

ISSN 2710-7833

AÑO 1 N°1 ENERO - JUNIO 2021

Ratio Legis

Revista Jurídica del Tribunal Electoral de Panamá





*Sede principal del Tribunal Electoral
Ciudad de Panamá.*

CONSEJO EDITORIAL DEL INED

Magistrado Director
Heriberto Araúz Sánchez

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

FOTOGRAFÍA

Dirección de Comunicación

CORRECCIÓN DE ESTILO

Cristóbal Navarro M.

TRADUCTORA

Daysi Iraida

DISEÑO EDITORIAL / DIGITAL

Javier Vázquez 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.

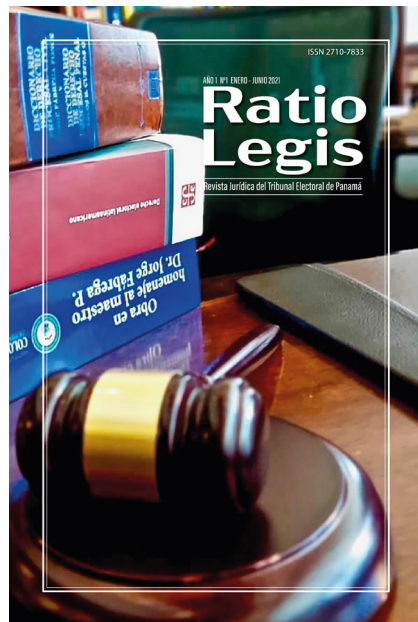
ISSN 2710-7833

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 <i>favor libertatis</i> como regla de interpretación constitucional Dr. Heriberto Araúz Sánchez | 15 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| Las Reformas Constitucionales de 2019: Lecciones de un intento fallido y superación de una década de desencanto Dr. Arturo Hoyos | 41 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| La orientación política que debe aplicarse al sistema jurídico panameño Dr. Olmedo Sanjur G. | 53 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| Prohibiciones en la Constitución de Panamá Dr. Edgardo Molino Mola | 65 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| La <i>ratio decidendi</i> de la sentencia constitucional Dr. Hernán A. De León Batista | 91 |
|---|----|

| | |
|--|-----|
| Lo que necesité aprender para poder enseñar. Lecciones de Derecho Constitucional Dr. Carlos Bolívar Pedreschi | 113 |
|--|-----|

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

| | |
|---|-----|
| Anteproyecto de código contencioso administrativo de la República de Panamá Dr. Jaime Franco Pérez | 127 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| Los errores comunes en las demandas contencioso administrativas Dr. Cecilio Cedalise Riquelme | 145 |
|--|-----|

DERECHO LABORAL

| | |
|--|-----|
| La falta de probidad y el desobedecimiento de órdenes como causales de despido Lcdo. Rubén Castillo Gill | 155 |
|--|-----|

DERECHO DE FAMILIA

| | |
|--|-----|
| El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias Lcda. Nelly Cedeño de Paredes | 167 |
|--|-----|

DERECHO MARÍTIMO

| | |
|---|-----|
| Reseña histórica y generalidades. Los tribunales marítimos de Panamá Lcda. Gisela Agurto Ayala..... | 175 |
|---|-----|

DERECHO COMERCIAL

| | |
|--|-----|
| Panamá: Registro Privado y Único de Beneficiarios Finales Dr. Carlos Barsallo | 193 |
|--|-----|

DERECHO CIVIL

| | |
|--|-----|
| La <i>condictio</i> o acciones heredadas del sistema romano y su influencia en el derecho moderno. Mgtr. Boris Alexis Corcho Díaz..... | 207 |
|--|-----|

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

| | |
|---|-----|
| De algunos criterios jurídicos de protección al individuo, en el nuevo código de derecho internacional privado panameño Dr. Gilberto Boutin I. | 231 |
|---|-----|

Palabras del
Director

El Tribunal Electoral de Panamá, en el marco de sus funciones de investigación, docencia y cultura democrática, tal como fue establecido en su ley orgánica, se complace en presentar a la comunidad, la revista jurídica "*Ratio Legis*", obra que sale a la luz pública con el propósito de contribuir con la divulgación del pensamiento jurídico y la formación de estudiantes y profesionales, en distintas ramas del derecho.

En "*Ratio Legis*" como apasionado del derecho, la docencia y la investigación, hacemos realidad, que la institución y el país cuenten con una publicación de esta naturaleza. Este proyecto es posible gracias a los aportes y conocimientos de magistrados, jueces, académicos y destacados juristas panameños, expertos en diversas ramas del derecho.

Ante la legítima preocupación de contribuir con el desarrollo de la cultura jurídica nacional, surge la iniciativa de crear "*Ratio Legis*", la primera revista jurídica multidisciplinaria que edita el Tribunal Electoral, bajo mi dirección, y que aspiramos se convierta en un instrumento de referencia permanente tanto en el derecho nacional como internacional.

Se trata de una publicación académica, científica, cuyo objetivo es promover el análisis crítico del derecho, con la convicción de que por medio del debate doctrinal es posible avanzar, desde la ciencia jurídica, en la construcción de un mejor régimen de derechos y li-

bertades, en el perfeccionamiento de la democracia y en la consolidación y defensa del Estado constitucional de derecho.

Está orientada a promover y divulgar investigaciones, opiniones y experiencias de diversos autores, juristas, catedráticos, abogados, profesionales y estudiosos del derecho en sus distintas disciplinas jurídicas como la civil, penal, laboral, constitucional, procesal administrativo, comercial, propiedad intelectual, marítimo, internacional público y privado, familia, entre otras.

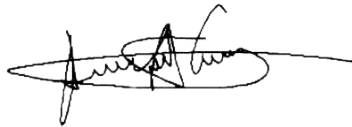
Una obra que, a pesar de las adversidades sanitarias, hoy germina y alimenta el anhelo del Tribunal Electoral, de contribuir con información sobre temas novedosos y muchas veces polémicos. Somos conscientes del vacío existente en el país en cuanto a la producción y divulgación de obras de Derecho, de ahí la importancia de su publicación.

Esta edición que abarca de enero a junio del presente año, abre el compás para poner a disposición de académicos y juristas, la estructura editorial de *"Ratio Legis"*. Será publicada en formato físico y digital, semestralmente, y esperamos que perdure, de modo que redunde en el fortalecimiento de la institucionalidad y la democracia plena.

Nos complace profundamente, contar en esta versión inaugural con artículos de destacados juristas panameños, guiados por el mismo interés de contribuir al enriquecimiento de la cultura jurídica nacional, además de apreciar el indiscutible valor de sus artículos, aprovechamos la oportunidad para rendirles un merecido reconocimiento por su trayectoria.

Como está escrito en el Decálogo del Abogado (Eduardo J. Couture): *“ESTUDIA. El derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”*. En tal sentido, el estudio, el aprendizaje y el crecimiento intelectual constante es lo que hace, día a día, que seamos mejores profesionales y esperamos que *“Ratio Legis”* sea un pilar fundamental en tal propósito.

Panamá, abril de 2021

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

Dr. Heriberto Araúz Sánchez
Magistrado Presidente

Derecho Constitucional

El favor libertatis como regla de interpretación constitucional

Por:
Heriberto Araúz Sánchez*

Resumen: El favor Libertatis es un principio que se vincula con los derechos de la persona humana, su libertad, dignidad e igualdad dentro de la esfera constitucional lo cual se detalla a partir de su origen histórico. Su alcance e importancia de consolidar un Estado de Derecho y de brindar un crecimiento gradual de los derechos humanos, a través de la relevancia e inserción constitucional que de principios de derechos humanos como el pro homine y el favor libertatis los cuales permiten a través de la codificación en los más importantes tratados internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por Panamá, su inserción en el bloque de la constitucionalidad.

Palabras clave: Principio Pro Homine, Favor Libertatis, Derechos Humanos, Dignidad Humana, Derecho Constitucional, Garantías del Individuo, Constitución Política.

Abstract: Favor Libertatis is a principle that is linked to the rights of the human person, his freedom, dignity and equality within the constitutional sphere which is detailed from his historical origin. Its scope and importance of consolidating a rule of law and providing a gradual growth of human rights, through the relevance and constitutional insertion that of human rights principles such as pro homine and favor libertatis which allow through codification in the most important international human rights treaties that have been ratified by Panama, their insertion into the constitutionality bloc.

Keywords: Pro homine, favor libertatis, human rights, human dignity, constitutional law, individual guarantees, political constitution.

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

Este principio en realidad supera la aplicación de una interpretación constitucional estrictamente literal o gramatical del texto o norma fundamental por parte del juez constitucional, especialmente cuando se trata de derechos y garantías, para ubicarlo, al juez, en una esfera interpretativa amplia, extensiva y expansiva; una esfera *pro homine*.

El método hermenéutico más antiguo es el literal, también conocido como gramatical o filológico. “A diferencia del Derecho Consuetudinario, el legislado es una realidad morfológica y sintáctica que el intérprete debe analizar desde el punto de vista gramatical o literal para captar su significación y alcance; con el sentido del lenguaje se forma el sentido del Derecho” (Aníbal Torres Vásquez. Introducción al Derecho. Temis, 2001, pág. 552). Agrega el destacado autor que obviamente, la interpretación del Derecho es algo más que una cuestión lingüística, pero ‘los aspectos idiomáticos son básicos y elementales en toda labor interpretativa, al punto de que, como caso límite, una interpretación jurídica puede verse reducida a asunto de palabras’. (ídem).

La utilización de la interpretación gramatical o literal permite al juzgador precisar el contenido y alcance del texto jurídico conforme el significado de las palabras y de las frases. Este tipo de interpretación, por su antigüedad, es el más utilizado debido a su utilidad para desentrañar el sentido y alcance de las palabras que el legislador plasma en la norma, especialmente cuando utiliza términos multívocos, indeterminados o ambiguos o debido a la proyección cambiante de la norma en el tiempo y el espacio.

1. Antecedentes y evolución

Ahora bien, importante es precisar el origen, alcance e importancia de este principio que ha tenido una tremenda incidencia en el Estado de Derecho, el fortalecimiento gradual de los Derechos Humanos y particularmente en el Derecho Constitucional.

El mismo surge, positivado, luego de las grandes revoluciones demo liberales de finales del siglo XVIII e inicio del siglo XIX en Estados Unidos de América y Francia. El referido principio está estrechamente vinculado a los derechos de libertad, dignidad e igualdad de los seres humanos y a la visión *ius naturalista* reinante en la época. Bajo esta óptica, hay una clara primacía del derecho natural sobre el derecho positivo. Esta idea de superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo o dictado por el Estado es aprovechada posteriormente por el constitucionalismo moderno para afirmar la superioridad del derecho constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico.

La primacía del derecho natural sobre el positivo, sostiene Néstor Pedro Sagüés, citando a VON GIERKE, (*Teorías Políticas de la Edad Media*) repercutió en los siguientes ámbitos, bien aprovechados ulteriormente por el constitucionalismo:

- a) Existen ciertas normas superiores a otras normas jurídicas.
- b) La norma inferior que contraviene a la norma superior es nula, aunque hubiese sido promulgada por las más altas autoridades políticas. El estatuto ilegal debía ser inaplicable por el juez o magistrado encargado de su ejecución.

- c) La norma inferior debe adecuarse a la superior. Por ende, debe interpretarse de conformidad a ésta.
- d) Hay derechos innatos e indestructibles del individuo, provenientes del derecho natural, que no pueden ser cercenados por el ordenamiento jurídico.
- e) Se admiten también derechos originarios y esenciales de la comunidad, que incluso no necesitaban ser reconocidos por la ley común, y que no podrían ser disminuidos por ningún título emanado de la ley positiva.
- f) Quedan reconocidos, por último, fines del Estado marcados también por el derecho superior, como el mantenimiento de la justicia, la paz y el derecho, la promoción de una vida personal feliz y virtuosa, la realización del bienestar público y la moralidad cívica. (Teoría de la Constitución. Astrea, Argentina, 2004, p. 3).

La Constitución de Estados Unidos de América de 1787, que pasó a la historia como la primera Constitución escrita del mundo (aunque en rigor, no lo fue, pues ya para 1775, se había expedido la constitución colonial de New Hampshire y posteriormente se dictaron las de Carolina del Sur y Virginia en 1776 (12 de junio por la Convención reunida en la ciudad de Williamsburg) y seguidamente la de Massachusetts, las cuales sirvieron de fuente de inspiración para aquélla, de corte federal), producto de la Enmienda IX (Las diez primeras enmiendas “Bill of Rights” fueron ratificadas efectivamente en Diciembre 15, 1791), dispone lo siguiente:

“No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.”

Más adelante, como es sabido, aparece la corriente que preconiza la primacía del derecho positivo sobre el arbitrio personal, con lo cual surge la idea de “Estado de Derecho”, “reinado de la ley” o “*rule of law*”, que el derecho germánico primero, y luego el inglés, perfeccionaron. Pasado el siglo XVI, se cimenta el concepto de leyes fundamentales o “derecho fundamental”, instituciones que igualmente acogerá el constitucionalismo y que le servirán de base posteriormente para su desarrollo.

2. Favor libertatis, principio pro homine y principio de favorabilidad.

En rigor, el principio *favor libertatis* es un sub principio del principio *pro homine*, razón por la cual merece que haga un estudio detallado sobre el tema. El principio *pro homine* implica varios aspectos. Es un principio amplio y profundo en contenido. Básicamente estriba en que el juez debe aplicar de manera preferente la norma más favorable a la persona, aplicando el principio de favorabilidad.

¿Cuándo o en qué casos debe realizarse esa preferencia y favorabilidad? A mi juicio, y sin perjuicio de otros supuestos, en los siguientes casos:

1. Cuando existan diversas normas aplicables a un caso el juez debe escoger aquella más favorable a la persona, independientemente de la jerarquía normativa y de su ámbito temporal o espacial.

2. Cuando exista una norma que se preste para varias interpretaciones, el juzgador debe preferir la más beneficiosa para la persona, es decir, una interpretación extensiva.
3. Cuando se trata de interpretación restrictiva de limitación de derechos fundamentales por razón, por ejemplo, de la declaratoria del Estado de Urgencia (art. 55 de la Constitución), el juzgador debe utilizar la interpretación menos perturbadora del ejercicio y goce de los derechos y libertades de las personas.
4. Cuando el ordenamiento constitucional y el internacional regulan determinados derechos o garantías con distintos alcances. El juzgador debe aplicar la norma más favorable por su alcance y contenido. Ej., de lo anterior fue la incorporación al bloque de la constitucionalidad del art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como norma complementaria, por su contenido y alcance, al escueto artículo 32 de nuestro ordenamiento constitucional.
5. Cuando coexistan normas internacionales suscritas por el Estado con distintos alcances. El juzgador debe preferir la norma de contenido específico y amplio, a la genérica o restringida.
6. Cuando existan normas en el ordenamiento jurídico interno con mayor alcance al reconocido en normas internacionales, particularmente si consagran derechos y libertades más amplios a favor de la persona.
7. Cuando el ordenamiento jurídico internacional consagra derechos fundamentales y/o garantías a favor de la persona no reconocidos por el derecho interno.

8. En algunos casos, cuando la costumbre (Derecho consuetudinario), supera el contenido y alcance, a favor de la persona, de derechos reconocidos en normas internacionales o nacionales.

El principio *pro homine* o pro persona, parte del concepto de favorabilidad de la norma, no distingue en la naturaleza jurídica de ésta; por lo tanto, su alcance permea todo el sistema jurídico del Estado, no importa la disciplina o especialidad jurídica. Al igual que el *favor libertatis, el favor debilis, in dubio pro operario, in dubio pro reo, in dubio pro actione, entre otros, son sub principios del pro homine.*

Asimismo, el aludido principio, para los efectos de la aplicación de la norma preferente y más favorable, no distingue si su procedencia es local o internacional, constitucional o legal, general o especial, anterior o posterior. El criterio de favorabilidad por la protección de los derechos de la persona, cuando éstos se encuentren amenazados, vulnerados, ignorados o restringidos ilegal o arbitrariamente, es el que debe prevalecer en la mente del juzgador. En realidad, con la consagración del principio pro homine en diferentes pactos y convenciones internacionales suscritas por Panamá, que a continuación detallamos, el reconocimiento y tutela de los derechos humanos en el país, experimenta una expansión normofológica y conceptual trascendental, permanente e inagotable que a su vez echa por tierra la inveterada discusión sobre la superioridad del derecho interno o el internacional.

Este importante principio aparece consagrado de manera concreta en diferentes instrumentos internacionales, aprobados por Panamá. Algunos de ellos son:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado mediante la Ley 14 de 28 de octubre de 1976 (G.O. 18,373 de 8 de julio de 1977).

Artículo 5º1. “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), aprobada mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977 (G.O. 18,468 de 30 de noviembre de 1977).

“Artículo 29 (Normas de interpretación). “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado mediante la Ley 13 de 27 de octubre de 1976 (G.O.18,336 de 11 de mayo de 1977).

“Artículo 5° (1) “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. (2) No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada mediante la Ley 5 de 16 de junio de 1987 (G.O. 20,830 de 25 de junio de 1987).

“Artículo 1. “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento

o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 15 de 6 de noviembre de 1990 (G.O. 21,667 de 16 de noviembre de 1990).

“Artículo 41 “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a. El derecho de un Estado parte; o
- b. El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

3. Naturaleza jurídica.

Se advierte que el *favor libertatis*, es un sub principio del principio pro *homine*; no obstante, y a pesar que la doctrina mayoritariamente se inclina por considerarlo un principio, considero, en vías de discusión, que el mismo más que un principio es un criterio o **regla de interpretación**, pues el juzgador debe acudir a la norma o interpretación más amplia y favorable, según las reglas de interpretación arriba anotadas. En el plano constitucional, este principio constituye una valiosa herramienta para que el juzgador expanda el catálogo taxativo de derechos y garantías consagradas en la Constitución, bajo un prisma o visión que propugna por fortalecer la libertad y la dignidad de la persona, como uno de los valores pilares de sistema democrático preconizado en nuestra Constitución (art.1).

De esta manera el texto constitucional deja de ser una camisa de fuerza, un documento rígido, pétreo y frío, para convertirse en un documento vivencial, pragmático, ajustado a los tiempos, particularmente en aquellos casos de normas con textos ambiguos, desfasados, indeterminados o restringidos; o ante el inamovilismo, desinterés o anomia del constituyente. Así, el juez constitucional, al ejercer activismo judicial, entra a un terreno que clásicamente no es de su competencia y por lo tanto su labor típica de intérprete va más allá, convirtiéndose en 'actualizador' y 'complementador' de la norma constitucional y en algunas ocasiones hasta "legislador" o creador de procedimiento e instituciones cuando son inexistentes, labor que naturalmente es agriamente adversada desde hace tiempo, fuera y dentro del país, por sectores ortodoxos que no ven con buenos ojos esa labor que en todo caso corresponde ejercerla al constituyente o legislador.

Tal oposición en las últimas décadas ha resultado atenuada en virtud del movimiento reformista constitucional que autoriza expresamente al juez constitucional a proceder dentro de un radio de mayor libertad al momento de interpretar y aplicar la norma, pudiendo reconocer otros derechos a favor de los justiciables que se encuentran fuera del texto formal de la Constitución. Nos referimos a la consagración expresa del principio favor libertatis.

En nuestros días, a manera de ejemplo, la citada Constitución de Ecuador de 2008, en el artículo 11, señala que el ejercicio de los derechos que ella consagra, se regirá por los principios que describe la norma, entre los cuales se encuentra el *favor libertatis*, numeral 7, en los siguientes términos:

“7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

En Panamá, el reconocimiento constitucional del principio, en materia de derechos fundamentales, aparece con las reformas constitucionales de 2004. En efecto, el referido acto reformativo a la Constitución de 1972, agrega un inciso al artículo 17, el cual dispone:

“Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”
(Subrayado propio).

El referido principio ya aparecía reconocido en nuestro ordenamiento constitucional de 1972, texto original (art. 74), pero aplicable únicamente en materia de derecho laboral (Hoy art. 79).

4. *Favor libertatis* y un nuevo sistema de protección de los derechos fundamentales.

Cuando el constituyente agregó en las reformas de 2004, al artículo 17 de la Constitución, el último párrafo, quizás desconocía la importancia, profundidad, trascendencia e impacto que el mismo representaría para el Estado de Derecho y los derechos fundamentales de las personas. Una de las reformas constitucionales más importantes a mi juicio introducida en el 2004, fue precisamente la incorporación de este in-

ciso que recoge el principio *favor libertatis*. (cfr. mi obra *Las Reformas Constitucionales de 2004*. Universal Books, Panamá, 2005).

El escueto contenido del referido inciso, *prima facie*, parecía intrascendente dentro del conjunto de variados temas que fueron modificados al texto constitucional. No obstante, el constituyente de 2004, al plasmarlo en la norma no hizo otra cosa que establecer una válvula de expansión de los derechos y garantías fundamentales, algo sin precedentes en el constitucionalismo panameño. Ahora, el juzgador constitucional, al resolver procesos constitucionales, particularmente en los que se aleguen violación de derechos fundamentales o la dignidad de la persona agraviada, no se haya atado o restringido al texto formal de la Constitución (en honor a la verdad, ya había salido de la atadura formal constitucional al incorporar al sistema jurídico panameño, a inicios de la década de los noventa, la cuestionada doctrina del bloque de constitucionalidad), pudiendo reconocer otros consagrados en instrumentos jurídicos aprobados con anterioridad o con posterioridad por Panamá, sean de naturaleza legal o convencional.

En realidad, la consagración de este principio acarreó el establecimiento, resalto, en el ámbito constitucional, de un nuevo sistema de protección de derechos fundamentales, *intra* y *extra* constitucional; lo que significa que además de la Constitución, el juez constitucional puede aplicar otros derechos y garantías reconocidas en instrumentos jurídicos, sean estos convencionales (Pactos y Convenciones internacionales) o leyes nacionales. Tal sistema de protección de derechos fundamentales estaba reconocido a nivel interamericano desde 1969 (Pacto de San José), y Panamá lo aprobó así mediante la Ley 15 de 28 de octubre de

1977, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primer párrafo del artículo 25 de la referida Convención dispone:

“Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales **reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención**, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (Resaltado es propio).

El sistema de protección de derechos fundamentales al que hago referencia, descansa pues en una base tripartita: la Constitución, la ley y las convenciones o tratados en materia de derechos humanos. A nivel interamericano, ya la Corte Interamericana había abordado el tema y su importancia, denominando al sistema “el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).”

El fin esencial del sistema internacional de protección de los derechos humanos es establecer la responsabilidad de los Estados por las violaciones de los derechos humanos.

Panamá reconoce el sistema de protección anotado en 1977, legalmente, y para el 2004, lo reconoce implícitamente en su Constitución, al agregar el inciso objeto de este estudio al artículo 17. Incluso, Panamá, al aprobar la mencionada Convención no sólo se obligó a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además

a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a la jurisdicción. La norma es del texto siguiente:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” (Subrayado propio).

Una lectura crítica del último párrafo del artículo 17 arriba transcrito, permite advertir que el desarrollo y esencia del nuevo sistema exige del juzgador constitucional el empleo de un método sistemático, es decir, considerar todo el conjunto del sistema jurídico aplicable al caso. Una norma, señala Aníbal Torres Vásquez, solo tiene sentido en función del conjunto del ordenamiento (ob. cit. p. 565.). En ese sentido, la aplicación del derecho internacional en materia de derechos humanos en Panamá encuentra su sustento constitucional en el referido artículo 17, en concordancia con el artículo 4°.

En resumen, el emergente sistema de protección de los derechos humanos aparece reconocido legalmente por nuestro país en 1977 y constitucionalmente en 2004. Su carácter expansivo se refleja en sus elementos integrantes: 1. Constitución formal. 2. Convenciones o pactos relacionados en la materia, y 3. Ley.

El tema de los derechos fundamentales y humanos ha sufrido una importante evolución en la jurisprudencia de los tribunales mun-

diales en los últimos treinta años. En el caso de Panamá esa evolución y expansión se ha notado relativamente hace pocos años. Ha habido especialmente en los últimos cinco años dentro de la Corte Suprema de Justicia una nueva visión, sustancialmente de apertura, renovadora, sobre esta materia que augura nuevos y buenos tiempos en el sistema judicial panameño, particularmente en lo que al amparo se refiere. La Corte ha llegado a reconocer expresamente la existencia del sistema arriba comentado. Así, en sentencia de 21 de agosto de 2008, al resolver demanda de amparo, si bien negó la referida acción, la Corporación expresó lo siguiente:

“En efecto, la Constitución reconoce (no otorga) una serie de derechos fundamentales que, incluso, se encuentran ampliados y complementados en Convenciones Internacionales sobre derechos humanos. La vigencia de tales derechos, que solo tiene lugar cuando existe un sistema de protección judicial que los tutele efectivamente, es lo que permite que la normatividad de la constitución tenga vigencia, con lo cual se asegura el mantenimiento de la supremacía constitucional y se preserva el Estado de Derecho.

El sistema de protección no consiste exclusivamente en la incorporación al ordenamiento jurídico de normas dirigidas a garantizar el reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales.

La tutela judicial efectiva se consigue cuando se logra el reconocimiento de los derechos fundamenta-

les establecidos en la Constitución, en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en las leyes, de manera que los mismos puedan ser restaurados cuando han sido lesionado.

Por ello, un sistema de protección judicial de derechos fundamentales que no sea capaz de tutelarlos efectivamente, hace ilusorios tales derechos y está lejos de contribuir a la consolidación y preservación de un verdadero Estado de Derecho.” (Subrayado propio).

El contenido del primer párrafo del citado art. 25 de la Convención merece un análisis adicional. Según la norma, los derechos fundamentales alegados como violados mediante “un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo” deben estar reconocidos por la Constitución, la ley o la referida Convención. Esto permite concluir, según dicha Convención, que los derechos fundamentales no son únicamente los que aparecen en la Constitución Política del Estado, sino, además, los que regula la ley y las convenciones y esto, desde luego, pugna con un sector de la doctrina constitucional que sostiene que los derechos fundamentales son aquellos que únicamente aparecen en la Constitución Política. El tema incluso va más allá del simple reconocimiento y aplicación en el orden jurídico interno de derechos fundamentales plasmado en el régimen interamericano, pues también tiene un impacto e influencia directa en la jurisprudencia local, la jurisprudencia que sobre estos derechos desarrollan los tribunales internacionales de derechos humanos.

La aparición y reconocimiento del sistema en comento ha generado lo que el autor venezolano Carlos Ayala Corao, denomina un diálogo jurisprudencial, sea unidireccional o bidireccional entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales estatales de derecho interno particularmente con las altas jurisdicciones nacionales (tribunales, cortes y salas constitucionales y cortes supremas de justicia y sus equivalentes). Agrega el referido autor un tema de gran interés e impacto actual, “En la interpretación de los derechos fundamentales y constitucionales en general (que en términos generales coinciden con las normas de los derechos humanos en instrumentos internacionales), los tribunales nacionales deben asumir la armonización conforme a la interpretación final y auténtica dada por el tribunal internacional regional respectivo.” (El diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales. Memoria del Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional: Proceso y Constitución. Panamá, 2012, p. 127). Se trata, por tanto, agrega este autor, de una interpretación *secundum conventionem* que deben hacer los tribunales nacionales para darle recepción a la interpretación de los derechos, conforme a la jurisprudencia internacional correspondiente.

Incluso, el asunto es de tal trascendencia que ya hay naciones latinoamericanas que reconocen el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional, especialmente la interamericana, al incorporar la CADH y la jurisprudencia interamericana al bloque de la constitucionalidad en su respectivo orden interno. Además, algunas naciones de la región han otorgado a los tratados internacionales o normas sobre derechos humanos jerarquía constitucional o de rango similar (v.gr. Brasil, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, República Dominicana, Costa Rica.).

En el caso de este último país, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al resolver la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar el Estatuto de Roma (sentencia de 9 de febrero de 2005), reiteró su jurisprudencia sobre la jerarquía constitucional de los instrumentos sobre los derechos humanos, al sostener que éstos “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”. (Carlos Ayala Corao, ob. cit. p. 174). (Subrayado propio). Similares criterios predominan en la jurisprudencia constitucional de otras naciones latinoamericanas, tales como Colombia, República Dominicana, Perú, Argentina, Bolivia, Chile, Guatemala, etc.

Panamá, a la fecha, no ha reconocido como elemento integrante del bloque de la constitucionalidad la jurisprudencia internacional, especialmente la interamericana. Tampoco a nivel constitucional ha otorgado a los tratados internacionales o normas sobre derechos humanos jerarquía constitucional o de rango similar. Esto último no aparece en el texto de la Constitución formal, pero sí en el texto ampliado vía interpretación constitucional a través del mencionado bloque, con lo cual, a juicio de la Corte, no sólo forman parte del mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, sino todos los tratados que haya suscrito Panamá en materia de derechos humanos.

Al referirse al tema del amparo, los nuevos derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y el nuevo sistema de protección de tales derechos fundamentales, la Corte en decisión fechada el 21 de agosto de 2008, planteó interesantes consideraciones que vislumbraron una nueva visión sobre la materia y encaminaron la jurisdicción constitucional de actos, por nuevos derroteros.

5. Elementos del favor libertatis.

La consagración de la referida regla de interpretación en nuestro ordenamiento constitucional amerita estudio puntual. Conforme a la lectura del texto transcrito, pueden advertirse los siguientes elementos de este principio:

1. Nuevos derechos y garantías. No sólo resulta aplicable a derechos, que es lo usual, sino también a garantías. Es decir, a los instrumentos o medios protectores de derechos. Esto es trascendental, pues abre una visión tuteladora de los mismos, saliendo del marco estrictamente constitucional, a fin que el intérprete de la norma suprema reconozca y aplique no sólo otras garantías, además de las ya consagradas constitucionalmente (amparo, habeas corpus, habeas data, acción de inconstitucionalidad, advertencia de inconstitucionalidad, consulta de inconstitucionalidad, objeción de inexecutable), sino otras modalidades de tales garantías. Así, por ejemplo, podría reconocer, en ausencia de regulación legal, el amparo contra actos de particulares, el amparo colectivo, el amparo por mora, o alguna nueva modalidad del habeas corpus, como la restringida o rectificadora o la demanda de inconstitucionalidad por omisión, etc. Ya en el pasado, década del 90, la Corte Suprema de Justicia incorporó, basada en esta regla, nuevas modalidades del habeas corpus, como el correctivo y el preventivo, que para esos años no aparecían reconocidas ni en la Constitución ni en la ley.

Aplicando la aludida regla se podrá asimismo reconocer otros derechos, por razón de que la norma señala que aquellos que están en la Constitución son mínimos. ¿Qué otros derechos pueden ser esos? Los establecidos en tratados y convenciones aprobadas por Panamá

en materia de Derechos Humanos, principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como bien afirma Héctor Faúndez Ledesma, uno de los autores que más ha estudiado esta materia, “el catalogo de derechos protegidos por la referida Convención Americana es más extenso que el de cualquier otro instrumento internacional sobre protección de derechos humanos”. (ob. cit. p. 77).

La Convención incluye tanto derechos de corte tradicional (derechos civiles y políticos) como los derechos económicos, sociales y culturales. Veamos cuáles son esos derechos consagrados y desarrollados por la Convención reconocidos previamente por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Derechos civiles y políticos: 1. Derecho la vida. 2. Derecho a la integridad personal. 3. Derecho a la libertad personal. 4. Derecho a un proceso regular (referido en la Convención como las garantías judiciales). 5. La prohibición de leyes penales ex post facto (principio de legalidad en la Convención). 6. Derecho a la protección a la honra y la dignidad. 7. Derecho a la privacidad. 8. Derecho a la libertad de conciencia y religión. 9. Derecho a la libertad de pensamiento y expresión. 10. Derecho de rectificación o de respuesta. 11. Derecho de reunión. 12. Derecho a libertad de asociación. 13. Derecho a la nacionalidad. 14. Derecho al nombre. 15. Derecho de circulación y residencia. 16. Derechos políticos. 17. Derecho a la igual protección de la ley. 18. Derecho a un recurso sencillo y rápido que ampare a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales. 19. Derecho a la indemnización en caso de error judicial. (este derecho, así como los subsiguientes son agregados por la Convención, aunque algunos de ellos ciertamente son de carácter

social). 20. Derecho al nombre. 21. Prohibición de la esclavitud, servidumbres y trabajos forzados. 22. Derecho a la protección de la familia. 23. Derecho a la protección del niño. 24. Derecho a la propiedad privada.

Derechos económicos, sociales y culturales. En el texto de la Convención no se encuentra un enunciado claro de tales derechos, materia en la que ésta (art. 26) remite a las disposiciones relacionadas con tales asuntos contenidos en la Carta de la OEA. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, en 1948, contiene los siguientes derechos económicos, sociales y culturales: 1. Derecho a la constitución y a la protección de la familia. 2. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia. 3. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. 4. Derecho a la educación. 5. Derecho a los beneficios de la cultura. 6. Derecho al trabajo y a una justa remuneración. 7. Derecho al descanso y a su aprovechamiento. 8. Derecho a la seguridad social. 9. Derecho a la propiedad.

Posteriormente el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos (Protocolo de San Salvador) reconoce tales derechos económicos, sociales y culturales.

Al igual que ocurre con el ordenamiento constitucional panameño, que incorporó el *favor libertatis*, la Convención también consagra el mencionado principio, en el art. 29. En tan sentido los derechos en ella establecidos, son sólo derechos mínimos, que no excluyen la protección de otros reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes, o de acuerdo con otra convención en

que sea parte uno de dichos Estados. Asimismo, la propia Convención expresa que su interpretación no puede excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (cfr. Literales b) y c) del art. 29 de la Convención). Finalmente, el art. 31 de la Convención permite que se incluyan dentro del régimen de protección de la misma, otros derechos y libertades que sean reconocidos por medio de enmiendas de la Convención o mediante la adopción de protocolos adicionales, de acuerdo a los procedimientos establecidos en los arts. 76 y 77 de la Convención.

