por alto, el aporte Jurisprudencial Compilado denominado “*Jurisprudencia Contencioso Administrativa 1971-1985*”, efectuado por los notables abogados Roy Arosemena, y el exprocurador de la Administración y exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, José Andrés Troyano Peña, así como las compilaciones jurisprudenciales de los juristas Teófanés López y Francisco Vega.

A este grupo de notables juristas panameños, se le han ido incorporando otros profesionales del Derecho, que con su contribución, amor a su país, y al Derecho Administrativo, proponen interesantes avances e innovaciones, siendo uno de estos, el “*Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo*”, que si bien, en el mismo no se contempló una revisión integral de la Ley 38 de 31 de julio

¹⁴Gasnell Acuña, Carlos. Panorama General del Derecho Administrativo en Panamá. Derecho Administrativo: México, Centroamérica y República Dominicana. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Editorial Hispamer, 2018. Pág. 387.

de 2000, no obstante, se vislumbra esa necesidad, en la medida que el citado Anteproyecto sea examinado por la Asamblea Nacional.

En ese sentido, es oportuno indicar que la comisión encargada de preparar el texto de Código Procesal Administrativo, estuvo a cargo de los comisionados Cynthia Camargo, Manuel Bernal, José Carrasco, Elizabeth Cedeño, Jaime Franco, Carlos Gasnell, David Montenegro, Marianela Montenegro, Selva Quintero, Guillermo Márquez, Janina Small, Luis Gabriel Solís Higuera, Olmedo Sanjur Gordillo, Ceila Peñalba y Carlos Alberto Vásquez Reyes.

En cuanto a la necesidad de una revisión de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo y Laboral, Carlos Alberto Vásquez Reyes, que en su momento, también fungió como Comisionado para la elaboración del Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo, señaló que:

“Si bien es cierto, los Comisionados alcanzamos unidad de criterios en el documento que se presentó, quedaron asuntos preponderantes, que en el momento de decidir sobre el futuro contencioso-administrativo fueron sugeridos para tener presentes como parte de consultas y deliberaciones para un mejor Anteproyecto, como:

a...

c. Adecuación de la Ley No. 38 de 2000, de tal manera que el procedimiento administrativo cuente con iguales normas y garantías que las que se

contemplan en el Código:

...”¹⁵

Lo expresado por el magistrado Carlos Alberto Vásquez Reyes, requiere, sin lugar a dudas, de un esfuerzo adicional, por parte de los actores encargados de la citada codificación, pues, no podemos olvidar: *“que estrechamente relacionado al Derecho Administrativo se encuentra la jurisdicción especial que dirime los conflictos suscitados en ocasión de dicho régimen legal; es decir, los que surjan entre entes estatales y entre estos y los particulares, como consecuencia del ejercicio de la función administrativa”*¹⁶.

Lo indicado es así, toda vez que *“Una vez las causas litigiosas administrativas se hayan dilucidado en la sede administrativa agotando con ello la vía gubernativa; se abre la posibilidad de concurrir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa como mecanismo de control jurisdiccional de las decisiones administrativas”*¹⁷.

En ese sentido, dicho régimen legal especial se encuentra complementado, entre otros, por el Código Judicial y por la Ley 38 de 31 de julio de 2000, esta última estableciendo los roles que desempeña la Procuraduría de la Administración, frente a los diversos pro-

¹⁵Vásquez Reyes, Carlos Alberto. La Codificación Contencioso Administrativa. Revista LEX. Edición Especial 90° Aniversario. Editores Fondo Editorial. 2019. Págs. 87-88.

¹⁶Solís Higuera, Luis Gabriel. Comentarios en torno al Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo. Revista Gestión Pública. Procuraduría de la Administración de la República de Panamá. Edición 17, septiembre de 2018, pág. 27.

¹⁷Solís Higuera, Luis Gabriel. Una Panorámica al Procedimiento Administrativo y al Procedimiento Contencioso Administrativo en Panamá, su posible modificación y la aplicación del Control de Convencionalidad en dicha jurisdicción. Obra en homenaje al Dr. Jorge Fábrega P. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Sigma Editores. 2019. Pág. 1039

cesos que se surten en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, y que a su vez, desarrolla, precisamente, el Procedimiento Administrativo, propio de la función administrativa del Estado.

Con independencia de lo expresado, y a guisa de conclusión, somos del criterio que tanto el Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo, como el resultado de una posible revisión de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, deberían estar contempladas, salvo mejor razonamiento, en un mismo cuerpo normativo, que contenga lo concerniente a la Administración Pública, el Procedimiento Administrativo y los Procesos Contenciosos Administrativos.

Este ejercicio no podrá alcanzarse sin el compromiso de todos, pues, *“Como sociedad, los profesionales de la abogacía, estudiantes de derecho y fundamentalmente las autoridades públicas debemos dedicar todos nuestros esfuerzos en concretar esta nueva normatividad, en procura que las actuaciones sean acompañadas siempre con criterios y decisiones jurisprudenciales imparciales con independencia, congruentes y consistentes, preservando con ello la convivencia social, y más aún, fortaleciendo la institucionalidad, la legalidad, seguridad jurídica y consolidando el Estado de Derecho”*¹⁸, esto, tomando en consideración, la discusión de forma paralela de la reforma a la Ley 38 de 31 de julio de 2000, a fin de lograr la unidad del “Corpus Juris”, en materia Administrativa.

Haciendo eco a lo anterior, resalto lo expresado por José Dolores Moscote, cuando indicó:

¹⁸Vásquez Reyes, Carlos Alberto. La codificación contencioso administrativa. Revista LEX. Edición Especial 90° Aniversario. Editores Fondo Editorial. 2019. Pág. 100.

“Todo lo que se necesita es que haya un poco de lógica, de sinceridad y de moral en las agrupaciones políticas para que den paso a reformas, como la que se propicia, por la cual clama a grito herido la Nación”¹⁹.

En ello debemos comprometernos todos y cada uno de los actores de la sociedad, pues, como hemos podido apreciar, el Procedimiento Administrativo General posee una crucial importancia en el futuro de nuestro Estado de derecho, debate, que no solo se circunscribe en las nuevas tendencias del Derecho Administrativo moderno, sino que, con esta, se debe permitir un verdadero control eficaz de la Administración Pública, así como el pleno respeto y apego de los funcionarios al Principio de Legalidad, esto, sin perder de vista, el acceso a la Justicia Contencioso Administrativa, provista de un justo desarrollo legal y consecuente con el Régimen Constitucional y Convencional.

He de agradecer finalmente que el presente trabajo que presentamos no hubiese sido posible sin la contribución y aporte del jurista administrativista y estudioso del Derecho Constitucional y Electoral, Héctor Angelo Mella Carpanetti.

¹⁹Moscote, José Dolores. Instituciones de Garantía Título XV de la Constitución. Revista Lotería No. 278 y 279, abril-mayo, 1979, pág. 20.

Referencias

- Gasnell Acuña, Carlos. Panorama General del Derecho Administrativo en Panamá. Derecho Administrativo: México, Centroamérica y República Dominicana. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Editorial Hispamer, 2018.
- González Montenegro, Rigoberto. Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Un cambio de concepción en la protección de los derechos humanos. Revista LEX. Edición Especial 90° Aniversario. Editores Fondo Editorial. 2019.
- Mella Carpanetti, Héctor Ángel. Aplicación del control de convencionalidad en la esfera administrativa. Revista Gestión Pública. Procuraduría de la Administración de la República de Panamá. Edición 17, septiembre de 2018.
- Moscote, José Dolores. Instituciones de Garantía Título XV de la Constitución. Revista Lotería No. 278 y 279, abril-mayo, 1979.
- Sheffer Tuñón, Javier, El Procedimiento Administrativo en Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, 2002.
- Solís Higuera, Luis Gabriel. Comentarios en torno al Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo. Revista Gestión Pública. Procuraduría de la Administración de la República de Panamá. Edición 17, septiembre de 2018.

Solís Higuera, Luis Gabriel. Una Panorámica al Procedimiento Administrativo y al Procedimiento Contencioso Administrativo en Panamá, su posible modificación y la aplicación del Control de Convencionalidad en dicha jurisdicción. Obra en homenaje al Dr. Jorge Fábrega P. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Sigma Editores. 2019.

Vásquez Reyes, Carlos Alberto. La codificación contencioso-administrativa. Revista LEX. Edición Especial 90° Aniversario. Editores Fondo Editorial. 2019.

El acceso a la *jurisdicción* y la *tutela judicial efectiva* en la protección de los consumidores

Por
Luis A. Camargo V.*

Resumen: *El principio del interés superior del consumidor constituye un principio fundamental dentro del sistema económico y los procesos de producción, fabricación, distribución y venta de productos y servicios en los diferentes mercados. El consumidor requiere del reconocimiento de sus derechos y que se le garantice el acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, dada su condición de debilidad dentro de la estructura del sistema económico y el funcionamiento de los mercados de bienes y servicios, lo que ha sido reconocido por los Tribunales especializados en materia de consumo.*

Palabras claves: *Consumidor, proveedor, contrato de consumo, proceso, derechos fundamentales, jurisdicción, debido proceso, tutela judicial efectiva.*

Abstract: *The principle of the best interests of the consumer constitutes an essential tenet within the economic system and the processes of production, manufacture, distribution and sales of products and services in the different markets. The consumer requires the recognition of his/her rights and the guarantee to access the jurisdiction and the effective judicial protection, given his/her condition of weakness within the structure of the economic system and the functioning of the markets for goods and services, which has been recognized by the Courts specialized in consumer matters.*

*Doctorado en Derecho con Énfasis en Derecho Civil, Maestría en Derecho Privado y una Especialización en Alta Gerencia por la Universidad de Panamá. En el mismo sentido posee una Especialización en Derecho de la Competencia y Asuntos del Consumidor por la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es Magistrado Titular del Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Circuito Judicial de Panamá. Ha sido Juez Noveno del Circuito, Ramo Civil del Primer Distrito Judicial de Panamá y Juez Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá. Es catedrático universitario en Propiedad Intelectual y Derecho de Consumo, Derecho Comercial y Derecho Civil en la Universidad de Panamá.

Keywords: Consumer, supplier, consumer contract, process, fundamental rights, jurisdiction, due process, effective judicial protection.

La protección del consumidor en el sistema económico

El sistema económico a través del cual el Estado procura el bienestar general de los asociados, la satisfacción de las necesidades y garantiza de forma primordial el valor supremo de la dignidad humana se implanta a través de un conjunto de principios, que en el ámbito económico procuran mantener un equilibrio entre la iniciativa económica y comercial privada y el papel asignado al Estado de orientar, dirigir y reglamentar esa iniciativa que, a través de su ejercicio, permiten la libertad de contratación y el abastecimiento de productos y servicios en los diferentes mercados, bajo los límites y resoluciones que establece la ley.

De esa forma, el ordenamiento jurídico a través del cual se establece el sistema económico de un Estado consagra los principios programáticos de naturaleza económica a través de normas constitucionales de orden público que orientan la actividad y el comportamiento de todos los agentes económicos dentro de los procesos de producción, procesamiento, distribución, suministros o comercialización de bienes y servicios, en un marco de libre competencia y libre concurrencia en los mercados, siempre con el objetivo de “acrecentar la riqueza nacional y asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país” y “hacer efectiva la justicia social...” (artículos 282 y 284 de la Constitución Nacional).

Por ello, debe tomarse en cuenta que el preámbulo de la Constitución Política de la República de Panamá establece que su ideario es “fortalecer la nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional”. Este mandato constitucional dota de legitimidad las normas constitucionales y su desarrollo en las diferentes leyes a partir de los principios programáticos establecidos en la carta fundamental, que se caracteriza por los principios de la libre oferta y demanda en los mercados, la posibilidad de intervención estatal en la economía cuando sea necesario, la iniciativa privada en materia económica, el respeto a la propiedad privada, la libertad de contratar y el libre acceso de los compradores y consumidores a los mercados de bienes y servicios.

Dentro del comportamiento que desarrollan los diferentes agentes económicos en los mercados (v.gr. Empresarios, comerciantes, profesionales y consumidores), encontramos como fin último de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor, que se preserve el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, que se erradiquen las prácticas que restrinjan la competencia y se preserve el interés superior del consumidor (art. 1 Ley 45 del 31 de octubre de 2007), de esta forma la estructura del sistema económico no solo busca asegurar una eficiente asignación de los recursos económicos, con respeto a la libertad empresarial, sino también, que los mercados de bienes y servicios funcionen de acuerdo con los principios que establece el sistema económico y se garanticen dentro de esa estructura y comportamiento de los agentes económicos que actúan en los mercados, los derechos del consumidor, como último eslabón y adquiriente del circuito de abastecimiento de los mercados de bienes y servicios, en el que como destinatario

final requiere de una tutela y protección especial dada su condición de debilidad económica y su condición de vulnerabilidad, producto de la asimetría en la información que requiere para tomar sus decisiones de compra y uso de productos y servicios.

Mediante el acto legislativo N°1 del 27 de julio de año 2004, se introdujeron reformas a las disposiciones constitucionales que tenían como norte el fortalecimiento de consolidación de las instituciones, el régimen democrático del estado panameño y la protección de los derechos de los ciudadanos, y se introduce por primera vez en la Constitución Nacional los principios rectores de Protección de los Consumidores a través del artículo 49 con el tenor siguiente:

Artículo 49 de la Constitución Nacional: “El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la transgresión de estos derechos.

No se puede soslayar que con la expedición de la Ley 29 del 1 de febrero de 1996, nuestro país contó con su primer cuerpo normati-

vo integrador de las normas generales de Protección de los Consumidores, Ley que fue derogada por la Ley 45 del 31 de octubre de 2007, actual Ley general de Defensa de la Competencia y Protección de los Consumidores, por lo que, nuestro país contó primeramente con un ordenamiento jurídico de rango legislativo de regulación de las relaciones de consumo y la protección especial de los consumidores y luego con el principio constitucional dentro de los derechos y deberes individuales y sociales y las garantías fundamentales que consagran esa protección, que a partir del año 2004, se convierte en el principio general de carácter constitucional sobre esta materia y constituye el presupuesto programático fundamental para la vigencia del principio del interés superior de los consumidores que consagra la Ley 45 del 31 de octubre 2007.

Por esta razón, las normas y principios que orientan el sistema económico involucran su compatibilidad con la necesaria defensa y protección de los consumidores y por tanto, no son normas antagónicas, es decir, se procura un equilibrio entre la libertad económica y comercial de carácter privado y la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como se sostiene por la doctrina que analiza estos aspectos en el marco de la Constitución Española al señalar que: “Aunque se establezca la relación aludida anteriormente entre libertad de empresa y autonomía y propiedad privada, y se haga de manera absolutamente correcta, no por ello ha de llegarse a la conclusión de cualquier otro principio que afecte a la libertad de empresa debe ser desechado. Además, habrá que demostrar cómo y hasta dónde puede afectar a la libertad de empresa la protección del consumidor, porque, desde luego, para la Ley no hay incompatibilidad alguna entre libertad de empresa y protección de los consumidores: la segunda parte del primer apartado del artículo de la Ley de

consumidores establece expresamente que: “...la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139”.¹

El llamado “Derecho de Consumo” ha impactado grandemente los esquemas tradicionales de contratación de carácter civil y comercial, por contener una naturaleza distinta de carácter proteccionista en la cual los principios de equidad e igualdad en la contratación necesariamente deben ser reconocidos tomando en cuenta que, producto de sus distintas necesidades el consumidor “necesita contratar”, y lo hace bajo parámetros de desigualdad que propicia el sistema, que en gran medida beneficia a los proveedores de bienes y servicios, que son profesionales de su actividad empresarial y que requiere de compensar ese desequilibrio producto de la asimetría en la información que padecen los consumidores al momento de contratar. Como lo establece el tratadista Eugenio Llamas Pombo “La proclamación de los derechos del consumidor (derecho a la protección a la salud, seguridad y legítimos intereses económicos, a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, a la educación, información, audiencia y protección jurídica) ha tenido una influencia decisiva sobre el Derecho Privado (1760), no solo en cuanto principio general (artículo 53.3 de la Constitución) que informa el ordenamiento jurídico según el artículo 1.4 del Código Civil, sino también como verdadero motor de cambios legislativos que obligan a realizar una relectura de toda teoría general de las obligaciones y contratos”.²

¹Escuela Judicial Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado. Consejo general del Poder Judicial, Madrid. 2007. Pág.68.

²Eugenio Llamas Pombo. La Compraventa. Editorial La Ley. España. 2014. Pág. 777.

En esencia, el derecho de consumo procura mediante un tratamiento jurídico favorable hacia el consumidor compensar las desigualdades económicas y de la información que propicia el sistema económico, lo que claramente establece el artículo 49 de la Constitución Nacional reconociendo el derecho de toda persona, principalmente los consumidores de obtener bienes y servicios de calidad y la información veraz, clara y suficiente sobre los productos y servicios que adquieren, la libertad de elección y decisión para contratar bajo condiciones de un trato justo, equitativo y digno, por ello, debe resaltarse la naturaleza distinta del derecho de consumo que permite un replanteamiento del régimen aplicables a los contratos que se realizan de forma masificada con consumidores buscando restablecer el equilibrio contractual entre el contratante dominante y el contratante débil para que legislando con una desigualdad jurídica en beneficio del consumidor se logre la equivalencia entre las prestaciones y obligaciones que asumen las partes. Tal como señala la doctrina “la legislación establece mecanismos de protección y garantías relativos a varios aspectos de la contratación (régimen de cláusulas abusivas, contenidos obligatorios de documentos de venta, garantías, etc.) permitiendo al juez la facultad de corregir la estipulación desventajosa, mitigando sus efectos, y *salvar* el negocio jurídico o el contrato, teniendo en cuenta que el objetivo del mismo era el querido por el consumidor”³.

Lo anterior conlleva que, se materialice el principio constitucional contenido en el artículo 49 de la Constitución Nacional, a través

³Carlos Eduardo Tambussi. El Consumo como derecho Humano. Editorial Universidad. Ciudad de Buenos Aires. 2009. Pág. 49.

del cual debe dotarse a los consumidores de los mecanismos necesarios para garantizar sus derechos, su educación y procedimientos de defensa así como obtener resarcimiento de los daños que se le ocasionen y se impongan las sanciones correspondiente por la transgresión de estos derechos, principio que busca desarrollar la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, a través de la tutela procesal de los consumidores de carácter general y que encontramos en otras leyes especiales de sectores regulados (v.gr. Banca, seguros y servicios públicos), en las cuales se ha introducido dentro de la legislación normas referentes a la protección de los consumidores y usuarios que contratan productos y servicios con el fin de ser protegidos en sus intereses individuales y colectivos, los cuales se enmarcan dentro de la ley general de protección de los consumidores en el artículo 83 que señala: “Para hacer valer sus derechos, el consumidor podrá iniciar, individualmente o colectivamente, los procesos para reclamar la resolución, la rescisión o la anulación de los contratos de adhesión o los procesos derivados del incumplimiento de los contratos de consumo o para exigir el cumplimiento de las garantías, el resarcimiento de los daños y perjuicios o cualquier otra reclamación que resulte de una relación de consumo”, las cuales serán competencia de los Tribunales Especializados. (Artículo 124 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007).

La noción de consumidor

La Ley 45 del 31 de octubre de 2007, en su artículo 33 numeral 2 define al consumidor como: “Persona natural o jurídica que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza”. En ese sentido solo serán consumidores, de conformidad con nuestra ley de protección al consumidor, las personas naturales o

jurídicas que adquieran o contraten para su consumo final o beneficio propio, bienes y servicios.