Si algunos de los derechos de la referida Convención, así como aquellos consagrados en cualquier otra en que sea parte el Estado panameño o aquellos reconocidos por la ley, no apareciesen establecidos en el ordenamiento constitucional panameño, se abre la posibilidad de que se alegue su violación y se reclame su protección o tutela mediante la acción de amparo.

2. La Constitución como base o “piso” normativo.

En efecto, a la luz del principio o regla de interpretación in examine, el texto constitucional se convierte en la base, en un “piso” normativo de derechos y garantías. Por lo tanto, no son los únicos derechos ni las únicas garantías. Las normas constitucionales en esta materia dejan de ser excluyentes para dar paso al reconocimiento de otros establecidos en tratados y leyes. En rigor la dinámica constitucional así lo exige.

El juez constitucional debe “pensar” y “repensar” la Constitución permanentemente, en una tarea inagotable, de acuerdo a los tiem-

pos que se viven y no únicamente de acuerdo al momento en que se concibió y aprobó el texto fundamental. El ordenamiento constitucional debe evolucionar, o bien vía legislativa o bien vía interpretación; no debe quedar anquilosado en el pasado, de espaldas a las nuevas realidades y a los derechos y garantías emergentes, so pena de convertirse en un documento nominal, inoperante e inservible. Si el legislador o el constituyente no lo hace, alguien debe hacerlo, y ese es el intérprete autorizado, es decir, el juez constitucional, quien debe asumir un “rol” protagónico, dinámico en el perfeccionamiento del texto constitucional, labor que no se agota únicamente superando dudas interpretativas, llenando vacíos o resolviendo conflictos entre normas, sino, y esto es lo importante de este principio o regla, reconociendo derechos y garantías extra constitucionales a favor de la persona, aunque reconozco que no es un tema consensuado ni pacífico. Como anotaba el eminente autor argentino Germán Bidart Campos, “La constitución y el sistema de derechos no deben ser vistos como un simple conjunto taxativo de normas, por afuera de cuya sumatoria no hay ni queda nada.”

Referencias

Aráuz Sánchez, Heriberto. *Las Reformas Constitucionales de 2004*. Universal Books. Panamá. 2005.

Ayala Corao, Carlos. *El diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales*. Memoria del Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional: Proceso y Constitución. Panamá. 2012.

Bidart, Campos Germán. *Compendio de Derecho Constitucional*. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina. 2005.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia del 21 de agosto de 2008, dictado dentro de la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales presentada por el Lcdo. Guillermo Quintero Castañeda, en representación de Roxana Alejandra Cárcamo Ortega, contra la orden de hacer dictada por el Juzgado Ejecutor del Instituto para la Formación Aprovechamiento de Recursos Humanos. Panamá, veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008).

Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. Tercera Edición. IIDH, San José, Costa Rica. 2004.

Sagües, Néstor Pedro. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 2007.

Sagües, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 2004.

Torres Vásquez, Aníbal. *Introducción al Derecho*. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2001.

Las Reformas Constitucionales de 2019: Lecciones de un intento fallido y superación de una década de desencanto

Por:
Dr. Arturo Hoyos*

Resumen: Las Reformas Constitucionales de 2019 en Panamá, fue un intento que no prosperó pero dejó lecciones que nos queda de experiencia y que crea un camino donde los participantes o actores en el nuevo diálogo no deben perder de vista. Además ¿Es propicio establecer un Tribunal Constitucional?. Son inquietudes elevadas en el contenido del artículo lo cual le permite al autor distinguir a través de su importancia y estudio, el rol o función de los Tribunales Constitucionales.

Palabras clave: Constitución Política de Panamá, Reformas Constitucionales, Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional.

Abstract: The 2019 Constitutional Reforms in Panama, was an attempt that did not succeed but left lessons that we keep as experience and that create a path where participants or actors in the new national dialogue should not lose sight of. Additionally: Is it conducive to establishing a Constitutional Court? They are high concerns in the article, which allows the author to distinguish the role or function of the Constitutional Courts, through its study.

Keywords: Political Constitution of Panama., constitutional reforms, comparative law, supreme court of justice, constitutional court.

*Doctor en Derecho (Doctoris Scientiae Juridicae) en la Pontificia Universidad Javeriana (Santa Fe de Bogotá, Colombia) con Diplomas de Especialización en Ciencias Socioeconómicas y en Derecho Laboral, en los años 1972 y 1970 respectivamente, Máster en Economía del Desarrollo en la Universidad de Sussex (Inglaterra, Reino Unido de Gran Bretaña) en 1974. Fue Magistrado en la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá entre 1990 y 2005 y presidió la institución, por 6 años (1994-2000) lo que lo convierte en el Jurista que ha ocupado ese cargo por más tiempo en la historia reciente de la República de Panamá. Fue elegido en 1995 como el primer Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas en Washington DC.

El 23 de diciembre de 2019 el Presidente de la República anunció que retiraría de la Asamblea Nacional las reformas constitucionales que había presentado y que la última había aprobado en una legislatura y que sometería el proceso de cambios constitucionales a amplia consulta, ahora facilitada por el PNUD de la ONU.

El presente ensayo es una versión revisada y actualizada de dos artículos que publiqué en el periódico La Estrella de Panamá el 13 de noviembre y el 22 de diciembre de 2019, ambos muy críticos tanto del proceso para la confección y trámite del proyecto como de su contenido. Al final ofreceré lo que creo son lecciones que deja el intento fallido de esa reforma constitucional.

I. Nuestro hiperpresidencialismo, no la Asamblea Nacional ni la Corte Suprema, es nuestro desafío constitucional.

Las reformas constitucionales aprobadas en 2019 por la Asamblea Nacional en una legislatura no solucionan problema constitucional alguno, agravan los actuales y crean nuevos. Como consecuencia, estas reformas nos llevarán a estridentes reclamos de una constituyente, que no favorezco o a un gobierno debilitado, si se rechazan por el país, como lo intuía y ocurrió. Un gobierno debilitado no podría enfrentar graves problemas, como el de la Seguridad Social.

El proceso de preparación de esa propuesta fue el peor ejemplo de acuerdos secretos y privilegios corporativistas desde el régimen militar: se concedían a representantes de gremios integrantes del Consejo de la Concertación, asociación privada con alguna participación pública, el monopolio constitucional de proponer nombres de candidatos a Magistrados para su nombramiento por el Presidente.

Esto no es ni más ni menos que un privilegio constitucional para un grupo no elegido por los ciudadanos y, por ello, sin legitimidad política democrática. Ese método de postulación a cargos públicos no es nuevo ni bueno pues ha fracasado en la Caja de Seguro Social y en la Jurisdicción Especial del Trabajo.

Desconcertante fue la reacción oficial ante la acción de la Asamblea, que sí tiene legitimidad política democrática por haber sido elegida por el pueblo soberano. Ella, conforme a sus potestades constitucionales, podía introducir cambios constitucionales no previstos en el documento original de la concertación, pero sesionó bajo una amenaza de convocar a una Asamblea Constituyente Paralela, de no aprobar la propuesta del Ejecutivo. Si esos cambios eran o no buenos es otro problema pero al menos sí provenían de un Órgano con legítimo poder constitucional y democrático y hay que discutirlos libremente.

Un sistema político es presidencialista si el Presidente fija la orientación política determinante del Estado (Biscaretti, Derecho Constitucional Comparado), es tanto jefe del Estado como del gobierno, es elegido directamente por el pueblo no por la Asamblea, ambos elegidos por períodos fijos sin que ninguno pueda modificar el período del otro y si bien hay controles mutuos son distintos de sistemas parlamentarios y el Presidente puede vetar las leyes (Carpizo, El Presidencialismo).

Sostengo que nuestro sistema es hiperpresidencialista porque excede con creces las potestades ordinarias de un Presidente, que además han ido en aumento desde 1983 con la reforma constitucional que se introdujo a la Constitución de 1972 e incluso durante la nueva democracia. En esta última, las dos reformas constitucionales esenciales de 1994-

1995, la eliminación del ejército y el título constitucional sobre el Canal de Panamá, aumentaron los poderes presidenciales con el nombramiento de la Junta Directiva del Canal y de los jefes de la Policía, esto por ley. Ningún otro Órgano del Estado tiene tantos poderes, lo que algunos politólogos llaman la “asimetría del poder” en las democracias latinoamericanas que sería una de las causas de nuestras fallidas reformas constitucionales (Javier Corrales, *Fixing Democracy*, 2018).

Sumado a lo anterior tiene plena vigencia la advertencia de Montesquieu: “Todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él y no se detiene hasta que encuentra límites” (*El Espíritu de las Leyes*, Capítulo VI). Nuestras instituciones de control, sobre todo el Ministerio Público y la Contraloría, en la última década han fracasado estrepitosamente en la guarda del orden jurídico y de la integridad de las finanzas públicas. Veinte siglos después valen la frase y pregunta del poeta romano Juvenal : “Cerrojos pon, la entrada veda, pero ¿Quién custodia al guardián?” (*Sátiras*, Sexta, Trad. de F. Díaz, Madrid, 1892). Las reformas guardan silencio.

Las reformas constitucionales refuerzan el Presidencialismo: mayor número de Magistrados a nombrar, desmiembran el Poder Judicial pues crean un tribunal constitucional que además tiene funciones penales para juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema, reforma ilegítima pues quebranta la unidad de la Constitución, lo que rebasa el poder de reforma y sólo puede hacerlo el poder constituyente originario (Richard Albert, *Constitutional Amendments*, 2019); y omite cambio constitucional alguno sobre el Ministerio Público y la Contraloría que han fracasado en la última década en su función de control del Presidente. El uso indebido de partidas de algunos diputados tiene su origen en el otorgamiento de los fondos por el Presidente y la falta

de control de la Contraloría. Sin controles efectivos florece la corrupción, que es consecuencia no causa de la decadencia de nuestro sistema constitucional, que además se ha puesto al servicio de las élites políticas y económicas tradicionales, no del pueblo soberano.

Grupos de interés ligados al Ejecutivo, que han satanizado a la Corte Suprema y a la Asamblea, redactaron reformas constitucionales que partían de un diagnóstico errado de nuestro desafío constitucional que es el de un Presidencialismo exacerbado y, en la práctica, sin controles, salvo los frágiles frenos de la Corte Suprema y de la Asamblea, ejercidos con más determinación desde hace un par de años, y que estas reformas debilitan aún más. El resultado de estas propuestas reformas, de haberse aprobado, habrían sido el agravamiento de nuestros problemas políticos no solamente con el refuerzo de los poderes presidenciales, con controles debilitados sino con los Órganos del Estado ahora sujetos al predominio de un solo partido político pues la Corte Suprema quedará sometida a un tribunal constitucional que la juzga penalmente y cuyos Magistrados serían nombrados, no gradualmente como los de la Corte Suprema (no había norma transitoria sobre los primeros nombramientos) sino inmediatamente, y ratificados por el mismo partido político. Quizás no seríamos un Estado de partido único pero sí un Estado con predominio absoluto de un solo partido político.

La democracia liberal tiene correctivos y controles como las instituciones, y si éstas fallan, las elecciones libres o la movilización social (Acemoglu y Robinson, *The Narrow Corridor*, 2019). En Panamá, las instituciones han fallado o han sido muy débiles en la última década para controlar el poder presidencial; hemos tenido elecciones pero el nuevo gobierno insiste en reformas constitucionales

inconvenientes e ilegítimas por su origen corporativista y desmembradoras del Órgano Judicial; y ya vemos originaron fuertes movilizaciones sociales. Es hora de reflexionar y aprender de los ejemplos de Chile y Bolivia. El actual Presidente, a quien respeto, debe desistir de estas propuestas y formular otras que respondan a nuestros verdaderos desafíos. Esa es, al fin y al cabo, la dinámica de la historia (Arnold Toynbee, *A Study of History*). Efectivamente desistió de ellas al menos formalmente como queda dicho.

II. Un tribunal constitucional ¿para quién?

Hace un cuarto de siglo sostuve un intercambio con un grupo de profesores universitarios que redactaron un proyecto de Constitución que consagraba un tribunal constitucional. Mi análisis de hace 25 años ha sido reproducido en La Estrella de Panamá, (9 de diciembre de 2019). Este ensayo continúa aquel examen sobre una institución que no considero conveniente para el país y que ahora se prevé en las reformas constitucionales aprobadas en primera legislatura por la Asamblea Nacional en 2019.

Desde luego, mi opinión sobre la inconveniencia de trasplantar esa institución a nuestro país no ha variado. Por el contrario, creo que la evolución política e institucional de los últimos 25 años me ha dado la razón y ciertamente ello es así en el contexto latinoamericano.

En el plano estrictamente procesal, el impacto sobre los juicios en los tribunales ordinarios y en la misma Corte Suprema sufrirán lo que indiqué hace 25 años: impugnación, si bien no de sentencias, de resoluciones judiciales (sobre pruebas, notificaciones, etc.) con la consecuente dilación de los procesos, disímil jurisprudencia y conflictos

institucionales pero ahora con un peligroso agravante: los Magistrados de la Corte Suprema serán juzgados por el tribunal constitucional, lo que en efecto los subordinará a su criterio en materia judicial.

Las sentencias del Tribunal Electoral admiten el recurso de inconstitucionalidad (artículo 143 constitucional) ahora ante el tribunal constitucional lo que abre las puertas a lo que ha sido constante causa de los grandes conflictos políticos de nuestra historia. Esto es un error muy grave pues ese tribunal constitucional nombrado y ratificado por un solo partido político tendría la última palabra en materia electoral lo que va a desestabilizar esta democracia.

Hay tres aspectos de la creación de este tribunal constitucional en los que ahora deseo concentrarme: la ilegitimidad de la reforma que lo prevé ; si los tribunales constitucionales han contribuido a atenuar o a agravar los conflictos político-sociales en Latinoamérica, y el efecto potenciador sobre lo que he llamado nuestro hiperpresidencialismo en artículo publicado en La Estrella de Panamá, (13 de noviembre de 2019).

La creación de este tribunal no tiene legitimidad política ni jurídica, aunque se apruebe por el procedimiento de reforma constitucional, tanto en su origen porque proviene de una institución gremial (Concertación) no elegida por el pueblo, como en el fondo porque va en contra de la unidad o estructura básica de la Constitución: tres poderes del Estado que actúan en forma limitada e independiente (artículo 2 constitucional). Este tribunal constitucional (“máximo”) tiene supremacía y así altera la estructura básica constitucional pues subordina al Órgano Judicial en cuanto decidiría sobre varias resoluciones judiciales y elimina la independencia del ju-

dicial y además tiene potestad penal para juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Tal cambio, como se acepta en la doctrina constitucional moderna, sólo corresponde a una asamblea constituyente originaria (Albert, *Constitutional Amendments* y también Schutze, *Comparative Constitutional Law*, ambas de 2019). Como ejemplos de tal doctrina se citan, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema de India sobre la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que cambió el método de nombramiento de Magistrados y otra de Colombia sobre la inconstitucionalidad de una segunda reelección del Presidente Álvaro Uribe.

En cuanto al segundo tema, estudiosos de los tribunales constitucionales especiales en la región (Rios-Figueroa y Helmke, *Tribunales Constitucionales en América Latina*, 2010), señalan que esos tribunales se han dedicado unos más a la promoción y desarrollo de los derechos fundamentales y otros a mediar en los conflictos políticos entre órganos del Estado. Entre los primeros está el tribunal constitucional de Colombia que en 2016 declaró el matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho fundamental. A mi juicio, esa y otras sentencias han llevado al gobierno del Presidente Iván Duque a proponer un cambio constitucional que elimina dicho tribunal y crea un Tribunal Supremo que comprendería las tres altas cortes (constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema). Una obra reciente advierte sobre los conflictos que pueden generar los tribunales constitucionales frente a las transformaciones políticas de una sociedad (Lanfried, *Judicial Power: How constitutional courts affect political transformations*, 2019).

La cuestión que planteo es si actualmente esos tribunales han detenido o amortiguado los conflictos político-sociales en Latinoamérica o

si, por el contrario, su actuación ha sido un factor que los ha agravado. Ciertamente en el caso de la crisis de Chile una sentencia que declaró inconstitucional la ley de protección de los consumidores se estima como un elemento causante de los enormes disturbios (Leterrier, “Chile: la necesidad del cambio constitucional”, diario El País, 14 de enero de 2020) . En Colombia no ha jugado el tribunal constitucional papel alguno en amortiguar los grandes conflictos socio-políticos recientes y en el caso de Bolivia el tribunal constitucional ha sido un factor coadyuvante a la crisis que condujo a la salida del poder del Presidente Evo Morales: mediante una sentencia de 2013 adujo que la prohibición de reelección no afectaba a Morales, éste invocó ese precedente e ignoró luego un referéndum sobre ese tema que no le favoreció, con la complicidad de ese tribunal. No parece pues que en estos países que han tenido serias crisis en 2019 los tribunales constitucionales le hayan brindado estabilidad a la democracia y en el caso de Bolivia fueron un instrumento de Morales quien nombró a todos sus Magistrados (Barrios-Suveiza, *The Coup d’ État that Wasn’t*, I-Connect, Blog de derecho constitucional, 2019). En Perú, el choque entre el poder judicial y el tribunal constitucional que anuló la detención preventiva de Keiko Fujimori es otro ejemplo de conflicto reciente que agrava el entorno político.

Quedaría, por último, examinar si el tribunal constitucional que se previó en la reforma constitucional que se debate en nuestro país contribuye a fortalecer el control sobre nuestro hiperpresidencialismo o si lo agrava, como creo. Fortalece el poder presidencial porque permite el nombramiento de cinco Magistrados por un período de quince años. Ese tribunal, además quedaría con la última palabra sobre la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado y lo que es muy preocupante, sobre las sentencias del Tribunal Electoral.

De aprobarse tal reforma, ella facultaría al Presidente para nombrar en un año a seis Magistrados de la Corte Suprema y a cinco del tribunal constitucional; es decir, once Magistrados. Esto no tiene precedente en toda nuestra historia. Ni siquiera durante el régimen militar.

Puedo entonces contestar la pregunta del título de este artículo: ¿Para quién se crea este tribunal? Me temo que la respuesta es que para la élite política y sus adláteres. El efecto de esta institución será colocarnos en el camino hacia una democracia tutelada por un solo partido político.

Si bien creo que el problema del “juzgamiento cruzado” entre diputados y Magistrados es genuino, como ha sostenido correctamente el Presidente, la institución que propone y los nombramientos por 15 años crean nuevos y gravísimos problemas para nuestra democracia, sustancialmente peores que el de “juzgamiento cruzado”, que puede tener otras soluciones que no sean nocivas para un orden constitucional democrático.

III. Algunas lecciones de la fallida reforma constitucional de 2019.

El historiador francés Serge Gruzinski nos recuerda que vivimos en un presente “casi ilimitado que absorbe gran parte del pasado y el porvenir y rechaza lo que no puede incorporar” (¿Para qué sirve la historia?, Alianza, Madrid, 2018). No podemos incorporar el secretismo, elitismo y sectarismo del 2019. Sus polos opuestos : la transparencia, la participación amplia y abierta deben ser los parámetros del nuevo proceso. El Presidente ha indicado esto.

Ahora que a partir de 2020 se retoma la discusión de las reformas a la Constitución creo que el camino seguido el año pasado deja algunas lecciones que los participantes en el nuevo diálogo nacional no deben perder de vista.

En primer lugar está el proceso de preparación del proyecto. Hay que evitar el error de preparar en secreto un documento avalado por una organización sin legitimidad política democrática y aprobarlo sin discusión en el Consejo de Gabinete.

Segundo, en cuanto al contenido, ninguna reforma de sustancia puede soslayar el problema de nuestro hiperpresidencialismo, como se hizo en 2019. Cualquier reforma debe atenuar los poderes presidenciales excesivos y fortalecer las instituciones que pueden controlarlo.

En tercer lugar no debe perderse de vista que las reformas constitucionales tienen límites sustanciales implícitos: no se puede alterar la estructura básica de la Constitución, por ejemplo con la creación de un tribunal constitucional con las implicaciones que he anotado.

Es imperativo incluir a los grupos populares, a los partidos políticos y a los juristas con experiencia y reconocidos a la discusión de las reformas sin soslayar que cambios constitucionales a los tres órganos del Estado no pueden poner fin a problemas como la desigualdad económica ni la pobreza que nos aquejan.

Si hemos de superar la década de desencanto con nuestras instituciones políticas debemos empezar por cambios constitucionales pero éstos nunca serán suficientes porque el papel del liderazgo es igualmente importante. Allí también hemos tenido graves carencias

aunque hay esperanza de que incluso en este plano hay progreso alcanzable.

Referencias

Albert, Richard. *Constitutional Amendments*, Oxford University Press, 2020.

Biscaretti, Paolo. *Introducción al Derecho Comparado*, México, 1996.

Carpizo, Jorge. *Propuesta de una tipología del presidencialismo latinoamericano*, UNAM, México, 2014.

Corrales, Javier. *Fixing Democracy*, Cambridge University, United States, 2019.

Gruzinski, Serge. *¿Para qué sirve la historia?*, Alianza, Madrid, 2018.

Schutze, Robert & Masterman, Roger. *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, University of Durham, 2019.

Toynbee, Arnold. *Study of History, American Journal of Economics and Sociology*, 1955.

La orientación política que debe aplicarse al sistema jurídico panameño

Por:

Dr. Olmedo Sanjur G.*

Resumen: Hace un llamado el autor a elaborar un plan nacional de recuperación de los valores auténticos, donde se precisen objetivos, esferas de competencia de las autoridades públicas responsable. En el mismo sentido hace un llamado a través del presente artículo al Gobierno Nacional darle prioridad a la elaboración del plan nacional, sin perjuicio de que paralelamente se atiendan las causas que han generado estos graves problemas sociales.

Palabras clave: Plan Nacional, Valores, Gobierno de Panamá, Cultura, Problemas Sociales.

Abstract: The author calls to elaborate a national recovery plan of the authentic values, where objectives, scope of jurisdiction of the responsible public authorities, can be specified. In this sense, he appeals, through this article, to the National Government to prioritize the elaboration of this national plan, without prejudice that meanwhile, the causes that have generated these so critical social problems can be addressed.

Keywords: National plan, values, Government of Panama, culture, social problems.

*Abogado, exprofesor de Derecho Administrativo, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, exprocurador de la Administración y exmiembro del Comité Jurídico Interamericano.

I. Breve justificación del trabajo

Se me ha distinguido con la gentil invitación para que elabore un trabajo sobre un tema jurídico para ser publicado, conjuntamente con otros, en la próxima edición de la revista Ratio Legis, por lo cual trataré de cumplir con esa misión en los párrafos que siguen, sobre los elementos que a nuestro juicio son los de mayor importancia para el sistema jurídico panameño.

A nuestro juicio, lo que importa a la sociedad panameña en la actualidad y que deben reflejarse en las normas legales que deben regir la conducta de sus miembros, es la cultura que impera en ella, y sobre la que los medios de comunicación social destacan con más énfasis la parte negativa, como son la incidencia de los delitos de mayor gravedad casi desconocidos en épocas anteriores (el sicariato, la asociación para delinquir, el incremento del tráfico de drogas, el tráfico y el secuestro de personas, el surgimiento de pandillas y bandas dedicadas a actividades delictivas, y otros).

En los últimos lustros se ha venido difundiendo en dichos medios lo atinente a la corrupción, tanto de servidores públicos como de particulares, que afectan los patrimonios públicos y que originan críticas acervas de comentaristas de los medios de comunicación social, de políticos en oposición al gobierno de turno y de las personas particulares, que atribuyen a tal hecho ilícito la causa de que los servicios públicos y las obras públicas no se presten o mantengan con la eficacia que es indispensable.

La demora en la obtención de una operación quirúrgica, que algunas veces es urgente, la insuficiencia del suministro de los medica-

mentos requeridos (algunos indispensables para conservar la vida o la salud), la demora en el mantenimiento y reparación de las vías públicas (algunas de ellas llevan más de 10 años en reparación, sin que termine), que a su vez acarrear otros problemas a los pacientes o a los usuarios, quienes se quejan con toda justificación.

El pago de sobrecostos a los contratistas del Estado que no se justifican, y el llamado “clientelismo”, que en el idioma político criollo significa la compra de electores, de diputados y de otras autoridades públicas, se han constituido en objeto de severas críticas públicas frecuentes.

A todo lo anterior, se suma la queja por la inseguridad pública, porque no son infrecuentes los asaltos a los clientes y empleados de los restaurantes, a los llamados “minisúper”, asaltos en las vías públicas, a los pasajeros de autobuses, a los “billeteros”, etc.

Por si fuera poco, nuestro sistema educativo ha sido calificado como muy deficiente en las últimas evaluaciones realizadas internacionalmente, lo que agrava la situación social.

II. Posibles causas de los problemas sociales mencionados y su importancia para el régimen jurídico panameño

Es una realidad de amplio conocimiento que la sociedad panameña está muy preocupada por la situación imperante en el país, lo que cobra más importancia cuando se cometen hechos de la máxima gravedad, como ha sido recientemente el asesinato de dos parejas jóvenes y de su hijito de solo tres meses de edad, la muerte de la madre y la hermana de quien ejecutó el hecho, la matanza de más de quince re-

clusos en un tiroteo ocurrido dentro de la cárcel, la matanza de siete miembros de una familia Nobe Buglé, supuestamente ejecutado por un familiar, la segunda evasión del dominicano Gilberto Ventura Ceballos, condenado por múltiples delitos de homicidio, etc.

La situación imperante hace que emerja con mayor énfasis la preocupación de la sociedad cuando se aproxima el nombramiento de personas que deben desempeñar cargos de alta jerarquía y de mucha responsabilidad, como es el caso de los procuradores de la Nación y de la Administración, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, fiscales anticorrupción, fiscales para investigar las organizaciones delictivas, debido a la desconfianza que genera lo ocurrido con las personas que han sido titulares de tales cargos en nuestra historia reciente.

A la sociedad panameña se le ha sugerido como solución para tales problemas, que hay que cambiar el sistema jurídico vigente y sustituirlo por nuevas normas jurídicas. Un ejemplo elocuente de ello fue que se sugirió un cambio en el régimen constitucional que, según algunos, debe implicar la adopción de una nueva Constitución Política, producto de una Asamblea “Constituyente Originaria” y, según otros, una modificación de las normas que regulan algunos temas específicos importantes en la Carta Política vigente.

Sin embargo, un organismo denominado “El Pacto de Estado por la Justicia”, cuyos miembros elaboraron un proyecto de reformas constitucionales que fue sometido a consideración de la Asamblea Nacional —el cual contrario a lo que se esperaba— generó no solamente encendidos debates, sino críticas y diversas manifestaciones públicas de grupos opositores al Gobierno, de estudiantes, de obreros, de partidos políticos y otros, con criterios o por razones diferentes.

Ciertamente ninguna modificación al régimen jurídico conlleva una modificación de la conducta social, puesto que el primero debe reflejar los principios y las normas que se conforman con la cultura imperante en la sociedad.

Pienso que constituye un deber cívico destacar la labor de panameños meritorios que ocuparon cargos en la administración de justicia en forma prístina, transparente, eficiente y éticamente inobjetable. Para citar solamente uno, podría mencionar el caso del licenciado Víctor De León, quien después de haber ocupado cargos públicos de baja jerarquía, fue durante veinte años procurador general de la Nación, en dos periodos consecutivos, y luego magistrado de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual el Gobierno nacional lo condecoró.

Don Víctor De León, además de fungir como procurador general de la Nación fue titular de la cátedra de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Se trasladaba con los que fuimos sus alumnos en esa época, en la misma “chivita” de dos asientos, desde el Mercado Público de San Felipe hasta la Universidad de Panamá, sin escolta o guardaespaldas. Nadie le faltó al respeto y nadie lo agredió, porque su conducta imponía respeto.

Don Víctor fue nombrado en el cargo de procurador general de la Nación y magistrado de la Corte Suprema de Justicia con las normas constitucionales y las normas legales que, en lo sustancial, son las que las imperan en la actualidad.

Convendría entonces preguntarse, ¿por qué una persona nombrada de la misma manera que otras que la antecedieron en esos cargos

han sido acremente cuestionadas en el desempeño de tales cargos? La respuesta que surge de manera obvia, es la diferente conducta desplegada entre las primeras y las últimas, que precisamente constituyen un ejemplo de la situación imperante.

Para resolver los problemas que aquejan a la sociedad panameña hay que comenzar por recuperar los auténticos valores, puesto que las naciones surgen y se consolidan alrededor de ellos. Entre estos debe tener prioridad el amor a la patria (el valor cívico). Cuando ocurrió un grave incendio en el Barrio de Curundú, en la ciudad de Panamá, un conductor de automóvil llamó a la estación de radio que narra el hecho para informar lo que le acababa de ocurrir esa mañana. Y dijo que cuando pasaba frente a una escuela pública se estaba izando el pabellón nacional, por lo que él detuvo el vehículo en señal de respeto, y la reacción de los conductores que lo seguían fue gritarle: “MUÉVETE IDIOTA”.

En la mañana de hoy, una de las televisoras del país difundió el hecho de que en un autobús de los llamados “diablos rojos” se estaba colocando, en la puerta trasera, un gran retrato del prófugo de la justicia “Gilberto Ventura Ceballos”, en forma similar o como había ocurrido con los retratos de personalidades panameñas distinguidas como son los del General Omar Torrijos Herrera, el abogado y cantautor, doctor Rubén Blades, la cantautora Erika Ender, el atleta Irving Saladino, el beisbolista Mariano Rivera y otras personas distinguidas.

Esto demuestra la necesidad de superar esta grave deficiencia cultural, que antaño se preveía con la educación que los padres les impartían a sus hijos y que luego se reforzaba en la escuela, que incluía en la secundaria la cátedra de “Cívica”.

El respeto a los padres, a los maestros, a los profesores y a las autoridades, y de estos a sus hijos, a sus alumnos y a los ciudadanos particulares, se ha diluido, con el resultado negativo de relaciones inapropiadas, contrarias a lo que disponen las normas jurídicas vigentes y elementales normas de educación y urbanidad.

Y cuando se mira el entorno social nacional, y el de otros países que se precian de ser parte de lo que hoy denominan “El primer mundo”, países económicamente ricos y militarmente desarrollados, la situación es similar o peor.

¿Qué justificación puede tener el hecho de que en los Estados Unidos de América un niño de escuela primaria le quite la vida a su maestro con un arma de fuego o dispare a sus compañeros, o que un pistolero acabe con la vida de más de cincuenta personas que participaban de un acto social?

Y cuando las personas comunes y corrientes tratan de buscar las causas de tales conductas, se llega a la conclusión de que son de conocimiento público, entre las cuales están: el deterioro de la organización familiar, que impide que los hijos formen su personalidad con auténticos valores, dado que los padres en un alto porcentaje no le brindan la protección y la orientación a que tienen derecho sus hijos, que es una de las causas que llevan a la deserción escolar y de que estos ingresen en la prostitución o en organizaciones delictivas. La pérdida de la mística de los educadores, que se traduce en la falta de calidad en la educación formal que imparten, al extremo de que algunos letrados que muestran al público en actividades gremiales, contienen graves errores de ortografía que causan críticas de los medios de comunicación social y de los miembros de la sociedad.

El irrespeto y agresividad de los padres de familia frente a los educadores, que ha incluido agresiones físicas de madres de familia a educadoras (como fue el caso ocurrido en la Escuela de Tocumen), impiden el desarrollo apropiado del proceso educativo.

III. Necesidad de hacer cumplir las normas legales

Parte de las deficiencias culturales de los panameños dice relación con la laxitud en el cumplimiento de las leyes y en el deber de las autoridades públicas de hacerlas cumplir. Todo ello, a pesar de que los artículos 17 y 18 de la Constitución Política disponen que las autoridades públicas están obligadas a cumplir y a hacer cumplir la Constitución y las leyes.

En la república de Panamá existe un universo de normas jurídicas para todos los temas o materias, pero muchas de ellas no son conocidas por los particulares y tampoco por las autoridades públicas, y otras que ambos conocen pero no las cumplen. Para citar solo dos ejemplos: hay múltiples normas legales y reglamentarias que limitan el número de cantinas a una por cada cinco mil residentes en la comunidad, a no menos de quinientos metros de iglesias y centros escolares, y que deben operar en locales cerrados, sin que el ruido o la música se oiga fuera del local. Un amigo nuestro me comentó que en San Carlos había cinco veces más de las permitidas por la Ley; y en la comunidad de El Rodeo, distrito de La Mesa, provincia de Veraguas, hay tres cantinas y no más de veinte casas.

En el interior de la república, las cantinas con sus aparatos musicales estruendosos, los fines de semana no dejan dormir ni al alcalde del distrito ni tampoco al resto de la comunidad, sin que ninguna autoridad adopte medidas que hagan cumplir la Ley.

En la ciudad de Panamá, en un hecho histórico, el alcalde José Luis Fábrega logró elevar las multas para sancionar los escándalos generados por las cantinas y otros centros de “chupatas”, y prometió aplicar de manera inflexible estas sanciones a quienes violaran la prohibición. Imagino que es odiado por los gestores y asistentes a tales centros, y admirado por todos los vecinos.

El Código Judicial y otros textos legales establecen términos perentorios que deben cumplir los tribunales, las agencias del Ministerio Público y otras autoridades públicas, al igual que los apoderados de particulares. Pero tales términos solo se le hacen cumplir a los últimos, lo que trae consigo un desequilibrio procesal en su perjuicio.

IV. Urge la creación y aplicación de un plan nacional de recuperación de los valores en la cultura panameña

Esta situación exige que se elabore un plan nacional de recuperación de los auténticos valores, de manera que la cultura de los panameños sea orientada por ellos. Debe ser diseñado por el Gobierno nacional y debe incluir las autoridades y dependencias estatales y locales responsables de su ejecución, con programas claramente definidos para lograr su propósito.

Este plan nacional debe ser creado mediante una ley que precise los objetivos, las esferas de competencia de las autoridades públicas responsables, los programas que cada dependencia estatal debe desarrollar y las sanciones que deben imponerse a quienes incumplan las obligaciones que le son asignadas.

Es evidente que el diseño de ese plan debe recaer en el Ministerio de Educación y en el Ministerio de Cultura, con programas que deben

ser ejecutados por los padres de familia y en los distintos centros de educación (tanto públicos como particulares), que incluyan todos las escolares, desde la preprimaria hasta la universitaria, con mecanismos de supervisión, fiscalización, y evaluación de resultados en periodos razonables.

Es un deber cívico del Gobierno darle prioridad a la elaboración y ejecución del referido plan nacional, sin perjuicio de que paralelamente se atiendan las causas que han generado estos gravísimos problemas sociales. Y ello debe incluir una difusión de dicho plan, en todo el país para lograr de manera eficaz que la población conozca la urgente necesidad de superar, con su colaboración, los graves problemas que confronta la sociedad.

Mientras este proceso no se inicie, nuestras nuevas generaciones serán víctimas inconscientes del enfermo entorno social que le habremos legado.

Referencias

Benavides Pinilla, Víctor M. *Compendio de Derecho Público Panameño*. Editorial EJAM. 2012

Bernal, Manuel y Otros. *Manual de Derecho Administrativo Panameño*. Litho Editorial Chen. Panamá. 2013

Sanjur G., Olmedo. *Análisis Crítico de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en Panamá*. Revista Iustitia et Pulcritud. N° 10. Editorial la Antigua. Panamá. 1994

Sanjur G., Olmedo. *El Derecho Administrativo Panameño*. Revista Iustitia et Pulcritud. N° 19. Editorial la Antigua. Panamá. 2003

Sanjur G., Olmedo. *Esbozo del Principio de Irrevocabilidad de los Actos Administrativos*. Lex – Revista del Colegio de Abogados de Panamá. 1979

Prohibiciones en la Constitución de Panamá

Por:
Dr. Edgardo Molino Mola*

Resumen: *Las prohibiciones inferidas en la Constitución Política de la República de Panamá, constituyen el análisis central del presente artículo. En el mismo se realiza una valoración jurídica muy profunda del concepto de prohibición, desde el punto de vista dogmático jurídico del derecho constitucional panameño. En el artículo se hace un recorrido a los preceptos de prohibición claramente dispuestos en la conformación del Estado Panameño, los Derechos y Deberes del Individuo, en los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial de nuestra Constitución Política.*

Palabras clave: *Prohibición Constitucional, Garantías del Individuo, Órgano Legislativo, Órgano Ejecutivo, Órgano Judicial, Ministerio Público, Canal de Panamá.*

Abstract: *The prohibitions inferred in the Political Constitution of the Republic of Panama constitute the central analysis of this article. It makes a very thorough legal assessment of the concept of prohibition, from the legal dogmatic point of view of Panamanian constitutional law. The article takes a tour of the prohibition provisions clearly arranged in the formation of the Panamanian State, the Rights and Duties of the Individual, in the Legislative, Executive and Judicial Bodies of our Political Constitution.*

Keywords: *Constitutional Prohibition, Individual's Guarantees, Legislative Body, Executive Body, Judicial Body, Public Prosecutor's Office, Panama Canal.*

*Doctorado en Derecho por la Universidad Central de Madrid con la distinción Summa Cum Laude, Ex - Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, ha ejercido la docencia en las asignaturas de Derecho Constitucional, practica forense, derecho procesal constitucional y procesal administrativo, fue decano y Vice decano de la Facultad de Derecho.

I. Introducción

Desde el principio, una de las primeras normas establecidas, consistió en fijar una prohibición.

Según la tradición hebraica, en el libro del Génesis, 2, 6 y 7, Dios le dijo a Adán que podía comer cualquier cosa de los árboles del Jardín del Edén, menos de la fruta del árbol del conocimiento del bien y del mal, porque de hacerlo moriría, pero al desobedecer y hacer el acto que se le tenía prohibido, diciendo que Eva le dio a comer el fruto prohibido, se produjo la primera sanción, que de acuerdo con la Biblia, Dios le dijo a Eva: “Aumentaré tus dolores cuando tengas hijos, y con dolor los darás a luz, pero tu deseo te llevará a tu marido, y él tendrá autoridad sobre ti” (Génesis 3:16), que Adán debería trabajar para comer (Génesis 3:19) y que ambos morirían; y fueron expulsados del paraíso.

EL acto de prohibir se establece con el propósito de que no se haga una cosa a fin de evitar un mal o daño grave, para quien realice el acto prohibido o a un tercero o a la sociedad en general. La violación de la regla que prohíbe el acto de no hacer genera a su vez una sanción establecida en la misma disposición o en norma aparte. El desarrollo de las prohibiciones se ha extendido más allá de materia de tránsito vehicular, en donde se representa con un símbolo gráfico formado por un círculo rojo y blanco atravesado por una línea vertical, y se ha extendido a otras áreas distintas del tránsito vehicular. Sería muy conveniente fijar en los despachos públicos y de los concesionarios de servicios públicos, un símbolo gráfico como el descrito, con el libro de la constitución en su interior para así advertirle a sus aplicadores que está prohibido violar la Constitución.

La Constitución panameña establece de diferentes maneras o formas estas prohibiciones. A veces dice se prohíbe o es prohibido o utiliza la palabra no para expresar que una determinada actividad no es permitida y utiliza frases como no podrá o no podrán, no hay, no habrá, no se otorgará, no se percibirá, no se establecerá, solo podrá, etc., para significar una prohibición.

Lo opuesto a lo prohibido es lo permitido. Existe un principio de derecho que establece que los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe y que las autoridades solamente pueden hacer lo que la ley expresamente les autoriza. Nuestra Constitución en su artículo 18 consagra este principio de derecho cuando dice: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o la ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio.

Si entendemos este precepto correctamente, las autoridades tienen que demostrar que el acto que realizan se los permite la Constitución o la ley, es decir, que están facultados para hacerlo. Si el acto no está permitido expresamente, entonces el acto les está vedado o prohibido. Elisur Arteaga Nava dice:

Una prohibición referida a una autoridad, en estricta técnica jurídica, no tiene razón de ser; es suficiente que no se le otorgue la facultad o atribución para actuar sobre determinada materia, para que se entienda que la tiene prohibida, debe entenderse que toda facultad no concedida se tiene prohibida.

A pesar de lo dicho, la Constitución y la ley establecen prohibiciones expresas para hacer énfasis en conductas no permitidas por su gravedad y daño que ocasionan a particulares, a la sociedad y al propio Estado. En cuanto a los particulares, pueden hacer todo lo que no tienen prohibido.

Los actos que prohíbe la ley son nulos y sin ningún valor de acuerdo con el artículo 5 del Código Civil panameño. Esta norma, en mi opinión, tiene alcance constitucional y debe entenderse como parte del bloque de constitucionalidad, porque vale para todas las prohibiciones legales y no solo para las establecidas en el Código Civil. Por tanto, todo acto prohibido por la constitución o la ley queda sancionado con la nulidad y falta de valor, además de la sanción que expresamente establezca la norma que describe el acto prohibido.

La responsabilidad a la que se refiere la Constitución puede ser penal, civil, administrativa, o disciplinaria. A veces la Constitución fija la sanción o se la deja a la ley establecerla, pero la responsabilidad se puede y debe exigir por la violación de las normas constitucionales.

II. Prohibiciones del título primero sobre el Estado panameño

La primera prohibición que de manera expresa aparece en nuestra constitución se refiere al territorio nacional y se encuentra en el párrafo segundo del artículo 3 y dice así: El territorio nacional no podrá ser jamás cedido, traspasado o enajenado, ni temporal ni parcialmente, a otros estados.

Esta norma surge debido a los grandes problemas y tragedias que sufrió la nación panameña debido a la existencia de la Zona del

Canal de Panamá, y por el tratado de 1903 con los Estados Unidos de América.

Otra prohibición, que a mi juicio se desprende de este título es del artículo 2 cuando dice: El Poder Público solo emana del pueblo. Significa que el poder público solo tiene valor cuando es el pueblo el que lo confiere mediante elecciones libres. Por tanto, aquí la palabra solo tiene el valor de una prohibición ya que únicamente permite que el poder público surja de los elegidos por el pueblo y que cualesquiera otras formas de llegar al poder están vedadas, salvo que la propia constitución determine otra cosa, como cuando faltan de manera absoluta los elegidos y las normas constitucionales establecen la forma de llenar la vacante.

III. Prohibiciones del título tercero sobre derecho y deberes individuales y sociales

El título tercero de la constitución (el más largo), se divide en capítulos y artículos

El capítulo 1 sobre garantías fundamentales contiene las siguientes prohibiciones.

1. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas. Art. 18.
Esta norma que no menciona ninguna prohibición es, sin embargo, la norma central sobre lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer por los particulares y las autoridades, y que ya explicamos en la parte introductoria.

2. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas. Art. 19.
3. Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley.
4. No hay prisión, detención o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles. Art. 21.
5. El Estado no podrá extraditar a sus nacionales; ni a los extranjeros por delitos políticos. Art. 24.
6. El domicilio o residencia son inviolables. Nadie puede entrar en ellos sin el consentimiento de su dueño, a no ser por mandato escrito de autoridad competente y para fines específicos, o para socorrer a víctimas de crímenes o desastres. Art. 26.
7. Se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos. Art. 28.
8. La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención. Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores. Art. 29.

9. No hay pena de muerte, de expatriación ni de confiscación de bienes. Art. 30.
10. No se otorgará reconocimiento a las asociaciones inspiradas en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de una raza o de un grupo étnico, o que justifiquen o promuevan la discriminación racial. Art. 39.
11. No se establecerá impuesto o contribución para el ejercicio de las profesiones liberales y de los oficios y las artes. Art. 40.
12. Los ministros de los cultos religiosos, además de las funciones inherentes a su misión, solo podrán ejercer los cargos públicos que se relacionen con la asistencia social, la educación o la investigación científica. Art. 45.
13. Nadie está obligado a pagar contribución ni impuesto, que no estuvieren legalmente establecidos y cuya cobranza no se hiciere en la forma prescrita por las leyes. Art. 51.

Capítulo 2. La Familia

1. No se consignará declaración alguna que establezca diferencia en los nacimientos o sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de aquellos, ni en ningún atestado, partida de bautismo o certificado referente a la filiación. Art. 61.

Capítulo 3. El Trabajo

1. El Ejecutivo **no podrá** disolver un sindicato sino cuando se aparte permanentemente de sus fines y así lo declare el tribunal competente mediante sentencia firme. Art. 68.
2. Se **prohíbe** el trabajo a los menores de 14 años y el nocturno a los menores de dieciséis, salvo...se prohíbe igualmente el empleo de menores hasta de 14 años en calidad de sirvientes domésticos y el trabajo de las mujeres en ocupaciones insalubres. Art. 70.
3. La mujer en estado de gravidez **no podrá** ser separada de su empleo público o particular por esta causa. Al reincorporarse a su empleo, después del descanso forzoso, **no podrá** ser despedida por el término de un año. Art. 72.
4. Se **prohíbe** la contratación de trabajadores extranjeros que puedan rebajar las condiciones de trabajo o las normas de vida del trabajador nacional. Art. 73.

Capítulo 4. Cultura Nacional

1. Cuando sean usados (los medios de comunicación) para la publicidad o la difusión de propaganda, estas **no deben** ser contrarias a la salud, la moral, la educación, formación cultural de la sociedad y la conciencia nacional. La Ley reglamentará su funcionamiento. Art. 89.

Capítulo 5. Educación

1. Solo se reconocen los títulos académicos y profesionales expedidos por el Estado o autorizados por este de acuerdo con la Ley. Art. 99.
La enseñanza de la historia de Panamá y de la educación cívica será dictada por panameños. Art. 100.

Capítulo 8. Régimen Agrario

1. Se prohíbe la apropiación privada de tierras en las reservas y propiedad colectiva de las comunidades indígenas. Art. 127.

Capítulo 9. Defensoría del Pueblo

1. Para ser elegido defensor del pueblo se requiere:
No haber sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más. Art. 129.
No tener parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con el presidente de la República, con ningún otro miembro del Consejo de Gabinete, ni con magistrados de la Corte Suprema de Justicia ni con diputados de la República. Art. 130.

IV. Prohibiciones del título IV sobre derechos políticos

1. Las autoridades están obligadas a garantizar la libertad y honradez del sufragio.

Se prohíben:

1. El apoyo oficial directo o indirecto a candidatos a puestos de elección popular, aun cuando fueren velados los medios empleados a tal fin.
 2. Las actividades de propaganda y afiliación partidistas en las oficinas públicas.
 3. La exacción de cuotas o contribuciones a los empleados públicos para fines, políticos, aún a pretexto de que son voluntarias.
 4. Cualquier acto que impida o dificulte a un ciudadano obtener, guardar o presentar personalmente su cédula de identidad. Igualmente, se prohíbe la exacción de cuotas, contribuciones, cobros o descuentos a los trabajadores del sector privado por los empleadores para fines políticos, aun a pretexto de que son voluntarias. La Ley tipificará los delitos electorales y señalará las sanciones respectivas. Art. 136.
-
2. No es lícita la formación de partidos que tengan por base el sexo, la raza, la religión o que tiendan a destruir la forma democrática de gobierno. Art. 139.

V. Prohibiciones del título V, sobre el órgano legislativo

Para ser diputado se requiere:

1. No haber sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante sentencia ejecutoriada, proferida por un tribunal de justicia. Art.153.

2. El diputado principal o suplente podrá ser demandado civilmente pero no podrá decretarse secuestro u otra medida cautelar sobre su patrimonio, sin previa autorización del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con excepción de las medidas que tengan como fundamento asegurar el cumplimiento de obligaciones por Derecho de Familia y Derecho Laboral. Art. 155.
3. Los diputados principales y suplentes, cuando estos últimos estén ejerciendo el cargo no podrán aceptar ningún empleo público remunerado. Art. 156.
4. Los diputados devengarán los emolumentos que señale la ley, los cuales serán imputables al Tesoro Nacional, pero su aumento solo será efectivo después de terminar el periodo de la Asamblea Nacional que lo hubiere aprobado. Art. 157.
5. Los diputados no podrán hacer por sí mismos, ni por interpuestas personas, contrato alguno con Órganos del Estado o con instituciones o empresas vinculadas a éste, ni admitir de nadie poder para gestionar negocios ante esos Órganos, instituciones o empresas. Art 158.
6. La Ley de facultades extraordinarias no podrá comprender las materias previstas en los numerales tres, cuatro y diez de este artículo, ni el desarrollo de las garantías fundamentales, el sufragio, el régimen de los partidos y la tipificación de delitos y sanciones. Art. 159, numeral 16.
7. Los nombramientos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del procurador general de la Nación, del procurador de

la Administración y los demás que haga el Ejecutivo y que, por disposición de esta Constitución o de la Ley, requieran la ratificación de la Asamblea Nacional. Los funcionarios que requieran ratificación no podrán tomar posesión de su cargo hasta tanto sean ratificados. Art. 161, numeral 4.

8. Los funcionarios que nombre o ratifique la Asamblea podrán ser citados para que rindan informes verbales o escritos, pero el debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario específico. Art. 161, numeral 9.

Es prohibido a la Asamblea Nacional:

1. Expedir Leyes que contraríen la letra o el espíritu de esta Constitución.
2. Inmiscuirse por medio de resoluciones en asuntos que son de la privativa competencia de los otros Órganos del Estado.
3. Reconocer a cargo del tesoro público indemnizaciones que no hayan sido previamente declaradas por las autoridades competentes y votar partidas para pagar becas, pensiones, jubilaciones, gratificaciones o erogaciones que no hayan sido decretadas conforme a las leyes generales preexistentes.
4. Decretar actos de proscripción o de persecución contra personas o corporaciones.
5. Incitar o compeler a los funcionarios públicos para que adopten determinadas medidas.

6. Hacer nombramientos distintos de los que le correspondan de acuerdo con esta Constitución y las leyes.
7. Exigir al Órgano Ejecutivo comunicación de las instrucciones dadas a los Agentes Diplomáticos o informes sobre negociaciones que tengan carácter reservado.
8. Ordenar o autorizar otras partidas y programas no previstos en el Presupuesto General del Estado, salvo en casos de emergencia así declarados expresamente por el Órgano Ejecutivo.
9. Delegar cualquiera de las funciones que le correspondan, salvo lo previsto en el numeral 16 del artículo 159.
10. Dar votos de aplausos o de censura respecto de actos del presidente de la república. Art. 163.
11. El Ejecutivo dispondrá de un máximo de treinta días hábiles para devolver con objeciones cualquier proyecto.
Si el Ejecutivo una vez transcurrido el indicado término no hubiese devuelto el proyecto con objeciones no podrá dejar de sancionarlo y hacerlo promulgar. Art. 169.

VI. Prohibiciones del título VI, sobre el Órgano Ejecutivo

1. Los ciudadanos que hayan sido elegidos presidente o vicepresidentes de la República no podrán ser reelegidos para el mismo cargo en los dos periodos presidenciales inmediatamente siguientes. Art. 178.

2. No podrá ser elegido presidente ni vicepresidente de la República quien haya sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante sentencia ejecutoriada proferida por un tribunal de justicia. Art. 180.

3. No podrá ser elegido presidente de la república:

El ciudadano que, llamado a ejercer la presidencia por falta absoluta del titular, la hubiere ejercido en cualquier tiempo durante los tres años inmediatamente anteriores al periodo para el cual se hace la elección.

Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del presidente de la República que haya ejercido sus funciones en el período inmediatamente anterior o del ciudadano indicado en el numeral uno de este artículo. Art. 192.

4. No podrá ser elegido vicepresidente de la república:

- El presidente de la república que hubiere desempeñado sus funciones en cualquier tiempo, cuando la elección del vicepresidente de la república sea para el periodo siguiente al suyo.
- Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del presidente de la república, para el periodo que sigue a aquel en que el presidente de la república hubiere ejercido el cargo.
- El ciudadano que como vicepresidente de la república hubiere ejercido el cargo de presidente de la república en forma permanente en cualquier tiempo durante los tres años anteriores al periodo para el cual se hace la elección.

- Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del ciudadano expresado en el numeral anterior para el periodo inmediatamente siguiente a aquel en que este hubiere ejercido la presidencia de la república.
 - Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del presidente de la república. Art.193.
5. Los ministros de Estado deben ser panameños por nacimiento, haber cumplido veinticinco años de edad y no haber sido condenados por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante sentencia ejecutoriada, artículo 196.
6. No podrán ser nombrados ministros de Estado los parientes del presidente de la República dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni ser miembros de un mismo Gabinete personas unidas entre sí por los expresados grados de parentesco. proferida por un tribunal de justicia. Art. 197.

VII. Prohibiciones del título VII, sobre la administración de justicia. (Órgano Judicial)

1. Solo podrán ser designados suplentes (de magistrado), los funcionarios de Carrera Judicial de servicios en el Órgano Judicial. Art. 203.
2. No podrá ser nombrado magistrado de la Corte Suprema de Justicia:
 - Quien esté ejerciendo o haya ejercido el cargo de diputado de la república

- Suplente de diputado durante el periodo constitucional en curso.
 - Quien esté ejerciendo o haya ejercido cargos de mando y jurisdicción en el Órgano Ejecutivo durante el periodo constitucional en curso.
3. La ley dividirá la Corte en Salas, formadas por tres Magistrados permanentes cada una. Art 203.
 4. La persona que haya sido condenada por delito doloso, mediante sentencia ejecutoriada proferida por un Tribunal de Justicia, no podrá desempeñar ningún cargo en el Órgano Judicial. Art. 205.
 5. Los magistrados y jueces principales no podrán desempeñar ningún otro cargo público, excepto el de profesor para la enseñanza del Derecho en establecimientos de educación universitaria. Art. 208.
 6. Los magistrados y los jueces no serán depuestos ni suspendidos o trasladados en el ejercicio de sus cargos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la Ley. Art. 211.
 7. Los cargos del Órgano Judicial son incompatibles con toda participación en la política, salvo la emisión del voto en las elecciones, con el ejercicio de la abogacía o del comercio y con cualquier otro cargo retribuido, excepto lo previsto en el artículo 208. Art. 212.
 8. Los sueldos y asignaciones de los magistrados de la Corte Suprema no serán inferiores a los de los ministros de Estado. Art. 213.

9. Los magistrados y jueces no podrán ser detenidos ni arrestados sino por mandamiento escrito de la autoridad judicial competente para juzgarlos. Art. 216.

Ministerio Público

1. Rigen para los agentes del Ministerio Público las mismas disposiciones que para los funcionarios judiciales según lo establecen los artículos 205, 208, 210, 211, 212 y 216.

VIII. Prohibiciones del título VIII, sobre regímenes municipal y provincial

Para ser representante de corregimiento se requiere:

1. No haber sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante sentencia ejecutoriada, proferida por un tribunal de justicia. Art. 226.
2. Los representantes de corregimientos no podrán ser nombrados para cargos públicos remunerados por el respectivo Municipio. La infracción de este precepto vicia de nulidad el nombramiento. Art. 229.
3. Ningún servidor público municipal podrá ser suspendido ni destituido por las autoridades administrativas nacionales. Art. 235.
4. El Estado no podrá conceder exenciones de derechos, tasas o impuestos municipales. Los municipios solo podrán hacerlo mediante acuerdo municipal. Art. 248.

IX. Prohibiciones sobre el título IX, La Hacienda Pública

Pertenecen al Estado:

1. Las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado...Art. 257.
2. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:
 - El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales; las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.
 - Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
 - Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.
 - El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
 - Los demás bienes que la ley defina como de uso público.
 - En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado. Art. 258.

El Presupuesto General del Estado

1. No habrá en la república papel moneda de curso forzoso. Art. 262.
2. La Asamblea Nacional no podrá aumentar ninguna de las erogaciones previstas en el proyecto de presupuesto o incluir una nueva erogación, sin aprobación del Consejo de Gabinete, ni aumentar el cálculo de los ingresos sin el concepto favorable del contralor general de la república. Art. 271.
3. La Asamblea Legislativa no podrá expedir Leyes que deroguen o modifiquen las que establezcan ingresos comprendidos en el Presupuesto, sin que al mismo tiempo establezca nuevas rentas substitutivas o aumente las existentes, previo informe de la Contraloría General de la República sobre la efectividad fiscal de las mismas. Art. 276.
4. No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido autorizado de acuerdo con la Constitución o la Ley. Tampoco podrá transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo Presupuesto. Art. 277.

La Contraloría General de la República

1. Habrá un organismo estatal independiente denominado Contraloría General de la República, cuya dirección estará a cargo de un funcionario público que se denominará contralor general, secundado por un subcontralor, quienes serán nombrados por un período igual al del presidente de la República, dentro del

cual no podrán ser suspendidos ni removidos, sino por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de causas definidas por la Ley. Art. 279.

X. Prohibiciones sobre el título x, la economía nacional

1. Ningún gobierno extranjero ni entidad o institución oficial o semioficial extranjera podrán adquirir el dominio sobre ninguna parte del territorio nacional, salvo cuando se trate de las sedes de embajadas de conformidad con lo que disponga la Ley. Art. 290.
2. Las personas naturales o jurídicas extranjeras y las nacionales cuyo capital sea extranjero, en todo o en parte, no podrán adquirir la propiedad de tierras nacionales o particulares situadas a menos de diez kilómetros de las fronteras.
El territorio insular solo podrá enajenarse para fines específicos de desarrollo del país y bajo condiciones... Art . 291.
3. No habrá bienes que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles, salvo lo dispuesto en los artículos 62 y 127. Sin embargo, valdrán hasta un término máximo de veinte años las limitaciones temporales al derecho de enajenar y las condiciones o modalidades que suspendan o retarden la redención de las obligaciones. Art. 292.
4. Solo podrán ejercer el comercio al por menor:
 - Los panameños por nacimiento.
 - Los individuos que al entrar en vigencia la Constitución estén naturalizados y sean casados con nacional panameño o pana-

meña o tengan hijos con nacional panameño o panameña.

- Los panameños por naturalización que no se encuentren en el caso anterior, después de tres años de la fecha en que hubieren obtenido su carta definitiva.
 - Las personas jurídicas nacionales o extranjeras y las naturales extranjeras que a la fecha de la vigencia de la Constitución estuvieren ejerciendo el comercio al por menor de acuerdo con la Ley.
 - Las personas jurídicas formadas por panameños o por extranjeros facultados para ejercerlo individualmente de acuerdo con este artículo, y también las que, sin estar constituidas en la forma aquí expresada, ejerzan el comercio al por menor en el momento de entrar en vigencia esta Constitución. Los extranjeros no autorizados para ejercer el comercio al por menor podrán, sin embargo, tener participación en aquellas compañías que vendan productos manufacturados por ellas mismas. Art. 293.
5. La Ley podrá, sin embargo, cuando exista la necesidad de proteger el comercio al por mayor ejercido por panameños, restringir el ejercicio de dicho comercio por los extranjeros. Art. 294.
6. Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir. Art. 295.
7. La explotación de juegos de suerte y azar y de actividades que originen apuestas solo podrán efectuarse por el Estado. Art. 297.

XI. Prohibiciones sobre el título XI, los servidores públicos

1. Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia

política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución. Art. 300.

2. Los servidores públicos no podrán percibir dos o más sueldos pagados por el Estado, salvo los casos especiales que determine la Ley, ni desempeñar puestos con jornadas simultáneas de trabajo. Art. 303.
3. Los servidores públicos no podrán celebrar por sí mismos o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajan cuando estos sean lucrativos y de carácter ajeno al servicio que prestan. Art. 309.

XII. Prohibiciones sobre el título XII, Fuerza Pública

1. La República de Panamá no tendrá ejército. Art. 310.
2. Los servicios de policía no son deliberantes y sus miembros no podrán hacer manifestaciones o declaraciones políticas en forma individual o colectiva. Tampoco podrán intervenir en la política partidista, salvo la emisión del voto. El desacato a la presente norma será sancionado con la destitución inmediata del cargo, además de las sanciones que establezca la ley. Art. 311.

XIII. Prohibiciones sobre el título XIII, reformas de la Constitución

1. No podrá (Referéndum sobre reformas) ser menor de tres meses ni exceder de seis meses, contados desde la aprobación del Acto Constitucional por la segunda legislatura. Art. 313.

2. El nuevo Acto Constitucional (nueva Constitución) aprobado con arreglo a este método será sometido a referéndum convocado por el Tribunal Electoral en un periodo no menor de tres meses, ni mayor de seis meses, contado a partir de la fecha de su publicación. Art. 314.

XIV. Prohibiciones sobre el título XIV, el Canal de Panamá

1. La Autoridad del Canal de Panamá no estará sujeta al pago de impuestos, derechos, tasas, cargos, contribuciones o tributos, de carácter nacional o municipal, con excepción de las cuotas de seguridad social, el seguro educativo, los riesgos profesionales y las tasas por servicios públicos. Art. 316.
2. La Autoridad del Canal de Panamá contratará, preferentemente, a nacionales panameños. La Ley Orgánica regulará la contratación de empleados extranjeros garantizando que no rebajen las condiciones o normas de vida del empleado panameño. En consideración al servicio público internacional esencial que presta el Canal, su funcionamiento no podrá interrumpirse por ninguna causa. Art. 322.
3. El régimen contenido en este título solo podrá ser desarrollado por leyes que establezcan normas generales. Art. 323.

XV. Prohibiciones sobre el título XV, disposiciones finales y transitorias

1. Los tratados o convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo sobre el Canal de esclusas, su zona adyacente y la pro-

tección de dicho Canal, así como para la construcción de un Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, deberán ser aprobados por el Órgano Legislativo, y luego de su aprobación serán sometidos a referéndum nacional, que no podrá celebrarse antes de los tres meses siguientes a la aprobación legislativa.

Ninguna enmienda, reserva o entendimiento que se refiera a dichos tratados o convenios tendrá validez si no cumple con los requisitos de que trata el inciso anterior. Art. 325.

Referencias

Adames González, Luis Manual. *¿Cuál Constitución?: la Constitución pendiente de Panamá*. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales. Panamá. 2018

Araúz Sánchez, Heriberto. *Los Retos del Constitucionalismo Panameño: anteproyecto de reformas constitucionales de 2012*. Asamblea Constituyente paralela Jurisprudencia Constitucional. Imprenta Articsa. Panamá. 2016

Araúz Sánchez, Heriberto. *Panorama de la Justicia Constitucional Panameña*. Imprenta Articsa. Segunda Edición. Panamá. 2015

González Montenegro, Rigoberto. *Problemática de la Reforma Constitucional: la Constitución Panameña y sus ciclos de reformas constitucionales*. Editorial Portobelo. Primera Edición. Panamá. 2019

Hoyos, Arturo. *El valor de la Constitución y sus necesarias reformas.*
Editorial Portobelo. Panamá. 2011

Molino Mola, Edgardo. *La Jurisdicción Constitucional en Panamá:
un Estudio de Derecho Comparado.* Universal Books. Panamá.
2006

Vargas Velarde, Oscar. *La Evolución Constitucional en el Panamá
Republicano.* Editorial Panameño. Panamá. 2014

La ratio decidendi de la sentencia constitucional

Por:

Dr. Hernán A. De León Batista*

Resumen: *Se discute el impacto de las decisiones de los tribunales constitucionales, en su rol de supremo intérprete de la Constitución, sobre los demás poderes del Estado, particularmente sobre el Gobierno –el Ejecutivo- y el Parlamento, en especial cuando sus sentencias versan sobre el sentido y alcance de derechos fundamentales. Se plantea que los precedentes que sientan ese tipo de sentencias no pueden ser desconocidos en la medida en que los derechos fundamentales son una barrera infranqueable para los poderes colegisladores.*

Palabras clave: *precedente, interpretación constitucional, derechos fundamentales.*

Abstract: *The authors discuss the impact of the Constitutional Courts' decisions in their role as the supreme interpreter of the Constitution, on the other branches of government, particularly the government itself and the Congress, especially when their sentences are about the meaning and scope of fundamental rights, such as the right to life of the unborn. Besides, they sustain that the precedents that this kind of sentences stand, can't be ignored neither by the Constitutional Court itself nor by the government entities in their future decisions, insofar the fundamental rights are an unbridgeable barrier for the colegislative branches.*

Keywords: *Precedent, constitutional interpretation, fundamental rights.*

*Magistrado de la Corte Suprema de Justicia desde 2012. Presidente de la Corte (2018-2019). Vicepresidente de la Corte (2016-2017). Presidente de la Sala Civil (2016-2019). Doctor en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA), Maestría en Administración de Empresa por la Universidad Latina de Panamá. Maestría en Derecho Comercial por la Usma. Maestría en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Maestría en Justicia Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha, Toledo (España). Posgrado en Derecho Civil por la Universidad de Salamanca, España. Docente universitario por 25 años y autor de varias obras jurídicas.

Introducción

El estudio del Derecho Constitucional es cada día más visible no solo en las aulas de clases, sino en la propia sociedad en su conjunto, por aquello de controlar o más bien frenar el poder que tienen los gobiernos, la administración central, sobre los administrados; así como fortalecer por medio de la Constitución, los derechos y garantías que tienen todas las personas, no solo en cuanto a su contenido literal establecido en enunciados jurídicos, sino por medio del reconocimiento dentro del ámbito jurisprudencial, lo que conlleva un esfuerzo interpretativo más científico por parte del juzgador, y en mayor parte, por los tribunales constitucionales, a fin de ponderar principios y valores tomando en consideración las consecuencias sociales, incluso, políticas.

En este sentido, son varios los países del mundo, especialmente de la región latinoamericana, a partir de los años ochenta y noventa, que han atravesado por cambios constitucionales de manera sustancial, ya sea por medio de reformas o mediante el surgimiento de nuevas Constituciones, tal como han experimentado en los últimos años Brasil (1988), Colombia (1991 y sus 52 reformas en 28 años), Paraguay (1992), Ecuador (1998 y 2008), Perú (1993 y 1999), Bolivia (2009), República Dominicana (2010), México con múltiples reformas, y para el caso de Panamá, la Constitución Política de 1972 ha sufrido cambios en los años 1978, 1983, 1993, 1994 y la última del año 2004, que más bien se concentró en el tema del Canal de Panamá; y cuyos referentes, a mi humilde criterio, fueron las constituciones de Ecuador, Colombia y República Dominicana en cuanto a un desarrollo de los derechos y garantías fundamentales, sin desmeritar el avance que han tenido los demás países latinoame-

ricanos. Hoy día, desde hace unos años, Panamá ha tenido más fuerza y recientemente en la administración del presidente de la república, Laurentino Cortizo Cohen, que remitió a la Asamblea Nacional el documento de reformas que preparó el Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo, levantado voces que exigen por reformas constitucionales de manera integral o más bien una nueva Constitución, mediante Asamblea Originaria, en virtud del cambio social que viene experimentando la sociedad panameña en todo sentido, así como redefinir el tipo de Estado que se quiere, en aras de una mayor protección de derechos y garantías.

Al revisar cada una de estas constituciones en América Latina, tienen como común denominador la definición de los principios ideológicos del Estado y la regulación de los derechos y los deberes de los ciudadanos; sin embargo, varias de ellas empiezan a definir sus naciones pluriétnicas y pluriculturales, estableciendo como principio constitucional, la promoción de la diversidad², encontrándose en los textos el término “neoconstitucionalismo”, empleado con frecuencia sobre todo en el debate filosófico-jurídico, que remite evidentemente a “constitucionalismo”, y donde crece la labor interpretativa de la Constitución, no solo de todos los jueces, sino también de todo el componente administrativo del Estado al tomar alguna decisión carácter legal, generando mucho debate, intercambio de opiniones interpretativas, incluso, de tensiones. Por ello, la importancia de la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, entendiéndola como una expresión latina, que significa literalmente en

²Ver, por ejemplo, el artículo 7 de la Constitución de Colombia, artículo 215 de la Constitución de Brasil, Artículo 1 de la Constitución de Bolivia, el preámbulo de la Constitución de Venezuela de 1994 y el artículo 2, numeral 19 de la Constitución de Perú.

español “razón para decidir” o “razón suficiente”. Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

En el *common law*, es decir, en el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* tiene gran importancia, pues al contrario del *obiter dictum*, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obligan a los tribunales inferiores cuando deben resolver casos análogos (principio de *stare decisis*).