La norma señala que, ya sea una persona natural o jurídica, el consumo o uso de productos o servicios debe tener carácter final, es decir, que el sujeto no adquiera, utilice o consuma bienes o servicios con el fin de hacerlos parte o integrarlo en algún proceso de fabricación, elaboración, transformación, comercialización o prestación de bienes y servicios a terceros, es decir, que no se valga de ellos para colocarlos nuevamente en el mercado, transformándolos o no, ya que, bajo ese supuesto se convierte en un profesional de la actividad comercial y por ende, no requiere de una protección especial.

La Ley de protección de los consumidores no plantea una definición que explique el concepto de consumidor final, pero el carácter finalista que establece, alude a los procesos económicos y comerciales de producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios, frente a los cuales el sujeto que compra, adquiere, utiliza o consume le da fin a la circulación del producto o servicio, es decir, será el destinatario final del funcionamiento de los mercados, tal como lo señala el autor Jorge Mosset Iturraspe “... Ahora bien, a pesar de que la Ley alude el concepto de “bienes o servicios finales”, no nos brinda una definición que explique dicho concepto, no obstante, analizando en el contexto económico, hace referencia a la cadena de producción de bienes y productos, cuyo último eslabón es el consumidor, por lo que tendríamos que concluir, en la naturaleza económica del concepto, por ello la doctrina en la materia trata de explicarlo indicado que la noción de consumidor final como “destinatario final”, “trata de manifestar gráficamente una idea básica para la noción, esto es, que adquiere

los bienes o servicios quedan detenidos dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado”⁴.

Lo anterior ha producido el surgimiento de la noción del llamado “contrato de consumo”, la cual involucra todo contrato en el cual participe un proveedor de bienes y servicios (v.gr. Industria, comerciante, profesional, etc.), y un consumidor final de esos bienes y servicios, sin tomar en cuenta la modalidad contractual (v.gr. Compraventa, préstamo, seguros, prestación de servicios, etc.), como señala la doctrina “Contrato de consumo: El contrato de consumo es todo aquel que se celebra entre un proveedor de bienes o servicios y un consumidor, adquirente a título oneroso de dichos bienes o servicios. Su objeto puede ser un bien que desaparece tras su uso (consumible) o uno duradero (no consumible)”⁵.

Los conceptos vertidos nos llevan a establecer que la compra o adquisición de bienes y servicios debe destinarse para el uso o consumo personal, familiar o doméstico del adquirente y no forma parte del proceso de fabricación, elaboración, comercialización o prestación de bienes y servicios a terceros; en otras palabras el adquirente no reinserta o coloca nuevamente el producto en el sistema económico comercial buscando adquirir ganancias o con ánimo de lucro, lo que en la doctrina económica se denomina el precio de “el valor del uso”, tal como lo explica Norbert Reich “En los procesos de circulación organizados conforme al mercado el consumidor se enfrenta con estructuras de poder que, en principio, no pueden ser

⁴Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo. *Defensa del Consumidor*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1993. Págs. 59-60.

⁵Stiglitz Gabriel. *Manual de Defensa del Consumidor*. Editorial Juris. Buenos Aires, Argentina. 2004. Págs. 158-159.

alteradas o suprimidas y a las cuales no es dable oponer algo equivalente. Ya que, en contraposición a los operadores del mercado, los valores de uso son adquiridos por el consumidor para no volver a ser usados como valores de cambio, este, como simple adquirente de tales valores, no está en situación de poder ejercer poder de mercado alguno o, como mínimo, de poder organizar un “contrapoder” que actúe de forma más o menos duradera en el mismo. Ello obedece a un sinnúmero variado de razones. La primera de ellas podría ser la estructura atomizada del consumo en el proceso de circulación. Otra razón estribaría en la relativamente puntual cobertura o satisfacción de las necesidades que afectan al individuo consumidor”⁶.

El principio del interés superior del consumidor

El artículo 215 de la Constitución nacional establece en su numeral 2 que: “El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustancial”, con el cual se sientan las bases del desarrollo normativo de las diferentes categorías de procesos ya sea de carácter administrativo o judicial, por lo cual, la normativa de protección de los consumidores, que como hemos señalado tiene fundamento constitucional, toma como base dicho principio debidamente concatenado con la naturaleza proteccionista que orienta la tutela de los derechos de los consumidores dentro de los cuales subyace el conjunto de derechos que la Constitución y la ley le otorgan y los llamados Derechos Fundamentales que requieren de tutela y reconocimiento.

⁶Reich, Norbert. Mercado y Derecho. Editorial Ariel. Barcelona. 1985. Pág. 160.

Dentro del marco de la defensa de la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados resulta evidente que la Ley 45 de 2007 busca erradicar las prácticas restrictivas que afecten el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, y plantea dentro de su artículo 1 que el fin último de la ley es “preservar el interés superior del consumidor”. Este objetivo nos brinda la guía que nos informa acerca de la finalidad del sistema económico, que involucra dentro del pretendido “bienestar general” y la justicia social, el llamado interés superior del consumidor como destinatario final de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado al cual las normas sustantivas y procesales deben colocar en un plano superior a efectos de que se concrete la igualdad procesal y contractual y se garanticen los derechos de los consumidores entre los cuales están, el derecho a la información, el derecho a la reparación de los daños y perjuicio que se le causen, el derecho a obtener bienes y servicios de calidad, el derecho de acceder a procedimientos para su defensa, el trato equitativo y digno, etc.

Hemos señalado de forma previa en diferentes estudios que la noción de “interés superior del consumidor” parte de un principio programático consignado en la legislación que regula la materia de consumo, pero su contenido todavía es apreciado desde una óptica teórica y abstracta y no desde una dimensión concreta en su aplicación a los diferentes supuestos que trata de enmarcar la ley y en los cuales debe hacerse realidad de cara a obtener el resultado que busca el proceso, es decir, el reconocimiento y tutela del derecho protegido, y ese principio cumple funciones de hermenéutica y orienta las decisiones de los funcionarios judiciales y administrativos que conocen de los reclamos de los consumidores.

La doctrina que trata de explicar el llamado “interés superior de los consumidores”, no plantea dudas en torno a que dicho principio cumple funciones rectoras de la orientación del proceso que claramente indica, que existe una parte dentro del mismo que requiere de una protección especial dada las condiciones de desigualdad que tiene su origen en la contratación de consumo con proveedores de bienes y servicios, pero que debe ser compensada dentro de los procesos administrativos y judiciales en que una de las partes sea un consumidor producto de su vulnerabilidad y posibilidad de afectación de la igualdad procesal, situación que busca ser corregida a través del llamado principio de favorabilidad normativa y su aplicación procesal, que cumple funciones trascendentes como fuente de derecho, orientación normativa, interpretación de la normativa y reconocimiento de los derechos de los consumidores cuya realización no solo depende de su consagración en la Constitución y en la ley, sino también del papel que debe desempeñar las distintas autoridades para corregir los desequilibrios que se produzcan en perjuicio de los consumidores y usuarios lo que resumimos en la siguiente frase “crear un tratamiento jurídico desigual para lograr la igualdad procesal”, lo que necesariamente forma parte de la tutela judicial efectiva de los consumidores.

Estas premisas se han sostenido de forma constante por la doctrina que trata de darle un contorno realista al principio del interés superior del consumidor explicando que, “El principio que reconoce los intereses de los consumidores traduce principios como la equidad y la buena fe al dispensar la ley una protección especial que a la vez que crea una desigualdad jurídica, busca compensar desigualdades económicas y estructurales no solo en lo económico sino principal-

mente en la deficiente información que pueden padecer los consumidores en sus relaciones de consumo, por lo que su reconocimiento permite el ejercicio de todos los derechos y garantías, así como la resolución de sus conflictos cuando estos se produzcan, de lo cual se infiere que este principio debe orientar la decisión de los Tribunales, como un imperativo legal y que debe ser utilizado al interpretar y aplicar las normas vigentes, que sean más conducentes a la realización de los derechos de los consumidores, y asegurar la tutela judicial efectiva y la plena vigencia de estos derechos”⁷.

Concreta manifestación de la vigencia del principio del interés superior del consumidor se encuentra en el artículo 127 numeral 12 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que para los procesos de menor cuantía en materia de consumo señala que: “en caso de duda sobre el fondo de la controversia prevalecerá lo que alegue el consumidor “es decir materializa la regla “indubio pro consumidor”. De igual forma el artículo 128 numeral 8 de dicha ley señala que, en los procesos de mayor cuantía no habrá condena en costas para los consumidores salvo que hayan obrado con temeridad la cual debe ser declarada en forma expresa y motivada por el juez. Así mismo encontramos en la Ley 45 del 31 de octubre de 2007, que el artículo 128 numeral 2 impide la presentación de demandas de reconvencción dentro de los procesos de Protección al Consumidor, es decir, la imposibilidad de que las empresas o proveedores demandados presenten acciones en contra del consumidor en sede de los Tribunales Especializados.

⁷Luis Antonio Camargo V. Temas Actuales del Derecho de Consumo. Editorial PrintShop, Panamá 2013. Pág. 26.

Este principio también se ha materializado en diferentes precedentes judiciales tomando como base la función garantista que cumple en beneficio del consumidor, en los que el Tercer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial (Tribunal de Apelaciones en materia de Consumo) señalando que, en los contratos de consumo “Debe primar en esta interpretación el artículo 1 de la Ley No.45 de 2007 que señala la ley tiene como objetivo “preservar el interés superior del consumidor” y ese principio debe ser orientador en beneficio de la parte más débil de la contratación, es decir, el consumidor y reconocerse que posee una función garantista para que se produzca una protección real y efectiva de esos derechos,...”. (Proceso de Protección al Consumidor propuesto por Fundación Jorge Berbey en contra de Inmobiliaria La Colonia, S.A. Mgdo. Ponente: Luis A. Camargo V. 23 de abril de 2019). En otro precedente judicial en el que se analizó la debilidad contractual del consumidor en los contratos de adhesión el tribunal señaló que: “...queda claro que la calificación de un contrato como uno de adhesión debe ampararse en una visión de equidad negocial que la sustenta y que – vale decir- en nada se ve comprometida por la concurrencia de alguna estipulación que denote una negociación individual con el consumidor.”. (Proceso de Protección al Consumidor propuesto por Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) subrogándose derechos de la consumidora Nadkyi Tatiana Duque Jáen contra Neto, S.A. Mgda. Ponente: María Eugenia López, 27 de noviembre de 2007.).

Pueden resaltarse otros precedentes judiciales en los cuales el principio del interés superior del consumidor sirvió como regla de interpretación para decisiones en las cuales se cuestionaba la existencia de la relación de consumo bajo los extremos que establece el artícu-

lo 33 de la Ley No.45 del 31 de octubre de 2007 (proveedor y consumidor), en los que el Tribunal señaló que: “Es por esta razón que la prestación del servicio de promoción de la venta del bien inmueble desplegada por DESARROLLO GOLF CORONADO, S.A., lo coloca en la condición de prestador de un servicio a un consumidor, máxime que se ha comprobado que durante todo el desarrollo precontractual el lote de terreno se encontraba inscrito a nombre de dicha sociedad en el Registro Público ...”. De igual forma, el Tribunal reconoció la vigencia de dicho principio señalando que: “... lo que permite concluir que ante la existencia comprobada de una sociedad proveedora brindando servicios y un consumidor afectado por los mismos, y la inexistencia de un pacto o contrato que resolviera entre las partes la situación que eventualmente se produjo, el principio de favorabilidad de la normativa especial y el interés superior del consumidor, motivan que sea dable reconocerle dicha pretensión al señor MARTÍN SEAMUS BYRNE, tal cual ha sido resuelto por el Juzgado A-Quo, en la decisión de primera instancia.” (Proceso de Protección al Consumidor propuesto por MARTIN SEAMUS BYRNE en contra de la sociedad DESARROLLO GOLF CORONADO, S.A. Mgdo. Ponente: Luis A. Camargo V. Panamá, 3 de mayo de 2010).

De igual forma, tomando en cuenta la definición de consumidor final que establece la ley para acceder a la protección y tutela que dispensa la misma en otro precedente judicial se reconoció esa condición a una consumidora en el análisis de contratos de consumo realizado para la compra de dos inmuebles, en el cual el Tribunal señaló que: “... el examen de la demanda presentada y las normas de derecho que le sirven de fundamento a juicio del Tribunal, no permiten concluir indubitadamente que la demandante no posee la

condición de consumidora, por el solo hecho de haber contratado la adquisición de dos unidades departamentales en el proyecto inmobiliario de la sociedad demandada, ya que esa sola circunstancia no excluye su condición, para reclamar judicialmente con fundamento en la Ley 45 de 31 de octubre de 2007. En ese sentido esta ley define al consumidor como la persona natural o jurídica que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza (art.33, numeral 2). Adicionalmente el Decreto Ejecutivo No.46 de 23 de junio de 2009, define en su artículo 2, al consumidor como “Personas naturales o jurídicas que adquieren o disfruten de bienes o servicios como destinatarios finales o quien demuestre que ha recibido un bien o servicio a título oneroso o adquirió los mismos de parte del consumidor inicial como destinatario final estableciéndose una relación de consumo. No obstante, para los efectos de este tipo de destinatario final, quedan exceptuadas las normas de información que normalmente está el proveedor obligado a suministrar antes de la decisión de compra.” (Resolución de 12 de septiembre de 2011, Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, presentado por el licenciado GIOVANI FLETCHER, en representación de la señora OKSANA TKALYA, en contra de la orden de hacer contenida en el Auto No.696 de 23 de agosto de 2011, proferido por la JUEZ OCTAVA DE CIRCUITO DE LO CIVIL, DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMA dentro del proceso de protección al consumidor interpuesto contra la empresa ART TOWER DEVELOPMENT, S.A.)

Lo anterior, permite establecer claramente el reconocimiento del principio del Interés Superior del Consumidor tanto en su aspecto normativo como en las decisiones judiciales de los Tribunales especializados en la materia, lo que conjuga el ejercicio de los derechos

y garantías de los consumidores, su acceso a la jurisdicción y la interpretación judicial “pro consumidor” que materializa este principio, de forma que se asegure la tutela judicial efectiva en la interpretación de las normas regulatorias y la vigencia de los derechos constitucionales y legales de los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo en decisiones que resuelvan controversias entre proveedores y consumidores en el ámbito judicial.

La tutela judicial efectiva en la protección de los consumidores

Establecido el fundamento de las normas rectoras de las relaciones de consumo y la naturaleza proteccionista de la Ley de Protección de los Consumidores corresponde establecer como la normativa procesal que rige los diferentes procesos y procedimientos sobre la materia garantiza la tutela judicial efectiva de los consumidores y usuarios de bienes y servicios y como se hace necesario contar con procesos especiales sobre la materia bajo una nueva concepción garantista y proteccionista de los derechos del llamado “contratante débil” de forma que sea consecuente con el principio constitucional del reconocimiento de los derechos consignados en la ley sustantiva y el proceso responda a ese objetivo y orientación especial bajo el principio del interés superior del consumidor y que este principio se traduzca en la posibilidad real del ejercicio de acciones judiciales dentro del marco del debido proceso y la efectividad de las decisiones judiciales.

El tratadista José Acosta Estévez señala que los intereses de los consumidores pueden ser de carácter individual o de carácter social o colectivos dependiendo si el beneficio o la necesidad requerida es de naturaleza especial o general señalando sobre el tema que: “<<En la

esfera clasificatoria propuesta los intereses individuales son aquellos que determinan la satisfacción de necesidades o conveniencias de cada persona que redundan en su beneficio de forma exclusiva, mientras que, por el contrario, los intereses generales serán los que conciernen a una colectividad de manera que, aunque la satisfacción de las necesidades que los explican repercuten en la alícuota correspondiente en beneficio de las personas que integran la colectividad, suponen limitaciones impuestas a intereses individuales. Por otra parte, los intereses personales son aquellos privativos de la persona y los intereses sociales, en tanto que implican la introducción de una clasificación de carácter específico a los intereses personales, podemos entenderlos como los comunes a un grupo o categoría de personas.>>.⁸

En ese contexto el artículo 82 de la Ley No.45 de 2007, establece la legitimación de la ACODECO y las Asociaciones de Consumidores para actuar en nombre de los consumidores de forma individual o colectiva, tanto en procedimiento de conciliación administrativa o en la vía jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos. De igual forma, el artículo 125 de la misma ley establece la legitimación en materia de consumo para ejercer pretensiones, a cualquier persona afectada (entiéndase consumidor final), la ACODECO y las Asociaciones de Consumidores Organizadas, con lo cual, se apertura el ejercicio de acciones y legitimación en materia de consumo tanto a la Autoridad de Protección de los Consumidores como al propio consumidor de forma individual o colectiva y las asociaciones de consumidores organizadas.

⁸Acosta Estévez José B. Tutela Procesal de los Consumidores. J.m Bosch. Editorial, S.A. Barcelona. 1995. Pág.55.

Estas normas garantizan el ejercicio de acciones judiciales para la tutela de intereses individuales y colectivos de los consumidores en el marco de las pretensiones que establece el artículo 83 de la Ley No.45 de 2007, entre las cuales están, la nulidad de contrato de adhesión, cumplimiento de garantía, resarcimiento de daños y perjuicios, exigir el cumplimiento de contratos y cualquier otra reclamación que derive de una reclamación de consumo que la ley traduce a través de acciones individuales previstas en los proceso de menor y mayor cuantía (arts. 127 y 128) y procesos de carácter colectivos (art.129). En este último proceso deberán comprobarse además de la presencia de un consumidor final, la conformación de un grupo de consumidores que hayan recibido un daño o perjuicio derivado de un producto o servicio, dado que, la acción colectiva “corresponde a uno o más miembro de un grupo o clase de personas”, y el ejercicio de la acción se entenderá en beneficio del respectivo grupo o clase de personas, concediéndole legitimidad también a la Autoridad y a las Asociaciones de Consumidores Organizadas o un grupo de consumidores que nombre un representante colectivo con legitimación para demandar.

La legitimación activa en la causa constituye un aspecto trascendente para el acceso a la jurisdicción, principalmente en el ámbito de consumo en el que la acreditación de la condición de consumidor final resulta un presupuesto indispensable para la aplicación de la Ley No.45 de 2007. Por ello, en la interpretación de la noción de consumidor, el Tercer Tribunal Superior, ha concedido en materia de contratos bancarios la legitimación activa a los herederos de un consumidor fallecido a efectos de reclamos derivados de contratos de adhesión con cláusulas abusivas, señalando lo siguiente: “... esta

Magistratura concluye que debe reputarse como <<consumidora>> a la demandante, señora HORTENSIA MANUELA CANTOS VDA. DE PICO, por ser <<heredera (Q.E.P.D.) dentro de la Cuenta de Ahorro N°24-316-06285-9 de GLOBAL BANK CORPORATION, en este PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, y en donde se debate el punto 15 (quince), del Contrato de Adhesión de la Cuenta de Ahorro N°24-316-06285-9, por tipificarse la misma de <<abusiva>>. Con mérito a los argumentos que se expone en el análisis adelantado, el Tribunal de Revisión disiente de la posición de la demandada y, en consecuencia, considera que ha sido acreditada la legitimación activa en este proceso, como <<consumidora de bienes y servicios finales>> (cfr. numeral 2, art.29, L/29-96), debido a la relación de consumo existente entre el cuenta-habiente y la demandada; se reconoce la validez del Auto N°996-70-06 de 19 de julio de 2006 (fs.163), mediante el cual se declara como heredera universal del señor JAMES EDUARDO PICO CHÁVEZ (Q.E.P.D.), a su esposa, señora HORTENSIA CANTOS VDA. DE PICO, circunstancias estas que la facultan para interponer cualquier acción en pro de la preservación de sus derechos, por lo que no procede la EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA alegada por la demanda.” (Proceso de Protección al Consumidor propuesto por la señora HORTENSIA MANUELA CANTOS VDA. DE PICO en contra de GLOBAL BANK CORPORATION. Mgda. Ponente: Aidelena Pereira Véliz. Panamá, 22 de julio de 2010).