Con propósito didáctico utilizamos los términos interrogativos siguientes: ¿qué es lo que realiza el Tribunal Constitucional al interpretar una mencionada disposición constitucional en esa sentencia?, ¿cómo se incorpora dicha interpretación al texto constitucional?, ¿cuál es el grado de fijeza del que debe gozar ese criterio hermenéutico? y ¿a quiénes obliga? Al reflexionar nos percatamos de que no solo se involucran asuntos de derecho sustantivo, que difícilmente pueden darse todos por resueltos a través de la vía constitucional, sino que también se entrelazan problemas de derecho adjetivo que, atendidas las peculiaridades de la justicia constitucional, pueden resultar tan espinosos como los primeros. En particular, para nuestro análisis resultan relevantes tanto la cosa juzgada material o sustancial de la sentencia constitucional como la técnica de los precedentes que adopte la Magistratura Constitucional, en un momento dado; en especial con las nuevas corrientes interpretativas y a partir del nacimiento de nuevos textos constitucionales con el consecuente surgimiento de Cortes o Tribunales Constitucionales.³

³COLOMBO CAMPBELL, Juan. “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 8, No.2, p.66

Por cierto, antes deberemos pasar breve revista a la cuestión primordial que cruza el constitucionalismo contemporáneo: la constitucionalización del derecho y la interpretación constitucional. Muchos de nuestros países han asumido la tradición jurídica en cuanto a que la Constitución es una norma jurídica propia, obligatoria, justiciable y autoejecutiva, y no un mero código de carácter eminentemente político; no puede menos que reconocerse el relieve que la necesaria interpretación de la norma constitucional adquiere en el contexto de la realización de sus enunciados. No por nada ha señalado Rubio Llorente que la teoría de la interpretación es el núcleo central de la Teoría de la Constitución⁴. Analicemos brevemente esta materia antes de entrar al tema principal que nos atañe.

1. Sobre la constitucionalización del derecho y la interpretación constitucional

Deseo hacer una breve reflexión académica sobre la constitucionalización del derecho, y de manera muy específica, la interpretación constitucional –llamado en algunos textos interpretación jurídica constitucional– la constitucionalización del derecho y el impacto de este fenómeno en los procesos de interpretación del derecho, la seguridad jurídica y el poder discrecional –como han señalado algunas veces; pero que en realidad se utiliza una metodología científica de ponderación– de nosotros los jueces a la luz de las principales ideas de la doctrina constitucional europea y su desarrollo en Latinoamérica.

La doctrina jurídica constitucional se va construyendo a partir del ejercicio o práctica jurídica, debe mirarse lo que hacen los juristas y a

⁴RUBIO LLÓRENTE, Francisco. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales). 1993, p.619

partir de la observación deducir los conceptos generales de derecho; es así como el ejercicio epistemológico ordena las experiencias generando el conocimiento. Se busca adelantar un recorrido con las características fundamentales del denominado “neoconstitucionalismo”, sus críticas a favor y en contra y contrastarlo desde el punto de vista jurídico con el nuevo ejercicio o praxis constitucional, como respuesta a las exigencias de la evolución progresista del pensamiento jurídico.

Las exigencias de la evolución y transformación social requieren de un replanteamiento concreto y unificado, que permita que los postulados constitucionales sean una realidad, frente a la cual los ciudadanos de cada nación vean garantizados su dignidad y sus derechos fundamentales. Y para ello, la doctrina jurídica se va construyendo a partir de la práctica jurídica; según Kelsen, debe mirarse lo que hacen los juristas y a partir de la observación deducir los conceptos generales de derecho, se ordenan las experiencias generando el conocimiento, y nos encontramos con un nuevo concepto que ha sido ampliamente debatido, pero considero que sigue actual en el estudio de la ciencia del Derecho y que todavía no se ha agotado, destacando algunos de los puntos más relevantes de la discusión.

La misión del intérprete constitucional resulta irresistiblemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de ser un traductor fiel del tenor literal de la ley⁵. La interpretación es la pro-

⁵Este carácter creativo dista mucho de ser una cuestión pacífica, sin embargo, como apunta DIAZ REVORIO (1997) p.326, en materia constitucional es más sencillo encontrar opiniones que sustenten este aserto. La filosofía jurídica ha desarrollado ampliamente las dificultades teóricas y filosóficas que se ven envueltas en la problemática de la interpretación jurídica. De hecho, la historia del pensamiento filosófico-jurídico moderno puede leerse como un continuo en cuyo centro se encuentra la cuestión dogmática de la interpretación del derecho. Véase PRIETO SANCHÍZ, Luis. *“Ideología e interpretación jurídica”*, Madrid, Tecnos, 1993, p.548.

ducción del sentido del texto constitucional: la producción del sentido es la norma y el texto sobre el que se produce es el enunciado normativo, la disposición. En toda interpretación hay una actividad creadora de derecho, ya que el exégeta jurídico imputa un significado a la disposición que es objeto de la actividad hermenéutica, entre diversos significados posibles⁶. Aun cuando el Tribunal Constitucional no es el único autorizado a interpretar la Carta Fundamental, sí es su intérprete final. En efecto, si bien no goza del monopolio interpretativo, es claro que dicha labor corresponde primariamente al órgano de jurisdicción constitucional y que en el ejercicio de tal facultad este 'crea' derecho, teniendo claro que no legisla, de manera tal que el contenido de sus sentencias debe considerarse la guía suprema en las materias abordadas respecto de todos los demás tribunales. Si para ello debe echar mano, como creemos que corresponde, de los elementos axiológicos o teleológicos que se desprenden de la preceptiva constitucional, ello no se debe más que a las peculiares características de la interpretación constitucional, para la cual, como se suele reiterar por los estudiosos del constitucionalismo, no bastan las tradicionales reglas hermenéuticas *iusprivatistas* trazadas por Savigny.

La interpretación debe tener presente aquellos elementos axiológicos que se desprenden de la Carta Fundamental para una adecuada inteligencia de lo que se expresa en ella. En la Ley Suprema, los valores son innumerables y correctos, y sería aseverar que no hay ningún precepto de ella que no exprese un valor, que no lo asuma, que no esté implícito en ella o, por último, que no sea posible derivarlo

⁶NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago, Librotecnia. 2006, p. 151.

de su contexto, del alma de la Constitución. Por ello, si las normas constitucionales contienen valores, la labor del intérprete constitucional es de desentrañar su sentido y alcance para aplicarlas ciñéndose a los imperativos que ellas contienen.

De lo anterior se colige que la labor del intérprete, aunque eminentemente creadora, no es libre y no incorpora nada a la norma constitucional que no haya estado comprendido en ella, al menos en carácter de potencia. Es decir, no incorpora un producto extraído *ex nihilo*. El rol del intérprete consiste en extraer del enunciado constitucional aquello ya presente en el mismo, aun bajo las nociones de valores o principios, que pueden ser todo lo imprecisos que se quiera, pero no por ello menos palpables, para ampliar o restringir sus alcances a aspectos no contemplados con anterioridad, e incluso para extenderse a horizontes no previstos por el constituyente original. La tarea del exégeta, en fin, es extraer del texto su 'voluntad objetiva', empeño que en el peculiar campo constitucional puede llegar a transformarse en una actividad creadora o atributiva incluso en mayor medida que extractiva o descubridora, pues no serán pocas las ocasiones en que dicha voluntad simplemente no exista.

Evidentemente, esta tesis de creación interpretativa no puede llegar a los extremos de considerarse íntegramente como una nueva preceptiva adosada a la Carta Fundamental, pues ello implicaría la asfixia de la textura abierta. Es una característica que debe considerarse constitutiva de la interpretación, pues a la vez que posibilita la libertad del intérprete, también establece las guías que orientan el desempeño de esa libertad mediante una cierta clausura que no es otra que la llamada 'alma' de la Carta Magna. Aceptado lo anterior, la cuestión es dilucidar si la interpretación tiene el efecto de incor-

porar el producto del análisis hermenéutico —cuya estabilidad no está garantizada por ninguna norma— en el enunciado normativo del precepto constitucional interpretado con las mismas notas de permanencia de las que gozan las normas constitucionales. Señalábamos que el intérprete—en especial el constitucional— crea derecho, y lo hace en razón de la peculiar índole de su disciplina, nutrida de particularidades que la hacen especialísima dentro de la dogmática jurídica.

Conforme lo expuesto, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, y de manera muy particular de la llamada interpretación jurídico constitucional, debe ser observado en el contexto de una serie de tendencias que están imponiendo la necesidad de revisar y reformular los paradigmas del positivismo legalista heredado del siglo XIX, que muchos estudiosos ya han recomendado en infinidad de foros. Dentro de las vías por las cuales opera la constitucionalización del Derecho, como ciencia, también debemos hacer referencia a la generalidades de leyes esparcidas en todo el sistema jurídico, examinándose de manera particular la norma constitucional a un caso de conflicto entre particulares a falta de ley o vacío sobre la misma.

Igualmente, conforme los lineamientos mínimos en torno a la doctrina internacional de los derechos humanos como herramientas del conocimiento, hábiles para una revisión crítica del derecho en todo su conjunto, se indaga sobre los fundamentos, concepto y evolución de los derechos humanos y principios claves como la igualdad y no discriminación. Se tiene ahora que revisar el sistema universal de derechos humanos, como el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema europeo de protección de los derechos huma-

nos, haciendo hincapié en las opiniones consultivas y jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y se profundiza sobre la influencia de los derechos humanos en el ámbito estatal.

Se profundiza el conocimiento sobre los grandes avances observados en los últimos años en torno a la protección de la persona humana, como el reconocimiento del derecho al desarrollo de la personalidad, tanto en el derecho nacional como internacional público y privado. Se analizan los principales elementos de la *Teoría de la Persona* y de los *Derechos Personalísimos*, como también los principios bioéticos y su aplicación a problemáticas concretas como el VIH-sida, transexualismo, hermafroditismo, manipulación genética, entre otros. Y de manera especial se hace una revisión de los conflictos de las personas con padecimientos mentales a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, a fin de determinar su legitimidad en actuaciones contractuales.

2. La fuerza del precedente constitucional

Las consideraciones anteriores nos remiten a la distinción que frecuentemente se plantea entre los sistemas concentrados de control de constitucionalidad y los sistemas difusos⁷, aunque cada vez es más evidente el proceso de fusión entre ambos esquemas, en especial a raíz de la incorporación del *stare decisis* como un efecto de la sentencia constitucional en ámbitos jurídicos de tradición europea. Consideramos que la doctrina del precedente juega un rol indiscu-

⁷GUASTINI, Riccardo. "Teoría e ideología de la interpretación constitucional" (Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid: Trotta), 2008. P.47.

tible en la creación y desarrollo de una auténtica jurisprudencia constitucional.

Los efectos de sus sentencias no se limitan a la mera determinación de inconstitucionalidad o constitucionalidad de una determinada norma concreta, muy por el contrario, están llamadas a tener significativa influencia en el comportamiento de todos los órganos del Estado. La doctrina habitualmente se hace cargo de los efectos que los fallos constitucionales deben tener sobre aquellos otros que dicte la justicia ordinaria, en el habitual efecto vertical característico del *stare decisis*, sin embargo, no debe minimizarse el efecto que esos pronunciamientos jurisdiccionales deben tener sobre todos los demás órganos del Estado, particularmente sobre los poderes colegisladores, en el contexto de un *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*. La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales que hemos planteado es lo que constituye el precedente constitucional. Pero no debe confundirse dicho carácter con la cosa juzgada de la que gozan estos fallos —que es la certeza declarada en la sentencia que impide una nueva decisión de fondo sobre el mismo litigio— ni con los efectos que se derivan de la decisión adoptada en la parte resolutive; ni tampoco con el efecto *erga omnes* propio de la declaración de inconstitucionalidad, que provoca la derogación o abrogación de la norma viciada, según el caso, y que obliga a toda persona, grupo y órgano del Estado; aunque ciertamente el precedente participa de la cosa juzgada de la que goza la parte resolutive de la sentencia y también se beneficia del efecto *erga omnes* que se atribuye a los fallos que declaran una inconstitucionalidad.

Si el intérprete ‘crea’ derecho al pronunciarse sobre eventuales vicios sometidos al control de constitucionalidad de las normas emanadas de los legisladores, entonces el intérprete constitucional debe pro-

curar en su tarea el máximo rigor posible y la mayor coherencia jurídica que pueda conservar en el tiempo, tanto respecto de los criterios aplicados a las soluciones concretas, como de las interpretaciones de la Constitución que realiza. De no ser así, podría sostenerse que de su arbitrio, aparte de confusión, estaría emanando mera voluntad política, esto es, estaría 'legislando' sin gozar de las atribuciones soberanas para hacerlo.

Dicho lo anterior, cabe precisar cuál es entonces el contenido del precedente constitucional. Valga al efecto apuntar la útil precisión que efectúa el profesor chileno Nogueira: "La fuerza vinculante del precedente está relacionada con el tema de la decisión, lo que lleva a una utilización restrictiva y limitada del precedente, a los casos efectivamente análogos, asimismo considerando como precedente solamente los principios y reglas contenidas en el *holding* o la *ratio decidendi* de la sentencia, no pudiendo extenderse a consideraciones periféricas contenidas en el fallo". La *ratio decidendi* entonces "es la parte del fallo que fundamenta directa e inmediatamente el precedente, estableciendo la regla o principio que define el tribunal al resolver el problema o caso sometido a su consideración"⁸, dejando fuera de ella todos los demás razonamientos accesorios o circunstanciales. En consecuencia, es únicamente la *ratio decidendi* o los criterios y razonamientos jurídicos centrales plasmados en una sentencia y que han sido el fundamento directo de lo que allí ha decidido una corte constitucional, lo que posee valor vinculante como precedente para el propio tribunal en sus decisiones posteriores y, tal vez más importante aún, lo que se constituye en la doctrina que debe orientar las decisiones del resto de los órganos del Estado,

⁸NOGUEIRA, op.cit., p.169

puesto que ha surgido de la jurisprudencia de quien es el intérprete último de la normativa constitucional. Ha dicho Guastini:

La interpretación del tribunal constitucional, a su vez, no puede ser revertida por nadie. Una reforma constitucional, desde luego, puede revertir su decisión sobre la ilegitimidad constitucional, pero no su interpretación del texto constitucional: la reforma constitucional no consiste en cambiar la interpretación de la constitución, sino su texto⁹.

Además, el precedente tiene un rol fundamental en el orden político y social en la medida que permite dar consistencia y previsibilidad a la interpretación del ordenamiento jurídico constitucional y cumplir con ciertos estándares de razonabilidad y universalidad en la aplicación de la preceptiva constitucional, con la consiguiente ganancia en términos de la certeza jurídica que se obtiene, de tal manera que al lado de la cosa juzgada habría también una muy útil ‘cosa interpretada’.

Por supuesto que el respeto al precedente no significa, en ningún caso, una total sujeción a él por el Tribunal Constitucional o su absoluta inmutabilidad en el tiempo. Es legítimo apartarse de la doctrina asentada por el precedente en una materia determinada si hay un razonamiento que justifique el cambio de criterio. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen. La sujeción al precedente debe constituir la regla general. Solo razones poderosas justificarían

⁹GUASTINI, op.cit., p. 47.

desechar una doctrina previa. Para proceder a desestimar un precedente, un tribunal constitucional tendría que explicar las razones del giro y fundamentar adecuadamente su nueva interpretación.

Podría pensarse la propuesta de dos precisiones para justificar un cambio de doctrina jurisprudencial: la primera es que debe reconocerse una mayor estabilidad a las interpretaciones en materia de delimitación de potestades que a aquellas que versan sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales de la persona humana; la segunda es que solo se justificaría desestimar un precedente cuando este revela ser errado y además produce graves distorsiones o problemas para la aplicación del derecho, por lo que se justificaría la dualidad de tratamiento en el mayor rango constitucional que poseen los derechos fundamentales, de modo que allí donde la materia es más sensible, menos razones hay para justificar la perseverancia en el error.

Además, consideramos poco relevante poner de relieve que la doctrina de los derechos humanos es una materia que dista de suscitar consenso en cuanto a sus fundamentos últimos –también respecto a sus alcances concretos– abonándose en su terreno frecuentes polémicas en las que difícilmente puede aplicarse un criterio maniqueo de acierto o error. De ahí que se considere que la jurisprudencia que emane de la Magistratura Constitucional deberá, por ende, estar siempre acompañada de fundamentaciones rigurosas y sólidas, virtudes difícilmente conciliables con la falta de estabilidad y permanencia. Por cierto, no cabe menospreciar el rol que juega la mantención de los criterios y razones jurídicas que fundan las decisiones de la justicia constitucional, en la certeza y seguridad jurídicas de todos aquellos a quienes les afectan o importan las materias resuel-

tas en sus fallos y, en última medida, en la previsibilidad de los pronunciamientos judiciales que le incumben a la sociedad en su conjunto, particularmente cuando se refieren al contenido esencial o bien al alcance de los derechos humanos.

Por lo anterior, algunos estudiosos del derecho constitucional proponen en las cartas fundamentales que para la existencia de una certeza jurídica se debe exigir al intérprete, sea quien sea, que respete a toda costa el principio de supremacía constitucional y, por ende, los derechos fundamentales que salvaguarda ese principio.

3. *La ratio decidendi* de la sentencia constitucional

Es importante tener presente los efectos de la decisión vinculante de una sentencia constitucional, especialmente para el órgano legislador, donde el mismo no debería pasar por alto lo decidido en una sentencia constitucional que cuenta con fuerza de cosa juzgada material, que produce efectos *erga omnes* y respecto de la cual no procede recurso alguno, es decir, para aquellos casos donde el tribunal constitucional ha expulsado una norma del ordenamiento jurídico y el Órgano Legislativo o Parlamento crea una nueva ley con ciertas modulaciones o matices respecto al contenido de la que ya había sido declarada inconstitucional, ya que el mismo está en la obligación de respetar el principio de supremacía constitucional –pese a que en el caso de Panamá no está establecido de manera expresa ese principio– porque resulta del todo improcedente, a nuestro juicio, que dichos poderes –poderes colegisladores– en el ejercicio de la potestad libre de la que gozan para configurar el ordenamiento jurídico, según su legítima voluntad, y el juego de mayorías y minorías, dejen de considerar los precedentes establecidos por la Magis-

tratura Constitucional en su tarea de interpretación jurídica, realizada en su rol institucional de exégeta final de la Constitución y, por la vía de aprobar una ley, en los hechos socaven los fundamentos y contenidos de una decisión de la justicia constitucional.

Al tratarse de una sentencia de un pronunciamiento sobre derechos fundamentales, es pertinente enfatizar aquí que para dichos poderes colegisladores, al igual que para el Estado en su conjunto, es imperativo el dogma constitucional que les exige estar al servicio de la persona y les impone como finalidad promover el bien común con pleno respeto a los derechos y garantías constitucionales.

Precisemos que un fallo de inconstitucionalidad dictado por un Tribunal Constitucional, a juicio nuestro, debería indagar respecto a los potenciales efectos o consecuencias de la norma en análisis. Cabe preguntarse entonces ¿cuál es la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional? Evidentemente, a nuestro entender, la aplicación a un caso de criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, como el principio *pro homine*¹⁰ a que recurre un fallo –en muchas ocasiones– pues dicha aplicación será necesariamente una materia prudencial y de aplicación casuística, aunque el recurso a dicho principio ha quedado legitimado en su eficacia normativa hacia el futuro.

Dicho esto, surge una nueva cuestión. ¿Puede una ley sanear el vicio de inconstitucionalidad? Esta pregunta nos remite nuevamente al contenido material de la sentencia constitucional: el pronuncia-

¹⁰Este principio indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera que sea la fuente que suministre esa norma –internacional o interna-. Véase BIDART, op.cit., p.13.

miento del Tribunal Constitucional es de fondo, es decir, versó sobre los métodos mismos que podían resultar lesivos a un derecho fundamental; por ejemplo –en los casos de aborto– o de los famosos casos de la llamada ‘píldora del día siguiente’, el bien jurídico más tutelado, que es la vida.

Nos preguntamos también a manera de reflexión: ¿caso puede la consagración legal de una norma despejar la duda razonable que fundó la declaración de inconstitucionalidad? A mi humilde criterio considero que no. El vicio que afectó una normativa legal y que persiste en una nueva ley, así como cualquier otra, sea cual sea su rango –llámese un decreto, reglamento, etc.– que persevere en violentar la exaltación a la dignidad humana –tal como lo establece el preámbulo y el artículo 17 de la Constitución de Panamá– en especial el derecho a la vida; por ejemplo como un derecho fundamental, en cuanto estos ya fueron considerados inconstitucionales, si fuese el caso, por el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, a los poderes colegisladores les está vedado reproducir el contenido material o jurídico de un acto que fue declarado inconstitucional por razones de fondo, mientras subsistan en la Constitución las mismas normas que sirvieron de fundamento a la declaración de inconstitucionalidad. Con la consideración adicional de que, en este caso, los enunciados normativos que fundaron el vicio de constitucionalidad se refieren a derechos esenciales y, por ende, no pueden ser eliminados de nuestra Constitución y, aunque lo fueran formalmente, igual seguirían vigentes en carácter de derecho implícito, pero con la misma fuerza vinculante. En efecto, el respeto a las competencias propias de cada órgano del Estado exige que el legislador no pueda invadir las materias que son de competencia

de otros de esos órganos, pues ello importaría violentar no solo las reglas de la Carta Fundamental, sino que además supondría ignorar los valores expresados en ella y que han sido recogidos en la interpretación axiológica que debe propugnar una Magistratura Constitucional.

Adicionalmente procede preguntarse ¿a quién le corresponde efectuar una revisión de las circunstancias que sostienen la resolución del conflicto? Consideramos que si el máximo intérprete de la Constitución ya se ha pronunciado sopesando dichas circunstancias, no corresponde a los órganos legislativos cuestionarla sin más, pues ello violentaría los fundamentos mismos del Estado de Derecho en cuanto implicaría la revisión de los fundamentos de su resolución y del contenido de su decisión y, por tanto, pugnaría con la adecuada separación e independencia entre los poderes del Estado y el respeto orgánico que debieran dispensarse los unos a los otros en las esferas de competencia que les son propias y, por ende, sería contrario a la Constitución. Por supuesto que no puede extremarse lo señalado hasta el punto de plantear un cercenamiento de las atribuciones del órgano legislativo; la irrevocabilidad de la interpretación que se ha hecho, a manera de ejemplo, del derecho fundamental a la vida que planteamos, no estará a salvo de la ‘objeción democrática’ que frecuentemente se esgrime para impugnar los poderes del Tribunal Constitucional, ni tampoco, por cierto, estará exenta de una importante cuota de *judicial activism*. Frente a estos cuestionamientos, solo podemos oponer la aplicación de su contrapartida teórica: la aplicación consciente de la doctrina de la *judicial restraint*.

De este modo, una solución que quiera ser armónica con las bases de la institucionalidad del ordenamiento constitucional y con nues-

tro Estado de Derecho no podrá más que colegir que solo podrá serlo si existen nuevas circunstancias que ameriten desestimar el fallo pronunciado; en la especie, si surge nueva evidencia que permita al propio Tribunal Constitucional despejar la duda razonable acerca del tema de derecho fundamental en debate. Nueva evidencia que, reiteramos, debiera ser sopesada únicamente por dicha Magistratura y nunca por otros poderes del Estado, pues si estos tuvieran la capacidad de revisar los hechos que dieron sustento a uno de sus fallos, entonces simplemente su eficacia se vería conculcada, con la consecuente pérdida para el Estado de Derecho.

Conclusión

La interpretación del Tribunal Constitucional, mientras no sea revocada por un nuevo criterio emanado del mismo órgano, es parte de la propia Constitución y está llamada a tener significativa influencia en los órganos del Estado. Los criterios y razonamientos jurídicos centrales que son fundamento directo de la decisión plasmada en una sentencia constitucional tienen fuerza vinculante como precedente y obligan al propio Tribunal Constitucional en sus decisiones futuras, así como al resto de los órganos del Estado, particularmente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. El precedente entrega estabilidad a las razones jurídicas que fundan las decisiones de justicia constitucional y es clave para la certeza jurídica y la previsibilidad de los fallos judiciales, sobre todo cuando se refieren a derechos humanos.

El precedente de una sentencia constitucional reside en reconocer derechos fundamentales, en el cual no cabe la regresión, pues esta constituiría en sí misma una violación al derecho base que se encuentra en la cúspide de la humanidad, con el consiguiente desmo-

ronamiento del andamiaje jurídico sobre el que reposa toda la dogmática de los derechos humanos.

Más aún. Si un derecho fundamental fuera degradado o eliminado del catálogo de derechos reconocidos y asegurados formalmente por la Constitución, por medio de una reforma legislativa, cualquiera sea su rango, este derecho igualmente seguiría obligando a todos los órganos del Estado en carácter de derecho implícito, pues los derechos humanos reconocidos por el Código Político son una barrera infranqueable para los poderes colegisladores. En consecuencia, no corresponde a los órganos con atribuciones legisladoras excusarse en el proceso de formación de la ley para cuestionar una sentencia del Tribunal Constitucional que goza de cosa juzgada material y que produce efectos *erga omne*, ni tampoco para revisar sus fundamentos o contenido. Los poderes colegisladores no pueden sostener en una ley el contenido material de un acto declarado inconstitucional por razones de fondo mientras subsistan las normas que fueron fundamento de su inconstitucionalidad. Con la consideración adicional de que la norma que fundó la inconstitucionalidad versa sobre derechos esenciales y, por ende, no puede ser eliminada de nuestra Constitución y, aunque lo fuera formalmente, igual seguiría vigente en carácter de derecho implícito, pero con la misma fuerza vinculante.

Referencias

Alexy, Robert () *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉS Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Año. 607 pp.

- Bidart Campos, Germán (1994): *La interpretación del sistema de derechos humanos* (Buenos Aires, Ediar) 269 pp.
- Bidart Campos, Germán (2000): “*Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro nomine*”, en: BIDART CAMPOS, Germán y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (Coord.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas* (Buenos Aires, Ediar) pp. 11—22.
- Cervati, Ángel Antonio (1991): “*El legislador de los derechos fundamentales*”, en: LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (Madrid, Editorial Complutense) pp. 51—75.
- Colombo Campbell, Juan (2002): “*Funciones del derecho procesal constitucional*”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 8 N° 2, pp. 11—69.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (1997): *Valores superiores e interpretación constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 592 pp.
- Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos (1992): “*Los valores y principios en la interpretación constitucional*”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N° 35, pp. 97—109.
- Guastini, Riccardo (2008): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta) 102 pp.

Nikken, Pedro (1994): “*El Concepto de Derechos Humanos*”, en: Estudios Básicos de Derechos Humanos, tomo I (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) pp. 15—37.

Nogueira Alcalá, Humberto (2006b): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Librotecnia) 413 pp.

Prieto Sanchís, Luis (1987): *Ideología e interpretación jurídica* (Madrid, Tecnos, Re—imp. 1993) 146 pp.

Rubio Llórente, Francisco (1993): *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 689 pp.

Normas Consultadas

Constituciones Políticas de países de América Latina

Lo que necesité aprender para poder enseñar*

Lecciones de Derecho Constitucional

Por:
Dr. Carlos Bolívar Pedreschi**

Resumen: *La presente lectura responde a una reflexión axiológica sobre el desarrollo del conocimiento del derecho constitucional, en los claustros universitarios, específicamente en la USMA. Las realidades descritas por el autor constituyen una reflexión personal sobre la comprensión de los fenómenos constitucionales, donde se hace evidente valorar la importancia de los principios, los cuales constituyen los verdaderos fundamentos del Derecho Constitucional.*

Palabras clave: *Derecho Constitucional, Poder Constituyente, Soberanía Popular, Constituyente Originaria, Elección Popular, Constitución.*

Abstract: *This reading responds to an axiological reflection on the development of knowledge of constitutional law, in university cloisters, specifically at USMA. The realities described by the author constitute a personal reflection on the understanding of constitutional phenomena, where it becomes clear to value the importance of principles, which constitute the true foundations of Constitutional Law.*

Keywords: *Constitutional law, Constituent Power, Popular Sovereignty, Original Constituent, Popular Election, constitution.*

*Capítulo de mi autobiografía titulada *Suelas de mis Zapatos*, 2015 página 389.

**Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas y especialista en Derecho Constitucional. Fue miembro de la Comisión Revisora de la Constitución Política de la República de Panamá (1983) y de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (1990 - 1994). Se desempeñó como catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Panamá (1975-1980) y en la Universidad Católica Santa María La Antigua (1975 - 1983).

La decisión de servir las cátedras de Derecho Constitucional en las universidades de Panamá y Santa María la Antigua me impuso la responsabilidad de entender la materia que debía enseñar a mis estudiantes. Dentro de mis criterios de rigor, no había espacio para la improvisación, ni para juegos de elocuencia. Esta responsabilidad solo podía cumplirla a partir de la identificación de la naturaleza propia de los fenómenos que se daban en el universo constitucional y político de los Estados. Todos los fenómenos, independientemente de la esfera en que se den, únicamente se conocen cuando se les identifican y solo se les identifica cuando se conoce su naturaleza. Nunca antes. Lo mismo ocurre con los fenómenos constitucionales y políticos que debía explicar a mis alumnos.

En la expresada necesidad de entender los fenómenos constitucionales y políticos que debía enseñar, mucho aprendí de ese gran jurista, político y filósofo alemán llamado Ferdinand Lassalle. Su breve y luminosa obra titulada *¿Qué es una Constitución?*, constituye, para mí, una descripción fiel de lo que verdaderamente son y representan las constituciones en todos los estados.

De Ferdinand Lassalle tomé la novedosa y para mí realista visión de lo que eran las constituciones y su esmero en diferenciar la simple literatura que generan estos temas, de lo que corresponde su visión científica y objetiva.

Los breves principios de Derecho Constitucional que Ferdinand Lassalle dejó expuestos en su referida obra, me invitaron a explicarme todos los fenómenos constitucionales y políticos a partir de los nexos de causalidad a los cuales venían atados.

Los principios del político y jurista alemán Ferdinand Lassalle, me sirvieron de guía y de estímulo para estudiar y explicar, ahora por mi cuenta, muchos problemas constitucionales y políticos que Lassalle no tuvo la oportunidad de analizar en su breve y agitada vida política y personal.

No tengo la menor duda de que el Derecho Constitucional que me he permitido enseñar durante todos mis años de docencia universitaria, difiere, en general, del que usualmente se enseña en las universidades. Al igual que ese gran pensador y jurista panameño del siglo XIX, don Justo Arosemena, yo tampoco me he sentido en necesidad de aceptar tesis que no me convenzan, por más que vengan de pensadores célebres. Todo lo leído lo hice pasar por mi criba personal y solo si las presentaciones y reflexiones de los autores y tratadistas famosos me convencían, terminaba compartiendo sus opiniones. Siento que mi visión del Derecho Constitucional es, en el peor de los casos, una deliberada aproximación científica a los fenómenos constitucionales y políticos. De lo único que se trata es de identificar los fenómenos sujetos a mis estudios tal como son, independientemente de mis gustos y preferencias personales.

A consecuencia del conocimiento que siento tener sobre la naturaleza, origen y comportamiento de los fenómenos políticos y constitucionales, tengo por ciertas las premisas y referencias que presentaré en este escrito. Incluso pienso que quienes ignoren estas premisas y referencias no tendrían cómo entender los complejos y decisivos fenómenos políticos y constitucionales que se dan en todos los estados. A continuación, las premisas y referencias prometidas:

Los fenómenos constitucionales, al igual que los fenómenos naturales, no nacen por casualidad. Tampoco por generación espontánea.

Como los naturales, los constitucionales también obedecen a causas específicas que explican y determinan su origen.

Quien no ha dado con las causas, con los nexos de causalidad que atan cada fenómeno constitucional a la causa o causas específicas que le dan origen, no tiene cómo entender y menos cómo explicar tales fenómenos.

Otro elemento decisivo para la comprensión de los fenómenos constitucionales es que en todos los estados del mundo concurren o se dan simultáneamente dos categorías de constituciones, las políticas y las sociales. La constitución política es la que comúnmente encontramos en un texto con tal nombre, esto es, con el nombre de Constitución Política, y en donde podemos leer cada uno de los artículos que la conforman. La constitución social es la constituida por la totalidad de los ciudadanos y de la clase política de cada Estado. Se define o caracteriza por los valores éticos, cívicos, morales y culturales que estos ciudadanos y esta clase política manifiestan en cada estado.

Así como las constituciones políticas varían de estado a estado, asimismo varían las constituciones sociales. A cada estado corresponde la constitución social que determine el valor que a sus ciudadanos y a su clase política le merezcan los valores cívicos, éticos, morales y culturales.

El hecho anterior explica el grado de eficacia y de respetabilidad de que gozan las constituciones políticas en cada estado. Por ello, el grado de respetabilidad y de eficacia que presenta la constitución política panameña para los panameños difiere notoriamente del que presenta la constitución política suiza para los suizos.

Es relevante conocer la relación que existe entre las constituciones políticas y las sociales. El esfuerzo que he dedicado a entender esta relación me ha llevado a la convicción de que, en todos los Estados, para bien o para mal, la constitución social pesa más en la eficacia y en la respetabilidad de las constituciones políticas de lo que pesan las bondades y la claridad que contienen las normas.

De la realidad señalada en el punto anterior si en un Estado se desea que su constitución política cuente con mayor eficacia y con mayor respetabilidad, resultará más útil modificar positivamente la constitución social que reformar la constitución política vigente. En otras palabras, mientras los hábitos, prácticas y valores de los ciudadanos y de su clase política se mantengan a niveles críticos, esperar que mejore la eficacia y la respetabilidad de la constitución política carece de racionalidad. Lo dicho no significa que las constituciones políticas no deban modificarse e incluso reemplazarse. Lo dicho significa que los cambios en el texto constitucional no producirán los efectos esperados si la constitución social, esto es, si los ciudadanos y su clase política se mantienen con sus pésimos hábitos políticos y electorales, resultantes de los precarios valores cívicos, éticos, culturales y morales que practican.

Una visión universal de los fenómenos políticos y constitucionales obliga a hacernos de un concepto de constitución política que represente una visión descriptiva de lo que una constitución realmente es y no un invento, ni tampoco un poema. Fiel a la escuela a que en esto pertenezco, en todos los estados del mundo, y obviamente en el panameño también, las constituciones políticas representan ese documento contentivo de normas que se tienen por superiores a las restantes del ordenamiento jurídico, en el que los sectores so-

ciales dominantes al momento de producir una constitución, consagran en ella los principios, valores e intereses que importan a dichos sectores. Como se ve, no se trata de lo que me guste, sino de lo que encuentro.

Como ya quedó sentado, los fenómenos de naturaleza constitucional solo nacen cuando ocurre alguna de las causas que tienen la propiedad de producirlas. Tomemos el caso, por ejemplo, de las constituciones políticas. La observación enseña que las constituciones políticas nacen cuando se da alguna de las causas que siguen: cuando un pueblo se independiza de un Estado y forma uno nuevo; cuando ocurre una guerra civil; cuando se produce un golpe de estado; y cuando, en ausencia de las tres causas mencionadas, la sociedad vive una crisis política y social de tal magnitud y gravedad, que solo puede resolverse a través de una nueva convención social que se expresa o concreta a través de un nuevo orden constitucional que nace de dicha crisis.

Otro elemento relevante son los medios más conocidos para producir constituciones o reformas, que son los siguientes: la Asamblea Constituyente Originaria, la Asamblea Constituyente Constituida, el Referéndum y un cuarto medio que consiste en la Asamblea Constituyente, bien originaria o bien constituida, seguida de un Referéndum.

Hay que tener muy claro que los cuatro medios mencionados como idóneos para producir constituciones políticas o reformarlas son precisamente eso: simples medios.

A propósito del tema para producir una constitución, es importante tener presente que no existe ninguna relación entre el medio usado para producir una nueva constitución y su contenido. Importa

la precisión que precede porque es común escuchar, aun a constitucionalistas y políticos, asociar el contenido de una nueva constitución al medio al que se apele para producirlas. Esto ocurre más frecuentemente entre constitucionalistas y políticos devotos de las Asambleas Constituyentes Originarias. Extrañamente, los devotos de este medio parecieran atribuirles a las Asambleas Constituyentes Originarias virtualidades y poderes que realmente no poseen.

Tampoco existe ninguna relación entre el medio utilizado para producir una constitución y la eficacia práctica que tal medio asegure. Igualmente, no existe ninguna relación entre el medio usado para producir una constitución y la respetabilidad social que inspire finalmente.

Para hacer la mayor luz posible sobre el interesante universo político y constitucional, conviene también detenerse en el tema concerniente a lo que racional y sensatamente puede esperarse de las constituciones en todos los estados del mundo. Antes de seguir, una aclaración oportuna: las afirmaciones que preceden y las que siguen no expresan necesariamente lo que personalmente me gusta. Sencillamente, representan y describen lo que yo encuentro. El rigor que me exijo en el estudio de estos fenómenos no me exonera del deber de objetividad que debo a los demás.

De las constituciones políticas, como de todo, solo cabe esperar lo que corresponda a su naturaleza. Contra lo que quisiéramos, ni las Constituciones ni los medios para producirlas son la panacea para resolver los problemas que confrontan las sociedades. Desafortunadamente, las constituciones carecen de las propiedades que le permitan resolver, por la sola fuerza y claridad de su articulado, los problemas que confrontan las sociedades.

Como ya vimos, ningún medio idóneo para producir una constitución viene casado con su contenido. A quienes interese conocer o aclararse qué elemento determina el contenido de las constituciones, tal vez les tranquilice enterarse de que, en todos los estados y en todos los tiempos, el contenido de las constituciones lo determinan, por ejemplo, en las Asambleas Constituyentes Originarias, la fuerza social y política que cuente con mayoría de votos en dichas asambleas y no precisamente las que carezcan de dicha mayoría.

¿Existe relación entre la política y las constituciones? En todos los estados existe relación entre la política y las constituciones. Gústenos o no, las constituciones están indisolublemente unidas a la política del mismo modo que el trueno al relámpago. Incluso, así como el relámpago precede necesariamente al trueno, así la política precede necesariamente a los fenómenos constitucionales. La política no solo precede a las constituciones, sino que, una vez nacidas la política continúa condicionando el comportamiento y aun su suerte final.

Lo descrito en el punto anterior tiene la importancia práctica de ayudar a entender lo siguiente: las constituciones no son obras de jesuitas, ni de carmelitas descalzas. Son obras de políticos. Y como se conoce, los políticos son de hecho, y en todos los estados, buenos o malos, ilustrados o ignorantes, corrompidos u honestos.

Otra realidad de interés: la forma cómo actúa el poder constituyente originario no supone un asunto de naturaleza jurídica. Supone un asunto eminentemente político. La soberanía popular es la fuente de todo poder y la fuente de todos los poderes constituidos, lo que el pueblo decida, independientemente del medio que elija, es

siempre inapelable. Lo que el pueblo decida, por ser el titular de la soberanía popular, es un hecho de naturaleza política y no un hecho de naturaleza jurídica susceptible de ningún recurso legal.

Otro aspecto relevante: ¿Con qué frecuencia surge el poder constituyente originario? El poder constituyente originario carece de horario. El Derecho no puede predeterminedar la periodicidad con que el poder constituyente debe aparecer, ni qué forma o medio deba elegir para cumplir su misión. En todos los estados del mundo el Poder Constituyente Originario se da solamente cuando se dan las causas que lo determinan. Ni antes, ni después. El Derecho tampoco puede regular ni normar los demás aspectos propios del Poder Constituyente Originario.

A diferencia del Poder Constituyente Originario, el Poder Constituyente Constituido o Derivado sí está regulado jurídicamente y solo puede actuar observando las reglas y requisitos previstos en las constituciones. En consecuencia, el Poder Constituyente Constituido sí debe actuar dentro de las fechas que le determine la Constitución.

Asociado al tema, el Dr. César Quintero ha dicho en su obra *Crítica a la Teoría Tradicional del Poder Constituyente*, lo siguiente:

Sobre el particular, coincidimos con la concepción singularmente realista de Carlos Bolívar Pedreschi, al definir el poder constituyente como la fuerza que, a través del medio que elija, llámese asamblea constituyente, llámese referéndum o llámese como se llame, produce Constituciones o reformas a las mismas.”

Para una mejor comprensión de los problemas constitucionales es importante tener presente lo siguiente: en todos los estados, los problemas que las sociedades confrontan los resuelven los gobiernos y no las constituciones. En ningún estado las constituciones construyen carreteras, puentes, hospitales, escuelas y acueductos, ni llevan alimentos ni agua potable a nadie. Tampoco recogen la basura en las ciudades, ni fumigan contra mosquitos, ni curan el dengue clásico ni el dengue hemorrágico.

Como complemento del hecho indicado en el párrafo que precede, conviene ahora observar que en ningún estado del mundo las constituciones votan. Quienes votan en todos los estados son sus ciudadanos. Es cierto que las constituciones describen los requisitos que deben llenar las personas que aspiren a los cargos de presidente, diputados y otros. Pero son los ciudadanos quienes escogen con sus votos buenos o malos mandatarios, buenos o malos diputados. Una vez más, la fiebre no está en las sábanas.

Con relación al Derecho Constitucional panameño estoy de acuerdo con modificar puntos concretos de su ordenamiento constitucional. Enseñando a diferenciar entre lo importante y lo secundario y consciente, además, de que en los estados la constitución social es más determinante que la constitución política, no le atribuyo mayor importancia al medio que finalmente se use para producir las modificaciones concretas y puntuales a nuestro ordenamiento constitucional. Más adelante señalaré las normas y principios de nuestra Constitución que merecen ser modificadas.

Como la rectitud, la honradez, los vicios y las debilidades son atributos eminentemente humanos y no jurídicos, ni políticos, bien

harían los constitucionalistas y políticos en esperar estos atributos de los ciudadanos y no de las constituciones.

A consecuencia de la realidad indicada en el punto anterior, los llamados problemas constitucionales son realmente problemas políticos y sociales y tienen que ver más con la conducta de los hombres que con el texto de las constituciones. Es el hombre, en función de ciudadano y de clase política, quien viola o no las constituciones y no porque la viole deba reformarse o incluso reemplazarse. Tenemos un ejemplo tan patético como reciente. El artículo 136 de la constitución vigente prohíbe a todo funcionario público dar apoyo oficial, directo o indirecto, a candidatos a puestos de elección popular. No obstante, esta prohibición constitucional, en las elecciones de mayo de 2014 el presidente de la República y todo su gabinete se pasaron todo el proceso electoral haciendo campaña a favor del candidato presidencial oficial.

Finalmente, importa reivindicar el principio que sigue, sin cuyo conocimiento no sería fácil la comprensión de los fenómenos constitucionales: el hecho precede al Derecho y no a la inversa. Este principio es el que explica por qué, en el Derecho Constitucional panameño, primero ocurrió el hecho de la invasión norteamericana, la liquidación del ejército panameño y de la dictadura militar que el mismo país agresor apoyó por 21 años y solo después, la constitución panameña, todavía calificada como constitución militarista por algunos, incorpora a su texto el artículo 310, cuya primera oración dice así: “Artículo 310. La República de Panamá no tendrá ejército.”

Las realidades descritas en cada uno de los puntos que preceden son las que siento y tengo por fundamentos y bases del Derecho Cons-

titucional. En consecuencia, el sentido y alcance de los artículos de una Constitución, cualquiera sea el estado a que corresponda, no puede determinarse a espaldas de las realidades que dejamos enunciadas.

Termino con esta reflexión final: Para mí, luego de separada la paja del trigo, lo expuesto es lo que queda del Derecho Constitucional. Después de una vida consagrada a la observación y al estudio de los fenómenos constitucionales y políticos, los principios que me he permitido resumir constituyen los verdaderos fundamentos del Derecho Constitucional en todos los Estados. Sin el conocimiento de los principios expuestos no es posible entender ni explicarse el Derecho Constitucional, ni los fenómenos que le son propios. Y este fue el único Derecho Constitucional que me sentí moral y académicamente en libertad y obligación de enseñar. Para mí, todo lo que se aparte de los principios expuestos es poesía.

Referencias

Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*. Editorial Ariel. Barcelona. 1998

Quintero, César. *Crítica a la Teoría Tradicional del Poder Constituyente*. Editorial Portobelo. I Edición. Panamá. 1999

Derecho Procesal Administrativo

Anteproyecto de código contencioso administrativo de la República de Panamá

Por:

Dr. Jaime Franco Pérez*

Resumen: *Este artículo trata de manera breve, la participación del autor como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo para la República de Panamá, haciendo un análisis crítico de las novedades recomendadas para la Justicia Contenciosa Administrativa, advirtiendo también la ausencia de otras importantes reformas que se quedaron fuera por razones de distinta índole.*

Palabras clave: *Código, reformas legales, comisión codificadora, derecho procesal, derecho administrativo.*

Abstract: *This article briefly deals with the participation of the author as a member of the edition Commission of the Administrative Litigation Procedural Code draft for the Republic of Panama, making a critical analysis of the recommended developments for administrative litigation justice, also warning of the absence of other major reforms that remained out due to reasons of different nature.*

Keywords: *Code, legal reforms, codifier commission, procedural law, administrative law.*

*Egresado del Colegio La Salle, de la Universidad Santa María la Antigua, la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín Colombia, y del Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad Social en México, DF. Profesor en las universidades siguientes: Universidad de Santa María la Antigua (USMA), Universidad Latina de Panamá (ULAT) y la Universidad Interamericana de Panamá (UIP). Desempeñó el cargo de director de Asesoría legal en las entidades públicas siguientes: Caja de Seguro Social, la Contraloría General de la República, y el Tribunal Electoral. Miembro de la Comisión codificadora del Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo de la República de Panamá. Actualmente, además de sus funciones como docente, se desempeña como abogado litigante.

I. Antecedentes históricos

Mediante Decreto Ejecutivo N.º378 de 24 de agosto de 2016, modificado por el Decreto Ejecutivo N.º82 de 21 de febrero de 2017, el Órgano Ejecutivo a instancia del señor presidente de la república, designó una Comisión Codificadora para la elaboración del anteproyecto de Código Contencioso Administrativo para la República de Panamá, acción que estuvo motivada por la preocupación de la ausencia de una normativa uniforme y moderna que marche conjuntamente con el crecimiento de nuestra población, de la administración pública y las nuevas necesidades del sector privado.

Cabe recordar que en los albores de la nueva república, no fue hasta 1916 que inició la época codificadora, pretendiendo la creación de nuestros primeros códigos, pero desafortunadamente nuestro magnífico Código Administrativo nace viejo. Las razones, primero tenemos que ya para esta época el Derecho Administrativo había evolucionado bajo la nueva noción: los servicios públicos, tema que muy poco se encuentra regulado en el aún vigente Código Administrativo, segundo, la ausencia de tribunales de justicia administrativa con competencias claramente delimitadas, por lo que esta rama del derecho carente de normativa adjetiva quedó rezagada frente a otras como la justicia penal y la justicia civil.

Lo expuesto no se demerita el extraordinario aporte de nuestro Código Administrativo, que por varias décadas brindó solución a muchos problemas administrativos, en especial a las denominadas faltas administrativas de policía, pero lastimosamente cuando entró en vigencia, ya el mundo había evolucionado a tal punto que en Colombia la jurisdicción de lo contencioso administrativo nace con la

Ley N.º130 de 1913 y en Costa Rica ya en la Constitución Política de 1917 se instituyó la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En Panamá no fue sino hasta la Constitución de 1941, que aparece referencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo promotor fue el doctor José Dolores Moscote, abogado panameño egresado de una universidad colombiana, que como profesor en la Universidad de Panamá y posterior decano de nuestra primera casa de estudios superiores, se convirtió en un importante referente en la vida política y forense en nuestro país.

Dos años después se promulga la Ley N.º135 de 1943, orgánica de la jurisdicción contenciosa administrativa, con influencia de la Ley N.º167 de 1941 de Colombia que a su vez tomó referencia del sistema francés. A diferencia de nuestros vecinos colombianos, se creó en Panamá un Tribunal de lo contencioso administrativo separado de la justicia ordinaria condensada en la Corte Suprema de Justicia, compuesto por tres magistrados y por un fiscal de lo contencioso administrativo, mediante la reforma contenida en la Ley N.º33 de 1946.

Según opiniones de algunos abogados de aquella época, como la del jurista panameño Manuel Díaz Escala, la jurisdicción contenciosa administrativa panameña funcionó como un tribunal independiente, lo que no fue del gusto de los políticos en su momento.

Fue con la reforma constitucional de 1956 que se decidió eliminar el Tribunal de lo contencioso administrativo, adscribiendo sus funciones a la recién creada Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que funciona hasta nuestros días. El fiscal de lo contencioso

administrativo, después de algunos cambios, con la Constitución de 1972 pasa a ser el Procurador de la Administración.

De esta manera es fácil comprender que estamos ante una de las ramas del derecho menos evolucionada, lo que ha traído como consecuencia que los vacíos legislativos los ha tenido que suplir la jurisprudencia, con interpretaciones en algunos casos necesarias y apegadas a doctrinas del derecho administrativo, pero en otros tomando referencia del derecho civil, cuando esta rama del derecho público se caracteriza por su autonomía respecto de aquella.

Fue a finales de la década de 1990 del siglo pasado que en algunas de nuestras universidades públicas y privadas se inició la inclusión del derecho procesal administrativo dentro del plan de estudios, por lo que buena parte de los profesionales del derecho egresados antes de esa fecha desconocen la ritualidad procesal, normas aplicables y aportes jurisprudenciales, necesarios para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Todavía nuestra jurisdicción de lo contencioso administrativo, centralizada en una justicia de única instancia a cargo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no cuenta con juzgados o tribunales regionales, así que toda demanda deberá ser interpuesta en la capital de la república.

A pesar de los esfuerzos de la Comisión Codificadora, aún el anteproyecto de Código Contencioso Administrativo no se ha convertido en ley de la república, por lo que los males de esta jurisdicción especial aún persisten, y en algunos casos se han agravado en una sociedad que exige mayores controles a la actividad de la adminis-

tración pública, ante el crecimiento de los sectores público y privado, y mayor complejidad de los servicios que exige la sociedad.

Por ser el administrador público garante de los bienes y servicios públicos, esta jurisdicción debe mantenerse independiente, profesionalizada, con juzgadores con pleno conocimiento de sus características y principios autónomos, con respuestas oportunas que resuelvan las necesidades de sus usuarios, por todo esto y muchas otras razones, debe actualizarse esta justicia lo antes posible.

Las reformas sugeridas en este anteproyecto no son suficientes, ya que buena parte de los problemas de esta jurisdicción dependen de cambios constitucionales; además, las diferentes formaciones y criterios de los miembros de la Comisión Codificadora, quizás demuestren en el futuro que se requerirán de otros cambios, ya que siempre aparecen nuevas ideas y la administración pública crece conforme crecen las necesidades de la población.

Se tomó en cuenta modelos de otros países, pero lo más importante de este trabajo es que los miembros aportaron originalidad en cada una de las figuras jurídicas que se recomendaron y que han sido plasmadas en este anteproyecto, que no ha sido difundido, razón por la que su no aprobación hasta ahora, es una victoria más para el anquilosamiento de nuestra jurisdicción de lo contencioso administrativo, en detrimento de los derechos de los administrados.

La ausencia de una legislación uniforme ha ocasionado que la Sala Tercera haya tenido que llenar vacíos en el procedimiento, muchas veces con atinados criterios, otras veces creando formalismos innecesarios y apartándose de los principios del derecho administrativo,

evidentemente por falta de formación forense en esta rama del derecho. Esto no es culpa de los señores magistrados, sino del sistema.

Seguidamente dejamos expuestas las diferencias de la jurisdicción contencioso administrativa contenidas en el anteproyecto.

II. Diferencias de la jurisdicción contencioso administrativa

1. Excesivo formalismo para el acceso a la jurisdicción

Entre los principales motivos de inadmisión de las acciones contencioso administrativas, observados en decisiones jurisprudenciales desde 1990 hasta la fecha, podemos mencionar los siguientes:

- a. No se dirigió el libelo al presidente de la Sala Tercera
- b. 2. No se designó como parte al Procurador de la Administración
- c. La resolución impugnada se presentó en copia simple y sin constancia de su notificación
- d. No se acompañó copia certificada del acto administrativo y tampoco se adjuntó copia de la solicitud de certificación
- e. La demanda se incluyó como disposiciones infringidas, normas constitucionales
- f. No se indicó la norma infringida ni el concepto en que ha sido, entre otras.

La inadmisión por razones estrictamente formales, muchas veces sobre la base de requisitos jurisprudenciales, es contraria a los principios procesales modernos de acceso y efectividad de la justicia, y a las convenciones internacionales sobre derechos humanos que promueven el acceso a una justicia plena y a la tutela judicial efectiva.

2. Los procesos son muy lentos, lo que conlleva decisiones demoradas

El promedio de la conclusión de los procesos en esta jurisdicción es de tres (3) años, pero muchos llegan a cinco (5) años o más. Lo que demuestra que la mora de los juicios es un problema que hay que remediar. Entre las razones de estas demoras es que la Sala Tercera no tiene porqué ser a su vez de casación laboral, además, debe crearse una Corte Constitucional y por lo menos, crear una instancia inferior con presencia regional en todo el país.

En nuestra opinión muchos procesos contencioso administrativos pueden ser orales, lo que aceleraría favorablemente el tiempo de juzgamiento.

3. Inconsistencias en las resoluciones

Paralelo a una renovación de la normativa legal, también se deben revisar las interpretaciones y directrices jurisprudenciales proferidas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. La jurisprudencia revela que la Sala Tercera ha demostrado inconsistencias en muchas decisiones, pues se advierten sentencias contradictorias, que implican variación de criterio, pero no explican los motivos del cambio en la doctrina jurisprudencial, sin olvidar aquellas fallas cra-

sas en el desconocimiento de temas como la teoría del acto administrativo, mecanismos de actuación de la administración, etc.

4. Un estrecho marco para el debate sobre la legalidad

La interposición de demandas, especialmente las de nulidad y plena jurisdicción, solo pueden fundamentarse actualmente en la violación de leyes o reglamentos. No es posible invocar como violadas las normas constitucionales, principios generales de derecho, cláusulas de un contrato o la jurisprudencia.

La ley solo contempla las acciones de nulidad en contra de actos generales o reglamentarios, los contratos o de las acciones de plena jurisdicción solo para solicitar la nulidad de actos y el reconocimiento de derechos violados, por lo que quedan por fuera otros tipos de pretensiones, y la de reparación directa, el resarcimiento económico por daños y perjuicios por hechos u omisiones administrativas.

5. La existencia de un tribunal único y de única instancia

En primer lugar, un tribunal único radicado en la capital del país no es lo más conveniente para el resto de los habitantes, sobre todo los de regiones apartadas. Se trata de una desigualdad que existe entre los residentes en la capital, respecto de aquellos que habitan en el interior del país, para quienes resultan más costosos estos procesos. La falta de una doble instancia, además de vulnerar el principio del debido proceso, ir en contra de convenios de derechos humanos, atiborra a la Sala Tercera de todo tipo de procesos que bien podrían terminar en primera instancia.

III. Modificaciones contenidas en la propuesta de código procesal contencioso administrativo

1. Promoción del acceso a la justicia

La comisión propuso un nuevo esquema de acceso al contencioso administrativo basado en la naturaleza de la pretensión y no en la naturaleza del acto.

Hacemos la salvedad que no estuvimos de acuerdo con esta propuesta, ya que el acto administrativo y las distintas formas de actuación de la Administración Pública constituyen el origen del contencioso administrativo, además se trata de una rama del derecho que tiene base importante en la Teoría del Acto Administrativo y su clasificación, por lo que los juristas que litigan esta materia deberían dominar estos conceptos ya que son los que defenderán los intereses de sus clientes y los administradores de esta justicia quienes serán los encargados de decidir los procesos que se les presenten.

Es cierto que gran parte del problema viene dado porque los profesores que imparten esta materia, que por distintas razones soslayan cubrir temas como los ya señalados, fuera de que muchos abogados litigantes sin conocer esta jurisdicción especial judicializada en la Corte Suprema de Justicia, presentan demandas sin tener idea de la esencia de sus características.

No se puede buscar simplificar el derecho procesal penal porque los abogados no se han actualizado en el sistema penal acusatorio o porque los profesores que imparten la materia no son especialistas, mal puede simplificarse el derecho procesal administrativo por la misma razón.

El reconocimiento de pretensiones declarativas, constitutivas y condenatorias, no tiene como obstáculo el acto administrativo o los mecanismos de actuación de la Administración Pública, más bien se debe a la falta de actualización de la legislación, permitiendo que, por ejemplo, en la acción de plena jurisdicción se pueda hacer otro tipo de peticiones, ya sean objetivas o subjetivas.

En relación con este tema podemos resumir lo siguiente:

- a. Eliminar el excesivo formalismo
- b. Posibilidad de que la Administración Pública pueda repetir contra el servidor público por cuya actuación, ya sea por culpa grave o dolo, se le haya condenado al pago de daños y perjuicios.
- c. Incluir dentro de la competencia de la jurisdicción casos de menor cuantía, como infracciones de tránsito y de policía administrativa, así como establecer claridad en cuanto al conocimiento de demandas en materias como Registro Público, Registro Civil y otras similares.
- d. Ampliar el plazo para la presentación de demandas con pretensiones subjetivas de dos meses a cuatro meses, interrumpiendo el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción una vez se interpone la demanda, de modo que la regla general sea la corrección de la demanda y la admisión, si solamente se han cometido errores de carácter formal con su presentación. Sobre este punto tengo una reserva. Técnica-mente la caducidad es un término procesal fatal, o sea no se interrumpe con la presentación de la demanda; en todo

caso mejor mantener el actual concepto de prescripción, aunque no es el adecuado, en bien de introducir la corrección de la demanda que es lo más apropiado.

- e. Se propone en el caso de agotamiento de la vía gubernativa por medio del silencio administrativo, que la demanda pueda presentarse dentro de dos años, luego de que se produzca dicho silencio, y que se entienda interrumpido dicho plazo en caso de reiteración de la petición o el recurso.
- f. Adicionalmente debe hacerse distinción entre el silencio administrativo acaecido por la no contestación de la petición, en cuyo caso se le debe denominar sustantivo, de aquel que sea resultado de la no contestación de cualquiera de los recursos ordinarios de la vía gubernativa, en cuyo caso se le debe denominar adjetivo, según mi criterio personal.
- g. Se propone el Contencioso Contractual a fin de que estos procesos sean mayormente orales, procurando que ambas partes en el contrato puedan exigir diversas pretensiones, incluyendo las resarcitorias.

2. Simplificación de las demandas y procesos

- a. Se reduce la cantidad de formalidades necesarias para la presentación de las demandas y se establecen requisitos comunes a los diferentes tipos de procesos.
- b. Se elimina la obligación de entregar copias autenticadas de los actos o normas reglamentarias demandadas, junto con

la demanda, y se modifican aspectos relacionados con la prueba del silencio administrativo, y se establece la posibilidad de demandar el acto originario o el confirmatorio, si el segundo no realizó ninguna modificación sobre el primero, acabando con la posibilidad de que se inadmitan demandas cuando solamente se interpongan contra el acto simplemente confirmatorio.

- c. Se establece la posibilidad de demandar actos separados distintos, pero conexos y presentar acciones mixtas en ciertas circunstancias.
- d. Se incorpora en un solo cuerpo normativo las consultas y advertencias de ilegalidad, apreciación de validez y el contencioso de interpretación estableciendo reglas claras para su interposición y conocimiento.

3. Agilización de los procesos contencioso administrativos

- a. Se introducen términos para el cumplimiento de las distintas etapas de los diferentes procesos contencioso administrativos, entre ellos el plazo para dictar sentencias, que se fija en seis meses desde que el negocio haya entrado al despacho del Magistrado sustanciador, quien dispondrá de cuatro meses para entregar el proyecto de sentencia, contando cada uno de los magistrados restantes de la sala con un mes para aprobar u objetar el proyecto.

Tengo reservas al respecto. La tan loable finalidad de esta reforma se estrella con la realidad actual, y es que mientras

los magistrados de la Corte Suprema de Justicia tengan que conocer de las demandas y recursos en materia constitucional, así como las casaciones laborales, difícilmente podrán atender los procesos cumpliendo estos términos

También se debe tener en cuenta que los magistrados de la Sala Tercera conocerán casos de distinta complejidad que requerirán especial atención, según el volumen de tomos y fojas del expediente judicial.

- b. Se incorpora la transacción como una forma de terminación de la controversia, sujeta a las aprobaciones correspondientes según proceda.

4. La introducción de la oralidad

- a. La propuesta contenida en el anteproyecto contiene una fase escrita, la de la presentación de las demandas o procesos, y una oral representada fundamentalmente por el período probatorio.
- b. Según la comisión, la conversión de los procesos escritos a orales resulta algo difícil, además de costoso. En este punto manifiesto mi ignorancia ya que no conozco en qué puede resultar más costoso, cuando en este momento los procesos escritos resultan costosos y causan demora, pero ciertamente no tengo certeza en los costos.
- c. Además de la etapa de pruebas, considero que los alegatos también deben ser orales, presentados por las partes en

una audiencia con la inmediación del magistrado sustanciador.

- d. Se simplifica la fase probatoria y se introducen principios claros aplicables en esta etapa, como es lo relacionado con el “desplazamiento de la prueba”, mediante el cual se mantiene la regla general en virtud de la cual incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables, sin embargo, según particularidades del caso, el Tribunal de oficio o a petición de parte podrá distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica o en cualquier momento del proceso, antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar evidencias o esclarecer hechos controvertidos.
- e. Es de conocimiento general que la Administración Pública detenta poder de policía o sancionador. Bien, gracias a la sabia doctrina española, cuando la Administración Pública sanciona a un particular, le corresponde la carga de la prueba (lo que también aplica cuando sanciona a uno de sus funcionarios). Considero que esta doctrina debió ser incluida en la propuesta de código.

5. Promoción de la transparencia y la publicidad

- a. Se establece la obligación expresa de que la Sala Tercera publique mensualmente en el portal electrónico del Órgano Judicial, el número de negocios resueltos y por resolver, y la

estadística relacionada con el cumplimiento de los plazos para dictar sentencia por cada uno de los magistrados.

- b. Se propone que la regla general sea la notificación a través de correo electrónico cuando haya constituido apoderado, y mecanismos para garantizar que efectivamente el contenido de la notificación llegue a sus destinatarios. Como complemento se establece la obligación de crear una sección de la Sala Tercera en la página web del Órgano Judicial para subir las notificaciones el día en que se envía el correo electrónico a las partes destinatarias de la notificación.

6. La dotación de medidas provisionales

- a. Ya sea de oficio o a solicitud la Sala Tercera podrá adoptar las medidas cautelares provisionales que estime convenientes, de conformidad con las reglas del código.
- b. Se propone ampliar el número de medidas cautelares que pueden utilizarse para garantizar que las demandas no sean ilusorias, procurando el equilibrio que debe haber entre el interés público y los intereses particulares. Se incluye adicionalmente, la medida cautelar innominada para ampliar el marco de protección de los administrados.

7. Procedimientos de ejecución eficaces

- a. En cuanto a la ejecución de las sentencias se establecen mecanismos para que puedan ser ejecutadas, garantizando que las medidas contenidas en ellas, ya sean declarativas o que

contengan condenas pecuniarias en contra del Estado, se cumplan sin dilación o excusas de diferente índole.

El mayor problema con las demandas de reparación directa consiste en que toda condena que se le haga a la Administración Pública representa dineros que debían utilizarse para fines de interés general, como carreteras, puentes, construcción de escuelas, hospitales, etc.

- b. Propuse como miembro de la Comisión que se crearan alternativas de pago al demandante, como fórmula de transacción en caso de lograr condena pecuniaria en contra de la Administración Pública, como por ejemplo el no pago de impuestos de acuerdo con la cuantía de la condena o el traspaso al demandante de tierras de la Administración Pública en igual cuantía de la condena.

8. Una mejor articulación con los procesos constitucionales

Conjuntamente con la Comisión del anteproyecto de Código Procesal Constitucional, se identificaron las situaciones donde la acción de amparo sea la vía idónea para atacar algún acto administrativo, y cuando las demandas con pretensiones subjetivas u objetivas se conviertan en el cauce procesal adecuado.

9. La garantía de los hechos individuales y colectivos

- a. Se establece en el anteproyecto causales procesales más claras para la presentación de acciones de clase, derechos difusos, y otras demandas por colectivos que sientan que se han

vulnerado sus derechos, que garantice una legitimación procesal.

- b. Se propone el fortalecimiento de la seguridad jurídica y la unificación jurisprudencial, permitiendo sentencias que unifiquen decisiones de la Sala Tercera que por su trascendencia económica o social y su importancia jurídica deban ser consolidadas; asimismo, los cambios en la doctrina jurisprudencial deben ser sustentados.

10. La normalización del impacto de instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos en los procesos contencioso administrativos

Se fortaleció la institución del Contencioso de Protección a los Derechos Humanos con el objeto de que la misma represente una real garantía frente a los potenciales abusos de la Administración Pública.

- a. Se introducen aspectos relacionados con las personas legitimadas y las diferentes formas de reparación luego del reconocimiento de la vulneración de los derechos fundamentales por el Estado.
- b. Es importante que se incluya en la competencia de la Sala Tercera, conocer y decidir pretensiones basadas en la convencionalidad.

La justicia contenciosa administrativa debe ser del interés de todos, ya que es la más relacionada con los derechos subjetivos de los indi-

viduos, razón por la que así mismo como otras ramas del derecho se han actualizado, esta no debe ser la excepción.

Ante la evidente inanición gubernamental de elevar este y otros proyectos de modernización de la justicia contenciosa administrativa no queda más que difundir a la sociedad civil y demás fuerzas vivas de nuestro país, el contenido de este anteproyecto para tratar de revivirlo.

Referencias

Araúz Sánchez, Heriberto. *Curso de Derecho Procesal Administrativo: la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Panamá*. Editorial Universal Books. Panamá. 2004

Díaz E., Manuel Antonio. *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá*. Imprenta Nacional. Panamá. 1947

Franco Pérez, Jaime. *La Subrogación del Fiador en el Contrato de Obra Pública en la legislación panameña*. Revista Iustitia et Pulcritud. Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA). N° 23. Panamá. 2009

Franco Pérez, Jaime. Tribunal Administrativo de Contrataciones. *Revista Iustitia et Pulcritud*. N° 25. Universidad Católica Santa María la Antigua. N°25. Panamá. 2011

Vásquez Reyes, Carlos Alberto. *Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la República de Panamá*. Imprenta Articsa. Panamá. 2019

Los errores comunes en las demandas contencioso administrativas

Por:

Dr. Cecilio Cedalise Riquelme*

Resumen: En el presente ensayo se destacan los defectos o errores en que se incurre comúnmente al presentar las demandas contencioso administrativas, dando como resultado que sean declaradas inadmisible o que no superen la fase de admisibilidad, por cuanto que incumplen las exigencias legales establecidas en el sistema normativo. El estudio persigue que se reduzcan al máximo dichas deficiencias a fin de lograr los pronunciamientos de méritos frente a las arbitrariedades o ilegalidades que comportan los actos administrativos acusados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Palabras clave: Demanda, derecho procesal, defectos, inadmisibilidad, garantismo.