La tutela judicial efectiva en materia de consumo involucra no solo el acceso a la justicia, el debido proceso y la efectividad de las sentencias como realización y reconocimiento de las garantías y derechos

fundamentales de todo consumidor, sino también, que en la materia especial el reconocimiento del carácter tuitivo y proteccionista que tienen las norma procesales vigente en la materia, por ello, el acceso a la justicia en materia de consumo no solo debe ser considerado desde la óptica judicial, sino también, desde la esfera administrativa, en la cual se han diseñado procedimientos especiales para la protección de estos derechos en sectores económicos que poseen regulación especial (v.gr. Banca, seguros, empresas financieras y servicios públicos) y con carácter general a través de los procesos administrativos que desarrolla la ACODECO (proceso de decisión de quejas y proceso de conciliación), en los cuales no puede obviarse el principio pro-consumidor, el cual, debe ser garantizados a través de actos administrativos o resoluciones que decidan las diferentes controversias entre proveedores y consumidores en la llamada vía gubernativa.

En el ámbito judicial, los procesos establecidos en la Ley No.45 de 2007, están destinados a cumplir una función garantista y resolver sobre las pretensiones de los consumidores, en los cuales, la libertad de acceso a los tribunales, el desarrollo de un debido proceso, la efectividad de la sentencia y el principio del interés superior del consumidor deben orientar las etapas procesales y el contenido de la decisión final, los cuales encuentran su base constitucional en los artículos 17 y 32 de la Constitución Nacional, que señalan que: “Las autoridades de la República están instituida para proteger en su vida, honra y bienes a lo nacionales... asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley” y el derecho de toda persona a ser juzgado por la autoridad competente y conforme a los trámites legales, por lo que, los funcionarios judiciales en acatamiento del mandato constitucional deben garantizar estos principios que deben ser con-

siderarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre derechos fundamentales y la dignidad de la persona (art.17 Constitución Nacional).

En ese sentido el artículo 231 del Código Judicial, establece que: “*Toda persona tiene libre acceso a los Tribunales de justicia para pretender la tutela de los derechos reconocidos por las leyes. Tal tutela no podrá ser limitada sino con arreglo a disposiciones expresas de la Ley.*”, lo que concreta el acceso efectivo de todo ciudadano a la jurisdicción, que como ya indicamos, en materia de consumo el acceso a la justicia de los consumidores previsto en el artículo 83 de la Ley No.45 de 2007, que señala que “*Para hacer valer sus derechos el consumidor podrá iniciar individual o colectivamente los procesos ...*”.

El segundo aspecto de esa tutela judicial efectiva se enmarca en la garantía del debido proceso, que se realiza a través del cumplimiento de las diferentes etapas procesales y los principios del contradictorio, la debida defensa y la obligatoriedad del procedimiento que encontramos en el artículo 464 del Código Judicial que establece: “*La persona que pretenda hacer efectivo un derecho o pretensión que se declare su existencia o que se declare la inexistencia de uno adverso a sus intereses o la existencia o inexistencia de una relación jurídica que le concierna o afecte, puede pedirlo ante los Tribunales en la forma prescrita en este Código*”. Las normas reseñadas son de aplicación supletoria a los procesos de protección al consumidor de conformidad con el artículo 191 de la Ley No.45 de 2007, que establece que, serán aplicables las normas del Código Judicial a la materia de consumo siempre que se refieran a materia no regulada en ella.

Por esta razón, el principio del debido proceso conforma el reconocimiento de todas las garantías procesales a que tienen derecho las partes y enmarca la actuación apegada a las normas que resulten aplicables al procedimiento por parte del Tribunal lo que se convierte en un derecho fundamental de toda persona, por esta razón, la garantía del acceso a la jurisdicción como primera etapa no debe convertirse en un obstáculo para los reclamos judiciales y administrativos en materia de consumo, por lo que, el ejercicio legítimo del derecho de acción siempre tiene que ser ponderado por los Tribunales, luego de lo cual, debe darse cumplimiento a todos los trámites y etapas procesales correspondientes, ya sea, que el acto provenga de las partes o del Tribunal, excluyendo cualquier acto procesal que coloque en indefensión a una de las partes se realice de forma distinta a la prevista en la Ley o afecte el derecho al contradictorio de forma que se materialicen todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en las normas que rigen los procesos para luego dotar de efectividad a las decisiones judiciales evitando cualquier tipo de nulidad procesal.

La garantía del debido proceso se materializa en el ámbito de consumo al igual que en cualquier otro esfera de la competencia judicial de los tribunales de justicia que involucra todo los principios procesales rectores del proceso y que sirve de orientación para encausar de forma procesal correcta los diferentes procedimientos respetando las garantías fundamentales que conforman la doctrina “el debido proceso”. Este principio se estatuye “una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso – legalmente establecido y que se desarrolle sin dilataciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial,

de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”⁹.

El aspecto final de las fases de la tutela judicial efectiva lo conforma la efectividad de la sentencia, es decir, que queden satisfechas las pretensiones de las partes cuando tengan fundamento y sean declaradas en la sentencia respectiva; para ello, el poder de ejecución de las decisiones judiciales que recae en los jueces, tiene como efecto no solo la facultad de administrar justicia en ejercicio de la jurisdicción que asigna la Constitución y la Ley, requiere de la ejecución de esas decisiones; para ello, las normas en materia de ejecución prevista en el Código Judicial, también resultan supletorias en materia de consumidores cuando se trate de procesos de condena, es decir, de obligaciones de carácter pecuniario o de obligaciones de hacer (v.gr. Cumplimiento de contratos), dentro de las cuales se encuentran las obligaciones de dar o entregar cuando se reconozcan daños y perjuicios en beneficio de los consumidores, bajo las diferentes pretensiones que admiten el artículo 86 de la Ley No.45 de 2007.

En las pretensiones de carácter individual en materia de consumo no existen reglas especiales en la Ley 45 de 2007, en cuanto a los procesos de menor cuantía y de mayor cuantía por lo que, resultan

⁹Arturo Hoyos. El Debido Proceso. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2004. Pág. 54.

aplicables las normas del Código Judicial específicamente el artículo 1035 del Código Judicial “Toda resolución ejecutoriada debe cumplirse y podrá exigirse su ejecución, a menos que en ella se haya fijado plazo o condición para su cumplimiento, caso, en el cual será indispensable que ésta o aquél se haya cumplido.” . Por su parte, el artículo 1038 señala que: “Toda resolución judicial ejecutoriada es, para los efectos de su ejecución, un mandamiento ejecutivo. Si al cumplirse el primer término señalado en el artículo 1036 la parte condenada no ha hecho el pago, la parte favorecida podrá denunciarle bienes ante el juez de la causa para que sean embargados y rematados en el mismo proceso siguiéndose en todo lo demás la tramitación de los procesos ejecutivos.”.

En lo que respecta al proceso colectivo de clase la Ley 45 de 2007, establece disposiciones especiales en numeral 10 del artículo 129 cuando señala que: “Reconocida la pretensión de la clase, las partes que no hubieran comparecido al proceso al tiempo en que la clase fuera definida por el tribunal podrán formular sus reclamaciones en la fase de ejecución. Una vez ejecutoriada la sentencia estimatoria de la pretensión de la clase para la liquidación de la condena se procederá conforme a las siguientes reglas: a). Una vez en firme la sentencia, los beneficiados con esta deberán acudir dentro de los seis meses siguientes a solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia. Vencido dicho plazo se entenderá prescrito este derecho. La correspondiente solicitud deberá estar debidamente motivada y especificada. b). Si la sentencia que se pretende ejecutar fuera dictada dentro de un proceso en el cual se hubieran determinado todos los miembros que integran la clase y la extensión y cuantía del daño sufrido, habiendo comparecido dichos miembros, se podrá pedir la ejecución conforme a las reglas previstas en el Libro Segundo del

Código Judicial. En los casos en que no hubieran comparecido todos los miembros de la clase al proceso y de ser estos determinables, deberán solicitar la liquidación y ejecución de conformidad con las reglas establecidas en el literal d”.

La efectividad de la sentencia como aspecto primordial de la tutela judicial efectiva y la ejecución de las decisiones judiciales han sido abordadas por los tribunales especializados en materia de consumo, aún en el supuesto de la imposibilidad de ejecución de la sentencia, es decir, cuando la ejecución se torne imposible señalando sobre la obligación de un proveedor de honrar el contrato de compraventa de bien inmueble cuando el bien haya sido traspasado a un tercero que el remedio judicial en materia de consumo se puede obtener a través de la llamada restitución por equivalencia, reemplazando la obligación de hacer, a través del resarcimiento pecuniario en favor del consumidor para garantizar la tutela judicial efectiva, restituyendo a la consumidora al estado económico en que se encontraba previamente a la realización del contrato, señalando lo siguiente: “... tampoco puede descuidar esta Sala que pese a que no se puede alterar la realidad que se ha planteado, existen otras vías que la doctrina denomina como de restitución por un equivalente, para remediar judicialmente el desatino contractual de la proveedora al dar por terminado unilateralmente un contrato, sin justificación alguna y sin contar siquiera con respaldo contractual.”. (Proceso de Protección al Consumidor propuesto por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, subrogándose en los derechos de la señora CINTHIA LARISSA SAMUDIO ESPINOSA en contra de la sociedad MASAYO, S.A. Mgda. Ponente: Aidelena Pereira Véliz. Panamá, 22 de junio de 2020).

Todo lo anterior nos permite concluir que las etapas procesales que permiten el acceso a la tutela judicial en materia de consumo, están debidamente consagradas en nuestro ordenamiento jurídico a través de normas constitucionales y legales, esta última con carácter general (Código Judicial) o con carácter especial (Ley No.45 de 2007), lo que involucra también, los diferentes Tratados Internacionales que establezcan el reconocimiento de derechos fundamentales, los cuales con carácter general garantizan el derecho de toda persona a un proceso justo, a ser oído, a obtener una decisión en un plazo razonable, que la causa sea resuelta por un juez competente, independiente e imparcial, que le permita hacer valer sus derechos, tal como se consagra en el artículo octavo de la Convención Americana de Derechos Humanos y que forma parte del llamado bloque de constitucionalidad que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme al artículo 17 de la Constitución Nacional, que en su segunda párrafo establece que: “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyente de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”, lo que involucra necesariamente el reconocimiento de los derechos de los consumidores bajo el principio consagrado en el artículo 49 de la Constitución Nacional.

Referencias

ACOSTA ESTÉVEZ, José B. Tutela Procesal de los Consumidores. J.M. Bosch, editor, S.A. Barcelona. 1995.

CAMARGO VERGARA, LUIS ANTONIO. Temas Actuales del Derecho de Consumo. Editorial PrintShop. Panamá. 2013.

HOYOS ARTURO, El Debido Proceso. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2004.

LLAMAS POMBO, Eugenio. La Compraventa. Editora La ley. Julio, 2014.

MOSSET INTURRASPE, Jorge y Lorenzetti, Ricardo. Defensa del Consumidor. Rubinzal-Culzoni Editorial Argentina. 1993.

REICH, Norbert. Mercado y Derecho. Editorial Ariel. Barcelona. 1985.

STIGLITZ, Gabriel. Manual de Defensa del Consumidor. Editorial Juris. Buenos Aires, Argentina. 2004.

TAMBUSSI, Carlos Eduardo. El Consumo como derecho Humano. Editorial Universidad. Ciudad de Buenos Aires. 2009.

Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Director: Antonio Monserrat Quintana Magistrado. Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado. Madrid. 2007.

Derecho Tributario

Evasión o Defraudación Fiscal y la Elusión Fiscal en Panamá

Por
Javier Mitre*

Resumen: Este artículo está dirigido a realizar un aporte a la sociedad panameña, orientándola en las nuevas figuras que comprenden los ilícitos tributarios en Panamá, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, a fin de distinguir cuándo estamos frente a situaciones que pueden implicar la configuración de un delito fiscal o ante una infracción administrativa con una penalidad menos severa que la establecida por un delito.

Palabras claves: *Evasión Fiscal; Defraudación; Elusión; Infracción Penal; Sanción.*

Abstract: *This article is directed to offer a contribution to the Panamanian society, guiding it in the new figures that are included in the tax illegal procedures in Panama, either in the legal ambit as well as in the administrative one, with the purpose of differentiating when we are facing situations that can imply the configuration of a tax offense or if we are facing an administrative infraction with a less severe penal sanction than the one established for a crime.*

Keywords: *Tax Evasion, Fraud, Avoidance, Penal Infraction, Sanction.*

*Abogado-Consultor en Impuestos y Académico Investigador de Derecho Tributario de Panamá con más de 15 años de experiencia como facilitador y diseñador de programas de capacitación en Derecho Tributario de Panamá presencial y modalidad virtual. Profesor en diferentes universidades nacionales e internacionales en Derecho Tributario. Director Ejecutivo y Fundador de www.ccpf.com.pa y la plataforma digital de Educación Fiscal. "E-Learning Fiscal School". Responsable por el Ejecutivo de la comisión de redacción del Código de Procedimiento Tributario de Panamá 2019, del Delito Fiscal 2019 y de la Reforma de Impuestos de Inmuebles de 2017, así como parte del equipo de cambios propuestos a los regímenes fiscales especiales, en la Asamblea Nacional de Panamá para cumplir con el foro global de la OCDE. Miembro del primer comité sobre Implementación de Facturación Electrónica de la DGI 2016. Facilitador de Fiscales de la Procuraduría General de la Nación en Delitos de Defraudación Fiscal 2020

Es de absoluta necesidad distinguir legalmente los delitos de las infracciones, tanto aduaneros como tributarios, no dejando lugar al arbitrio judicial que actualmente permite que similares hechos, para algunos sean delitos, para otras infracciones y con suerte para los privilegiados, sólo ajustes administrativos.

Concepto de Elusión Fiscal

No hay doctrinalmente un concepto unívoco a qué se considera elusión fiscal. Distinguidos autores consideran la elusión como una acción lícita tendiente a lograr la no concreción del hecho imponible.

El Dr. Vicente Oscar Díaz la define como:

“La acción individual en procesos lícitos, tendiente a alejar, reducir o postergar la realización del hecho generador del tributo”.

El Dr. Folco considera que la elusión fiscal “es la utilización de medios jurídicos lícitos para procurar o eliminar la carga tributaria”.

Se reconoce que posiblemente los antecedentes a estas posturas vienen del maestro DINO JARACH, el cual sostuvo que la elusión consiste en la utilización de medios lícitos, tendientes en obtener una reducción de la carga tributaria, los cuales, necesariamente, están fuera del ámbito de la normativa penal, puesto que se trata de medios jurídicamente irreprochables.

Otros juristas como Héctor Villegas consideran la elusión fiscal como una conducta antijurídica, consistente en eludir la obligación

tributaria mediante el uso de formas jurídicas inadecuadas para los fines económicos de las partes.

El Dr. Juan Carlos Bonzón Rafart se inclina por denominar “elusión fiscal” al abuso de formas que configuran la infracción tributaria.

Más allá de las diferencias terminológicas, lo importante es clarificar cuándo el uso de formas jurídicas inapropiadas es considerado ilícito tributario.

Para muchos doctrinarios, la elusión fiscal constituye una especie de evasión fiscal, y algunas tributarias han abogado por equiparar la conducta elusiva a la evasiva con el objetivo de facilitarle a la autoridad fiscal la persecución del fraude.

Ya hace mucho tiempo el Dr. Giuliani Fonrouge, señalaba lo siguiente:

“Para que la elusión fiscal pueda significar actitud punible, no basta el uso de formas o estructuras jurídicas manifiestamente inapropiadas, sino que es menester inexcusablemente, que el sujeto haya tenido la intención de evitar la justa imposición, según razonable apreciación”.

Distinguiéndose tres condiciones de punibilidad del proceder:

- 1) Uso de formas o estructuras jurídicas manifiestamente inapropiadas.

- 2) Intención o propósito deliberado de disminuir la carga tributaria.
- 3) Razonabilidad en la apreciación del factor subjetivo.

Panamá

- Posibilidad de aplicar conjuntamente una sanción administrativa y otra penal

De acuerdo con lo dispuesto en las normas vigentes de la Ley 76 de 2019 (CPT) es posible.

La sanción de la autoridad judicial producto de una sentencia condenatoria no excluirá la imposición de sanción administrativa, salvo que la sanción por delito incluya un componente pecuniario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley 76.

El concepto de Elusión Fiscal, en Panamá Ley 76 establece lo siguiente:

Elusión fiscal. La realización de actos o negocios con una finalidad distinta a la de la ley, y sin otra justificación que la de conseguir rebajar la tributación de quien los realiza, inclusive para la obtención de créditos fiscales indebidos o, en general, de algún beneficio tributario en fraude a la ley tributaria.

1. **Contravenciones o infracciones.** Las infracciones o contravenciones tributarias calificadas en leves y graves cuando se violen obligaciones formales.

2. **Evasión fiscal administrativa.** Cuando el obligado tributario o contribuyente en cuestión, realiza cualquier acción u omisión dolosa, con el fin de reducir, eliminar por completo o incluso demorar el cumplimiento y pago de cualquier tipo de obligación tributaria, que será competencia de la Administración Tributaria cuando el supuesto monto defraudado sea inferior a trescientos mil balboas (B/.300,000.00), excluyendo las multas, recargos e intereses en un periodo fiscal (un año).
La evasión será calificada de acuerdo con las conductas establecidas en los artículos 284, 285, 286 y 287 de la Ley 76 de 2019.
3. **Defraudación fiscal penal.** Cuando el obligado tributario o contribuyente en cuestión, realiza cualquier acción u omisión dolosa, con el fin de reducir, eliminar por completo o incluso demorar el cumplimiento y pago de cualquier tipo de obligación tributaria, que será competencia del Ministerio Público cuando el supuesto monto defraudado sea igual o superior a trescientos mil balboas (B/.300,000.00), excluyendo las multas, recargos e intereses en un periodo fiscal (un año).
La defraudación fiscal será calificada de acuerdo con las conductas establecidas en los artículos 284, 285, 286 y 287 de la Ley 76 de 2019.
4. **Planificación fiscal o economía de opción.** Conducta que busca la fórmula legítima y autorizada para lograr el mismo efecto económico de otros negocios gravados, sin caer en el hecho impositivo de un determinado tributo, o sufriendo una carga menor que en el otro negocio. La planificación fiscal no será una conducta sancionable, de acuerdo a la Ley 76 de 2019.

5. **Fraude a la ley.** Las actuaciones realizadas por parte del obligado tributario o contribuyente con la intención de aplicar normas dándole un sentido contrario al establecido en la ley, las cuales conllevan ahorro o no pago de un impuesto por una actividad.

- Cobro de la deuda tributaria independiente de una pena de multa: ¿en sede administrativa o penal?

Será en sede administrativa, ya que la deuda tributaria estará constituida por el tributo debido, los adelantos, los pagos fraccionados, las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, las cantidades percibidas o que se debieron percibir, los recargos exigibles legalmente, los intereses moratorios y las sanciones pecuniarias.

Integrarán parte de la deuda tributaria los montos establecidos en las sentencias judiciales ejecutoriadas, producto de sanciones pecuniarias como consecuencia de una condena por defraudación fiscal penal en la esfera judicial por procesos cuya competencia escapa de la Administración Tributaria por ser de una cuantía igual o superior a los trescientos mil balboas o dolares americanos (B/.300,000.00), excluyendo multas, recargos e intereses.

En estos momentos debemos señalar que, en Panamá, se está llevando a cabo un proceso de **transición** normativa, en materia de normas procedimentales y sustantivas tributarias, lo que incluye el régimen sancionador tributario.