Abstract: This essay highlights the defects or errors commonly incurred in filing administrative contentious claims, resulting in them being declared un-admissible or not exceeding the admissibility phase, as they breach the legal requirements set out in the regulatory system. The study seeks to reduce these deficiencies in order to achieve the pronouncements of merit in the face of arbitrariness or illegalities in which the administrative acts accused before administrative disputed jurisdiction entail.

Keywords: Demand, procedural law, defects, un-admissibility, garantism.

*Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Egresado de la Universidad de Panamá, con el grado académico de doctor en Derecho, con Énfasis en Derecho Laboral; profesor universitario a nivel de licenciatura, maestría y doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá; magistrado de la Corte Suprema de Justicia periodo 2016-2026. Ha publicado varias obras jurídicas y artículos en el plano nacional: El juicio de inconstitucionalidad como mecanismos de control de normas y medio de defensa de derechos fundamentales, El reconocimiento de derechos de la persona del trabajador, Reflexiones sobre el enjuiciamiento penal de Diputados en Panamá, El doble control jurisdiccional del acto administrativo en la jurisprudencia panameña, Los reclamos laborales de los servidores públicos ante la jurisdicción contencioso administrativa, entre otros.

En Panamá, la jurisdicción contencioso administrativa mediante la que se presentarían las acciones que tuvieran por objeto la declaratoria de ilegalidad de las actuaciones de la Administración Pública o la revisión de la actividad gubernamental que contraviniera el ordenamiento jurídico o afectara a los gobernados, vino a ser creada con la Constitución Política de 1941, según los artículos 190 a 192, desarrollados mediante la Ley 135 de 30 de abril de 1943 que después fuera reformada por la Ley 33 de 11 de junio de 1946 que se produjo bajo el imperio de la Constitución de 1946. El numeral 2, del actual artículo 206 de la Constitución Política de 1972, mantuvo dicha institución de garantía¹.

Tales instrumentos legales establecieron las reglas de conformación y funcionamiento del único órgano que tenía la función de velar por el imperio y control de la legalidad en las actuaciones administrativas, al igual que diseñaron el procedimiento especial que tenía que ser aplicado en la jurisdicción contenciosa administrativa, autorizándose por reenvío expreso la utilización de las disposiciones del Código Judicial de la época. En el capítulo II del título II se regulaban las exigencias legales para la admisión de las demandas contencioso administrativas, específicamente, a partir del artículo 42 al 53 de la Ley 135 de 1943, cuyos contenidos fueron modificados por la Ley 33 de 1946 mejorando la formulación y técnica de ciertas disposiciones de la legislación anterior.

¹El control de la legalidad que vino a ser ejercido en la jurisdicción contenciosa administrativa, como hace algún tiempo dijo el doctor Carlos Bolívar Pedreschi (2017), tenía y tiene como objeto desdoblarse en varios propósitos fundamentales: cuando opera en función de jurisdicción subjetiva aspira a otorgar al individuo recursos que le permiten proteger un derecho administrativo concreto que le ha sido desconocido o lesionado por un acto de la administración; y cuando el control de la legalidad opera en función de la jurisdicción objetiva tiene por propósito el simple mantenimiento de la legalidad administrativa, la simple sujeción de la administración a los dictados de la ley, el aseguramiento de un régimen de legalidad en el plano de las actuaciones administrativas.

Ahora hago alusión únicamente a las exigencias más relevantes que suscitan confusión en el terreno práctico.

Una de las principales reformas fue la diferenciación entre las acciones de anulación y de plena jurisdicción. En la primera, la individualización precisa del acto que se intenta declarar ilegal o nulo; lo mismo que indicar con claridad meridiana en el caso de la plena jurisdicción, las prestaciones que se pretenden como restablecimiento del derecho subjetivo afectado, ya sea que se trate de indemnización o modificación o reforma del acto acusado de nulo. También que no podrán ser atacados los actos confirmatorios, quedando sin valor jurídico si el acto original fuera anulado o reformado. Incluso se dispuso que las acciones de nulidad podrán ser entabladas por cualquier persona, quien además podrá ser tenida como coadyuvante; mientras que en las acciones de plena jurisdicción se deberá tener interés directo en los resultados del proceso. De no observarse tales formalidades no se les dará curso a las demandas contencioso administrativas ensayadas y no se interrumpirá los términos de prescripción de la acción correspondiente.

De modo categórico se previno con antelación que las acciones de nulidad contra los actos administrativos podrán ser ejercitadas en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si este requisito es necesario para entrar a tener vigor; en tanto, las acciones encaminadas a obtener la reparación por lesión de los derechos subjetivos prescribirían, salvo disposición en contrario, dos meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o hecho u operación administrativa que causara la demanda.

Fuera de esas exigencias contenidas en el ordenamiento procesal que tiene exclusiva aplicación dentro de la jurisdicción contencio-

so-administrativa, indudablemente, tienen cabida aquellas que aparecen en el Código Judicial de manera supletoria como se expuso al recordar la remisión a esa normativa por la Ley 33 de 1946. También, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que contiene el procedimiento administrativo general, debe ser observada rigurosamente en los asuntos contencioso administrativos, por cuanto introdujo modificaciones a la Ley 135 de 1943, tal como es sabido. Ante las lagunas o contradicciones aparentes de las normas respectivas, la jurisprudencia ha establecido algunas exigencias para la admisibilidad de las demandas contencioso administrativas.

En la práctica, con la presentación de las demandas que son entabladas ante la jurisdicción contencioso administrativa suele darse con frecuencia una serie de situaciones que han sido consideradas insalvables y calificadas como defectos o errores que necesariamente conducen a su declaratoria de inadmisibilidad, dado que se desconocen o infringen las disposiciones procesales del ordenamiento jurídico que rige el ámbito contencioso administrativo en nuestro país. La copiosa jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia², se ha mantenido de forma invariable, pero continúan presentándose las situaciones que ameritan que sean aplicados los criterios fijados y enunciados abajo.

Entre las cuestiones y situaciones que se han identificado pueden mencionarse las siguientes: el haber dirigido la demanda contra el

²Puede verse los variados y constantes pronunciamientos judiciales donde se reconocieron los distintos supuestos que dieron origen a los criterios de inadmisibilidad de las demandas contencioso-administrativas, presentadas con los defectos o errores que son destacados, detalladamente, en las obras de Arturo Hoyos (2005) y del Centro de Investigaciones Jurídicas de la USMA (2012), elaboradas teniendo como fuente la información existente en la siguiente dirección electrónica: bd.organojudicial.gob.pa/registrojudicial.html

acto confirmatorio y no contra el acto administrativo original que se reputa ilegal, sea por acción de nulidad o de plena jurisdicción; el haber acusado de nulo el acto preparatorio o instrumental, dejando de impugnar el acto final o definitivo que tiene la potencialidad de lesionar el derecho subjetivo; el haber omitido la transcripción literal de las disposiciones que se estiman infringidas, su explicación y la confrontación de las normas con el acto administrativo atacado, cuya inobservancia impide el pronunciamiento de mérito; el haber reclamado la nulidad de dos actos administrativos distintos que no tengan vinculación entre sí, mediante una sola demanda contencioso administrativa; el haber confundido o no identificado adecuadamente la pretensión al impugnar el acto administrativo para que sea declarado nulo con base en el interés público o social o por razón de un interés particular que busca el restablecimiento del derecho subjetivo infringido; el haber dirigido la demanda contenciosa administrativa a una persona que no es idónea como dispone el ordenamiento procesal aplicable; el haber establecido como normas infringidas las disposiciones previstas en la Constitución, cuyo examen no es posible en sede contenciosa administrativa donde se conocen exclusivamente vicios de ilegalidad, escapando ese análisis de su radio de acción; el haber omitido la determinación de la parte que interviene en defensa del acto acusado de ilegalidad; el haber omitido en la demanda de plena jurisdicción el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado con el acto atacado.

Además, la jurisprudencia nacional tiene reconocidas otras situaciones que no han permitido darle curso a las demandas incoadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, tales como: el no haber impugnado el acto administrativo en vía gubernativa que equivale a no haberla agotado, lo que supone un presupuesto necesario para

acceder al denominado control externo o jurisdiccional³; el no haber acompañado la negativa de la solicitud de las copias autenticadas del acto atacado y que haya gestionado con anterioridad para obtenerla o conseguirla; la presentación extemporánea de la demanda de plena de jurisdicción, esto es, dos meses después de agotada la vía gubernativa; el haber interpuesto fuera del plazo establecido el recurso de apelación que procede contra la resolución que niega la admisión de la demanda contenciosa administrativa; el haber entablado una demanda por segunda vez cuando se encuentra pendiente de decidir el pleito trabado con la anterior demanda contenciosa administrativa, lo que supone una *litispendencia*; el no haber pedido la nulidad del acto administrativo a pesar de que se reclama la indemnización por daños y perjuicios; el haber atacado de ilegal cualquier acto general o individual (decretos, órdenes, resoluciones, etc.), dictado en ejercicio de una función jurisdiccional, pues no tiene carácter administrativo.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante su consolidada jurisprudencia, resguarda el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración Pública cuando revisa o controla los actos administrativos de las autoridades nacionales, provinciales, municipales y demás entes oficiales, cumpliendo su misión como institución de garantía, lo que permite decir que su construcción está fundada en un discurso garantista. Desde este punto de vista no

³Se diferencia del llamado control interno o preventivo que se produce cuando se ejercen los recursos administrativos ante la propia Administración, pues el control externo o correctivo ocurre cuando se hace una inspección desde el terreno judicial para revisar y corregir la actuación de la autoridad gubernamental, tal como expuso la catedrática **Elisenda Malaret (2016)**, al referirse a las formas de control de la actividad de la administración, cuando distingue su vertiente administrativa de su vertiente jurisdiccional.

puede acudir a la concepción del activismo judicial, puesto que se desconocería la inveterada jurisprudencia elaborada bajo el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico, y ello conduciría a fomentar la construcción de pronunciamientos arbitrarios carentes de solidez jurídica y con sentido de discrecionalidad del juzgador cuando opera el Derecho administrativo.

Estimo que las precisiones jurisprudenciales al igual que las consideraciones dogmáticas plasmadas en esta entrega, deben ser tomadas en cuenta y ser incluidas en las futuras reformas que se vienen preparando al ordenamiento procesal que regiría dentro del ámbito contencioso -administrativo, en el que reina el principio de legalidad.

Referencias

Canteros, Fermín. *Estructura Básica de los Discursos Garantista y Activista del Derecho Procesal*, Argentina: Editorial Juris, 2012.

Hoyos, Arturo. *El Derecho Contencioso-Administrativo en Panamá (1903-2005): Una introducción histórica del Derecho Comparado y Jurisprudencial*, Panamá: Editorial Sistemas Jurídicos, S.A., 2005.

Malaret, Elisenda. *Hacia un Modelo de Justicia Administrativa Dual, Tribunales Administrativos y Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Instituciones Administrativas e Instancias Jurisdiccionales. Una perspectiva necesariamente de conjunto del Control de la Actividad Administrativa, Control Administrativo y Justicia Administrativa*, España: Editorial Innad, 2016.

Pedreschi, Carlos Bolívar. *El Control de la Constitucionalidad en Panamá*, 2.^a ed., Panamá: Editora Novo Art., S.A., 2017.

USMA, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Santa María La Antigua, *Extractos Jurisprudenciales en Materia Contencioso-Administrativa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia*, (enero-diciembre-2000) y (años 2001-2002), Colección Académica, Panamá, 2012.

Derecho Laboral

La falta de probidad y el desobedecimiento de órdenes como causales de despido

Por:
Lcdo. Rubén Castillo Gill*

Resumen: *El presente artículo constituye un análisis dogmático – jurídico del Código de Trabajo, principalmente de la falta de probidad y el desobedecimiento de órdenes como causal de despido. En el mismo sentido se brinda un análisis a los criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Superior de Trabajo haciendo particular énfasis a las causales de despido de un trabajador.*

Palabras clave: *Código de Trabajo, Causal de Despido, Falta de Probidad, Trabajador, Empleador.*

Abstract: *This Article constitutes a dogmatic – legal analysis of the Labour Code, mainly of lack of probity and disobeying orders as a ground for dismissal. In the same sense, an analysis is provided to the jurisprudential criteria issued by the High Labour Court with particular emphasis on the grounds for dismissal of a worker.*

Keywords: *Labour Code, Cause of Dismissal, Lack of Probity, worker, employer.*

*Es fundador, socio y director de Mendoza, Arias, Valle & Castillo. Abogado Litigante desde 1989. Es Consultor Empresarial en materia de negocios y relaciones laborales. Se ha desempeñado como Profesor Universitario en la cátedra de Derecho Laboral y Técnicas de Negociación en Licenciatura y Postgrado de la USMA.

I. Marco referencial

Antes de adentrarnos en el tema correspondiente consideramos indispensable aclarar el alcance del concepto de despido, para lo cual citaremos a estudiosos de la materia.

Para el profesor Luis A. Sherley, en su obra *La Terminación del Contrato Individual del Trabajo*, el despido es: “La terminación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del patrono, justificada o no la causa de la disolución”.

El siempre recordado profesor Jorge Fábrega Ponce, señaló que el despido es concebido como “un acto unilateral del empleador que termina el contrato”.

El doctor Rolando Murgas Torraza, en sus *Apuntes de Derecho del Trabajo*, manifiesta que en el derecho panameño el despido es “la manifestación de voluntad en virtud de la cual, el empleador pone término a la relación de trabajo, con fundamento en una justa causa, o cuando así lo permita la ley, cuando no exista dicha causa”.

El inolvidable jurista Néstor De Buen, en la obra *Derecho del Trabajo*, define el despido como “un acto unilateral en virtud del cual el empleador da por terminada la relación laboral, invocando una causa grave de incumplimiento imputable al trabajador”.

Características del despido

Con base en las definiciones anteriores y lo que ha planteado el licenciado Oscar Vargas Velarde en su recomendable obra *Derecho del Trabajo*, podemos establecer las características del despido.

A. Es un acto propio de la voluntad del empleador

Es el empleador quien toma la decisión de dar por terminada la relación de trabajo. La única vía que le queda al trabajador es acudir a la conciliación ante el Ministerio de Trabajo o presentar su demanda por despido injustificado, ante las Juntas de Conciliación y Decisión.

B. Es un acto dirigido contra el trabajador

Dado que solamente el trabajador es el que puede impugnar el acto de despido, es indispensable que se le notifique personalmente al trabajador la carta de despido. En caso de que el trabajador se muestre renuente a firmar el acuse de recibo, el empleador deberá acreditar la notificación a través de dos testigos idóneos.

C. Es un acto que debe ser formal

El despido debe darse por escrito y la nota debe señalar los hechos, causas, circunstancias y fecha de la terminación de trabajo. En otras palabras, debe cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 214 del Código de Trabajo que dice: "El empleador debe notificar previamente y por escrito al trabajador, la fecha y causa o causas específicas del despido o de la terminación del trabajo. Posteriormente no podrá alegar, válidamente, causales distintas a las contenidas en la notificación."

Sin lugar a dudas el citado artículo pretende que el trabajador no quede en indefensión y para ello impone que el empleador no solo establezca el fundamento legal del despido, sino los hechos que lo configuran.

Pese a lo anterior, el despido que incumple con el artículo 214 del Código de Trabajo sigue siendo un despido, pero en este caso ilegal.

D. Desde el punto de vista doctrinal, el despido es susceptible de finalizar la relación de trabajo

Al respecto, el licenciado Oscar Vargas Velarde, en su libro *Las causas justas de despido*, manifiesta que:

“a raíz del establecimiento de sistemas constitucionales y legislativos de estabilidad en el trabajo, la situación se ha modificado sustancialmente debido a la posibilidad del reintegro del trabajador cuando el despido ocurre sin causa justificada o sin el cumplimiento de las formalidades legales”.

Por esto ahora se dice que el despido, en términos generales, no extingue la relación de trabajo, sino que tiene efectos suspensivos.

En nuestra legislación, la posibilidad de hacer efectivo el reintegro queda en manos del empleador que puede desestimarlos pagando el recargo que corresponda, si se da el caso.

II. La falta de probidad y honradez como causal de despido

El contrato de trabajo se asienta en la buena fe y la lealtad recíproca, como consecuencia de que empleadores y trabajadores contribuyen con el desarrollo económico y social.

La relación laboral debe desarrollarse cumpliendo con el deber de fidelidad, ya que es lo único que puede garantizar su prolongación y eficacia. No puede existir una relación laboral sana si se contamina con actitudes que atentan contra la actividad productiva de la empresa.

La expresión probidad significa la rectitud, honestidad, cuidado y esmero con que el trabajador debe acometer las obligaciones que emanan de la relación laboral.

Según la causal comentada, la falta de probidad debe verificarse durante la prestación de servicio o su desempeño.

No existe prejudicialidad, por lo que si se trata de una conducta delictiva, la configuración de la causal no depende de la sentencia penal, ya que el juez laboral está en completa libertad de juzgar el caso según su punto de vista. Puede ser que un hecho denunciado penalmente no sea considerado delito por las autoridades, pero puede generar la causal de despido, a la luz de la realidad laboral.

El Código de Trabajo no establece textualmente qué conductas determinan la existencia de la causal, por lo cual la jurisprudencia en su función integradora del derecho, le toca desarrollarlas.

Entre los hechos más comunes que provocan la causal, tenemos los siguientes:

- a) Dormir durante la jornada de trabajo.
- b) Marcar la tarjeta de control de otro trabajador.

- c) Presentar un certificado médico falso para justificar una ausencia.
- d) Realizar cobros y no entregar el dinero a la empresa.
- e) Conducir un vehículo bajo los efectos del alcohol o sustancias prohibidas por la ley.
- f) Acusar continuos faltantes de dinero.

Debemos señalar que cuando nuestra legislación habla de perjuicio, no se refiere exclusivamente a dinero, ya que puede darse un perjuicio moral o específicamente que afecte la disciplina del centro de trabajo.

Para ejemplificar, podemos decir que si un trabajador se lleva sin autorización una suma de dinero de la empresa y posteriormente la devuelve, ello no demerita la existencia de la causal ya que el hecho ocurrido ya implica una grave violación a la buena fe y el orden que debe regir en la empresa.

Tampoco es aceptable el hecho de que el trabajador pueda retirar, sin autorización, bienes de valor que sean propiedad de la empresa, toda vez que ello atenta contra la disciplina y el respeto al derecho de propiedad.

Cuando la causal se refiere a delitos contra la propiedad en perjuicio del empleador, se refiere a conducta del trabajador que implique la comisión de un delito que afecte los bienes del empleador. Podríamos señalar, a manera de ejemplo, el robo o hurto de herramientas del empleador, el hurto de dinero de la empresa, etc. En estos casos es conveniente la denuncia penal pero el juez laboral, como ya señalamos, examina el caso con total independencia del criterio del juez penal.

III. Casuística Jurisprudencial del Tribunal Superior de Trabajo

Incurrir en falta de probidad quien abandona sus labores para libar licor

Obviamente, el centro de trabajo no puede ser utilizado para actividades ajenas a la naturaleza de la actividad económica correspondiente. Resulta claro que libar licor en el centro de trabajo relaja la disciplina que debe regir en la empresa.

Alterar, sin autorización, los sistemas informáticos de la empresa constituyen falta de probidad

Los sistemas informáticos están regulados por disposiciones de orden público que no pueden ser desvirtuadas por los ciudadanos. Si el trabajador altera, cambia o incluye material informático no autorizado por el empleador, puede generar daños a los equipos y consecuencias legales que derivan de la infracción al derecho de autor.

Presentar certificados médicos expedidos por facultativos que no atendieron al trabajador constituye falta de probidad

La actitud del trabajador de engañar al empleador rompe con el principio de buena fe y fidelidad que debe regir la relación laboral.

Constituye falta de probidad el hecho de que un vigilante duerma durante sus labores

Dormir durante el empleo configura la causal de falta de probidad y si lo hace un agente de seguridad se incrementa la gravedad de la

falta, con lo cual se generan otras causales como la de comprometer la seguridad del lugar de trabajo.

IV. El desobedecimiento de órdenes como causal de despido

Está incluida en el numeral 10 del acápite A del artículo 213 del Código de Trabajo y guarda relación con la facultad del empleador de dirigir y administrar su negocio, bajo los parámetros de la subordinación jurídica en que se encuentra el trabajador.

Para que la causal opere es necesario lo siguiente:

- A. Que se imparta una orden por el empleador o alguno de sus representantes. Es importante revisar el artículo 88 del Código de Trabajo que determina quiénes representan al empleador.
- B. Que la orden sea clara, es decir que no admita duda. Generalmente la orden debe ser girada en el idioma español, salvo que se demuestre que, por uso, costumbre o razones técnicas es expresada en otro idioma.
- C. Que el trabajador provoque un perjuicio al empleador, el cual puede ser moral o material.
- D. Que la orden guarde relación con el trabajo contratado o con el ejercicio de la movilidad.
- E. Que el incumplimiento sea sin causa justificada. No debe ser una orden que implique ilegalidad o que irrogue un perjuicio a la salud del trabajador.

Ratificamos el hecho de que las órdenes que se giren haciendo uso de la movilidad consagrada en la legislación laboral, deben ser acatadas ya que, por ministerio de la ley, corresponden al trabajo contratado.

V. Casuística jurisprudencial del Tribunal Superior de Trabajo

Si no hay constancia de la orden impartida, no se puede alegar una violación de la misma

El empleador debe tener los elementos probatorios que indiquen que se le giró una orden al trabajador.

El trabajador debe cumplir primero con las órdenes impartidas y luego reclamar en caso de no ser esas sus funciones

Queda proscrita la posibilidad de que el trabajador se haga justicia por sí mismo. El trabajador que considere que la orden excede el trabajo contratado, debe utilizar las vías legales que se encuentran a su disposición para enderezar sus reclamos.

Constituye desobediencia de orden, tanto la negativa a cumplir órdenes específicas, como la comisión o inejecución de instrucciones claramente impartidas

El trabajador está sujeto a la dirección y fiscalización del empleador y debe cumplir, subordinadamente, con las instrucciones y procedimientos que fija para la ejecución del trabajo. Estos procedimientos no tienen que ser reiterados para que su incumplimiento provoque la causal.

La tardanza no constituye, de ninguna manera, desobediencia de órdenes.

El sistema jurídico laboral no permite que se creen causales no fijadas en él. La tardanza no está establecida como una causal de despido y no puede ligarse a otra existente.

Como hemos visto, las normas que gobiernan el despido se asientan en el principio tutelar que ampara al trabajador a través de un sistema de presunciones y de fórmulas ritualistas.

Referencias

De Buen, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Editorial Porrúa. 1990

Vargas Velarde, Oscar. *Las Causas Justas del Despido*. Editorial Varem. Panamá. 1991

Derecho de Familia

El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias

Por:

Lcda. Nelly Cedeño de Paredes*

Resumen: Nuestra Carta de Derechos fundamentales nos conmina a proteger el matrimonio y la familia, y su patrimonio. Es así que nuestra Legislación de familia claramente dispone las reglas para asegurar que en igualdad de derechos, los cónyuges establezcan la sociedad patrimonial que regirá su unión. Sin embargo, en la mayoría de los casos tal acuerdo no se concretiza ni antes ni durante la relación matrimonial, por lo que de manera autónoma la Ley establece las reglas que se aplicarán para proteger el principio fundamental de igualdad de los cónyuges.

Palabras clave: matrimonio, régimen económico matrimonial, patrimonio, cónyuges, familia

Abstract: Our Charter of Fundamental Rights directs us to protect marriage and the family, and their assets. Thus, our Family Legislation clearly lays down the rules to ensure that in equal rights, spouses establish the estate company that will govern their union. However, in most cases such an agreement is not concretized earlier or during the marriage relationship, so autonomously the Law lays down the rules that will be applied to protect the fundamental principle of equality of spouses.

Keywords: marriage, marriage economic regime, wealth, spouses, family.

*Magistrada titular del Tribunal Superior de Familia desde 1995, inició en el mundo del derecho como abogada independiente. En 1984 incia como jueza tercera municipal del primer circuito judicial de Panamá y jueza novena de circuito civil del Distrito de Panamá. Es profesora universitaria de derecho civil y de familia.

La igualdad de derechos y deberes de los cónyuges es uno de los principios fundamentales que no pueden escaparse a la hora de tomar decisiones sobre asuntos de familia, así lo estipula nuestra legislación familiar en el artículo que da apertura a las normas que le rigen.

Y ese deber conyugal que anota el Código de la Familia trasciende aquella relación de pareja instituida a través del matrimonio; aun sin sujeción legal, las responsabilidades se extienden a las relaciones de hecho, por ende, a sus descendientes; ese deber derecho también alcanza a aquellos hijos nacidos de relaciones previas o paralelas, ya sea dentro del vínculo matrimonial o producto de la unión libre.

Desde inicios del siglo XX la historia universal registra cambios sociales que otorgan mayor garantía a los cónyuges, e independencia y medios defensivos a la mujer. Así queda plasmado desde 1900 en las legislaciones europeas.

La realidad en América, y por ende en Panamá, era muy distinta, pues hasta 1932 no se produjeron cambios. En 1887 el Código Civil colombiano establecía que *“en estado de matrimonio el marido tenía plena facultad legal de usufructuar lo de su cónyuge, adquirido antes o después del enlace, sin obligación de rendir cuenta ninguna; podía disponer a su talento de los bienes muebles de la mujer, sin el consentimiento y aun sin el conocimiento de ella”*.

Nuestro sistema republicano ha legislado sobre el tema en diferentes etapas de nuestra civilidad, ajustados al sistema político de la época, así tenemos:

- **Régimen de sociedad de gananciales.** Desde el 3 de noviembre de 1903, fecha de la separación de Colombia, hasta el 1.º de octubre de 1917, por continuar vigente el Código Civil de Colombia, por mandato del artículo 1.º de la Ley 37 de 1904;
- **Régimen de separación de bienes.** Desde el 1.º de octubre de 1917, fecha en que comenzó a regir el Código Civil de la República de Panamá, hasta el 2 de enero de 1995, según el artículo 1163 del Código Civil en relación con el artículo 839 del Código de la Familia.
- **Régimen de la participación de las ganancias.** Regente desde el 3 de enero de 1995, contenido en los artículos 102 a 126 del Código de la Familia, aprobado por Ley N.º 3 de 17 de mayo de 1994, modificado por la Ley 12 de 25 de julio de 1994.

Valga anotar que el régimen de participación en las ganancias será el tema que abarcará nuestro ensayo, que junto con el de separación de bienes y sociedad de gananciales, constituyen los pilares fundamentales de la sociedad matrimonial expresamente indicada en la Ley.

Al disolverse la sociedad patrimonial o marital, los activos que han tenido los esposos o compañeros permanentes entre quienes se ha formado sociedad conyugal o patrimonial, se unen en un fondo del que se sustraerán los bienes propios de esposos o compañeros y las restituciones que ellos tengan a favor respecto a la sociedad patrimonial y las deudas que haya adquirido cada uno de los esposos en el giro ordinario de su actividad laboral, profesional o comercial y se sumarán

las recompensas que deba el esposo a la sociedad conyugal por donaciones cuantiosas o mejoras en los bienes propios que hayan aumentado el valor de estos. El resultado de estas operaciones se dividirá en partes entre esposos, a títulos gananciales.

El régimen económico matrimonial, como lo define el Dr. José Alberto Garrone (2), “es el conjunto de normas que determinan el estatuto jurídico de los bienes de los esposos durante el matrimonio y al tiempo de su disolución, y que rigen las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí o con los terceros con quienes contratan.”

El régimen económico matrimonial inicia con el matrimonio y puede finalizar por sentencia de divorcio o a solicitud de uno de los cónyuges; sin embargo, en caso de que los cónyuges no hayan pactado capitulaciones, entraría a regir de manera autónoma el régimen de participación de las ganancias, que no debe ser confundido con el régimen de partición de bienes; pues este último prevé el derecho de cada cónyuge a participar de la mitad de los bienes y frutos adquiridos a título oneroso, al iniciar y culminar una unión de hecho.

Las Capitulaciones Matrimoniales son el convenio que suscriben los futuros esposos antes o después de la celebración del matrimonio para estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio, y para su validez debe constar en escritura pública.

Entonces, parte del matrimonio la regla que se aplica para resolver una controversia relacionada con el régimen de participación de las ganancias, y culmina de pleno derecho o cuando lo pidan los cónyuges o

uno de ellos, así se establece el derecho de cada uno a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante la vigencia del régimen.

Así es que una vez perfeccionado este periodo, se procederá juzgador a constituir el patrimonio inicial de cada cónyuge basado en los bienes y derechos que pertenecieran al matrimonio, o, en su defecto, al tiempo en que fueron adquiridos.

Claro el panorama, surge la necesidad de evaluar los datos de carácter científico, artístico o práctico, que no pertenecen a la experiencia común ni a la formación específica exigida a un juez, por lo que a través de peritos se determinará el patrimonio de cada cónyuge, tomando como consideración primordial la titularidad de los bienes y derechos de uno o ambos cónyuges, y deduciendo de estos bienes, las obligaciones no satisfechas.

Según nuestro Código Civil, la posesión de los derechos registrados se prueba por la nota del respectivo registro, y mientras esta posesión subsista, no será admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.

En la posesión del propietario de un bien inmueble, el título debidamente registrado origina automáticamente el fenómeno posesorio. Frente a este título inscrito, la posesión material, o sea la que se demuestra con la explotación económica del predio, nada tiene que hacer. En síntesis, la posesión inscrita niega la verdadera posesión material.

De vuelta a nuestro tema. Una vez dilucidado el asunto de la titularidad y con la certeza sobre la masa de bienes y frutos que se deban

liquidar, se aplica una simple operación aritmética basada en el resultado positivo que arroje la diferencia entre el patrimonio inicial y final de alguno o ambos cónyuges; así el consorte cuyo patrimonio haya experimentado menor acrecentamiento percibirá la mitad de la diferencia entre su aumento y el aumento del otro cónyuge; y, en caso de que solo uno de los patrimonios muestre resultado positivo, el derecho de la participación consistirá en la mitad de aquel aumento para el cónyuge no titular del patrimonio.

A grandes rasgos, es así como se estructura una de las reglas que rigen la sociedad conyugal en el matrimonio, que es nada más que la consecuencia económica de la unión legal en el supuesto de que las capitulaciones matrimoniales convengan cosa distinta y se cumpla y establezca en derecho el tiempo de convivencia.

Referencias

Alarcón Palacio, *La sociedad conyugal en Colombia*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, pág. 67.

Aramburo Restrepo, José Luis, *Derecho de Familia*, Segunda Edición, Leyer Editores, Bogotá, Colombia, 2019, pág. 323

Garrone, José Alberto, *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot*, Editorial Artes Gráficas Candil, Buenos Aires-Argentina, 1989, págs. 782.

<http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>

Velásquez Jaramillo, Bogotá, Colombia, 1995, pág. 106

Derecho Marítimo

Reseña histórica y generalidades Los tribunales marítimos de Panamá

Por:
Lcda. Gisela Agurto Ayala*

Resumen: *El objetivo del presente artículo es destacar las funciones y competencias de los tribunales marítimos a partir de la evolución del proceso marítimo en Panamá. En ese sentido, examina la ley 8 de 1982, que crea los tribunales marítimos, establece sus competencias en el ámbito interno e internacional y dicta normas de procedimiento. El secuestro marítimo como medida de carácter precautorio y la ejecución de créditos marítimos privilegiados, realizados de forma directa contra la nave, carga o flete, es igualmente analizado de acuerdo a la norma y jurisprudencia panameña.*

Palabras clave: *Procedimiento Marítimo, Secuestro Marítimo, Derecho Marítimo, Tribunal Marítimo de Panamá, Litigio Marítimo, Créditos Marítimos Privilegiados.*

Abstract: *The objective of this article is to highlight the functions and competencies of maritime courts, based on the evolution of the maritime process in Panama. In this regard, it examines Law 8 of 1982, which creates the maritime courts, establishes its competences at the domestic and international level and dictates procedural rules. Maritime sequestration, as a precautionary measure, and the enforcement of privileged maritime appropriations, carried out directly against the ship, cargo or freight, is also analyzed in accordance with Panamanian rule and case-law.*

Keywords: *Maritime procedure, maritime sequestration, maritime law, maritime court of panama, maritime litigation, privileged maritime credits.*

*Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Santa María la Antigua. Actualmente es Magistrada del Tribunal Marítimo de Apelaciones de Panamá.

La labor judicial de los tribunales marítimos en Panamá, ha estado sujeta a la dinámica jurídica vigente, a través de los distintos periodos de nuestra era republicana, toda vez que en sus inicios no contaba con una normativa especial que regulara el procedimiento marítimo, por lo que se aplicaba la Ley de Procedimiento Civil. En este artículo, procedemos a realizar un recuento de la evolución del proceso marítimo judicial, así como algunas generalidades de la normativa legal vigente aplicable a la figura del secuestro marítimo, medida cautelar exclusiva que puede solicitar el acreedor para que se le restituya un derecho teniendo prioridad el tenedor de un crédito marítimo privilegiado.

La legislación marítima nacional en el aspecto procesal ha tenido un amplio e interesante desarrollo a lo largo de nuestra historia, dado que en sus inicios ella estuvo sujeta al proceso civil, ya que no existían normas especiales que regularan esta materia. A raíz de los tratados canaleros de 1903, entró en vigencia en la Antigua Zona del Canal de Panamá la legislación norteamericana y se inicia el funcionamiento de aquellos tribunales norteamericanos en esas áreas.

Posteriormente, se creó la antigua Corte Suprema de la Zona del Canal, la cual fue sustituida en 1912 por la Corte Distritorial de la Zona del Canal. Estos tribunales tenían competencia para conocer los litigios del almirantazgo que ocurrieran en la antigua Zona del Canal, mientras que los casos marítimos ocurridos fuera de la Zona del Canal, eran conocidos y resueltos por los Juzgados de Circuito Civil.

El 30 de septiembre de 1979 y el 31 de marzo de 1982, los Juzgados de Circuito Civil con sede en Balboa y Cristóbal, creados por la Ley 22 de 1979, asumen la plena jurisdicción sobre todos aquellos

casos que fuesen nuevos de carácter civil, al tenor de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo XI del Tratado del Canal de Panamá de 1977.