En este sentido, debemos indicar que los ilícitos tributarios sancionados como infracciones administrativas (faltas administrativas)

tributarias, por incumplimientos de deberes formales (presentación tardía de declaraciones de impuestos, no expedir facturas, etc.) se mantienen en gran parte regulados en el Código Fiscal de Panamá, desde la Ley 8 de 1956, y otras en leyes especiales, y esto a pesar de que mediante la Ley 76 de 2019, recientemente se crea el Código de Procedimiento Tributario de Panamá, basado principalmente en el modelo de Código Tributario elaborado por el CIAT y otros organismos internacionales, en el cual se fija un nuevo régimen sancionador sobre las infracciones administrativas (deberes formales) y por obligaciones de fondo cuando el umbral sea inferior a US\$ 300,000.00 por conductas dolosas y las causales por el nuevo delito fiscal de defraudación fiscal penal, también caracterizado por conductas dolosas, tipificado en el Código Penal de Panamá mediante la Ley 70 de 2019, creándose un sistema mixto, dependiendo de un umbral para determinar si estamos ante un delito defraudación o una infracción administrativa, señalándose que estamos ante el delito cuando el umbral o monto supuestamente defraudado es igual o superior a trescientos mil dólares US\$ 300,000.00 en un período fiscal, denominándolo de manera particular como delito de defraudación fiscal penal y cuando es inferior a US\$ 300,000.00 una infracción administrativa denominada también de manera particular como evasión fiscal administrativa.

Es decir, aún los ilícitos tributarios sancionados como infracciones administrativas se rigen por lo dispuesto en el Código Fiscal, ya que el Código de Procedimiento Tributario, si bien ha entrado en vigencia, lo ha hecho de manera parcial (Se espera su entrada en vigencia plena en el año 2022), quedando pendiente por entrar en vigencia, el nuevo régimen de sanciones por infracciones administrativas y solo están vigentes las ahora causales del delito de defraudación

fiscal penal, establecido en el Código Penal de forma general, atendiendo esta tipicidad del delito a la modalidad de “ley penal en blanco”, como la modalidad en que se aprobó este delito fiscal en Panamá en el año 2019 y esas misma causales, vigentes por la infracción administrativa de evasión fiscal administrativa.

Panamá ha sido uno de los últimos países de Latinoamérica que adopta como normas de procedimiento tributario lo dispuesto en el Modelo de Código de Tributario CIAT, regulando la materia tributaria en el Código Fiscal desde 1956, que a su vez, vino a sustituir el Código Fiscal de 1916, siguiendo el modelo de codificación de recopilación de leyes fiscales (tributarias y no tributarias), pero carente de conceptos y principios generales del derecho tributario, y con un régimen sancionador, que si bien acogió todas las conductas sancionables como infracciones administrativas, con las conductas de defraudación fiscal por impuestos nacionales, el propio Código Fiscal dispuso que para el caso de las infracciones bajo la categoría defraudación fiscal, la determinación de su gestión, desarrollo y consumación debían atender a lo dispuesto en la Ley penal común, tanto para la determinación del “delito de defraudación fiscal” como el procedimiento de investigación y sanción.

Cabe destacar que, por disposición de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, aplicaba para la investigación de las conductas de defraudación fiscal por impuestos nacionales, el mismo procedimiento de investigación y sanción aduanero, y los vacíos de este procedimiento complementado con el proceso judicial penal. *

Código Fiscal (Ley 8 de 1956)

Artículo 1321. “Las sanciones por infracciones de carácter fiscal

que se impongan de conformidad con las disposiciones de este Código serán sin perjuicio de la aplicación de otras penas por la autoridad judicial, cuando dichas infracciones impliquen además hechos delictuosos".

Artículo 1323. "En cuanto no se opongan a las disposiciones de este Código regirán para las infracciones fiscales las de la ley Penal común acerca de la gestación, desarrollo y consumación de los delitos, participación de los inculpados, circunstancias eximentes, graduación de las penas que deban aplicarse en consideración a las circunstancias modificativas de responsabilidad; reincidencia; extinción de la acción Penal y de las Penas, y responsabilidades civiles".

*Artículo 1329." Los vacíos en el procedimiento penal establecido en este Libro se llenarán por las disposiciones del Código Judicial y las leyes que lo adicione y reformen, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la respectiva actuación".

Es este sentido, en definitiva, las infracciones administrativas en Panamá se regulan en leyes distintas a los "ahora" delitos tributarios, y que se mantienen en el Código Fiscal por algunos ilícitos tributarios, dependiendo del impuesto o régimen fiscal, así como otras leyes recientemente aprobadas que modifican el Código Penal y crearon el Código de Procedimiento Tributario para la República de Panamá, que a su vez, remite al Código Fiscal por conductas de defraudación fiscal adicionales a las fijadas en el Código de Procedimiento Tributario por otros impuestos nacionales.

En el Código Penal complementado por las causales con el Código de Procedimiento Tributaria y el Código Fiscal, en donde se

regulan actualmente las infracciones administrativas. (Modalidad de Ley Penal en Blanco).

Tal como ya lo hemos señalado, desde el año 2019 en Panamá, se tipifica en el Código Penal panameño el nuevo delito de defraudación fiscal penal mediante la Ley 70 de 2019, adicionándose el capítulo XII al Título VII del Libro Segundo del Código Penal, que comprende a los artículos 288-G al 288-J mediante el cual se tipifica la defraudación fiscal penal “simple” y “agravada”.

Dicha creación del delito de defraudación fiscal penal se lleva a cabo bajo la modalidad conocida como “Ley penal en blanco”, al establecerse que el tipo penal que describe la acción general se debe complementar con las conductas definidas en el Código Procedimiento Tributario mediante la Ley 76 de 2019, específicamente en los artículos 284 al 286, que, a su vez, remiten a otras causales por otros impuestos al Código Fiscal.

Cabe destacar que en el mes julio de ese mismo año 2020, la Corte Suprema de Justicia de Panamá se pronunció con respecto a la constitucionalidad o no, sobre esta modalidad adoptada de “ley penal en blanco” para la tipicidad del delito de defraudación fiscal penal.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Panamá mediante *sentencia de 17 de julio de 2020, señaló lo siguiente:

Estas normas no serán contrarias al principio de legalidad si es posible determinar dos cosas:

1. Encontrar con certeza la norma jurídica (legal o reglamentaria) a la que remite la norma penal en blanco para complementar-

se, es decir, encontrar con certeza la norma que consagre el precepto o presupuesto, que describa la conducta que la norma penal en blanco sanciona, y;

2. Que la descripción que se haga de la conducta punible en la norma que complementa a la norma penal en blanco cumpla con las exigencias de claridad, concreción y precisión.

Lo que a juicio de la Corte Suprema de Justicia de Panamá se cumple a cabalidad y, por lo tanto, considera perfectamente constitucional la modalidad adoptada del delito fiscal bajo la modalidad de “ley penal en blanco” en atención a las siguientes consideraciones que destacan de tal pronunciamiento.

Una Descripción General del presupuesto general cuando se indica que:

“Quien en beneficio propio o de un tercero y con intención incurra en defraudación fiscal contra el Tesoro Nacional de la República de Panamá y afecte la correcta determinación de una obligación tributaria para dejar de pagar, en todo o en parte, los tributos correspondientes...”.

Una Condición de la Conducta penal que “la pena prevista en el presente artículo solo será aplicable cuando el monto defraudado del tributo en un periodo fiscal sea igual o superior a trescientos mil balboas (B/, 300,000.00), sin incluir multas, recargos e intereses en el cálculo de la suma”.

Al final del primer párrafo se establece la sanción del tipo penal descrito, estableciendo que “... será sancionado con prisión de dos a cuatro años”

“la conducta penal incluida en este artículo se aplicará tal como está definida en el Código de Procedimiento Tributario,”, con lo cual se establece la Ley que le complementa.

“Todos los comportamientos que recriminen sobre defraudación fiscal, ocurridos después del 13 de febrero de 2019* deberán ser juzgados de acuerdo con el Código Penal y procedimiento previsto en el Código Procesal Penal”.

* 13 de mayo de 2019. (Tres meses después entraron en vigor las causales con la Ley 76 de 2019).

Es importante destacar que los antecedentes jurisprudenciales nos indican que a pesar de que la defraudación fiscal en Panamá fuera considerada como una infracción administrativa o falta administrativa, antes de la reciente tipificación en el Código Penal, nunca fue impedimento para la colaboración recíproca entre diferentes Estados, tal como se puede observar en la siguiente diligencia judicial, en la que se cita el ahora derogado artículo 752 del Código Fiscal y que regulaba las causales de defraudación fiscal del impuesto sobre la renta, expedida por la Sala Cuarta de Negocios en el año 2016:

**“EXHORTO, LIBRADO POR EL JUZGADO
PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDI-
CIAL DE SAN JOSÉ, COSTA RICA, DENTRO**

DE LA CAUSA PENAL N 14000018-0618- PE,
CONTRA RUDELMAN ROCHWERGUER Y
OTROS. PONENTE: JOSÉ E. AYÚ PRADO
CANALS. PANAMA, CATORCE (14) DE MAR-
ZO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016)”.

*“El Director General Encargado de Asuntos Jurídicos y
Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, ha
remitido a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la
Corte Suprema de Justicia, mediante Nota A.J.
No.1275 de 15 de mayo de 2015, la Asistencia Judi-
cial Internacional librada por el Juzgado Penal del
Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica,
dentro de la causa penal No.14-000018-0618-PE,
seguida en contra YOAV RUDELMAN ROCHWER-
GUER Y OTROS por el delito de defraudación fiscal.”*

*“Comoquiera que la solicitud efectuada por las auto-
ridades costarricenses no tiene fundamento en trata-
dos de asistencia legal mutua en materia penal, se
entiende que el mismo será recibido y tramitado bajo
las reglas del principio de reciprocidad ofrecida para
casos similares por el Estado Requirente; tomando
como parámetros, el respeto al ordenamiento positivo
interno y la costumbre internacional”.*

Corresponde determinar su viabilidad en el territo-
rio panameño, en atención al orden público inter-
nacional dice el fallo:

“Lo solicitado por las autoridades de la República de Costa Rica encuentra fundamento en la causa penal que se le sigue a los señores YOAV RUDELMAN ROCHWERGUER y WOLF LEIB RUDELMAN ROZGOVITZ, por el delito establecido en el artículo 92 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Inducción a error a la administración tributaria (Defraudación Fiscal Tributaria) en perjuicio de la Hacienda Pública de Costa Rica.”

“El ordenamiento jurídico panameño contempla en el artículo 752 del Código Fiscal, el concepto de “defraudación fiscal” señalando lo siguiente:

“Artículo 752. Incurrir en la defraudación fiscal el contribuyente que se halle en alguno de los casos siguientes, previa comprobación de los mismos:

1. El que simule un acto jurídico o pérdidas que impliquen omisión parcial o total del pago de los impuestos...”

“De lo anterior se infiere que las autoridades de la República de Costa Rica investigan a los señores YOAV RUDELMAN ROCHWERGUER y WOLF LEIB RUDELMAN ROZGOVITZ, por el delito de Inducción a Error a la Administración Tributaria, previsto y sancionado por el artículo 92 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios de Costa Rica”.

“Dicha conducta, evidentemente, se adecua a la prevista en el numeral 1 del artículo 752 del Código Fiscal panameño, citado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE NEGOCIOS GENERALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA VIABLE Asistencia Judicial Internacional librada por el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica, dentro de la causa penal No.14-000018-0618-PE, seguida en contra YOAV RUDELMAN ROCHWERGUER Y OTROS por el delito de defraudación fiscal.; y ORDENA que la misma sea diligenciada por la Secretaría de la Sala Cuarta de Negocios Generales”.

En conclusión, podemos indicar que los ilícitos tributarios también se sancionan en Panamá definitivamente como delito, en el Código Penal, complementado con el Código de Procedimiento Tributario y el Código Fiscal, con lo cual Panamá da un paso importante, en cuanto a elevar la gravedad de una conducta reprochable como sería la defraudación fiscal penal por grandes contribuyentes principalmente, y a su vez, refuerza sus mecanismos para la asistencia penal internacional y de cooperación global en la lucha contra la evasión fiscal internacional.

Referencias

Código Civil de la República de Panamá. Primera Edición. Editorial Portobelo. Enero de 2020.

Código de Procedimiento Tributario de la República de Panamá. Sistemas Jurídicos. Panamá. 2da. Edición. 2020.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Cuarta de Negocios Generales. Exhorto del 14 de Marzo de 2016.

Damati, Nicolas. Derecho Tributario: Teoría y Práctica. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid – España. 1989.

Játiva Coronel, Miguel Angel. Tendencias Actuales de Planificación y Control de Gestión en las Administraciones Tributarias. Revista de Administración Tributaria. N° 29 (Julio 2010). Estudios Fiscales (IEF). Panamá.

Rivera, Rafael. Reforma Fiscal, Defraudación Fiscal y nuevas Sanciones. Año 3 N° 3 (Mayo de 2006). Universal Books. Panamá.

Said Acuña, Javier. Derecho Tributario Procesal. Gaceta Fiscal. Año 2, N° 2 (Mayo 2005). Universal Books. Panamá. 2005.

Derecho Civil

Los desafíos de la *retroactividad* y *ultraactividad* de las normas en el Registro Civil

Por
Andreína Regina Acevedo Arjona*

Resumen: *La retroactividad y ultraactividad de las normas es un tema poco abordado y cuya importancia radica en la correcta aplicación de las normas del ordenamiento jurídico. En el Registro Civil, se presentan grandes desafíos para la hermenéutica jurídica considerando el eclecticismo que ha desarrollado en el siglo XXI, lo cual dificulta el ejercicio de identificación de las normas válidas y aplicables a un determinado caso y por ello la conceptualización es un aspecto esencial.*

Palabras claves: *hermenéutica jurídica, retroactividad, ultraactividad, validez, vigencia.*

Abstract: *The retroactivity and the ultra-activity of the norms is a theme that has been analyzed very little and its importance is rooted in the correct application of the norms of the legal system. In the Civil Registry, great challenges are presented to the legal hermeneutic considering the eclecticism that has been developed in the XXI century, which makes difficult the exercise of identification of the valid and applicable norms to a specific case and for this, the conceptualization is an essential aspect.*

Keywords: *Legal hermeneutic, retroactivity, ultra-activity, validity, into force.*

*Abogada y traductora pública autorizada del inglés al español y viceversa. Actualmente ocupa el cargo de oficial nacional de rectificaciones en la Dirección Nacional del Registro Civil del Tribunal Electoral. Magíster en Derecho Electoral por la Universidad de Castilla - La Mancha de España. Especialista en Docencia Superior por la Universidad del Istmo de Panamá. Estudios sobre Control de Convencionalidad por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Diplomados en Derecho Probatorio, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Latina de Panamá y Diplomado Latinoamericano sobre Reforma Procesal Penal por la Universidad Diego Portales de Chile. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Católica Santa María la Antigua. Licenciada en inglés con énfasis en traducción por la Universidad Latina de Panamá.

I. Introducción

El universo del Registro Civil panameño es desconocido por la mayoría de los juristas y ello obedece a la ausencia de información disponible sobre la materia. La concepción simplista del Registro Civil como un ente de carácter registral representa tan solo la portada de un extenso libro, ya que su evolución en el siglo XXI lo ha situado en un rol polifacético.

Actualmente, el Registro Civil se caracteriza por un eclecticismo estructural y funcional. Lo anterior responde a un aspecto constitucional, pero también a la evolución normativa en el derecho de familia que ha trasladado competencias de la esfera judicial a la esfera administrativa.

Específicamente, la denominada “desjudicialización” de algunos procesos que se consideraron como no contenciosos y que ahora son competencia del Registro Civil, por ejemplo: la acreditación de la filiación paterna bajo situaciones particulares, como lo es el reconocimiento voluntario de un hijo biológico de una mujer casada con otro hombre o cuando una madre soltera inicia un procedimiento administrativo de filiación en contra de un hombre que identifica como el padre de su hijo. Ambos procedimientos establecidos en la reforma del Código de la Familia mediante la Ley 39 de 2003.

Ahora bien, los elementos claves para entender el motivo principal por el cual se genera confusión al momento de abordar la hermenéutica jurídica en el Registro Civil son: su naturaleza híbrida; la ausencia de una ley especial que regule íntegramente la materia

sustantiva y procedimental, relativa a su competencia global; y, la escasa regulación sobre la aplicación de normas en el tiempo y en el espacio.

Bajo este panorama, el objeto de este artículo será el tema de la retroactividad y la ultraactividad de normas, lo cual representa grandes retos para el Registro Civil. Por ello, el abordaje será desde una perspectiva holística, por lo tanto, se conceptualizará el Registro Civil panameño; se estudiará el marco conceptual de la retroactividad y ultraactividad de normas; y, por último, la retroactividad y ultraactividad en los trámites del Registro Civil.

II. Conceptualización del Registro Civil panameño

El eclecticismo que caracteriza al Registro Civil panameño debe conocerse, analizarse y entenderse para poder lograr una adecuada conceptualización. En este sentido, se presentarán los aspectos constitucionales y legales relacionados directamente con la estructura, las funciones y el marco normativo del Registro Civil, para finalmente definir un concepto autóctono.

Inicialmente, es preciso señalar que el artículo 143 numeral 1 de la Constitución Política de la República de Panamá, el artículo 3 y 6 de la Ley 31 de 2006 y el artículo 13 numeral 3 de la Ley 5 de 2016 constituyen la base de la estructura vigente del Registro Civil. Al respecto, se advierte que se trata de una dependencia del Tribunal Electoral conformada por una Dirección Nacional, múltiples direcciones regionales y otras unidades administrativas, por lo tanto, carece de autonomía administrativa, funcional, presu-

puestaria y financiera, pero tiene autonomía normativa, al tener una ley especial, la Ley 31 de 2006 que regula el registro de los hechos vitales y demás actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas.

En cuanto al aspecto funcional, la Ley 31 de 2006 contempla cinco aspectos, a saber: inscripción, rectificación, suspensión, cancelación y certificación, relativa a los nacimientos, los matrimonios, las defunciones, las naturalizaciones y demás hechos y actos jurídicos relacionados con el estado civil, incluyendo la suspensión de los derechos ciudadanos para los panameños por nacimiento y la cancelación por pérdida de la nacionalidad panameña para los naturalizados. Con excepción de la certificación, cada aspecto está integrado por un conjunto de trámites que se encuentran desarrollados en la normativa por tipo de circunstancia y requerimientos.

En adición, el Código de la Familia otorga al Registro Civil la facultad para la celebración de matrimonios, el reconocimiento del matrimonio de hecho y la filiación, bajo supuestos específicos; adicionalmente, desde la entrada en vigor de la Ley 61 de 2015, que subroga la Ley 7 de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, el Registro Civil decide las solicitudes de reconocimiento de las sentencias extranjeras de adopción, sin que medie proceso de exequátur.

En virtud de lo expuesto, el Registro Civil se puede conceptualizar como un ente público dependiente del Tribunal Electoral, registral, descentralizador, calificador y fiscalizador sobre los diversos componentes que integran el estado civil de una persona.

III. Marco conceptual de la retroactividad y ultraactividad de las normas

La retroactividad y ultraactividad de las normas son términos opuestos entre sí, pero ambos se relacionan directamente con el tema de la validez. Por lo tanto, no se trata únicamente del alcance de dichos conceptos, sino también del reconocimiento de la validez de la norma para su aplicación.

Sobre el particular, (Huerta, 2007, pp. 271-272) afirma que:

El sistema jurídico se conforma entonces, por la totalidad de las normas que se correlacionan en virtud de la unidad que integran a partir de la Constitución, y se compone por una secuencia de conjuntos de normas vigentes en momentos distintos, identificables temporalmente por los cambios en el conjunto de normas jurídicas generales. El orden jurídico constituye cada uno de esos conjuntos de normas vigentes en un momento específico, el cambio de un orden a otro se da cada vez que se introduce o elimina una norma jurídica general. (El resaltado es nuestro).

Asimismo, la referida autora señala que “La vigencia es la condición que permite a la norma producir consecuencias jurídicas, esto es, derechos u obligaciones... La vigencia es condición de validez de la norma” (Huerta, 2007, p. 276).

Por lo anterior, se concluye que toda norma válida tuvo, tiene o tendrá vigencia. En este sentido, resulta necesario distinguir los efectos de la derogación y la declaración de inconstitucionalidad sobre la validez de la norma. Si la norma jurídica es derogada, ello no conlleva su inaplicación para determinados casos, ya que no se afecta la validez ni la vigencia que tuvo en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, si se declara la inconstitucionalidad de una norma, automáticamente pierde su validez y vigencia, ya que desaparece del ordenamiento jurídico.

Sobre este aspecto, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha reconocido este criterio desde aproximadamente 31 años. Para tal efecto, se destaca la Sentencia de 8 de junio de 1992 y la Sentencia de 31 de marzo de 2021 las cuales son coincidentes al afirmar que la aplicación de una norma derogada es posible para determinados hechos que ocurrieron durante su vigencia en virtud de la ultraactividad.

Cabe señalar que, en las sentencias descritas la Sala Tercera también definió el concepto de ultraactividad. Específicamente, en 1992 se refirió a “la eficacia residual de la norma que perdió vigencia” mientras que señaló en el 2021 que “consiste en la aplicación de la ley que se encontraba vigente al momento en que se dieron los hechos, aunque la norma haya sido derogada después, en función del principio de “Tempus regitactus”.

En cuanto a la retroactividad, (Cabanellas, 2008) la define como “Efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado. Por autoridad de derecho o de hecho, extenderse una ley a he-

chos anteriores a su promulgación” (p. 335). Dicha definición es similar con lo planteado por (Ossorio, 2012) quien señala que “Retroactividad significa calidad de retroactivo, o sea que obra o tiene fuerza sobre lo pasado” (p. 851).

Ahora bien, estas definiciones o conceptualizaciones tradicionales sobre la retroactividad y ultraactividad de las normas no exponen con claridad sus características, como por ejemplo ¿qué es? ¿cuál es su origen? ¿qué reconoce? ¿cuál es su objetivo?

Siendo así las cosas, se propone definir la retroactividad como una ficción jurídica en el ámbito de aplicación de las normas, que nace en virtud de la mutabilidad del ordenamiento jurídico, mediante la cual se reconoce la validez y aplicabilidad en el presente, de una norma inexistente al momento de la ocurrencia de los hechos por considerarse que se trata de lo más favorable, para la preservación excepcional de un bien jurídico tutelado.

Por otro lado, la ultraactividad como una ficción jurídica en el ámbito de aplicación de las normas, que nace en virtud de la mutabilidad del ordenamiento jurídico, mediante la cual se reconoce que una norma puede perder su vigencia, pero su validez y aplicabilidad se mantiene intacta, para los hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de su derogatoria, con la finalidad de mantener la congruencia cronológica entre los hechos y el sistema jurídico.

Por lo tanto, queda claro que estas ficciones jurídicas comparten un mismo origen, reconocen los mismos valores, pero se distinguen por su objetivo y por el estatus jurídico de la norma.

IV. Retroactividad y ultraactividad en los trámites del Registro Civil

Inicialmente, resulta pertinente conocer el marco normativo relativo a la retroactividad y ultraactividad de normas, que se debe tener presente para los trámites del Registro Civil, como lo es lo dispuesto por la Constitución Política que señala:

Art. 46. Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social cuando en ellas así se exprese. En materia criminal la Ley favorable al reo tiene siempre preferencia y retroactividad, aún cuando hubiese sentencia ejecutoriada.

También, el Código Civil establece sobre la temática relacionada al Registro Civil lo siguiente:

Art. 17. Las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir.

Art. 18. Las leyes que regulan el matrimonio, el divorcio los derechos y obligaciones entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y el usufructo y administración de bienes ajenos se aplicarán desde que comiencen a regir, aunque haya sido adquirido bajo el imperio de leyes anteriores el estado civil de las personas a quienes deban aplicarse las nuevas

leyes. Pero el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida.

Art. 32. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Aunado a lo anterior, es preciso tener presente que el artículo 150 de la Ley 31 de 2006, modificado por la Ley 17 de 2007, estipula que “Esta ley es de interés social y tiene efectos retroactivos” y el artículo 7 del Código de la Familia dispone que “No se aplicará la ley extranjera cuando sea contraria al orden público panameño, o cuando la aplicación o invocación del derecho extranjero haya sido constituido en fraude a la ley que debió regular el acto o la relación jurídica...”.

Bajo este panorama, se deduce que la retroactividad de las normas es una excepción aplicable a los trámites del Registro Civil en los que se decida resolver un procedimiento administrativo con fundamento en los supuestos establecidos en la Ley 31 de 2006. Sobre este punto, hay que aclarar que nos referimos a los casos en los que la decisión que expide el Registro Civil es la que produce los efectos jurídicos. Dichos casos los denominamos procedimientos autónomos entendiendo que opera el otorgamiento o reconocimiento de un derecho a diferencia de los procedimientos derivados en los que

el Registro Civil ejecuta una decisión emitida por autoridad competente para la realización de una inscripción o anotación dentro de los supuestos establecidos en la Ley.

Además, se advierte que la ultraactividad de las normas opera en los trámites del Registro Civil cuando se ejerce la función calificadora de un hecho vital o acto jurídico ocurrido en el exterior a fin de corroborar si se configuró un fraude a la ley panameña o no, así como también cuando se evalúa una decisión consolidada bajo leyes anteriores del Registro Civil, en virtud de alguna solicitud presentada por el afectado.

Para efectos ilustrativos, veamos el caso de Hilda Pérez, nombre ficticio para resguardar su identidad, quien solicitó ser inscrita como panameña nacida dentro del territorio, pero al verificar los archivos institucionales se comprueba que ya se encuentra inscrita, pero tiene suspendida su inscripción desde hace muchos años, según consta en una anotación del 26 de agosto de 1985. Dicha anotación de suspensión fue efectuada en virtud de una resolución motivada y con fundamento en la ley anterior del Registro Civil, la Ley 100 de 1974.

En ese orden de ideas, la primera interrogante sería ¿el Registro Civil era competente para suspender una inscripción de nacimiento? Lo cierto es que solamente tenía la facultad de rectificar de conformidad con el artículo 69 de la Ley 100 de 1974. De hecho, la Corte Suprema de Justicia con relación a la capacidad legal de los directores del Registro Civil en el marco de la Ley 100 de 30 de diciembre de 1974 indicó en un fallo del 12 de junio de 1998:

El señor Director General del Registro Civil no es la autoridad competente para suspender los efectos de una inscripción de nacimiento ya hecha y que ha surtido efectos legales, con el fin de cancelarla si no se cumple ciertos requisitos cuya verificación debe hacerse antes de la inscripción y no después; y tampoco tiene competencia para anular la inscripción de nacimiento ...

En este punto, se identifica el primer problema la ausencia de competencia legal para un acto administrativo, que guarda relación directa con la pretensión de la solicitante, que consiste en ser inscrita como panameña nacida dentro del territorio.

En virtud de la retroactividad de la Ley 31 de 2006, la Dirección Nacional del Registro Civil tiene facultad para suspender y, por ende, para la reactivación, por lo tanto, existe competencia y corresponde analizar el marco normativo vigente.

Toda vez que la Dirección del Registro Civil carecía de competencia, bajo el amparo del numeral 1 del artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, puede ser revocada la resolución dictada y en consecuencia reactivar la inscripción.

No obstante, surge una nueva interrogante ¿existen elementos para cancelar la inscripción o no? La respuesta es irrelevante dado que el artículo 130 del Texto Único de la Ley 31 de 25 de julio de 2006 del Registro Civil, se refiere a la cancelación de las inscripciones, señalando:

Las inscripciones de nacimiento que se hayan hecho para adquirir ilegalmente la nacionalidad panameña mediante declaraciones o pruebas falsas, podrán ser canceladas por el Tribunal Electoral de conformidad con el procedimiento contemplado en este Capítulo, a solicitud de la Dirección Nacional del Registro Civil, a petición de parte o de un tercero interesado, con excepción de aquellas que se hayan hecho en cumplimiento de la orden de un tribunal competente.

Asimismo, el siguiente artículo 131, que sufrió modificación por la Ley 79 de 22 de diciembre de 2009, señala que:

Para proceder a la cancelación de las inscripciones de nacimiento a que hace referencia el artículo anterior, se presentará ante el Tribunal Electoral la correspondiente demanda de cancelación, la cual se surtirá siguiendo el procedimiento sumario previsto en materia administrativa, y se le correrá traslado al Fiscal General Electoral para que emita concepto.

La acción de cancelación prescribe a los quince años a partir de la inscripción del nacimiento que se haya hecho para adquirir ilegalmente la nacionalidad panameña... (Lo resaltado es nuestro)

Habiéndose cumplido los quince (15) años el 25 de agosto del 2000, a partir de la fecha en que se efectuó la inscripción del nacimiento de Hilda Pérez, precluyó la oportunidad procesal para ejercer la acción de cancelación.

El referido caso demuestra como en una sola solicitud se puede observar múltiples normas aplicables, válidas y vigentes y otras sin vigencia, lo cual requiere de un ejercicio de integración y concate-nación entre los hechos, la pretensión y el derecho.

Por último, es preciso resaltar que los desafíos principales del Registro Civil para la aplicación de la retroactividad y ultraactividad de las normas consisten en identificar correctamente la función (registral, descentralizador, calificador y/o fiscalizador) que le corresponde ejercer dependiendo del caso que se trate, distinguir entre una expectativa de derecho y la adquisición de un derecho, investigar la normativa aplicable y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si la hubiera, así como también comprender el alcance de estas ficciones jurídicas en el contexto normativo del Registro Civil.

Estos desafíos indudablemente se podrán simplificar en cuanto el Registro Civil tenga una ley nueva, ya que son muchos los cambios que han acontecido desde que se promulgó la Ley 31 de 2006, hace 15 años atrás y ha quedado en evidencia la necesidad de contar con un cuerpo normativo que regule íntegramente los aspectos de derecho sustantivo, adjetivo y lo relativo a los conflictos normativos, sobre los temas que son competencia del Registro Civil.

Referencias

Amparo de garantías constitucionales interpuesto por el licenciado Gilberto Bernal, en representación de Hoi Ming Chong Sham, contra la orden de hacer contenida en la Resolución N° 58 de 13 de marzo de 1992 y en la Resolución N° 179 de 31 de octubre de 1994, expedida por el director del Registro Civil.

Cabanellas de Torres, G. (2008). Diccionario jurídico elemental. 19ª ed. Buenos Aires: Heliasta.

Constitución Política de la República de Panamá. Librería y Editora Interamericana S.A.

Código de la Familia. 14ª ed. SIJUSA, 2018.

Código Civil. 18ª ed. SIJUSA, 2020.

Huerta Ochoa, C. (2007). Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico. Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 1, 2007, pp. 267-304 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421939995007>

Ley 61 de 7 de octubre de 2015. Publicada en la Gaceta Oficial N°27885-A del 8 de octubre de 2015. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27885_A/Gaceta-No_27885a_20151008.pdf.

Leyes del Tribunal Electoral. Dirección de Comunicación del Tribunal Electoral.

Ossorio, M. (2012). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. 37ª ed. Buenos Aires: Heliasta.

Sentencia de 8 de junio de 1992. Demanda Contencioso Administrativa para que declare ilegal el Decreto No. 18 de 23 de abril

de 1990, emitido por el presidente de la República, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Sentencia de 31 de marzo de 2021. Demanda Contencioso Administrativa para que declare ilegal, el Decreto de Personal 558 de 26 de agosto de 2019, dictado por el Ministerio de La Presidencia.

Derecho Mercantil

Ámbito de aplicación de la Ley 12 de 2016 en los procesos concursales de insolvencia

Por
Narciso Arellano*

Resumen: A través de la promulgación de la Ley 12 del 19 de mayo de 2016 se reglamenta la insolvencia en el sistema jurídico mercantil en Panamá. A lo largo del análisis de la precitada norma legal se analiza la misma en materia de los actos de comercio y el marco regulatorio de las sociedades anónimas. La interpretación del ámbito de aplicación del régimen concursal de insolvencia motiva preocupación, propio de la ejecución de la misma, cuando los actos de comercio no tienen domicilio o un establecimiento en la República de Panamá.

Palabras claves: Procesos Concursales de Insolvencia, Proceso Concursal de Reorganización, Proceso Concursal de Liquidación, Ámbito de aplicación, Personas Excluidas.

Abstract: Through the promulgation of the Law 12 of the 19th of May of 2016 the insolvency in the legal mercantile system of Panama is regulated. Throughout the analysis of the precited legal norm, this one is analyzed in matter of the acts of commerce and the regulatory framework of the anonymous societies. The interpretation of the ambit of application of the bankruptcy regime of insolvency, causes concern, that are normal in its execution, when the acts of commerce do not have a location or an office in the Republic of Panama.

Keywords: Bankruptcy Proceedings of Insolvency, Bankruptcy Proceedings of Reorganization, Bankruptcy Proceedings of Liquidation, Ambit of Application, Excluded Persons.

*Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua. Fue director y decano de la Facultad de Derecho de la USMA y Profesor de la cátedra de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos). Fue magistrado suplente del Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá. Es académico de número de la Academia Panameña de Derecho y pertenece a la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CeCAP) y del Centro de Solución de Conflictos (CESCON).

Introducción:

La Ley 12 de 19 de mayo de 2016 “Que establece el Régimen de los procesos concursales de insolvencia y dicta otras disposiciones” fue publicada en la Gaceta Oficial Digital No. 28036-B de fecha 23 de mayo de 2018 y entró en vigencia el 2 de enero de 2017 según lo dispuesto en el artículo 269 de la mencionada excerta legal.

Los procesos concursales de insolvencia reglamentados por la Ley 12 son el proceso concursal de reorganización, siendo la primera vez que se regula en nuestro país esta figura jurídica, y el proceso concursal de liquidación (antigua quiebra). De igual manera la Ley reglamenta la Insolvencia Transfronteriza.

El presente artículo lo tomamos de nuestra obra titulada “El Proceso Concursal de Reorganización” y deseamos destacar que el ámbito de aplicación de la Ley 12 se aplica a todos los procesos regulados en la misma, en especial a la reorganización y liquidación, al ubicarse en el tema en el Título Preliminar, que contiene las Disposiciones Generales, las normas que regulan la materia que nos ocupa.

Ámbito de aplicación: En primer lugar, debemos señalar que la mencionada Ley establece el Régimen que debe aplicarse al denominado proceso concursal o proceso de insolvencia, que persigue la reorganización o liquidación de una empresa que se encuentra en insolvencia¹.

¹Artículo 4, ordinal 23. *Proceso concursal de insolvencia*. Proceso colectivo sujeto a supervisión judicial que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente. Se denomina, indistintamente, proceso concursal o proceso de insolvencia.

Las personas a quienes se aplica este Régimen Concursal se encuentran mencionadas en la Ley², las cuales podemos clasificar de la siguiente manera:

- a) Personas naturales comerciantes, entendiendo por comerciante, según el artículo 28 del Código de Comercio, el que, teniendo capacidad legal, realiza por profesión y en nombre propio actos de comercio. Es pues indispensable que la persona tenga capacidad legal y que realice actos de comercio.

Por su parte, los artículos 2 y 3 del Código de Comercio determinan cuáles son los contratos y títulos que deben reputarse como actos de comercio.

- b) Sociedades mercantiles inscritas o no en el Registro Público de Panamá, que tengan su domicilio comercial, sucursal, agencia o establecimiento en la República de Panamá.

Consideramos necesario aclarar que existen sociedades mercantiles que, a pesar de estar inscritas en el Registro Público, no realizan actos de comercio. Nuestra jurisprudencia ha reconocido que no necesariamente todos los actos efectuados por una sociedad mercantil (sociedad anónima) deben reputarse como actos de comercio. En virtud de lo anterior, consideramos que el Régimen Concursal de Insolvencia, no se aplica a todas las sociedades mercantiles, toda vez que, aun cuando se encuentren inscritas en el Registro Público,

²Artículo 3. Ámbito de Aplicación. Este Régimen se aplica a las personas naturales comerciantes y sociedades mercantiles inscritas o no inscritas en el Registro Público en Panamá, no excluidos por esta Ley, que tengan domicilio comercial, sucursal, agencia o establecimiento en la República de Panamá.

no todos sus actos son de naturaleza mercantil. Es sabido de la existencia de sociedades anónimas, que se reputan mercantiles, pero que no ejecutan actos de comercio.

Es por lo anterior que no compartimos la opinión de quienes consideran que una persona jurídica, por el solo hecho de ser una sociedad comercial, todos sus contratos o títulos deban reputarse como actos de comercio. Dicho en otras palabras, en nuestra opinión puede existir una sociedad comercial que no ejerce el comercio o que sus actos no necesariamente deben reputarse como actos de comercio.

El artículo 1534 del Código de Comercio, cuya derogatoria se produce por mandato expreso la Ley 12³, expresaba lo siguiente: *“Procederá la declaratoria de quiebra de cualquier persona o sociedad que faltare al pago de una o más obligaciones líquidas y ciertas resultantes de actos de comercio”* (Lo resaltado en negrita es nuestro). Contenido que interpretado *a contrario sensu* nos permite señalar que una sociedad puede tener obligaciones líquidas y ciertas que no son resultantes de actos de comercio.

En relación con la *“Prueba de la Condición de Comerciante”* el reconocido autor Jorge Fábrega Ponce expresó: *“La inscripción en el Registro de Comercio, aunque no constituya una prueba oficial, puede considerarse como presunción de hecho; pero es únicamente una presunción, pues no procede que una persona pueda atribuirse mediante una inscripción una condición que no es la suya y menos aun, que pueda substraerse a sus obligaciones omitiendo la inscripción prevista*

³Artículo 268. Indicativo. La presente Ley ... Deroga los Títulos I, II, III, IV y V del Libro Tercero del Código de Comercio.

por la ley. La inscripción en las cámaras de comercio es igualmente una simple presunción de hecho. Mientras se trate de la verificación de hechos o actos de los cuales resultare la condición de comerciante, los jueces tienen un poder de apreciación; y la Corte de Casación controla la calificación establecida respecto de estos hechos y puede, por consiguiente, reconocer o negar la condición de comerciante”⁴.

Sobre este particular, nuestra jurisprudencia ha sostenido lo siguiente⁵:

“Esta Corporación ha podido advertir que la sentencia impugnada no ha violado dicha norma, en el sentido de que, aplicó la ley mercantil porque atribuyó al acto (contrato de préstamo) realizado entre las partes, la calificación de acto mercantil. Sin embargo, la Sala no comparte algunas de las consideraciones sostenidas por el ad-quem para llegar a dicha conclusión, advertidas también por la censura, como por ejemplo, cuando considera que por ley todos los actos que realicen las sociedades mercantiles resultan de comercio por razón del artículo 249 y, al señalar que debido al acto de comercio que significa la constitución de la sociedad en sí (art. 2 numeral 22 del Código de Comercio), resulta irrelevante examinar la naturaleza del contrato de préstamo que realizó dicha sociedad.