Para llenar ese gran vacío que existía en nuestra legislación, y ante la urgencia de una institución especializada que se encargara de los asuntos marítimos, se designó una comisión que estuvo a cargo de la elaboración de un proyecto de ley que regulara lo relativo a la creación de los tribunales marítimos panameños y al procedimiento aplicable a las controversias marítimas. Dicha comisión presentó un proyecto de ley el 17 de septiembre de 1979, pero no es sino hasta el 30 de marzo de 1982, cuando fue sancionada y se convierte en ese momento en ley de la república, publicada en la Gaceta Oficial N.º19.539 de 5 de abril de 1982.

Consecuentemente, por medio de la Ley 8 de 30 de marzo de 1982 se crean los Tribunales Marítimos y se dictan normas de procedimiento. Esta ley tuvo su primera reforma con la Ley 11 de 23 de mayo de 1986; posteriormente, mediante la Ley 23 de 1 de junio de 2001, se reformaron los artículos 3 y 5, creándose el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá. La última reforma se dio mediante la Ley 12 de 23 de enero de 2009 y promulgada mediante Gaceta Oficial N.º26322 de 13 de julio de 2009, dándose a conocer el Texto Único de la Ley 8 de 1982, reformada. Es a través de esta modificación de la ley que se dispone en su artículo primero, la creación del Tribunal de Apelaciones Marítimas, para conocer de los procesos marítimos en segunda instancia.

Conclusivamente podemos señalar, que la jurisdicción marítima panameña surge con la Ley 8 de 1982, cuando la franja canalera es entregada a los panameños tras la firma de los Tratados Torrijos Carter en 1977.

Generalidades del Secuestro Marítimo: Procedimiento y Finalidad

Luego del recuento de la creación de los Tribunales Marítimos y del Tribunal de Apelaciones Marítimas, analizaremos el tema del secuestro en la Jurisdicción Marítima, su finalidad, procedimiento y ejecución.

Debemos iniciar señalando que la Jurisdicción Marítima conoce de una materia especializada como es la marítima, que se regula a través de la Ley 8 de 1982, reformada, allí se desarrolla solo procedimiento marítimo y se establece la competencia que tienen sus tribunales en los ámbitos nacional e internacional. Cabe destacar, que esta ley permite que los procesos marítimos se surtan en apego al desarrollo de materias marítimas internaciones, pero siempre garantizando el debido proceso a las partes, sean estas nacionales e internacionales, naturales o jurídicas.

El artículo 19 de dicha ley fija la competencia privativa de los Tribunales Marítimos en las causas que surjan de actos referentes al comercio, transporte y tráfico marítimo, ocurridos dentro del territorio de la república de Panamá, en su mar territorial, las aguas navegables de sus ríos, lagos y en las del Canal de Panamá. Así como la competencia privativa de los Tribunales Marítimos, para conocer de las acciones derivadas de los actos anteriormente mencionados, ocurridos fuera del ámbito territorial señalado en el inciso anterior, pero únicamente en los siguientes supuestos:

- Cuando las respectivas acciones vayan dirigidas contra la nave o su propietario y la nave sea secuestrada dentro de la jurisdic-

ción de la República de Panamá como consecuencia de tales acciones.

- Cuando se hayan secuestrado otros bienes pertenecientes a la parte demandada, aunque esta no esté domiciliada dentro del territorio de la república de Panamá.
- Cuando la demandada se encuentre dentro de la jurisdicción de la república de Panamá y haya sido personalmente notificada de cualesquiera acciones presentadas en los Tribunales Marítimos.
- Cuando una de las naves involucradas fuere de bandera panameña y resultare aplicable en virtud de un contrato o de lo dispuesto por la propia ley panameña, o las partes se sometan expresa o tácitamente a la jurisdicción de los Tribunales Marítimos de la República de Panamá.

El Secuestro Marítimo se desarrolla en el capítulo VI, sección 1, de la Ley de Procedimiento Marítimo, allí se encuentran las disposiciones relativas a los requisitos y finalidades de la medida cautelar, que se desarrolla a continuación:

El artículo 166 de la *lex cit*, determina los fines del secuestro, en tres grandes aspectos, a diferencia de la finalidad o función cautelar genérica.

Como primer fin, la norma establece que es una medida de carácter precautorio, en la cual el Juez a petición de parte puede decretar secuestro sobre los bienes del demandado para asegurar el cumplimiento de la obligación que se reclama, recayendo en nuestra jurisdicción sobre la nave o carga.

Además de garantizar las resultas del proceso o evitar que sea ilusoria la pretensión reconocida mediante sentencia, también tiene la finalidad de adscribir competencia sobre causas de naturaleza internacional, las cuales deben ser ventiladas en Panamá por haber adquirido competencia los Tribunales Marítimos, como por ejemplo al aprehender físicamente un bien de propiedad del demandado en nuestra jurisdicción territorial (principalmente el Canal de Panamá), (*forum arresti*).

Como última finalidad la norma plantea que se garantiza con dicho secuestro la ejecución de créditos marítimos privilegiados, los cuales deben ser realizados directamente contra la nave, carga o flete.

Veamos más detenidamente cada una de las finalidades que presenta el secuestro marítimo en el artículo 166 de la *Lex cit.*

1. Evitar que el proceso sea ilusorio en sus efectos y que la parte demandada, trasponga, enajene, empeore, grave o disipe bienes susceptibles de tal medida.

El numeral primero describe que mediante el secuestro marítimo se garantizan las resultas del proceso, o sea que se obtenga a favor del demandante la forma de hacer materialmente efectivo el derecho que se reclama. Un secuestro practicado bajo esta finalidad, es igual a lo que se busca en un proceso civil, solo que el mismo es decretado por un juez marítimo, que tiene competencia sobre la causa independientemente de la medida cautelar, en estos procesos las involucradas son generalmente sociedades panameñas. Aquí la parte demandante deberá consignar una caución de daños y perjuicios del veinte al treinta por ciento de la cuantía de la demanda para que el secuestro sea decretado, (ver artículo 168).

Si se toma en cuenta que estamos ante un secuestro similar al practicado en la jurisdicción ordinaria, en el evento de vacíos legales que pudiesen surgir en la Ley 8 de 1982, reformada, podemos remitirnos al Código de Procedimiento Civil.

2. Adscribir a la competencia de los tribunales marítimos panameños el conocimiento de las causas que surjan dentro o fuera del territorio nacional como consecuencia de hechos o actos relacionados con la navegación, cuando el demandado estuviera fuera de su jurisdicción, y en las causas que surjan dentro del territorio nacional cuando el demandante opte por secuestrar un bien del demandado con el fin de notificarlo de la demanda. En ambos casos, el secuestro constituido conforme a lo previsto en este numeral surtirá los efectos de la notificación personal de la demanda; sin embargo, el demandante deberá, además, cumplir con el trámite establecido en el último párrafo del artículo 403.

Se considera que el demandado está fuera de la jurisdicción panameña cuando su domicilio efectivo y real de negocios esté fuera de la República de Panamá, aun cuando la sociedad sea panameña o siendo extranjera esté registrada en Panamá, o tenga sucursales o empresas filiales en Panamá, o que la nave esté registrada en Panamá.

En el numeral segundo se detallan los supuestos a través de los cuales los Tribunales Marítimos panameños adquieren competencia judicial. Debemos señalar que el secuestro está ligado a causas de

carácter internacional; aquí el Tribunal Marítimo puede llegar a ser competente si ha secuestrado y aprehendido física y materialmente bienes del demandado dentro de nuestra jurisdicción, aunque su domicilio esté fuera de nuestro país.

Como se observa, la legislación marítima a través del artículo 19 plantea complejidades en materia de competencia tanto nacional como internacional. Otro aspecto a destacar es que el secuestro sirve como medio de notificación de la demanda al demandado propietario o representante de los bienes secuestrados, entendiéndose entonces que desde que se aprehende físicamente la nave se da por notificada la demanda.

La caución que se consigna en este secuestro es de mil balboas (B/ 1,000.00), para responder por daños y perjuicios; y el acreedor a su vez deberá consignar a la orden del alguacil del Tribunal Marítimo una suma que no exceda de dos mil quinientos balboas (B/.2,500.00) como adelanto para los gastos que pueda ocasionar la conservación, mantenimiento y custodia de la nave.

3. Aprender materialmente bienes susceptibles de secuestro, para hacer efectivos créditos marítimos privilegiados, gravámenes marítimos o cualquier crédito que, según el Derecho aplicable a la causa, permita dirigir la demanda directamente contra estos. El secuestro surtirá los efectos de notificación personal sobre el bien demandado.

La tercera finalidad que plantea el secuestro marítimo permite establecer una diferencia notable en materia de secuestro bajo nuestra legislación en comparación con el derecho estadounidense y el derecho inglés, ya que la acción *in Rem* tiene características funda-

mentales y es que la misma está dirigida contra la res o cosa y no contra su propietario, a diferencia de su aplicación en el derecho anglosajón.

Adicional a ello, el secuestro no solo se dirige en contra de la nave, sino que también se hace en contra de la carga o el flete, siendo la nave el elemento primordial, ya que el proceso *in rem* en su mayoría se dirige contra la embarcación. Surge aquí una interesante inquietud: ¿cómo se puede personificar a una cosa y llevarla a los tribunales como sujeto procesal? Para responder dicha interrogante, necesariamente debemos recurrir al derecho sustantivo aplicable a la causa y es ahí donde encontraremos la solución.

Es importante destacar que dicho artículo plantea que para adscribir competencia mediante el secuestro y solicitar la ejecución de créditos marítimos privilegiados, se hace necesario presentar una prueba indiciaria o *prima facie* que compruebe la legitimidad del derecho solicitado. Cabe señalar, que si no se presenta la prueba de indicios del derecho invocado o si las pruebas indiciarias presentadas no satisfacen los criterios de valoración del juzgador que conozca de la misma, esta medida de secuestro no será decretada.

Estas pruebas indiciarias se surten como medios para probar la existencia de una causa, pero ello no significa necesariamente que se trate de la prueba idónea que acredite el derecho que se reclama para que el Juez acceda a lo pedido, puesto que estas pruebas podrán ser incorporadas al proceso en las sucesivas etapas procesales.

Podría pensarse que esto da lugar a la presentación de demandas infundadas o temerarias; sin embargo, el grado de profesionalismo

desempeñado por los litigantes marítimos durante todos estos años, ha demostrado que la mayoría ha evitado la interposición de procesos temerarios, ya que son conscientes que el detener una nave de manera irresponsable genera grandes daños y perjuicios.

Petición de Secuestro y Libelo de demanda, art. 167

El artículo 167 de la Ley 8 de 1982, reformada, establece las formalidades que debe cumplir el secuestro, allí se plantea que podrá ser solicitado con el libelo de demanda, señalándose el lugar, fecha y hora en que puede el alguacil marítimo hacer efectivo el secuestro, siempre y cuando vaya dirigido a la nave o su carga.

En el procedimiento marítimo la solicitud de secuestro se debe presentar por regla general con la demanda, y no en escrito previo o posterior. El único supuesto en el cual el secuestro se puede presentar en escrito aparte o posterior a la demanda, es cuando el secuestro se presente para garantizar las resultas del proceso. Adicional a ello, se establece que el secuestro debe de efectuarse aunque el escrito adoleciere de algún defecto de forma, y a su vez dicho defecto no constituirá causa que entorpezca el levantamiento del mismo, siempre y cuando la solicitud esté claramente expresada y con la debida precisión respecto a la ubicación de la nave o carga que el demandante pretenda secuestrar.

Requisitos para la Admisibilidad del Secuestro, Cauciones y Gastos, art. 168

En la legislación marítima el secuestro requiere de la consignación de una caución de daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 de la lex cit. En la jurisdicción ordinaria,

la caución se fija en atención a la cuantía de la demanda, pero en la jurisdicción marítima la fijación de la caución depende del tipo de secuestro que se solicite o la finalidad que se persiga.

Si el secuestro se solicita para adscribir competencia o para la ejecución de créditos marítimos privilegiados, la caución será de mil balboas (B/1000.00); sin embargo, si se solicita para evitar que el proceso sea ilusorio, la caución se fijará en atención a la cuantía de la demanda, aun cuando se solicite el secuestro por suma inferior a la demanda. Debemos señalar que las cauciones que las partes pueden consignar están listadas en el artículo 103 de la ley. Adicional a la caución, quien solicite el secuestro en la Jurisdicción Marítima, deberá consignar como adelanto dos mil quinientos balboas (B/.2,500.00) para la conservación, mantenimiento y custodia de la nave.

Este artículo también plantea que el funcionario encargado de la ejecución de dicha medida cautelar es el alguacil marítimo, quien por ley se convierte en el depositario de los bienes que estén bajo su custodia con todas las responsabilidades legales que implica tal condición.

Gastos Adicionales, artículo 169

El artículo 169 de la ley guarda relación con los artículos relativos al levantamiento del secuestro, ya que faculta al alguacil marítimo a solicitar al secuestrante en cualquier momento, sumas adicionales de dinero para cubrir todos aquellos gastos que demanden la conservación, mantenimiento y custodia de todos los bienes que se encuentren secuestrados, consagrando como una causa de levantamiento del secuestro decretado la falta de consignación de dichas sumas.

Continuación del Proceso, artículo 170

El artículo 170 de la Ley Marítima, plantea que el proceso continúa sin la comparecencia del demandado, una vez que el secretario haya admitido la caución, que el juez revise la demanda y la encuentre conforme, procede entonces el alguacil marítimo a trasladarse al lugar donde se encuentren los bienes susceptibles de secuestro y notificará de inmediato a la persona encargada del mando y la custodia del bien secuestrado.

Tratándose de carga, la orden de secuestro se fijará sobre la misma de ser factible. De secuestrarse naves u otros bienes inscritos en el Registro Público, es deber del secretario del Tribunal comunicar al registrador la orden de que se haga la anotación marginal correspondiente. El auto de secuestro puede ser firmado por el juez o su secretario.

Auxilio de Unidades de la Fuerza Pública, art. 171

Este artículo detalla que al momento de ejecutar el secuestro, cuando el Alguacil Marítimo se encuentre en lugares de difícil acceso o de peligrosidad, podrá solicitar apoyo a las unidades de la Policía Nacional, quienes deberán brindarle la ayuda necesaria.

Debemos agregar que en aguas jurisdiccionales existe el Servicio Marítimo Nacional, quien se encarga de custodiar al alguacil para que ejecute el secuestro. Esto no se encuentra regulado en nuestra ley, pero a través de un oficio, el alguacil le comunica a la autoridad su lugar de destino, es decir, el lugar exacto donde se encuentra el bien que se ha de secuestrar y ellos le prestan su colaboración.

Secuestro de naves y bienes, art. 172

Este artículo plantea que el secuestro se encuentra debidamente constituido en los casos de las naves, aun las de registro panameño y de otros bienes muebles, una vez sea recibida la orden del Tribunal por la persona encargada del bien secuestrado o por el responsable del mismo. A su vez, si el secuestro recae sobre una nave de registro panameño debe enviarse un oficio al Registro Público para que haga la correspondiente anotación marginal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 170, pero esto solo se hará cuando se haya aprehendido físicamente la nave.

Sin embargo, la parte puede solicitar al Tribunal que se oficie al director del Registro Público para que anote una marginal en el título del propietario, de esta manera se hace constar que contra la misma se ha interpuesto una demanda ante el Tribunal Marítimo. En relación con lo anterior se hará constar que todo documento que solicite dicha nave, contendrá un informe que señale que existe sobre la misma una demanda en su contra.

Pluralidad de secuestros sobre un bien, art. 174

Este artículo sostiene que la existencia de un secuestro previo no impedirá la realización de posteriores medidas de secuestro sobre los mismos bienes, siempre y cuando el secuestro recaiga sobre créditos marítimos.

Acta de secuestro, art. 175

Cuando se realice la diligencia de secuestro, el alguacil marítimo deberá levantar un acta, que contendrá el inventario de las cosas

secuestradas y deberá ser suscrita por el alguacil y el custodio, que debe ser un marino nombrado por el alguacil. En el secuestro de naves, adicional al inventario, el alguacil se puede solicitar al capitán u oficial al mando todos los documentos relacionados con el inventario de la nave y su carga, los cuales deberán ser incluidos al acta antes señalada.

Alguacil Marítimo como Administrador del bien Secuestrado, del artículo 176 al 179

Este artículo establece la condición de depositario del alguacil marítimo de todos los bienes secuestrados, es responsable por la custodia del bien y debe cumplir las obligaciones siguientes: cuidar de la conservación de los bienes secuestrados, informar cuando el saldo de la custodia y el mantenimiento de un secuestro disminuyan de los mil balboas (B/.1,000.00) que establece el artículo 168, velar porque se haga la repatriación de los oficiales y tripulantes que así lo exijan, cuando el bien secuestrado sea una nave, contratar los seguros que estime convenientes para proteger los bienes secuestrados, llevar razón puntual y diaria de todas las sumas que reciba y de los gastos en que incurra y rendir al Tribunal cuenta de su gestión una vez por semana y siempre que este se lo ordene de oficio a solicitud de parte.

El alguacil marítimo también tiene la facultad cuando considere que el bien secuestrado puede dañarse y sufrir merma o deterioro, previa autorización del Tribunal y con audiencia de parte, proceder a enajenar dichos bienes en subasta pública y depositar el dinero recibido por el remate judicial al Banco Nacional de Panamá.

No obstante, la venta anticipada no se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Marítimo, pero con base en las jurisprudencias emitidas al respecto por la Corte Suprema de Justicia y por el Tribunal de Apelaciones Marítimas se ha establecido que se debe seguir el patrón de la venta judicial, constituyéndose en un grave problema el hecho de que el producto de la venta, que muchas veces es cuantiosa, debe ser depositada en una cuenta denominada de Remate y Venta Judicial, que no le proporciona ningún interés a los acreedores de la nave o bienes secuestrados.

Crédito Marítimo Privilegiado

En la esfera marítima existe una variedad de créditos que las legislaciones de los distintos países suelen categorizar y listar como créditos marítimos privilegiados, y estos pueden recaer sobre la nave, carga o flete.

Podría decirse que el crédito marítimo privilegiado supone una acción real, porque existe una ficción jurídica que considera a las naves como una persona con capacidad para contraer obligaciones. Idea sustentada en la fortuna de mar que es reservada para el pago de acreedores privilegiados, con el fin de que ellos puedan satisfacer sus acreencias, lo que generalmente no alcanza para el pago del resto de las mismas. Esto se da con la finalidad de que los propietarios de las naves no puedan evadir obligaciones contraídas en el comercio marítimo, en la vía de traspasar la nave a otro propietario.

Cuando el secuestro se solicita para la ejecución de un crédito marítimo privilegiado, si se levanta el secuestro por solicitud exclusiva del demandante antes del término de contestación de la demanda y

sin que medie caución que sustituya el bien secuestrado, se produce sin más trámite el desistimiento del demandado (art. 195).

Referencias

Carreyo C., Nelson. *Introducción al Derecho Procesal Marítimo*. ABADAS. Panamá. 2009

Ley 12 de 23 de enero de 2009. *Gaceta Oficial* N°26322 de 13 de julio de 2009

Ley 22 de 1979. *Gaceta Oficial* N°. 19.539 de 5 de abril de 1982

Manual Marítimo de Panamá. Editora Sibauste. Panamá. 2005

Pino C., Cristhian. *Seguridad Marítima y Portuaria*. Primera Edición. Panamá. 2019

Derecho Comercial

Panamá: Registro Privado y Único de Beneficiarios Finales

Por:
Dr. Carlos Barsallo*

Resumen: La Asamblea Nacional aprobó el 20 de febrero de 2020 el Proyecto de Ley 169 presentado por el Órgano Ejecutivo mediante el cual se crea un Sistema Privado y Único de Registro de Beneficiarios Finales en Panamá. El fin de la nueva norma es: "facilitar el acceso sobre beneficiarios finales de personas jurídicas, recabados por abogados o firmas de abogados que presten servicios de agente residente para asistir a la autoridad competente en la prevención del blanqueo". Se espera que con este nuevo registro Panamá pueda mejorar los resultados recibidos en evaluaciones internacionales en materia de combate al blanqueo de capitales. La nueva norma debe ser sancionada por el presidente.

Palabras clave: Agente residente, Beneficiario final, Blanqueo de capitales, Registro privado, Transparencia.

Abstract: The National Assembly approved on 20 February 2020 Draft Law 169 submitted by the Executive Branch establishing a Private and Unique Registry System of Final Beneficiaries in Panama. The purpose of the new norm is to "facilitate access to final beneficiaries of legal persons, collected by lawyers or law firms providing resident agent services to assist the competent authority in the prevention of laundering". It is hoped that with this new registration Panama will be able to improve the results received in international assessments on combating money laundering. The new rule must be sanctioned by the president.

Keywords: Resident agent, final beneficiary, money laundering, private registry, transparency.

*Abogado y consultor. Comisionado y presidente, Comisión Nacional de Valores de Panamá. (1999-2008). Presidente del Consejo de Autoridades del Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores (IIMV) (2008). Presidente de la Junta Directiva de la Fundación Panameña para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana, Capítulo Panameño de Transparencia Internacional. Consejo asesor, Diario La Prensa, Panamá. Miembro Fundador y Director de la Junta Directiva del Instituto de Gobierno Corporativo Panamá. Exdirector, Fundación Panameña de Ética y Cívismo. Expresidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Panamá. Doctor en Derecho, cum laude. Universidad Complutense, Madrid, España. Diplome Supérieur de l'Université (DSU), Universidad de París II, Francia. Programa de Instrucción para Abogados. Harvard University, Estados Unidos. Master en Derecho (LLM), Universidad de Pennsylvania, Filadelfia, Estados Unidos. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, summa cum laude. Universidad de Panamá (1989).

La obligación de los abogados¹ panameños de conocer a su cliente al actuar como agentes residentes en sociedades anónimas existe jurídicamente desde 1994, es decir hace más de 25 años.²

Ante la incesante presión internacional, y ante los resultados no satisfactorios en las últimas evaluaciones internacionales³, la Asamblea Nacional de Panamá aprobó finalmente el 20 de febrero de 2020 el Proyecto de Ley 169 presentado por el Órgano Ejecutivo, mediante el cual se crea un Sistema Privado y Único de Registro de Beneficiarios Finales en Panamá.⁴

El nuevo Sistema Único se limita a información sobre beneficiarios finales de personas jurídicas en las cuales un abogado panameño, o una firma de abogados de Panamá, brinda el servicio de agente residente.

¹Según datos de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en 1994 se registraban 3,100 abogados con idoneidad. En 2012 había 16,200 abogados con idoneidad. En 2020 el número de abogados con idoneidad supera los 25,000. <https://www.organojudicial.gob.pa/consulta-de-idoneidades-y-firmas-de-abogados>

A estas cifras deben restarse los abogados fallecidos. Todo abogado panameño puede ser agente residente. Solo abogados panameños, o firmas de abogados panameñas, pueden ser agentes residentes. Según el informe de Evaluación Mutua de Panamá del Grupo de Acción Financiera Latinoamericana (GAFILAT), de enero de 2018, páginas 29 y 30, había 3905 abogados personas naturales y 311 firmas de abogados registradas como agentes residentes con la Intendencia de Supervisión y Regulación de Sujetos no financieros de Panamá. (Sustituida mediante la Ley 124 de 7 de enero de 2020 por la Superintendencia de Sujetos no Financieros).

<https://superseguros.gob.pa/images/files/prevencion/informe-201801.pdf>

²Decreto Ejecutivo 468 de 19 de septiembre de 1994 reformado por Decreto Ejecutivo 124 de 27 de abril de 2006 (derogados).

³*New jurisdiction subject to monitoring: Panama*. FATF has identified Panama as a jurisdiction with strategic AML/CFT deficiencies. Outcomes FATF Plenary, 16-21 June 2019.

<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/outcomes-plenary-june-2019.html>

⁴https://www.asamblea.gob.pa/APPS/SEG_LEGIS/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2019/2019_P_169.pdf El Proyecto 169 fue objetado parcialmente por el Órgano Ejecutivo y fue aprobado en tercer debate por la Asamblea Nacional el 20 de febrero de 2020.

Por beneficiario final se debe entender, según la nueva norma,

...la persona o personas naturales que directa o indirectamente poseen, controlan o ejercen influencia significativa sobre la relación de cuenta, relación contractual y de negocios o la persona natural en cuyo nombre o beneficio se realiza una transacción, lo cual incluye también a las personas naturales que ejercen control final sobre una persona jurídica.

El fin declarado de la nueva norma sobre el Sistema Único es: *“facilitar el acceso sobre beneficiarios finales de personas jurídicas recabados por abogados o firmas de abogados que presten servicios de agente residente para asistir a la autoridad competente en la prevención del blanqueo”*.

Para efectos legales y prácticos se refiere a la sociedad anónima panameña⁵ que es el tipo de sociedad que requiere de agente residente. Además, para los demás tipos de sociedades, que contempla el derecho civil y comercial panameño, ya existe un registro público⁶ y único, con importantes efectos legales, y en el cual aparecen disponibles nombres de los socios o accionistas de dichas sociedades. El sistema actual, tanto registral como legal, no busca más. Las personas que aparecen en el Registro Público panameño, en todas las sociedades, se entienden son los beneficiarios y sobre todo los responsables jurídicamente para los efectos legales. Es en la sociedad anónima panameña, por la anonimidad de sus accionistas y por el

⁵Ley 32 de 1927 https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pan_ley32.pdf

⁶<https://registro-publico.gob.pa/?start=3>

uso práctico de testaferros, vía figuras como directores o dignatarios nominales, en la que hay que buscar más información.

El anonimato de los socios, por ayudar en ocasiones a la comisión del blanqueo de capitales o el financiamiento del terrorismo, se encuentra próximo a desaparecer mundialmente.⁷

La sociedad anónima panameña es, sin duda, la que más se constituye. Ha sido igualmente la que mayormente se ha visto involucrada en escándalos, locales e internacionales, y, por ende, la más afectada por el riesgo de reputación, lo cual se refleja en la drástica caída en el número de sociedades anónimas constituidas y en el aumento de las disoluciones de sociedades anónimas panameñas.

Debe entenderse incluida también en la nueva norma sobre el Sistema Único a la Fundación de Interés Privado panameña⁸, por ser persona jurídica y tener agente residente. Los fideicomisos no son personas jurídicas, aun cuando tienen agente residente, por lo cual no entran en el ámbito de aplicación de la nueva norma.⁹

El acceso a este nuevo registro privado lo tiene la Autoridad Competente: 1. La Superintendencia de Sujetos no Financieros,¹⁰ 2. La Unidad de Análisis Financiero (UAF), 3. El Ministerio Público, 4. El Ministerio de Economía y Finanzas y 5. Otras institución o de-

⁷Ver <http://barsallocarlos.blogspot.com/2019/11/propietarios-efectivos.html>

⁸Ley 25 de 1995 <http://www.lasociedadcivil.org/doc/ley-de-fundaciones-de-interes-privado-de-panama-texto-de-ley/#>

⁹Ley 1 de 1984 https://www.superbancos.gob.pa/superbancos/documentos/fiduciarias/leyes/Ley1_1984_Fideicomisos.pdf

¹⁰Creada mediante Ley 124 de 7 de enero de 2020.

pendencias del Gobierno nacional a la que se le atribuya competencia en materia de prevención de blanqueo. Es interesante observar que no se encuentra incluido expresamente, como Autoridad Competente, el Órgano Judicial con sus distintas instancias que incluyen la Corte Suprema de Justicia y tribunales inferiores. Por ejemplo, en los procesos civiles en los cuales una parte requiera conocer quién es el beneficiario final de una sociedad anónima o fundación de interés privado, un juez no estará facultado para obtener dicha información. Esto afecta potencialmente la correcta administración de justicia.

La nueva norma hace referencia a dos registros, aun cuando en su nombre o título se refiere solo a uno.

El Registro de Agentes Residentes ante la Superintendencia de Sujetos no Financieros, el cual ya existe. Este registro atañe a los abogados o firmas de abogados panameños que actúan como agente residente.¹¹

Conforme la nueva norma, a las personas jurídicas cuyo agente residente no se encuentre debidamente registrado en el registro de Agente Residente ante la Superintendencia de Sujetos no Financieros, se les suspende “los derechos corporativos brindados por el Registro Público.”

¹¹Ley 23 de 2015 sobre prevención de blanqueo en Panamá, en su artículo 24 dispone las actividades realizadas por profesionales sujetas a supervisión. Los abogados solo estarán sujetos a supervisión de la Intendencia de Supervisión y Regulación de Sujetos no Financieros (sustituida por la Superintendencia de Sujetos no Financieros) cuando en el ejercicio de su actividad realicen en nombre de su cliente, o por un cliente, entre otras, las actividades siguientes: 9. Actuación o arreglo para que una persona pagada por el abogado o firma de abogados actúe como accionista testaferro para otra persona. 10. Actuación o arreglo para que una persona, pagada por el abogado o firma de abogados, actúe como participante de un fideicomiso expreso o que se desempeñe la función equivalente para otra forma de estructura jurídica.

También, la nueva norma hace referencia a un Sistema Único que es la herramienta tecnológica que será administrada por la Superintendencia de Sujetos no Financieros, para facilitar el acceso y garantizar la confidencialidad de la información contenida en el Sistema Privado y Único de Registro de Beneficiarios Finales, y el cual constituye la novedad.

El Registro Único de beneficiarios finales lo administra y custodia la Superintendencia de Sujetos no Financieros.

Las características del Registro son que es: 1. gratuito, 2. privado, 3. de acceso limitado, 4. con controles de seguridad y 5. protecciones tecnológicas.

El concepto de privado se opone al registro público de beneficiarios finales. Sobre registro público, Panamá tiene la experiencia que aplica para todas las otras sociedades en cuanto a que permite conocer quiénes son sus socios o accionistas, excepto para las sociedades anónimas.

En 2019, Transparencia Internacional ha publicado el interesante y completo documento¹² titulado *Who is behind the Wheel? Fixing The Global Standards on Company Ownership* en el cual aboga por el establecimiento de un registro público de beneficiarios finales, luego de demostrar con evidencias concretas las limitaciones y deficiencias de otros sistemas utilizados actualmente.

¹²Es un trabajo de Maira Martini que tuvo como investigadores a Fabrizio Constantino, Guilherme France y Maíra Martini. https://www.transparency.org/whatwedo/publication/who_is_behind_the_wheel_fixing_the_global_standards_on_company_ownership

Relacionado con el concepto de registro privado se tiene la característica de acceso limitado. Al registro único de beneficiarios finales solo tienen acceso el agente residente o las personas jurídicas y dos funcionarios designados por la Superintendencia de Sujetos no Financieros, los cuales deben cumplir con requisitos específicos que señala la nueva norma.

El Registro único de beneficiarios finales debe asegurar la privacidad de la información que aporte los agentes residentes. Debe asegurar la integridad, la confidencialidad, la trazabilidad y seguridad informática de los datos custodiados.

El custodio y administrador del registro, la Superintendencia de Sujetos No Financieros, no responde por la veracidad ni exactitud de la información que le aporte el agente residente. El agente residente debe realizar las debidas diligencias para el cumplimiento de la ley, y no será responsable por la veracidad ni exactitud de la información que se le proporcione siempre que medie constancia de la debida diligencia.

La Superintendencia no podrá ser demandada ni ser objeto de secuestros, ni acciones ni medidas cautelares en relación con los datos en el Sistema Único. No cabe acción judicial ni administrativa o de otra naturaleza para acceso a la información en el sistema único por personas distintas a las autorizadas en la ley.

Los elementos más importantes para asegurar si el nuevo Sistema Único de registro de beneficiarios finales funcionará o no, guardan directa relación con dos aspectos, el cumplimiento de brindar la información inicial y sobre todo, hacer oportunamente las actualizaciones necesarias.

En cuanto a la información inicial, el término para el registro de los datos de la persona jurídica y del beneficiario final es máximo treinta días hábiles a la constitución o inscripción o la designación de un nuevo agente residente ante el Registro Público de Panamá.

En cuanto al término de las actualizaciones, el agente residente debe mantener actualizada toda la información requerida. El representante legal de toda persona jurídica queda en la obligación de proveer a su agente residente la información requerida, así como notificar cualquier variación en máximo treinta días hábiles desde la fecha de la variación. El agente tiene treinta días hábiles siguientes para actualizar el registro.

A partir de la creación del sistema único, los agentes residentes deberán proceder con su registro en calidad de sujetos registrantes, así como con la captura de la información para cada persona jurídica constituida o registrada vigente dentro de los seis meses siguientes a la notificación efectuada por la Superintendencia de Sujetos no Financieros en medios de circulación nacional.

Para asegurar su cumplimiento, la nueva normativa contiene una variedad de sanciones por diferentes acciones u omisiones.

Hay sanciones por no cumplir con las obligaciones de registro y de actualización que van de US\$1,000.00 a US\$5,000.00. Además, existen multas progresivas diarias, cuyo monto será equivalente al 10 % de la multa originalmente impuesta, hasta que se subsane el incumplimiento por 6 meses. En todo caso, el agente residente debe brindar la información del beneficiario final a requerimiento de la autoridad competente.

Hay sanciones específicas que conllevan ordenar al Registro Público de Panamá, la suspensión de los derechos corporativos de la sociedad anónima o fundación de interés privado que no ha sido debidamente inscrita o actualizada en el Sistema Único por su agente residente. Esta suspensión puede durar hasta dos años, ya que se puede solicitar la reactivación, la cual puede ser solicitada por cualquier organismo de administración, accionista, socio, agente residente o cualquier tercero interesado. De no haberse verificado la inscripción del agente y la reactivación de la persona jurídica, la persona jurídica se tendrá por disuelta.