Al respecto, la Sala estima que la calificación de mercantil que se pueda atribuir al contrato de préstamo debe hacerse en principio atendiendo

⁴Fábrega Ponce, Jorge, Diccionario de Derecho Procesal Civil; Plaza & Janés, Editora Colombia, S.A.2004, página 976.

⁵Sentencia del 6 de junio de 1996, Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Consolidated Management Inc. recurre en casación en la excepción de prescripción dentro del Proceso Ejecutivo Hipotecario que le sigue a Mario Ospina.

a la calidad de acto de comercio que le otorgue el artículo 2 del Código de Comercio, específicamente en su numeral 19, y no a partir del supuesto del numeral 22 que se refiere a las sociedades. El contenido de la norma es el siguiente:

"Actos de comercio Artículo 2°. Serán considerados actos de comercio todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes:

...

19° El préstamo en general, cuando constituye por sí una operación comercial, o cuando se hace con motivo de una operación de esta naturaleza;

...

22° Las sociedades y asociaciones en participación cuando tienen por objeto una operación comercial; ...". (Énfasis es de la Corte).

Según el recurrente, el fallo de segunda instancia violó el numeral 22 de esta norma en forma directa por comisión al aplicarla, por considerar que sólo por el hecho de intervenir una sociedad, el acto era mercantil, sin considerar el objetivo de la sociedad".

Por los motivos antes mencionados, consideramos que el carácter de comerciante que la Ley exige para el caso de las personas naturales también debe exigirse a las sociedades mercantiles; es decir, consideramos necesario que, tratándose de sociedades mercantiles, estas ejecuten actos de comercio para que queden sujetas al ámbito de aplicación de este Régimen de procesos concursales.

Otro aspecto que pudiera traer dificultades al momento de establecer el ámbito de aplicación del Régimen Concursal de Insolvencia es el señalado en la parte final del artículo 3 de la Ley, cuando se refiere a la exigencia de tener un domicilio comercial, sucursal, agencia o establecimiento en la República de Panamá.

La Ley define el *Domicilio Comercial* como “*El lugar donde el deudor administra ordinariamente sus intereses y que los terceros pueden determinar*”; y el *Establecimiento* lo define como: “*Lugar de operaciones en el que el deudor ejerce una actividad económica de manera permanente*” (Artículo 4, ordinales 11 y 13, respectivamente).

En virtud de lo anterior, conviene formular la siguiente pregunta: ¿Puede aplicarse el Régimen de los procesos concursales de insolvencia a sociedades comerciales que, aun cuando ejecutan actos de comercio, no tienen domicilio comercial o un establecimiento en la República de Panamá?

Para responder la anterior pregunta debemos determinar la clase de proceso concursal de insolvencia, ya que tratándose de un proceso de reorganización consideramos que no es posible la aplicación de la Ley a una sociedad comercial que no tenga su domicilio en la República de Panamá, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 3 de la Ley, anteriormente citado.

Sin embargo, tratándose de un proceso de liquidación, conviene tener presente lo dispuesto en el párrafo final del artículo 79 de la Ley, que expresa lo siguiente: “*Si el deudor no tiene domicilio comercial, podrá pronunciar la declaratoria de liquidación el juez en*

que el deudor tenga su residencia personal o algún establecimiento. Si tiene dos o más establecimientos en distintos lugares, serán competentes los tribunales de los respectivos domicilios". La anterior cita corresponde al mismo contenido que tenía el derogado artículo 1535 del Código de Comercio.

Tenemos el caso de sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público que a pesar de expresar en su pacto social (sociedades anónimas) que su domicilio es la República de Panamá, en ocasiones se trata de sociedades que no tienen actividad comercial o económica en la República de Panamá, como es el caso de las llamadas sociedades *off shore*, que si bien están sujetas a la jurisdicción panameña, no tienen domicilio comercial en la República de Panamá. Sobre este particular, el jurista panameño Juan Pablo Fábrega expresa: *"La jurisdicción es un concepto distinto del domicilio; este es, como se verá al analizar el siguiente artículo, el lugar donde se encuentra la sede de la sociedad o donde esta tiene su establecimiento principal, entendiéndose por este el sitio donde se reúne su junta directiva, que bien puede ser un lugar distinto del de su jurisdicción o país de constitución"*⁶. El autor también hace referencia al caso de la mal llamada *"re-domiciliación"* que corresponde realmente a un cambio de jurisdicción de una sociedad válidamente constituida bajo una ley extranjera para acogerse a las leyes de la República de Panamá.

Por otro lado, para el caso de sociedades mercantiles no inscritas en el Registro Público de Panamá, lo que también contempla el antes

⁶Fábrega, Juan Pablo, "Tratado sobre la Ley de Sociedades Anónimas", Editorial Fábrega, Molino y Mulino, Segunda Edición, 2014, pág. 38.

citado artículo 3 de la Ley, pero que sí tienen su domicilio comercial, sucursal, agencia o establecimiento en la República de Panamá, no existe la menor duda de que se les puede aplicar el Régimen de los procesos de liquidación, tal como lo contempla el artículo 600 del Código Judicial⁷.

En conclusión, consideramos que el Régimen correspondiente al proceso concursal de liquidación, contemplado en la Ley, puede ser aplicado a una sociedad mercantil a pesar de no tener domicilio comercial en la República de Panamá, en cuyo caso la declaratoria de liquidación la pronuncia el juez en que el deudor o su representante tiene su residencia personal o algún establecimiento.

Arribamos a la anterior conclusión toda vez que el artículo 79 de la Ley, además de ser posterior al artículo 3 de la misma excerta legal, se refiere de manera especial a los procesos de liquidación, con lo cual se aplica preferentemente según las reglas de aplicación de la ley consagrada en el ordinal 2 del artículo 14 del Código Civil⁸.

Por último, consideramos que independientemente del domicilio de una sociedad comercial, lo que debe realmente tomarse en cuen-

⁷Artículo 600 del Código Judicial. Las sociedades o corporaciones extranjeras domiciliadas en otro país, con negocios o establecimientos permanentes en Panamá, deberán constituir en el lugar o lugares donde tengan tales negocios, apoderados o agentes con capacidad para representarlas. Para tal efecto otorgarán el respectivo poder ante un Notario u otro funcionario competente con arreglo a las leyes del lugar, en que harán constar acerca de la persona o personas que tengan facultad para representar a la respectiva sociedad o corporación. Dicho documento será protocolizado en una Notaría de Circuito e inscrito en el Registro Público.

⁸Artículo 14, ordinal 2, del Código Civil. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo Código, se preferirá la disposición consignada en el artículo posterior, y si estuviere en diversos códigos o leyes, se preferirá la disposición del Código o ley especial sobre la materia de que se trate.

ta es la actividad económica, tal como lo dispone el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia⁹.

Personas excluidas: El artículo 3 de la Ley, anteriormente citado, expresamente dispone que el Régimen Concursal de Insolvencia se aplica a las personas naturales comerciantes y sociedades mercantiles, siempre que no estén excluidas por esta Ley.

En atención a las personas excluidas, el artículo 5 de la Ley dispone: *“No están sujetos al Régimen de los procesos concursales de insolvencia:*

1. *Las entidades públicas, municipios, entidades autónomas, semiautónomas, descentralizadas y demás entes de Derecho Público, así como las empresas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio.*

Como entidad autónoma podemos mencionar, a manera de ejemplo, la Caja de Seguro Social, en cuya Ley No. 51 de 22 de diciembre de 2005, de manera particular en su artículo 97 dispone: *“Insolvencia y quiebra: Es nulo cualquier acto en virtud del cual una persona natural o jurídica se haya colocado en estado de Insolvencia sin haber pagado las cuotas correspondientes a la Caja de Seguro Social. Esta nulidad solo favorecerá a la Institución, al asegurado y a sus de-*

⁹Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia” la cual dispone: Artículo 2°. *Ámbito de aplicación. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autónomos al trámite de insolvencia a que se refiere la presente ley”.*

pendientes. En caso de quiebra, el pago de las cuotas adeudadas a la Caja de Seguro Social tendrá prelación sobre todas las demás obligaciones del concursado o quebrado, salvo los créditos establecidos en el artículo 166 del Código de Trabajo”.

Como ejemplo de empresas en las que el Estado es propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio, podemos mencionar el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., en donde el Estado es el propietario del cien por ciento (100%) de las acciones (Ley N° 23 de 29 de enero de 2003); la empresa Transporte Masivo de Panamá, S.A. (Mi Bus), cuyo único propietario es la empresa Metro de Panamá, S.A. siendo su único accionista el Estado (Ley N° 109 de 2013); la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. (Ley N° 76 de 15 de noviembre de 2010) y la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A., en las cuales el Estado también es propietario del 100% de sus acciones. Adicionalmente podemos mencionar otras empresas en las cuales el Estado es propietario del 51% de sus acciones, entre otras, Bahía Las Minas, Edemet y Edechi.

Consideramos importante advertir que, a diferencia de lo contemplado en el ordinal tercero, que veremos adelante, en el presente ordinal la Ley no exige que se trate de empresas que prestan un servicio público, por lo que basta con que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones.

- 2. Los bancos, compañías de seguros, entidades reguladas por la Superintendencia del Mercado de Valores y demás entidades que estén sujetas a un régimen especial de recuperación, liquidación o intervención.*

En cuanto a las personas excluidas según el ordinal 2 antes citado, consideramos conveniente mencionar los siguientes ejemplos:

BANCOS: El Decreto Ejecutivo No. 52 de 30 de abril de 2008 que contiene el Texto Único de la Ley Bancaria, reglamenta los siguientes temas: i) Control Administrativo y Operativo del Banco, en su Capítulo XVI (artículos 131 a 140); ii) Reorganización del Banco, en su Capítulo XVII (artículos 141 a 153); y iii) la Liquidación Forzosa del Banco, en su Capítulo XVIII (artículos 154 a 183).

La Ley Bancaria dispone expresamente en su artículo 181 que *“No se podrá solicitar la declaratoria de quiebra de los bancos.”*

COMPAÑÍAS DE SEGURO: La Ley 12 de 3 de abril de 2012 que regula las actividades de Seguros, en su Capítulo VII reglamenta la Liquidación Voluntaria, la Regularización, la Toma de Control Administrativo, la Reorganización y la Liquidación Forzosa de las aseguradoras.

La Ley de Seguros dispone expresamente en su artículo 138 que *“No se podrá solicitar la declaratoria de quiebra de las aseguradoras.”*

COMPAÑÍAS DE REASEGURO: Pese a que las empresas dedicadas a la actividad de reaseguros, no se encuentran expresamente mencionada en el ordinal 2 del artículo 5 de la Ley en estudio, sin duda alguna corresponde a una entidad sujeta a un régimen especial de recuperación, liquidación o intervención. Así tenemos que la Ley 63 de 19 de septiembre de 1996 por la cual se regulan las operaciones de reaseguros y las de las empresas dedicadas a esta actividad, en el Título IV, Capítulo II, reglamenta la intervención de empresas reaseguradoras.

No obstante, a diferencia de la legislación sobre empresas de seguro, en materia de reaseguros, específicamente en el ordinal 4 del artículo 50 de la Ley 63, se establece que entre las facultades del interventor está la de *“Recomendarle a la Comisión la devolución de la administración y el control de la empresa a sus directores o socios administradores, según sea el caso; o la reorganización, quiebra o liquidación voluntaria de la empresa al finalizar la intervención.”* Esta recomendación deberá ser entregada por el interventor a la Comisión una vez vencido el término de intervención, según lo dispone el artículo 55 de la mencionada excerta legal.

Si la comisión decide que es conveniente la reorganización de la empresa, elaborará un plan de reorganización (artículo 59); sin embargo, si la comisión decide que proceda la liquidación forzosa o la quiebra de la compañía reaseguradora objeto de la intervención o reorganización, remitirá al tribunal competente, a fin de que dicte la declaratoria de quiebra o la liquidación forzosa (artículos 65 y 66).

COMPAÑÍAS FIDUCIARIAS: La Ley 21 de 10 de mayo de 2017 (Gaceta Oficial Digital No. 28277 de 12 de mayo de 2017) que establece normas para la regulación y supervisión de los fiduciarios y del negocio de fideicomiso, en su Capítulo IX contiene un régimen especial de reorganización y Liquidación Forzosa. De manera particular en su artículo 87 dispone: *“No se podrá solicitar la declaratoria de quiebra de los fiduciarios”*.

COMPAÑÍAS REGULADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES: El Decreto Ley 1 de 1999 que regula la Superintendencia del Mercado de Valores, reglamenta

través del Título XIII, en el Capítulo II la Disolución y Liquidación Voluntaria (artículos 280 a 283, en el Capítulo III la Intervención (artículos 284 a 293), en el Capítulo IV la Reorganización (artículos 294 a 301), y en el Capítulo V la Liquidación Forzosa (artículos 302 a 321).

La Ley de Valores dispone expresamente en su artículo 322 que *“No se podrá solicitar la declaratoria de quiebra de las instituciones registradas. Sin embargo, a la liquidación forzosa se aplicarán con carácter supletorio las normas del Código Civil, del Código de Comercio y del Código Judicial en lo que no sean incompatibles con las disposiciones de este Decreto Ley. No obstante lo anterior, tan pronto como la Superintendencia considere que se configuran los supuestos de la quiebra culposa o fraudulenta de que se trata el Código de Comercio remitirá al Ministerio Público copia de la actuación pertinente para los efectos penales que corresponda”*.

3. *Las entidades que presten servicios públicos durante el período de intervención de la entidad reguladora.
En caso de intervención de una empresa de servicios públicos, la entidad reguladora comunicará a los juzgados competentes el inicio y terminación de la intervención dentro de los dos días siguientes, a fin de que no se inicie el proceso concursal o se suspenda el ya iniciado.*

Dentro del presente ordinal se encuentran empresas que prestan servicios públicos, independientemente de que el Estado no sea propietario de acciones o que de serlo sea en un porcentaje inferior al

51%. Así podemos mencionar a las empresas Cable & Wireless, S.A., Cable Onda, S.A., Claro TV, S.A., cuya entidad reguladora es la Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP) y cooperativas del transporte público.

Por último, y no menos importante, a nuestro juicio es evidente que el ámbito de aplicación de este Régimen Concursal de Insolvencia se establece en atención a la persona del deudor, sin considerar la ubicación de los bienes que le pertenecen.

Conviene señalar que en la denominada *Quiebra Internacional* que es aquella que tiene lugar cuando los bienes del fallido se encuentran diseminados en dos o más Estados y que está regulada por la Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015, en su artículo 135 párrafo segundo, se expresa que: *“Los tribunales panameños serán competentes para declarar el estado de quiebra universal siempre que el domicilio del fallido se encuentre dentro de la República de Panamá o la mayoría de los bienes del fallido se encuentren ubicados en el territorio nacional”*.

En virtud de lo anterior, debemos tener presente que tratándose de una Quiebra Internacional se deberán aplicar los artículos 135 a 141 contenidos en el Título VII, Capítulo II, de la Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015 mediante la cual se adopta del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá (con excepción del artículo 136 que es derogado a través de la Ley 12); sin perjuicio de la aplicación del Régimen Concursal de Insolvencia regulado en la Ley 12 de 19 de marzo de 2016.

Referencias

Fábrega, Juan Pablo, “Tratado sobre la Ley de Sociedades Anónimas”, Editorial Fábrega, Molino y Mulino. Segunda Edición. 2014

Fábrega Ponce, Jorge, Diccionario de Derecho Procesal Civil; Plaza & Janés, Editora Colombia, S.A. 2004

Derecho Procesal

Derecho procesal comparado

Perspectivas desde América Latina

Por

*Eduardo Oteiza**

Resumen: *El derecho procesal comparado y las particularidades del entorno social contemporáneo en América Latina constituyen a partir del presente análisis un estudio de las normas, los procesos y las instituciones. En el mismo sentido se expone el contenido de diversos instrumentos internacionales que tutelan las principales garantías procesales que tiene cada ser humano. Garantías como el derecho a ser oído ante un tribunal, a un proceso equitativo, a las garantías judiciales, a que sea visto su caso son altamente analizados en el contexto del presente artículo en procura del derecho a la igualdad y defensa que de sus derechos, que tiene cada ser humano.*

Sumario: *1. Comparación contextual. Fronteras abiertas y cerradas en equilibrio inestable. 2. El derecho de acceso a la justicia y la independencia del juez en su dimensión constitucional y convencional. 3. La aceleración del péndulo. Interacciones entre las respuestas locales y las internacionales. 4. El derecho procesal iberoamericano.*

Palabras claves: *derecho procesal, debido proceso, derecho comparado, constitucionalismo, derechos humanos, igualdad de las partes, globalización.*

*Profesor titular (por concurso), investigador (por concurso) y director de la Carrera de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de la Plata y presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (2019). En 2019 fue elegido presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (2011-2013) y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2014-2018). Realizó el programa posdoctoral Jean Monnet Fellow en el Instituto Universitario Europeo (1987-1988) y fue becario del CONICET (1987), de la Académica de Derecho Europeo (1991), de la Universidad de Bolonia (1993), y de la GIZ (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (2013). Integró el Consejo Consultivo del programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina (2016-2019) en el que fue corredactor del Código Procesal Civil y Comercial Nacional. Fue profesor invitado, entre otras, de las siguientes universidades: Bolonia, Turín, Génova, Brescia, Florencia, York (Toronto), Pompeu Fabra (Barcelona), Medellín, Pontificia de Lima y el instituto Max Planck (Luxemburgo).

**Conferencia publicada en el libro editado con motivo del IX Seminario Internacional sobre Proceso & Constitución, de la Pontificia Universidad de Lima, abril 2019, publicado por Palestra Editores.

Abstract: *The comparative procedural law and the particularities of the contemporary social environment in Latin America constitute, starting from the present analysis, a study of the norms, the processes and the institutions. In this same sense, the content of diverse international instruments is presented, which protect the main procedural guarantees that each human being has. Guarantees such as the right to be heard before a court, to an equal process, to legal guarantees, that his/her case be heard, are deeply analyzed in the context of the present article with the purpose to achieve the right to equality and to the defense that each human being deserves.*

Keywords: *1. Contextual comparison. Open and closed borders in unstable equilibrium. 2. The right to access to justice and the neutrality of the judge in its constitutional and conventional dimension. 3. The acceleration of the pendulum. Interactions between the local and the international responses. 4. The Iberian American procedural right. Procedural law, due process, comparative law, constitutionalism, human rights, equality of the parts, globalization.*

I. Comparación contextual. Fronteras abiertas y cerradas en equilibrio inestable

Margaret Woo¹ formula un sugerente interrogante al plantear los desafíos que para el derecho comparado ofrece la pugna entre globalización y antiglobalización. Sin silenciar las consecuencias negativas de la globalización, Woo pone el acento sobre ciertas políticas nacionales actuales de una innegable repercusión. Ellas impactan sobre los anhelos de integración, cooperación, y tolerancia, que con aciertos y errores, parecían perseguirse en las últimas décadas. Se refiere al *America First* del presidente Trump y al *Chinise Dream* del presidente Xi Jinping. Ambas propuestas convergen en una disputa que ha sido caracterizada como una guerra comercial en la que el conflicto, por el momento, pareciera reducirse a la puja en materia de

¹Woo, M, Comparative Law: A Plurality of Methods, en *Approaches to Procedural Law, The Pluralism of Methods*, Cadiet, L., Hess, B., Resquejo Isidro, M, Baden-Bades, 2017, pp. 47-64.

aranceles, por prácticas que ambas partes consideran desleales. También llama la atención sobre el Brexit, neologismo acuñado para describir la decisión del Reino Unido de abandonar la Unión Europea, con las dificultades que presenta para el proyecto integrador.

Solamente el paso del tiempo podrá esclarecer la real importancia de esos tres sucesos. De todos modos, aquellos cambios que ocurren en el escenario internacional, que tienen relevancia en cuanto a la tensión entre fronteras abiertas o cerradas, son uno de los importantes marcos de referencia para el derecho comparado. Woo en su introducción subraya la trascendencia de esas manifestaciones. Más allá del impacto que esas tres políticas estatales tengan en la dimensión global, resulta sugerente analizar cómo el contexto y sus implicancias son un marco de referencia a tener en cuenta en los estudios de derecho comparado.

Hoy resulta sencillo analizar las consecuencias que trajeron consigo las dos guerras mundiales o la Guerra Fría. La tarea es más ardua cuando se trata de interpretar sucesos recientes. A pesar de ello, es un gran desafío intentar dar una lectura provisional sobre el impacto de la tensión entre lo local y lo internacional. El análisis de Woo sobre el procesal comparado parte de un contexto que condiciona las respuestas que el derecho elabora. Toma su percepción de la realidad para atribuirle significado a la tarea comparativa, desde un punto de vista procesal. La perspectiva metodológica que sigue fue alentada por Mauro Cappelletti² al sostener que el derecho procesal debía seguir un *phenomeno ligal - comparative approach* que tuviera

²Cappelletti, M, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, pp. xiv-xx. El citado trabajo integra una serie de aportes realizados por Cappelletti sobre el procesal comparado. Desde la primera selección de trabajos agrupados en *Proceso, Ideología, Sociedad*, Buenos Aires, 1974, especialmente pp. 28-31 y 295-313, hasta *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bolonia, 1994, pp. 11-37.

en cuenta los hechos y eventos que exhibe la sociedad y condiciona la respuesta jurídica. Lo cual exige buscar las causas y razones que permiten entender a las normas, los procesos y las instituciones. De ese modo se intenta iluminar la interpretación de un modo complejo y pleno de matices, que en muchos aspectos resulta más útil que una descripción teórica sobre bases abstractas.

Las reflexiones que aquí se proponen desde el procesal comparado latinoamericano procuran interpretar las particularidades del entorno social contemporáneo en el que evoluciona. Corresponde entonces mencionar dos cuestiones que son centrales en el enfoque utilizado. La primera se refiere a cómo el comparado refleja las preocupaciones de cada época y los dilemas centrales que el derecho debe responder. La segunda identifica algunas notas que singularizan al derecho procesal latinoamericano³.

En cuanto a la evolución del derecho comparado, solamente es posible aquí dar cuenta de unas pocas manifestaciones que resultan elocuentes para entender que, si bien acudir a la comparación es un elemento esencial del conocimiento humano, en la última centuria ha adquirido un desarrollo metodológico que supera la fase de la simple observación histórica o de la adopción de respuestas brindadas por experiencias de cierta ajenidad. También lo es para advertir que en las últimas décadas han tenido lugar cambios de visión sobre las dos preguntas destacadas por Roscoe Pound: qué y cómo comparar⁴.

³Sobre los modelos en el derecho comparado ver Taruffo, M., *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, Il foro italiano, 2001, 124 (11), pp. 345-360. Allí parte de la idea modelo como "tipos ideales" como instrumento conceptual de cuño weberiano.

⁴Pound, R., *What May We Expect from Comparative Law?*, American Bar Association Journal, 1936, 22, 58-59, posición reiterada en *Comparative Law in Space and Time*, American Journal of Comparative Law, 1955, 4, p. 72.

Es innecesario dar ejemplos sobre la tendencia natural a contrastar realizaciones de distinto origen. Se trata de una constante usada a través de la historia en un sinnúmero de ejemplos. Es usual mencionar que las XII Tablas fueron influenciadas por las leyes griegas y que Aristóteles, al escribir *La Política*⁵, se basó en el estudio de ciento cincuenta y tres Constituciones. No obstante que es propio del progreso evolutivo del derecho nutrirse del pasado, tomaré solamente tres manifestaciones en las cuales el elemento comparativo aporta un significado especial.

El primero es el resurgimiento del derecho romano por intermedio de los Glosadores y Canonistas, que desde Bolonia, en el siglo XI, dieron una nueva vitalidad al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, cuya autoridad como Sacro Emperador romano legitimaba el uso de un *jus commune* para Europa⁶. Los juristas formados en Bolonia fueron determinantes en la redacción de las Siete Partidas de Alfonso X “el sabio”⁷, que formaron parte del derecho vigente en Hispanoamérica hasta entrado el Siglo XIX. Es interesante destacar la línea de continuidad entre el *Corpus Iuris Civilis*, el *jus comune* y el derecho indiano. Se trata de tres hitos diferentes pero emparentados en la circulación de las ideas. El segundo se refiere a la trascendencia del pensamiento de Montesquieu. Es reveladora una cita que realiza James Madison en el número 47 de *El Federalista*⁸ (1787), para fundar la doctrina de los *checks and balances*. Señala allí Madison que

⁵David, R., Jauffret-Spinossi, C., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 1969, consultada la 10ª Edición, UNAM, México, 2010, traducción de José Sánchez Cordero, p. 1.

⁶Merryman, J. H. *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, pp. 6-13.

⁷Montero Aroca, La herencia procesal española, UNAM, México, 1994, pp. 13-19. Van Caenegem, R. C., History of European Civil Procedure, *International Encyclopedia of Comparative Law*, V. XVI, Tübingen, 1973, pp. 39-43.

⁸Cooke, J.B., *The Federalist*, Wesleyan University Press, 1961, p.324.

el oráculo que siempre se cita y consulta sobre esta cuestión es el célebre Montesquieu. Luego Madison transcribe el famoso pasaje dedicado a la Constitución Inglesa de *El espíritu de las leyes* (1748) en el que Montesquieu sostenía que no puede haber libertad donde los poderes legislativos y ejecutivos se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados. El tercero se vincula con el movimiento codificador que domina el Siglo XIX. Un gran número de factores justificaban el florecimiento de las ideas codificadoras. El racionalismo, la revolución industrial, el sistema económico capitalista y la irrupción de los Estados Nación, junto con ideas positivistas sobre el derecho sirvieron de marco de referencia para el movimiento codificador. En Francia, después de adoptado el Código Civil (1804), se sancionó el Código Procesal Civil (1804), cuyo modelo fue seguido para la mayoría de los países de Europa.

El universalismo expresado por el *jus commune* resultaba derrotado por el desarrollo de los derechos nacionales ocurrido en el Siglo XIX, a partir del constitucionalismo y la codificación. Se abandonaba así el esfuerzo por principios y soluciones normativas basadas en Dios o en ciertas interpretaciones de un pasado de reconocida autoridad para desarrollar los nuevos derechos positivos de cada Estado. Una de las reacciones contra esa nacionalización del derecho la encontramos en el Congreso de Derecho Comparado que tuvo lugar en París en 1900, celebrado, como con acierto destaca Diego López Medina⁹, coincidiendo con la gran Exposición Universal en la que Francia exhibía su desarrollo y preponderancia en una época

⁹López-Medina, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 13(26), 127, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ii15-26.ndcm>

conocida como la primera globalización (1870-1914). En el Congreso de París, Édouard Lambert identificaba tres objetivos centrales del derecho comparado¹⁰: constituirse en una plataforma para llevar adelante reformas legales en la que se adopten normativas surgidas de la comparación; contribuir a la interpretación del derecho nacional y demostrar que las diferencias entre sistemas jurídicos son superficiales y aparentes, ya que hay procesos de acercamiento y convergencia entre las legislaciones. Desde esa visión auspiciaba un *droit commun législatif*.

Se trataba de un momento inaugural del derecho comparado, con una visión que luego se ha dado en llamar micro comparación por su predisposición a analizar el funcionamiento en el ámbito nacional de ciertas instituciones y observar su utilidad en otros ordenamientos. Una comprensión que tomaba como eje de referencia los desarrollos de la Europa Continental, que primero propicio la idea de familias jurídicas y después la de tradiciones y cultura en contexto. Una nota común a los estudios de derecho comparado del Siglo XX son las similitudes y diferencias entre el *civil law* y el *common law*. El trabajo de John Henry Merryman al explicar la tradición del *civil law* desde la visión de un jurista del *common law* agrega un elemento de época ya que sostiene que hay tres tradiciones jurídicas: la del derecho civil, la del derecho común y la del derecho socialista. Posición que mucho antes había sostenido Eduardo J. Couture¹¹ en unas conferencias dictadas en 1940. Couture en tres conferencias recorrió el pasado, el presente y procuró avizorar el

¹⁰López-Medina, pp. 138-148.

¹¹Couture, E. J., *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispano-americano*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, mayo-junio 1940, pp. 233-287.

futuro del derecho procesal. En su última conferencia comparaba el derecho procesal en los países de organización democrática anteponiéndolos al derecho procesal del Estado Fascista, del Tercer Reich alemán y la doctrina comunista. Sin dejar de realizar un detenido estudio de las instituciones de derecho procesal en cada uno de esos entornos, su pensamiento presta particular atención sobre cómo afectan las ideas dominantes a las principales instituciones procesales.

En ese sentido, el fin de la guerra fría y la irrupción de las nuevas dinámicas en el campo tecnológico, político, social y cultural, a escala mundial, han producido cambios de gran calado que impactan sobre las preocupaciones del derecho comparado, compelido por una cultura cuyo rasgo para Lawrence Friedman¹² es la horizontalidad, como consecuencia del inmenso poder de la tecnología en el campo comunicacional a nivel mundial. Las culturas locales, según Friedman, están llamadas a convivir y a adaptarse a la globalización.

Los interrogantes, en términos de derecho comparado, han dejado de tener como eje central las diferencias entre el *civil law* y el *common law*, en favor de otros debates que procuran contestar cómo se armonizan y convergen en soluciones afines los modelos y los sistemas de justicia. La visión ha pasado de tener como punto obligado de referencia al *civil law* y al *common law* para dejar paso a una interacción de múltiples actores, que ponen el acento en la necesidad de encontrar caminos que procuren aumentar la calidad de la justicia. La idea de reforma, en busca de un servicio de justicia más

¹²Friedman, *The horizontal society*, Yale University, 1999, pp- 21-27.

apto, con el auxilio del derecho comparado, como lo proponen, entre otros, Adrian Zuckerman¹³, Nicolò Troker, Vincenzo Varano¹⁴ o Hiram E. Chodosh¹⁵ ha desplazado la preocupación por explicar las diferencias entre las tradiciones hegemónicas del derecho occidental del Siglo XX.

La mirada dicotómica sobre el derecho comparado, centrada en el *civil law* y el *common law*, colocaba en penumbra algunas manifestaciones, en una suerte de asimilación que prescindía de evoluciones merecedoras de un tratamiento singular. De allí que al derecho latinoamericano se lo adscribiera al *civil law* silenciando su excepcionalidad. Su pasado colonial hacía pensar que era un eslabón asociado al derecho europeo. Curiosamente el Canal de la Mancha tuvo más poder para separar el *civil law* del *common law* que el resto del Atlántico para diferenciar el Nuevo del Viejo Mundo. A pesar de la lejanía que imponía el Océano entre España y sus colonias, el derecho indiano y el de los Estados independientes fue visto como perteneciente a una misma tradición, lo cual no deja de ser una simplificación que ignora matices trascendentes. En el procesal comparado, primero Couture¹⁶ y después Enrique Vescovi¹⁷, no dejando engañar por la aparente bipolarización mostraron las particularidades que presenta Latinoamérica.

¹³Zuckerman, A. A. S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999, pp. 3-52.

¹⁴Trocker, N., Varano, V. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Turín, Giappicheli Editore, 2005, pp. 243-247.

¹⁵Chodosh, H. E., *Global Justice Reform. A Comparative Methodology*, Nueva York, New York University, pp. 121-125.

¹⁶Couture, ob. not. 11.

¹⁷Vescovi, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, UNAM, 1978, pp- 7-11.

Una de las características de los Estados latinoamericanos ha sido la tendencia a replicar instituciones pensadas para realidades difíciles de asimilar. Los trasplantes institucionales tienen como inconveniente que el diseño pensado para otras circunstancias puede resultar incompatible con el escenario en el que se propone hacerlas operar. López-Medina¹⁸ considera que los Estados de América Latina pueden ser calificados como *“sitios abiertos” en el sentido de que la creación y transformación de sus derechos siempre ha estado atenta a los materiales jurídicos extranjeros y comparados a los que atribuye altos niveles de prestigio*. Pensar el derecho latinoamericano en general y el procesal en particular, sobre rasgos propios, tomando las notas características que dan forma a un tipo ideal singular, brinda una identidad que permite explicar la evolución del derecho latinoamericano y de sus diversas realidades nacionales. Es una perspectiva que auxilia en la tarea de examinar la compatibilidad de soluciones ideadas para situaciones, en el mejor de los casos, asimilables.

Desde el plano contextual comparado y tomando como foco de análisis al procesal latinoamericano es útil detenerse brevemente sobre la tendencia firmemente arraigada de considerar a determinados derechos en forma prioritaria y esencial.

II. El derecho de acceso a la justicia y la independencia del juez en su dimensión constitucional y convencional

Al Congreso de París de 1900 se lo considera una de las primeras manifestaciones del derecho comparado como disciplina autónoma

¹⁸López-Medina, p. 120-123.

ma. Se le asigna un papel clave en su fundación del derecho comparado. Los estudios que a partir de allí se realizaron durante buena parte del siglo XIX fueron liderados por la escuela francesa. Ese período del derecho comparado fue consecuencia de la primacía otorgada a la ley como fuente del derecho, expresada fundamentalmente en el material codificado. Los análisis de Lambert formulados en aquella reunión eran tributarios de una convicción que privilegiaba la comparación de ordenamientos nacionales en la búsqueda de criterios comunes, que expresaran el objetivo de acercarse a un *droit commun législatif*. Poco tiempo después estallaría la Primera Guerra Mundial, triunfaría la revolución rusa y se desataría la Segunda Guerra Mundial. Las atrocidades sucedidas mostraron que era imprescindible reconocer la inviolabilidad de los derechos humanos y adoptar mecanismos universales y regionales con facultades para resguardarlos. Fue así que los Estados lograron aunar voluntades para crear las Naciones Unidas y organizaciones regionales como el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Unión Africana, precedida por la Organización para la Unidad Africana. Además, adoptaron normas internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1986). Cada uno de esos tratados estableció órganos con competencia para determinar si los Estados respetaban el deber de proteger los derechos humanos. Tal es el caso del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Todos los tratados antes mencionados compelen a respetar el derecho denominado como derecho a ser oído ante un tribunal, a un proceso equitativo, a las garantías judiciales, a que sea visto su caso, por mencionar solamente las cuatro expresiones empleadas por los instrumentos internacionales antes referidos. En lo sustantivo, los tratados refieren a una protección similar a la brindada por el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se señala que *todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia*. La referencia a todas y a la igualdad indica el sentido altamente comprensivo y sin exclusiones de una garantía que articula la defensa de todos los otros derechos consagrados en el Pacto. La expresión *toda persona* es reiterada en la primera parte del artículo 14 al establecerse que *tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*. La redacción dada al artículo 14 del Pacto destaca en forma evidente que la independencia e imparcialidad del juez constituyen un presupuesto necesario de un proceso equitativo.

No obstante que no es posible desarrollarlo aquí, cabe señalar que los órganos con competencia para juzgar si se ha cometido una violación a los derechos humanos en instancia supranacional han generado un acervo de interpretación de las convenciones que se nutre de constantes referencias entre ellos, en una suerte de diálogo o construcción coral sobre el alcance de los derechos humanos.

Así como en Europa el nacimiento de las Cortes Constitucionales en Italia (1948) y en Alemania (1951) es una de las consecuencias de la necesidad de reforzar el derecho de las minorías y limitar el

de las mayorías, en América Latina, luego de concluida la Guerra Fría se produce un consistente proceso de reforma de las Constituciones. Las nuevas constituciones expandieron el detalle de condiciones que deben respetarse en materia de debido proceso al establecer que resulta necesario que en los procesos judiciales tengan una duración razonable, se materialice la intermediación, resulten eficaces, sin formalidades innecesarias, respeten la igualdad de las partes, privilegien el acceso a la justicia, culminen con decisiones motivadas. De allí que la voz debido proceso fue incorporada expresamente a las constituciones de Venezuela (art. 49)¹⁹, Colombia (art. 29)²⁰, Ecuador (art. 192)²¹ y Perú (art. 257)²². La Constitución chilena mantiene la noción derecho de defensa y proceso previo a la sentencia debidamente tramitado (art. 19)²³, al igual que la Argentina (art. 18)²⁴. Las Constituciones de Venezuela (art. 257) y Ecuador (art. 193) consideran que el sistema procesal constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y, en cuanto a las características del proceso judicial, la Constitución de Venezuela (art. 26) habla de una justicia expedita y sin dilaciones indebidas, la de Brasil (Art. 5° LXXVIII)²⁵ asegura

¹⁹La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue sancionada en 1999, enmendada en 2009.

²⁰La Constitución de la República de Colombia fue sancionada en 1991 y reformada parcialmente en 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

²¹La Constitución Política de la República de Ecuador fue sancionada en 1998.

²²La Constitución Política del Perú fue sancionada en 1993 y reformada en 1995, 2000, 2002, 2004 y 2005.

²³La Constitución Chilena fue sancionada en 1980. Pérez Ragoné, NR, comenta la evolución que ha tenido el texto constitucional en cuanto al derecho al debido proceso producto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir del 2005.

²⁴La Constitución de la Nación Argentina fue sancionada en 1853 y reformada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

²⁵Según la enmienda constitucional 45 de 2004. La Constitución Política de la República Federativa del Brasil fue sancionada en 1988 y cuenta con 72 enmiendas. Guimarães Ribeiro, NR, sostiene que el problema de la eficiencia del sistema judicial en Brasil ganó contornos constitucionales con la creación, a través de la Enmienda Constitucional n° 45/2004 que estableció el Consejo Nacional de Justicia, que tuvo a su cargo desarrollar el mayor estudio destinado a identificar todos los problemas que comprometen la eficiencia de la totalidad del sistema judicial.

la razonable duración de los procesos y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación y la de Costa Rica (art. 14)²⁶ reconoce que debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes. Con mayor detalle, las Constituciones de Venezuela (art. 257) y Ecuador (art. 194-194) aseguran que las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Los principios de intermediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia son reconocidos por la Constitución de Ecuador (art. 193). En forma específica consagran el derecho de acceso a la justicia la Constituciones de Venezuela (art. 26) y Colombia (art. 229). La Constitución de Brasil (Art. 5, LXXIV) establece la obligación del Estado de prestar asistencia jurídica integral y gratuita a los que prueben insuficiencia de recursos, y la de Venezuela (art. 26) habla de gratuidad y accesibilidad en materia de justicia. En cuanto al deber de motivar las sentencias, la Constitución de Brasil (Art. 93, IX) dispone que las decisiones judiciales serán fundadas bajo pena de nulidad, y la de Perú (art. 139 inc. 5) establece la obligación de motivar los fallos en forma escrita y con mención de la ley y de los fundamentos de hecho. Para evitar que el derecho al debido proceso sea desbaratado por la carga de trabajo, la Constitución de Brasil (Art. 93, XIII, según la enmienda constitucional 45 del 2004), señala que el número de jueces será proporcional a la efectiva demanda judicial y a la población sobre la que ejerza jurisdicción.

²⁶La Constitución Política de la República de Costa Rica es de 1949 y fue enmendada en 16 oportunidades.

Es evidente que el derecho a un proceso justo ha adquirido un reconocimiento que excede a la regulación contenida en un código procesal. La dimensión del derecho tiene un carácter sustantivo reconocido por acuerdos convencionales y en las cartas constitucionales. En consecuencia, los análisis comparativos deben tener una base constitucional y convencional ineludible para medir el compromiso que han asumido los Estados con respecto al acceso a la justicia.

III. La aceleración del péndulo. Interacciones entre las respuestas locales y las internacionales.

Al hablar de reformas en otra oportunidad²⁷ acudí a la imagen del péndulo de Foucault para reafirmar la constante evolución entre la tendencia a dar primacía a lo nacional que contrasta y se muestra en tensión con la inclinación a la internacionalización. Uno de los movimientos del péndulo puede significar la momentánea primacía al derecho nacional, mientras que el otro de sus movimientos puede asimilarse con los sucesos que tienen lugar en un marco internacional. Se producen en conjunto y en forma asimétrica e intensidades distintas. Como el péndulo de Foucault reproduce la rotación de la tierra su movimiento es diverso según se sitúe en el hemisferio norte o en el sur. Las manifestaciones de la reforma también varían según las latitudes. No hago referencia a ninguna situación particular ya que mi propósito es señalar las diferencias sin restarle importancia a lo general.

²⁷Oteiza, E., *Sendas de la reforma de la justicia a principios del Siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 60.

La protección de los derechos civiles por los tribunales es uno de los servicios esenciales que los Estados deben garantizar. Ha dejado de ser un problema de diseño de instituciones procesales para convertirse en un efectivo desafío para los Estados. En términos que comprenden la complejidad del problema de lograr una justicia accesible, que resuelva en tiempos razonables, respete la igualdad de las partes, garantice la independencia e imparcialidad de los jueces, se lleve adelante prestando atención a los costos que se deben afrontar y produzca decisiones de calidad que resulten efectivas, los Estados llevan adelante políticas públicas que buscan obtener esos resultados.

Los esfuerzos estatales son acompañados por un entramado de actores del ámbito internacional. Desde luego, la incidencia del escenario internacional lejos está de ser uniforme. Es sumamente complejo trazar un panorama completo sobre este aspecto. De todos modos, es posible identificar las voces que interactúan en una amplia gama de opciones.

Puede ser útil simplemente mencionar cómo se manifiestan esas interacciones con referencias muy breves. Es el caso de los tribunales o comités internacionales o regionales en materia de derechos humanos antes mencionados. También el de los procesos de integración y comercio internacional como la Organización Mundial de Comercio, la Unión Europea, el NAFTA o el Mercosur, que siguen los desarrollos de los avances en materia de justicia pro su particular relación con el comercio internacional y el movimiento de bienes y servicios. Son activos participantes de los procesos de reforma el Programa para el Desarrollo de Naciones Unidas

(PNUD), el Centro de Justicia para las Américas (CEJA) y la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ).

Del mismo modo cumple un papel relevante la cooperación internacional liderada por organismos nacionales como la Agencia de Estados Unidos de Norteamérica para el Desarrollo Internacional (USAID), la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), la Agencia Internacional Canadiense para el Desarrollo (CIDA) o la Corporación Alemana para la Cooperación Internacional (*Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit o GIZ*).

En materia de financiamiento de las reformas, participan organismos multilaterales de crédito como el Banco Mundial (WB) o el Banco Interamericano de Desarrollo, que financian proyectos en materia de justicia. También lo hacen las organizaciones no gubernamentales con presencia internacional como el Center for Justice and International Law (CEJIL), el Due Process of Law Foundation y Human Rights Watch y fundaciones internacionales como la Konrad Adenauer, Open Society o la Fundación Ford.

También inciden sobre las políticas nacionales en justicia las reuniones internacionales de jueces. Es el caso de las Cumbres Iberoamericanas de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.

En cuanto a las mediciones sobre el desempeño de la justicia y la opinión pública, debe recordarse el papel que desempeña Eurobarometer, Latinobarómetro, LAPOP *Americas Barometer*, *The World*

Justice Project, Rule of Law Index, el Foro Económico Mundial o el Doing Business Report.

Asimismo, los grupos académicos como la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL) y el Instituto Iberoamericano de Derecho tienen una activa participación y realizan aportes con repercusión sobre los desarrollos nacionales.

Cada una de esas actividades, muchas veces complejas y contradictorias, en algunos casos positivas pero en otras negativas, no pueden ser analizadas ni con un mínimo de detalle aquí. La finalidad de mencionarlas es contraponer aquel principio de siglo XX de objetivos limitados al mejoramiento de los derechos nacionales en interacciones académicas, con las transformaciones que tuvieron lugar durante la centuria y la actual interacción dinámica, que permita que la justicia estatal brinde un servicio de superior calidad.

En sociedades que se dirigen paulatinamente a la horizontalidad como consecuencia de cambios sociales, tecnológicos, culturales y económicos la aspiración de una mayor transparencia y la búsqueda de consolidar derechos determinan que resulte adecuado confrontar mediciones sobre temas convergentes como el grado de satisfacción con respecto a la justicia civil, la percepción sobre independencia y transparencia, así como el grado de desarrollo social.

El siguiente cuadro compara las mediciones realizadas por cuatro estudios. No está la oportunidad para indagar sobre la metodología utilizada por cada uno de ellos. Es evidente que se trata de estimaciones con un importante grado de generalidad que solamente permiten contar con apariencias más o menos fiables. De todos modos,

la mirada conjunta de cada uno de ellos permite ver la relativa co-respondencia entre los cuatro factores.

| Índices: | Justicia Civil World Justice Project, <i>Rule of Law Index 2017–2018</i> | Independencia World Economic Forum, The Global Competitiveness Report, 2016–2017 | Transparencia Transparency International, <i>Corruption Perceptions Index 2016,</i> | Desarrollo Humano PNUD - <i>Índices e indicadores de desarrollo humano, 2018</i> |
|------------------|---|---|--|---|
| Alemania | 3 | 24 | 10 | 5 |
| Uruguay | 16 | 21 | 21 | 54 |
| USA | 19 | 29 | 18 | 10 |
| Canadá | 20 | 13 | 9 | 12 |
| España | 27 | 65 | 41 | 27 |
| Italia | 31 | 74 | 60 | 26 |
| Chile | 32 | 31 | 24 | 44 |
| Argentina | 43 | 121 | 95 | 47 |
| Perú | 60 | 103 | 101 | 87 |
| Brasil | 61 | 79 | 79 | 79 |
| China | 75 | 56 | 79 | 90 |
| Colombia | 77 | 113 | 90 | 95 |
| Rusia | 89 | 95 | 131 | 49 |
| Venezuela | 112 | 138 | 166 | 71 |
| Estados: | 113 | 144 | 176 | 189 |

Se trata de un simple ejemplo que demuestra la importancia que en forma global se le asigna a la evolución de los Estados Nacionales en áreas claves. Es en parte una forma de diálogo, de comunicación entre el escenario nacional y el internacional que nos permite ver el grado de eficacia que las políticas públicas logran en diversas latitudes.

Un caso de sugerente es Uruguay. Es una opinión compartida el éxito de la reforma procesal civil a partir de la sanción del Código General del Proceso (1989), lo cual también se explica por la capacidad que ha demostrado Uruguay para garantizar la independencia

y la transparencia al mismo tiempo que lograba una posición destacada en desarrollo humano, factor que mide, tomando diversos factores, los niveles de igualdad.

IV. El derecho procesal Iberoamericano

Eric A. Posner y Cass R. Sunstein²⁸ formulan dos hipótesis que, no obstante la aparente neutralidad con que las exponen, representan una dirección que no deberían tomar los estudios de procesal comparado. Ellos, corresponde aclarar en cuanto a la utilización como fuente de consulta para un juez nacional del derecho constitucional de otros Estados, entienden que pueden presentarse dos formas de recepción del derecho extranjero que denominan *The Young State Hypothesis* y *The Good State Hypothesis*. La primera, tiene lugar cuando Estados que no cuentan con una tradición largamente desarrollada siguen a aquellos que presentan una considerable evolución. Para ejemplificarlo sostienen que Alaska y Hawaii son más jóvenes que Massachusetts. Y que Israel fue creada bastante tiempo antes que los Estados Unidos. Consideran que hay una inclinación de los Estados más recientes a aprender del camino recorrido por aquellos que los aventajan en el tiempo empleado en el uso de determinadas instituciones. La segunda, todavía más discutible, parte de sostener que algunos Estados son mejores que otros. La situación de su población con respecto a salud, educación, felicidad son factores que permitirían ponderar qué Estado alcanza un mayor estándar con respecto a esos algo ambiguos indicadores como una razón de peso para seguir sus pasos.

²⁸Posner, E., Sunstein, C.R., *The Law of Other States*, 59 Stanford Law Review 131 (2006), pp. 173-176.

Los Estados de América Latina han tenido una escasa autodeterminación en cuanto a la creación y recreación de su institucionalidad. Cuestión que también se advierte en el procesal comparado. Hay una infinidad de ejemplos sobre la adopción irreflexiva de instituciones que se consideraron exitosas en otras latitudes.

La apertura de los Estados latinoamericanos debería evitar corresponder con cualquiera de las de Posner y Sunstein ya que la apertura si va acompañada de ingenuidad puede hacer creer que hay modelos preponderantes. Por el contrario, una visión no ingenua y escéptica sobre otras experiencias puede ser el camino para transitar soluciones que mejor se articulen con las necesidades que afrontan.

Referencias

Chodosh, H. E, *Global Justice Reform. A Comparative Methodology*, Nueva York, New York University.

Cooke, J.B., *The Federalist*, Wesleyan University Press, 1961.

Couture, E. J., *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispano-americano*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, mayo-junio 1940.

David, R., Jauffret-Spinossi, C., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 1969, consultada la 10ª Edición, UNAM, México, 2010, traducción de José Sanchez Cordero.

López-Medina, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas*

cas para su comprensión y uso desde América Latina, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 13(26), 127, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>.

Oteiza, E., *Sendas de la reforma de la justicia a principios del Siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Posner, E., Sunstein, C. R., *The Law of Other States*, 59 *Stanford Law Review* 131 (2006).

Pound, R., *What May We Expect from Comparative Law?*, *American Bar Association Journal*, 1936, 22, 58-59, posición reiterada en *Comparative Law in Space and Time*, *American Journal of Comparative Law*, 1955.

Trocker, N., Varano, V. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Turín, Giappicheli Editore, 2005.

Vescovi, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, UNAM, 1978.

Woo, M., *Comparative Law: A Plurality of Methods*, en *Approaches to Procedural Law, The Pluralism of Methods*, Cadiet, L., Hess, B., Resquejo Isidro, M, Baden-Bades, 2017.

Zuckerman, A. A. S., *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999.

Análisis de Jurisprudencia

Comentarios al Fallo de la Corte Suprema de Justicia que declaró que es inconstitucional el artículo 2-A de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988 *“Por la cual se establece y regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones”*, adicionado por la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010.

Por
Linda B. Domínguez S.*

Mediante fallo del 13 de mayo de 2021, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 2-A de la ley 76 de 15 de noviembre de 2010, que modificaba la Ley 5 de 15 de abril de 1988, por la cual se establece y regula la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión administrativa, ratificando el criterio vertido por esa corporación, conforme el cual no es posible la apropiación privada de bienes de dominio público.

La norma demandada, tal como se indica en el fallo analizado, restablecía la facultad del Estado “para pactar con los concesionarios la construcción y habilitación de nuevas áreas de terreno que resulten del relleno de lecho marino con el objetivo de que las fincas así creadas puedan ser desafectadas por el Consejo de Gabinete y, acto seguido, inscribirse como bienes patrimoniales de la Nación con el ulterior propósito de traspaso al concesionario o a un fideicomiso como medio para garantizar el financiamiento del proyecto y/o amortizar el monto total recuperable de la concesión”.

*Asistente legal del Despacho Superior.

El pronunciamiento se da por razón de las demandas de inconstitucionalidad promovidas por los abogados Juan Carlos Henríquez Cano y Víctor Manuel Martínez Cedeño, las cuales fueron acumuladas por razón de identidad de la petición y a pesar de las opiniones adversas del entonces Procurador de la Administración, Oscar Ceville, y de dos magistrados que integran el Pleno, se reiteró el criterio vertido en sentencia de inconstitucionalidad dictada el 30 de diciembre de 2004, que versaba sobre la misma temática. En referencia a dicha sentencia, el Pleno enfatizó que los argumentos en que se apoyó aquella decisión, “conservan hoy, el mismo rigor y vigencia jurídica, pues ningún cambio se ha producido en la Constitución, que justifique una reinterpretación de disposiciones que gravitan en torno a la habilitación efectuada por el legislador para enajenar, en favor de concesionarios, rellenos sobre bienes de uso y dominio públicos”.

Consideraciones sobre el fallo

El primer aporte que valoramos del fallo es el ejercicio de docencia desplegado por el Pleno, al ofrecer una serie de precisiones conceptuales en torno a términos ampliamente utilizados, cuyo adecuado manejo resulta clave para comprender el sentido del fallo. Igualmente, ofrece una exposición sistemática de las modificaciones realizadas al artículo 2 de la Ley 5 de 15 de abril de 1988, desde su origen hasta la actualidad y los antecedentes jurisprudenciales, en virtud de las múltiples demandas de que ha sido objeto.

En cuanto a las precisiones terminológicas, se aclara que “los bienes nacionales son un género que comprende entres sus especies tanto los de dominio público como los patrimoniales”. Al referirse a los

bienes de dominio público, aclara que el término es equivalente al de bienes públicos utilizados por el constituyente en las Cartas de 1946 y 1972, y los define como aquellos “sobre los cuales el Estado tiene un poder de policía y no derecho de propiedad”. Al describirlos señaló que “Los bienes de dominio público del Estado son, por tanto, inalienables, imprescriptibles e inembargables” atributos que resultan opuestos al concepto de desafectación, que definió como “el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo” afirmando que el anclaje jurídico de esta figura (la desafectación), no debe buscarse en el Código Civil u otra norma legal, sino en la Constitución, y en Panamá se encuentra expresamente prohibida su aplicación sobre bienes de dominio público.

Al exponer en el fallo las modificaciones legales a que ha sido sometido el artículo 2 de la Ley 5, afirmó que la Asamblea Nacional ha quebrantado la prohibición del numeral 1 del artículo 163 de la Constitución Política, al incurrir nuevamente en la expedición de una Ley contraria al texto y al espíritu de la norma constitucional, agregó que “Si algo demuestra que la presente temática siga siendo objeto de análisis constitucional y que la Asamblea Nacional, cada tanto, insista en la expedición de leyes que permitan desafectar bienes del Estado constitucionalmente resguardados, es que dicha práctica no se emprende por el prurito de otorgarle la calidad de “bien patrimonial” a ciertas parcelas de propiedad de la Nación, sino que persigue brindar respaldo legal para su enajenación”.

El tema de los derechos que se pueden otorgar sobre los rellenos del lecho marino ha sido objeto de pronunciamientos desde 1970 hasta la actualidad y la ambigüedad jurisprudencial en cuanto a este, que

opera básicamente sobre la posibilidad o no de que puedan ser objeto de apropiación privada, no encuentra una solución pacífica.

La defensa a la tesis de que opere la apropiación sobre estos bienes se apoya en que es viable luego de un proceso de transformación del bien de uso público en bien patrimonial, a fin de que puedan ser objeto de desafectación y por lo tanto ser “susceptible de aprovechamiento”.

Argumentan quienes se decantan por este criterio que estos procesos de transformación encuentran justificación en distintas normativas (Código Civil, Código Fiscal), en virtud de la reserva legal consagrada en el texto constitucional, es decir, aunque no de forma explícita, es constitucionalmente viable que opere la desafectación del bien público a través de los mecanismos legales existentes.

Sustentan su tesis en la premisa de que las modificaciones sobre un bien estatal (de uso público o patrimonial) puede implicar la pérdida de aquellos atributos que le caracterizan como tal y por ende de su función social.

De la tesis opuesta, defendida por la mayoría del Pleno, se desprende que no opera la reserva legal aludida, ya que la claridad de la normativa constitucional relativa a la imposibilidad de que opere la apropiación privada sobre bienes de uso público, es incuestionable. La voluntad del constituyente a lo largo de la evolución constitucional ha sido mantener dicho criterio desde 1941 hasta la actualidad, por lo tanto, no es viable aplicar normativa legal cuya vigencia (1917), es previa a la consignación de dicho criterio constitucional.

Además, aseveran que la calidad de bien público, que implica la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad del mismo, se extiende a los rellenos construidos sobre estos, por lo tanto, si el bien es dado en concesión, ambos deberán revertir al Estado.

La primera tesis por vía de la interpretación y aplicación de normas legales procura el aprovechamiento económico de un bien de dominio público que, por no ser útil al uso o servicio colectivo, puede ser desafectado y pasar a manos de particulares, y la tesis apoyada por la mayoría del Pleno invoca la guarda de la Constitución y de la voluntad del constituyente dirigida a establecer sin lugar a interpretaciones, la prohibición dirigida a impedir la pérdida de sus elementos constitutivos como lo son el mar territorial, las playas y el lecho marino.

El fallo resulta enriquecedor, dado que aborda ambas posiciones con profundidad, y no resultan descabelladas ninguna de las fundamentaciones legales que justifican cada postura. Sin embargo, por muy relevante que resulte la interpretación de la norma constitucional en dirección de la promoción de prácticas que redunden en posibles beneficios económicos para el Estado, corresponde al Pleno la guarda de la integridad de la Constitución, de cuyas normas se desprende el bienestar social y el interés público.

Las concesiones administrativas constituyen una importante actividad realizada por el gobierno, para estimular la inversión de empresas privadas en proyectos de desarrollo de obras públicas, a fin de proveer bienes y servicios que le permitan, con apego a la ley, desarrollar sus funciones y satisfacer las necesidades de los administra-

dos de forma eficiente y oportuna, por lo que debe procurarse en el marco de la estricta seguridad jurídica, que se garanticen los intereses del Estado y de los proveedores y el estricto cumplimiento de las responsabilidades de cada uno, y en ese sentido, es imprescindible el consenso en la aplicación de los criterios jurisprudenciales sobre el tema.

Ratio Legis

En esta edición:

DERECHO CONSTITUCIONAL

El *Poder Constituyente* (Un debate entre la protección y la problematización)
Mgtr. César A. Ruiloba

Reformas a la Constitución. Algunos temas que requieren discusión en materia de nacionalidad, ciudadanía y derechos políticos
Mgtr. Sharon Sinclair de Dumanoir

DERECHO ADMINISTRATIVO

Aportes internacionales sobre *contratación pública* y su influencia en el sistema panameño
Lcdo. Ian Bayless

Más de dos décadas de la *Ley 38 de 31 de Julio de 2000* - Efectividad y Actualidad-
Magistrado Carlos Alberto Vásquez Reyes

El acceso a la *jurisdicción y la tutela judicial efectiva* en la protección de los consumidores
Dr. Luis A. Camargo V.

DERECHO TRIBUTARIO

Evasión o *Defraudación Fiscal* y la Elusión Fiscal en Panamá
Lcdo. Javier Mitre

DERECHO CIVIL

Los desafíos de la *retroactividad y ultraactividad* de las normas en el Registro Civil
Mgtr. Andreína Regina Acevedo Arjona

DERECHO MERCANTIL

Ámbito de *aplicación de la Ley 12 de 2016* en los procesos concursales de insolvencia
Lcdo. Narciso Arellano

DERECHO PROCESAL

Derecho Procesal comparado
Perspectivas desde América Latina
Dr. Eduardo Oteiza

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Comentarios al Fallo de la Corte Suprema de Justicia que declaró que es inconstitucional el artículo 2-A de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988 "*Por la cual se establece y regula el Sistema de Ejecución de Obras Públicas por el Sistema de Concesión Administrativa y se adoptan otras disposiciones*", adicionado por la Ley 76 de 15 de noviembre de 2010
Lcda. Linda B. Domínguez S.