Si el agente residente brinda información falsa sobre el beneficiario final, la sanción es el doble de la pena indicada, sin perjuicio de sanciones civiles y penales. Si la persona jurídica o beneficiario final es el que ha suministrado la información falsa al agente residente, y lo ha hecho con dolo, se exime de responsabilidad al agente residente y la responsabilidad recae en la persona jurídica o beneficiario final.¹³

Otra sanción consiste en que no podrá inscribirse ningún documento o acuerdo, ni podrán expedirse certificaciones excepto las solicitadas por autoridad competente o terceros para hacer valer sus derechos. Existen también sanciones por violación de los deberes de reserva y por acceso no autorizado. Una sanción es hasta de medio millón de dólares (US\$500,000.00). Las sanciones las aplica la Superintendencia de Sujetos no Financieros.

¹³En la normativa panameña antiblanqueo de capitales, falsear dicha información conlleva teóricamente consecuencias. Conforme al artículo 255 del Código Penal panameño será sancionado con la pena que corresponde al blanqueo de capitales (cinco a doce años de prisión).

El deber de confidencialidad viene impuesto por la nueva normativa para quien tenga acceso a la información del Sistema Único y perdura luego del cese de sus funciones. La infracción al deber de confidencialidad se sanciona con US\$200,000.00, lo cual es adicional a las responsabilidades civil o penal que pueda corresponder.

En caso de que el agente residente no pueda actualizar la información del beneficiario final deberá renunciar como agente residente.

Además de la renuncia como consecuencia de no poder actualizar la información, el agente residente puede renunciar de forma voluntaria. Debe notificar a la Superintendencia de Sujetos no Financieros dentro de los 30 días hábiles siguientes a la inscripción de su renuncia en el Registro Público, para que sea desvinculado de la persona jurídica en el Sistema Único y no tenga más acceso a la información.

El secreto profesional del abogado no se viola por la entrega de información para efectos del Sistema Único a la Superintendencia de Sujetos no Financieros.

Conclusión:

Esta nueva norma es un avance *formal* que conlleva orden y la búsqueda de un mejor manejo de información, hasta ahora dispersa y llevada de manera variada por los obligados. Solo el tiempo dirá si funciona o no. Puede ayudar si hay voluntad y se es estricto en su cumplimiento.

Referencias

Barsallo, Carlos y Otros. *Compilación de Artículos sobre Regulación y Funcionamiento del Mercado de Valores en Panamá*. Editorial Comisión Nacional de Valores. Panamá. 2006

Barsallo, Carlos. *Aspectos Jurídicos del Gobierno Corporativo en Panamá*. Revista Gestión Pública. N°1. Procuraduría de la Administración de Panamá. 2006

Derecho Civil

La *condictio* o acciones heredadas del sistema romano y su influencia en el derecho moderno

Por:

Mgr. Boris Alexis Corcho Díaz*

Resumen: *Las fuentes del derecho romano constituyen un corpus iuris que, a través de diferentes periodos históricos, ha llegado hasta el derecho moderno. El derecho a la justicia, a presentar peticiones, es examinada en el artículo a través de la actio y la condictio. Se hace referencia directa sobre al legado romano, al enriquecimiento sin causa, a partir de la cual una persona lucra o se enriquece a costa de otra.*

Palabras clave: *Enriquecimiento sin Causa, Actio In Rem Verso, Condictio Indebiti, Derecho Romano, Código Civil de Panamá.*

Abstract: *The sources of Roman law constitute a corpus iuris which, through different historical periods, has reached modern law. The right to justice, to file petitions, is examined in the article through actio and condictio. Direct reference is made to the Roman legacy, to unjustified enrichment, from which one person profits or enriches himself at the expense of another.*

Keywords: *Unjustified enrichment, actio in rem verso, condictio indebiti, Roman law, Panama civil code.*

*Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá; Postgrado en Docencia Superior, Columbus University; Maestría en Derecho con Especialización en Derecho Privado, Universidad de Panamá; Doctorando del Doctorado en Derecho con énfasis en Derecho Civil, Universidad de Panamá; docente a nivel de licenciatura, diplomado y maestría en: Universidad Americana de Panamá, Universidad Abierta y a Distancia de Panamá, Universidad Interamericana de Panamá, Universidad Latina de Panamá, Actualmente en el Tribunal Electoral, es el Subdirector Nacional de Registro Civil Es miembro fundador de la Asociación Panameña de Derecho y Nuevas Tecnologías (Apandetec) al igual que de otras asociaciones sin fines de lucro.

I. Introducción

El derecho romano es la experiencia jurídica romana, que va desde mediados del siglo VIII A.C., hasta la muerte de Justiniano en el 565 D.C., comprende trece siglos, a dividir en cinco períodos: El Período del derecho arcaico o quiritarario: fase de normas consuetudinarias, de la vida local y agrícola de la *civitas* primitiva, referida a los *cives*, ciudadanos romanos (quirites), rigurosa y formalista, se revela en la “*legis actiones*”, se crean institutos jurídicos en torno a las XII tablas, y se compone el *ius civile* con la jurisprudencia pontifical y la de carácter laico.

El Periodo del derecho republicano: a partir de la segunda guerra púnica (218-201 A.C.) se inicia la expansión de Roma, junto al *ius civile* surgen: el *ius gentium*, (peregrini), y el *ius honorarium*, creado por el pretor, al procedimiento de las *legis actiones*.

El Período del derecho clásico: comprende finales de la república, hasta fines del S.III D.C., perfecciona el derecho romano sobre los tres sistemas del *ius civile*, *ius gentium* y *ius honorarium*, aunado a la *cognitio extra ordinem*, derecho civil originando la *in orbe romano sunt*, el poder del Estado, el principado y, la monarquía absoluta (235 D.C.).

El Periodo del derecho postclásico: comprende desde Constantino S. IV hasta Justiniano (527 D.C.), época de la jurisprudencia clásica y el proceso formulario, dividido en dos: el Imperio y el centro de gravedad de él al Oriente, inician las invasiones bárbaras, y el derecho romano entra en decadencia, por la influencia del cristianismo, y la transformación de institutos.

El Período del derecho justiniano: comprende la muerte de Justiniano (565 D.C.), el derecho romano se Codifica, ejerce su influencia en Oriente al derecho bizantino, y en Occidente al derecho medieval, y otros en Europa, pues se refiere al derecho privado romano.

Lo que significa que las fuentes del derecho romano son múltiples en el *corpus iuris*: como las XII tablas, las leyes, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, los fragmentos en papiros en Egipto, los actos jurídicos (*negotia*): testamentos, contratos, cartas de pago, el manual institucional de Gayo, el Código Teodosiano, la recogida en *fontes iuris romani antejustiniani*, el *corpus iuris civilis* editada en Berlín desde 1868 y vivificada por la escuela de los glosadores de Bolonia, la compilación justiniana en el siglo XII es el punto de partida de evolución jurídica a la formación del derecho común europeo, y por medio de la escuela humanista francesa y pandectista alemana, para las modernas codificaciones, de la escuela histórica y la crítica interpolacionista para reconstruir, a través del *corpus iuris* y el derecho clásico.

En el derecho romano es de considerar los institutos en su formación y su desarrollo, para estudiar su influencia en el derecho moderno, por ello es importante fijar posición e inferir en relación a las normas imperantes en el marco jurídico en la República de Panamá, cuya organización¹, y gobierno se basa en el Derecho y la Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y su actuación, en la estipulación de los derechos en el

¹CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Esta edición de la Constitución Política de 1972 está ajustada a los Actos Reformativos de 1978, al Acto Constitucional de 1983, a los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004, tomando como referencia el Texto Único publicado en la Gaceta Oficial No. 25176 del 15 de noviembre de 2004. Artículo 1 y 41. Recuperado: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>

ambito social, existiendo la preeminencia del derecho natural y los derechos humanos frente al Estado Panameño, tal como se desprende del preámbulo constitucional, al establecer²: Con el fin supremo de 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, e invocando la protección de Dios, (...).

El derecho a una verdadera justicia, ejercida por jueces naturales³. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas a los servidores públicos por interés social o particular, y obtener pronta resolución (...)

Es preciso señalar que la *actio* y la *condictio* son acciones heredadas del sistema romano, los cuales tienen influencia en el derecho moderno, para destacar la génesis en el derecho romano:

La Actio: medio para poner en funcionamiento el proceso de *actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*, se basa en la actividad del Estado para la reintegración del derecho del particular, consta de dos fases: una para afirmar la existencia del derecho y su lesión; y la segunda para la realización o reintegración del derecho reconocido; con la actividad procesal: un proceso de cognición y un proceso de ejecución:

La condictio son prestaciones contra el enriquecido, para que entregue lo que, constituyendo un desplazamiento patrimonial sin cau-

²Preámbulo. Recuperado: Ibidem. Op. Cit. p. 13.

³Preámbulo. Recuperado: Ibidem. Op. Cit. p. 21

sa, por cuanto se enriqueció injustamente. la *condictio indebiti* alude a la pretensión fundada en el pago por error de una deuda inexistente; la *condictio ob causam datorum* se daba en razón a un resultado y cuando éste no se producía; la *condictio ob turpem vel injustam causam* se daba por razón de una adquisición viciada con causa inmoral o ilícita; la *condictio ob causam finitam* se equipara a la *condictio sine causa* puesto que ambas se dan en caso que la causa ha dejado de existir o nunca ha existido.

El enriquecimiento injusto, es el hecho por el cual una persona se enriquece o lucra a costa de otra, cuando no haya relación jurídica que le sirva de base y lo justifique o sea contrario a la voluntad del derecho, la persona a costa de la cual se produce el enriquecimiento injusto tiene, contra el que con él se lucra, una *condictio*, para reclamar la restitución de lo que injustificadamente adquirió, teniendo el régimen del *corpus iuris*, solo se puede exigir lo obtenido, sin que medie mala fe, de lo que constituya un lucro, su base y responsabilidad.

Ahora bien, el enriquecimiento injusto puede provenir de un acto jurídico entre el que se enriquece y el perjudicado, o de un acto unilateral de cualquiera de ellos, que produzca un desplazamiento de bienes, los cuales tiene una justificación formal en el orden jurídico del traspaso de la propiedad; así como la sin razón material de los efectos reales que prescribe, al conceder la acción personal de resarcimiento para cancelar, pues si el derecho objetivo no establece expresamente la indemnización, no puede decirse que carezca de razón de ser un desplazamiento patrimonial que él mismo ordena, ni que dé base a una acción de enriquecimiento injusto, como es el caso de la usucapión y la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe.

La *actio* y las *condictio* del enriquecimiento injusto provocado por negocios jurídicos entre las partes, provienen de la jurisprudencia bizantina, se hallan en las rúbricas de los títulos IV a XII del libro 12 del Dig. acciones que se sancionan: *La actio in rem verso*, *La condictio indebiti*, *La condictio causa data non secuta*, *La condictio ob turpem causam* y *La condictio sine causa*. aplicables en el derecho comparado y en La Constitución Política de la República De Panamá⁴, Código Civil de la República de Panamá⁵ Ley N°2 de 22 de agosto de 1916. Gaceta Oficial N° 2,418 de 7 de septiembre de 1916, Código de Comercio de la República de Panamá⁶ Ley N° 2 De 22 de agosto de 1916. Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.418 de 4 de septiembre de 1916.

II. La *condictio* o acciones heredadas del sistema romano y su influencia en el derecho moderno

El origen del principio del enriquecimiento sin causa está en el derecho romano, según Maduro E (1997) “se llegaron a establecer aplicaciones prácticas y muy limitadas al principio creando acciones particulares típicas en diversos casos”⁷. Fijaron acciones: *La actio in rem verso*, *La condictio indebiti*, *La condictio causa data causa non secuta*, *La condictio ob turpem causa*, y *La condictio sine causa*.

⁴CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Recuperado: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

⁵CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Ley N°2 de 22 de agosto de 1916. Gaceta Oficial N° 2,418 de 7 de septiembre de 1916. Recuperado: <http://www.icnl.org/research/library/files/Panama/civil.pdf>

⁶CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Ley N° 2 De 22 de agosto de 1916 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.418 de 4 de septiembre de 1916. Recuperado: <https://www.corro-fernandezlawfirm.com/images/downloads/codigo-comercio-republica-panama.pdf>

⁷MADURO LUYANDO, Eloy (1997). CURSO DE OBLIGACIONES DERECHO CIVIL III. Editorial Texto. Publicaciones UCAB. Décima Edición. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, Caracas Venezuela. p.717 ss.

En Panamá el principio del enriquecimiento sin causa, ha sido reconocido en la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto a la admisibilidad de la pretensión del enriquecimiento sin causa por la costumbre, aplicando la analogía, o los principios generales del derecho, con base en el Código Civil⁸ Panameño vigente (artículos 11, 12, 1642, y 1643-A –B –C). Desde la perspectiva, es de señalar los artículos 1637 y siguientes, así como los artículos 372, 387, 427, 964, 1177, ordinal 1 y 2, 1171, 1156, 1157, 1106, 965, 1051, 1045, 377, 1059, ordinal 2, 1191, 1636, 1642, 1643 (A, B, C), 1379, 1389 del Código Civil panameño, los artículos 307, 308, 316, 536, 858, 955, 1227, y 1625 del Código de Comercio⁹ y los artículos 1071 y 823, del enriquecimiento sin causa o causa ilícita, responsabilidad extracontractual del Estado de Panamá, referido al pago por daños y perjuicios, sin justa causa del Código Judicial.

De las normas del Código Civil, se observa que constituyen una reproducción de las normas del Código Civil español, en tal sentido lo único que ha cambiado en nuestra legislación es la materia de familia, la posesoria y sucesoria.

En Panamá, la doctrina y la jurisprudencia habían reconocido la admisibilidad de la pretensión del enriquecimiento, aplicando la analogía, los principios generales del derecho, e invocando el artículo 13 del Código Civil¹⁰, sin embargo, en nuestro Código Civil vi-

⁸CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Ley N°2 de 22 de agosto de 1916. Gaceta Oficial N° 2,418 de 7 de septiembre de 1916. Recuperado: <http://www.icnl.org/research/library/files/Panama/civil.pdf>

⁹CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Ley N° 2 De 22 de agosto de 1916 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.418 de 4 de septiembre de 1916. Recuperado: <https://www.corro-fernandezlawfirm.com/images/downloads/codigo-comercio-republica-panama.pdf>

¹⁰CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Ley N° 2 De 22 de agosto de 1916 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.418 de 4 de septiembre de 1916. Recuperado: <https://www.corro-fernandezlawfirm.com/images/downloads/codigo-comercio-republica-panama.pdf>

gente se introduce de manera expresa la figura del enriquecimiento sin causa mediante la Ley 18 de 1992, siguiendo una orientación franco- hispánica, permitiendo fijar posición respecto al citado principio, que desde el enfoque no le es procedente el enriquecerse sin causa en perjuicio ajeno, en virtud de que quien lo hiciere o haga, queda obligado a restituir en la medida en que se ha beneficiado, pudiendo señalarse que la Corte Suprema de Justicia de Panamá, lo había reconocido así en el fallo proferido el 11 de mayo de 1934, en el caso Lara Versus Tello.

III. *La Actio In Rem Verso*

1. Propósito de la *Actio In Rem Verso*: sobre ella Arias J (2013). refiere: conocida en materia civil y comercial como la acción o garantía judicial conducente para reclamar la compensación o restitución que se deriva de la aplicación de la fuente de obligaciones, o del principio del enriquecimiento sin causa o injustificado¹¹. Es una pretensión restitutoria o de reembolso que tiene por objeto la devolución de lo que se paga sin deber, guarda relación con el enriquecimiento sin causa, busca el reembolso a la persona de lo que fue despojado injusta o ilegítimamente, vale la aclaratoria de Timpson C. (2011): “enriquecimiento sin causa legítima” pues siempre tiene una “causa fuente”, es decir, en todas las hipótesis el enriquecimiento es “efecto” de alguna “causa” que no es justa o legítima¹².

¹¹ARIAS, Jaime Luis (2013). EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA ACCIÓN IN REM VERSÓ EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR REALIZACIÓN DE OBRAS, PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SUMINISTRO DE BIENES SIN CONTRATO ESTATAL. p.145. Recuperado: https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/download/444/pdf_30/

¹²TIMPSON LAYNE, Claudio (2011) DERECHO CIVIL OBLIGACIONES. Impreso por Talleres de Copias 2/5. Panamá.p.141.

Quedando claro que no es que no exista causa, pues toda obligación tiene una fuente que la produce. Díaz C (2017) permite “la restitución de aquello que se ha dado, entregado, o realizado sin un fundamento que lo acompañe”¹³. En consecuencia, si existe estrecha relación entre el enriquecimiento sin causa y la acción (*la actio in rem verso*) son dos instituciones distintas: La primera según Arias, es la fuente de las obligaciones, nadie puede enriquecerse de manera injustificada en detrimento de otro, mientras que la segunda, es el remedio o garantía judicial del ordenamiento jurídico a favor del empobrecido para obtener o pretender la compensación o restitución de aquello que aumentó de modo injustificado el patrimonio del enriquecido.¹⁴

Puede afirmarse, que son dos instituciones diferentes, la primera de ellas es un principio general del derecho que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada, y la segunda es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión que reclama los efectos de la vulneración de dicho principio, por ende, es el enriquecimiento sin causa el que da cabida a la instauración de la acción para reclamar la devolución de lo pagado injustificadamente. En este mismo orden de ideas, señala la Corte Constitucional de Colombia en sentencia D-665 del 1° de marzo de 1995 que es el fenómeno del enriquecimiento sin causa es la *acción de in rem verso* (“*Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa*”)¹⁵

¹³DÍAZ PACHECO, Camila Alejandra (2017) Acción de In Rem Verso. ANÁLISIS HISTÓRICO Y JURISPRUDENCIAL. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado: http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-4500/UCC4696_01.pdf. p.6

¹⁴ARIAS, J. Op. Cit. p.145

¹⁵Sentencia D-665 del 1° de marzo de 1995 de la Corte Constitucional Colombia, MP: Carlos Gaviria Díaz. Recuperado: [https://normograma.info/men/docs/pdf/85001-23-31-000-2003-00035-01\(35026\).pdf](https://normograma.info/men/docs/pdf/85001-23-31-000-2003-00035-01(35026).pdf)

De ahí que el propósito o la finalidad de la acción, es lograr la indemnización para restaurar el equilibrio patrimonial entre las partes, mediante la restitución de lo que fue despojado el empobrecido, indemnizando para restablecer o restituir el daño causado.

2. **Contenido de la *Actio In Rem Verso*:** constituye un mecanismo dirigido a la protección del principio general del enriquecimiento sin causa, se fundamenta en los principios de justicia compensatoria y no a la indemnizatoria o retributiva, y busca el equilibrio patrimonial.

3. **Características de la *Actio In Rem Verso***

3.1 Es de carácter subsidiaria o excepcional: sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial depreciado. la acción tiene el rasgo de excepcional, por el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones. En consecuencia, solo procede cuando el demandante no cuente con otras acciones que garanticen el derecho de petición y tutela judicial efectiva, siempre que no proceda particularmente la acción contractual¹⁶, cuando no sean procedentes otras acciones derivadas de algunas de las fuentes de las obligaciones distintas al enriquecimiento sin causa.

3.2 Es de rango compensatorio: al pretender la indemnización o

¹⁶Ibidem.

reparación de un perjuicio, el contenido y alcance se basa en lo que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder al aminoramiento que padeció el demandante, pues el ejercicio de esta acción pretende al accionante una indemnización o reparación que su naturaleza es restitutorio, para el restablecimiento del patrimonio de la persona afectada evitando el enriquecimiento o ventaja patrimonial para una de las partes

3.3 Es de naturaleza autónoma e independiente: dirigida a retrotraer los efectos que produjo el traslado patrimonial injustificado, su procedencia se basa en el reconocimiento de una situación fuera de las contractuales o extracontractuales, que amerita una medida judicial compensatoria, por lo tanto no se trata de una medida indemnizatoria sino reparatoria.

3.4 Su aplicabilidad se produce en el ámbito contractual público y privado: a contratos suscritos entre personas naturales o jurídicas, y entre estas y órganos u entes del Estado.

3.5 Procede independientemente de los aspectos subjetivos de culpa y de imputabilidad del enriquecido: el enriquecido debe devolver lo obtenido injustamente independientemente de que haya actuado de buena o mala fe.

4. Viabilidad de la Pretensión de la *Actio In Rem Verso*: requiere las siguientes condiciones para la estructuración del enriquecimiento sin causa y para la procedencia de la acción de in rem verso: 1) un enriquecimiento. 2) un empobrecimiento. 3) una relación de causalidad. 4) la ausencia de causa y 5) la ausencia de

cualquier otra acción¹⁷, generada del contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, o de los derechos absolutos.

IV. *La condictio indebiti*: es indispensable aclarar según Martínez C., que la *condictio*: es una acción unitaria, dirigida a recuperar la propiedad de un bien retenido sin causa por otra persona, existen varios tipos diferentes de *condictiones*, según su causa¹⁸.

1. Propósito de la *Condictio Indebiti*: son medios otorgados por los juristas romanos cuyo objetivo es el restituir aquello que ha sido entregado o dado sin una causa que lo justifique. De acuerdo a Maduro E (1997) “*La condictio indebiti* ha sido conservada en el derecho moderno”¹⁹. Se trata de una acción que actualmente se mantiene y tiene como finalidad la restitución de aquello que fue pagado indebidamente, agrega DIAZ, C. (2017) y señala Uria J (1984) que su propósito es cumplir una obligación que se juzgaba real y objetiva, pero que en realidad no existía²⁰. “el fin de la *condictio indebiti* era lograr la restitución de la res data soluta con todos sus accesorios”²¹. Entonces, el objeto de esta acción es la repetición de lo pagado indebidamente por error con todos sus accesorios, es decir, puede ejercitarse, no sólo cuando no existe *ipso iure* de la deuda saldada, sino también en caso de inexistencia *ope exceptionis*, siempre que la excepción sea

¹⁷TIMPSON, C. Op. Cit. p.149

¹⁸MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos (s/f) NOTAS SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN DERECHO NAVARRO. Recuperado:http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_14_1_1.pdf. p.156

¹⁹Ibidem. p.731

²⁰URIA S.J., José María (1984) DERECHO ROMANO VOLUMEN II. Universidad Católica del Táchira, Pie de Imprenta San Cristóbal, Venezuela. Recuperado: <https://www.urbe.edu/UDWLlibrary/InfoBook.do?id=8666>. p.405

²¹Ibidem. p.405

perentoria y no deje subsistente una obligación natural como la *exceptio*,

2. Contenido de la *Condictio Indebiti*: atiende al pago en el que falta la base del mismo (la deuda), pues en tal caso no existe realmente una deuda.

3. Características de la *Condictio Indebiti*:

3.1 Es una acción persecutoria del enriquecimiento.

3.2 Es de repetición o de recuperación de lo entregado con todos sus accesorios.

3.3 Procede cuando se paga por error.

4. Viabilidad de la Pretensión de la *Condictio Indebiti*: es necesario:

4.1 Que se pague no se deba: entendiéndose la ejecución o el cumplimiento de una prestación, que puede consistir en la entrega de una cosa cierta o *in genere*, en una actividad o conducta, no son aplicables las reglas específicas del pago de lo indebido, sino de las del enriquecimiento sin causa²², pues tales reglas parecen aplicables a aquellos casos en que la prestación consista en la entrega de una cosa cierta o *in genere*, pero no a la ejecución de una determinada conducta.

²²MADURO, E. Op. Cit p.732

4.2 Que no haya motivo alguno para pagar: es al que Maduro E., refiere como ausencia de causa, es decir, que no pueda justificarse ni legitimarse dentro del ordenamiento jurídico positivo vigente, es decir, que el pago efectuado por el *solvens* no responda a ninguna obligación existente, en tal caso, la obligación no existe y puede darse en tres categorías:

4.2.1 Cuando la obligación no ha existido nunca, bien porque jamás existió o porque no ha nacido válidamente o el pago que se pretende realizar se extinguió con anterioridad.

4.2.2 Cuando el *solvens* (deudor) efectúa el pago a quien no es su verdadero acreedor.

4.2.3 Cuando el acreedor recibe un pago de un *solvens* no verdadero pero que se creía tal.

4.3 Que el pago se haya verificado por error: debe demostrarse para que pueda darse el efecto del pago indebido o la repetición de lo pagado, en consecuencia, quien entrega o cumple una obligación de manera voluntaria a sabiendas que no debía hacerlo, no se encuentra amparado por el derecho y por ende no puede ejercer esta acción, es decir, el pago hecho a sabiendas de que la deuda saldada no existe, no puede reclamarse; porque se considera jurídicamente una donación, pues el error es fundamental para configurar la acción y constituye un requisito de procedencia.

V. *La condictio causa data non secuta*

1. Propósito de la *Condictio Causa Data Non Secuta*: supone la existencia de un *dare ob causam*; una adjudicación patrimo-

nial a un resultado futuro, si luego resulta que no se produce el resultado perseguido, el enriquecimiento carece de base suficiente, y el perdidoso, para reclamar, dispone de la *condictio ob causam datorum*, denominada también *condictio causa data causa non secuta*, es la acción que autorizaba a reclamar una prestación que se había cumplido atendiendo a una causa futura que no se realiza, es decir, se hace referencia a una adjudicación patrimonial, encaminada contractualmente a un resultado futuro.

2. Contenido de la *Condictio Causa Data Non Secuta*: presupone un *dare ib causam* una adjudicación patrimonial que se basaba en una prestación realizada en atención a una condición futura y lícita que no se llega a realizar, por lo que el adquirente se queda sin justa causa *retinen di pese* a que la *datio* continúa respondiendo a una justa causa.

3. Características de la *Condictio Causa Data Non Secuta*

3.1 Es persecutoria del enriquecimiento.

3.2 Es de repetición o de recuperación de lo entregado

3.3 Es tendiente a impedir el enriquecimiento nacido de una prestación realizada sobre una causa lícita y futura que se esperaba y que no ha llegado a tener lugar.

3.4 Se trata de obligaciones de dar.

3.5 Se configura con la desaparición de la causa.

4. **Viabilidad de la Pretensión de la *Condictio Causa Data Non Secuta*:** es necesario que la causa lícita y futura no se cumpla, salvo que la contraprestación no hubiese sido posible por caso fortuito o fuerza mayor o por culpa del que realizó la prestación.

VI. La *condictio ob turpem causam*

1. **Propósito de la *Condictio Ob Turpem Causam*:** se ejerce para reclamar lo entregado a otro por una causa desaprobada por la ley, o para realizar un acto contrario a la moral, el derecho, o para que se abstuviese de cumplirlo mediante una compensación, es decir, la repetición de lo pagado al acreedor para ejecutar o que se abstuviera de realizar un hecho ilícito o moral.
2. **Contenido de la *Condictio Ob Turpem Causam*:** debe existir una causa lícita, pero solo procede cuando una persona se había enriquecido con la prestación que otra le había hecho con la finalidad de que ejecutara o se abstuviera de realizar un hecho inmoral.
3. **Características de la *Condictio Ob Turpem Causam*:**
 - 3.1 Es persecutoria del enriquecimiento.
 - 3.2 Es de repetición o de recuperación de lo entregado.
 - 3.3 Permite solicitar la devolución de lo entregado por causa deshonrosa para el que recibió.

4. Viabilidad de la Pretensión de la *Condictio Ob Turpem Causam*

4.1 Para que proceda la repetición, la causa debía ser deshonrosa solo y exclusivamente para el que recibió lo entregado (*accipiens*).

4.2 Se basa en una entrega de bienes cuya aceptación entraña una inmoralidad, como sucede en los casos del rescate exigido por un delincuente que tiene secuestrada a una persona., pues al entregar lo exigido constituye un acto contrario a las buenas costumbres.

4.3 La entrega de una cosa debe hacerse, en virtud de un acto jurídico que no persigue fines inmorales, pero que no están establecido en la norma por cuanto son contrarios a él derecho.

VII. La condictio sine causa

1. Propósito de la *Condictio Sine Causa*: Es aplicable a todos los casos de enriquecimiento que carecieran de una propia acción²³, esta acción podía ser ejercida en varios supuestos, como en los casos de las prestaciones cumplidas sin causa o por una causa errónea, y en aquellos otros en que la causa que justificaba la existencia de la obligación había dejado de existir, es decir, en los casos de falta de causa, que hubiese faltado desde el principio, o más tarde, siempre que el *accipiens* se encuentra enriquecido a costa ajena y que no puedan enmarcarse en ninguna otra.

²³AGUIAR LOZANO, Hugo Fernando (2010) TRATADO SOBRE LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA EN EL DERECHO CIVIL DE LAS OBLIGACIONES. ISBN-13: 978-84-693-4523-8Nº Registro: 10/69554. RECUPERADO: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010c/748/EI%20sistema%20de%20las%20IUSTINIANI%20INSTITUTIONES.htm>, <https://es.scribd.com/document/37296371/Derecho-Civil>,

2. Contenido de la *Condictio Sine Causa*: es el enriquecimiento del acreedor sin causa.

3. Características de la *Condictio Sine Causa*:
 - 3.1 Es persecutoria del enriquecimiento.

 - 3.2 Es de repetición o de recuperación de lo entregado.

 - 3.3 Es una categoría residual que solo se aplica en aquellos casos que no pudiesen incardinarse en los supuestos de las acciones anteriores.

4. Viabilidad de la Pretensión de la *Condictio Sine Causa*:
 - 4.1 Nace cuando el enriquecimiento se basa en un negocio jurídico.

 - 4.2 Se empleaba en el Derecho común como acción general de enriquecimiento, para no dejar sin protección aquellos casos que no encajaban en ninguna de las otras categorías y solían ser producidos por acto unilateral de una de las partes o por caso fortuito, *un dare*, una entrega o una causa jurídica resulta frustrada: como la persona que entrega una cantidad en concepto de préstamo, y el que la recibe la acepta creyéndola regalada; en tales circunstancias, no nace la acción de mutuo, sino una *condictio sine causa*, para exigir la devolución de lo entregado, es por ello que una de las partes, sin fundamento alguno, se lucra.

4.3 En el Derecho clásico, no se daba con frecuencia y cuando ocurrían, se acudía a las acciones supletorias del pretor *actiones in factum o rei vindicatio utilis*.

VIII. Conclusiones.

Considerando que el enriquecimiento sin causa, tiene su origen en el derecho romano, pues en que retiene una cosa sin justa causa está obligado a restituirla, lo que constituye el principio general que quien ostente una cosa de forma ilegítima o injusta la devuelva o restituya, en tal sentido, se fueron concediendo acciones para cada caso como *la actio in rem verso* y *la condictio indebiti*; *condictio ob rem data, causa non secuta*; *condictio ob turpem causam*; *condictio, condictio sine causa*, entre otras, que se referían a supuestos o hipótesis que regular ofreciendo para cada una un fundamento y objeto propio.

Finalmente, es de afirmar que la *condictio* o acciones heredadas del sistema romano, influyen en el derecho moderno, al respecto el Código Civil Panameño establece taxativamente la figura del enriquecimiento sin causa mediante la ley 18 de 1992, siguiendo el derecho europeo.

Referencias

Arias, Jaime Luis (2013). *El enriquecimiento sin causa y la acción In Rem Versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministros de bienes sin contrato estatal*. p.145. Recuperado: https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/download/444/pdf_30/

Código de comercio de la República de Panamá Ley N° 2 De 22 de agosto de 1916 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.418 de 4 de septiembre de 1916. Recuperado: <https://www.corro-fernandezlawfirm.com/images/downloads/codigo-comercio-republica-panama.pdf>

Constitución Política de la República de Panamá. Edición de la *Constitución Política* de 1972 está ajustada a los Actos Reformatorios de 1978, al Acto Constitucional de 1983, a los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004, tomando como referencia el Texto Único publicado en la Gaceta Oficial No. 25176 del 15 de noviembre de 2004. Artículo 1 y 41. Recuperado: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>

Díaz Pacheco, Camila Alejandra (2017). *Acción de In Rem Verso. Análisis Histórico y Jurisprudencial*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado: http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-4500/UCC4696_01.pdf. p.6

Maduro Luyando, Eloy (1997). *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*. Editorial Texto. Publicaciones UCAB. Décima Edición. Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, Caracas Venezuela.

Martínez de Aguirre, Carlos (2000) *Notas sobre el Enriquecimiento sin causa en Derecho Navarro*. Recuperado: http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=Pd-fRevistaJuridica&fichero=RJ_14_I_1.pdf.p.156

Sentencia D-665 del 1° de marzo de 1995 de la Corte Constitucional Colombia, MP: Carlos Gaviria Díaz. Recuperado: [https://normograma.info/men/docs/pdf/85001-23-31-000-2003-00035-01\(35026\).pdf](https://normograma.info/men/docs/pdf/85001-23-31-000-2003-00035-01(35026).pdf)

Timpson Layne, Claudio (2011) *Derecho Civil Obligaciones*. Impreso por Talleres de Copias 2/5. Panamá.p.141.

Uria S. J., Jose María (1984) *Derecho Romano Volumen II*. Universidad Católica del Táchira, Pie de Imprenta San Cristóbal, Venezuela. Recuperado: <https://www.urbe.edu/UDWLibrary/InfoBook.do?id=8666>.

Derecho Internacional Privado

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

Por:

Dr. Gilberto Boutin I.*

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

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

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

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

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

1. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Del método conflictual o conflictualista.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2. Del régimen de obligaciones extracontractual internacional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referencias

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

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

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

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

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

Ratio Legis

En esta edición:

DERECHO CONSTITUCIONAL

El *favor libertatis* como regla de interpretación constitucional
Dr. Heriberto Araúz Sánchez

Las Reformas Constitucionales de 2019: Lecciones de un intento fallido y superación de una década de desencanto
Dr. Arturo Hoyos

La orientación política que debe aplicarse al sistema jurídico panameño
Dr. Olmedo Sanjur G.

Prohibiciones en la Constitución de Panamá
Dr. Edgardo Molino Mola

La *ratio decidendi* de la sentencia constitucional
Dr. Hernán A. De León Batista

Lo que necesité aprender para poder enseñar. *Lecciones de Derecho Constitucional*
Dr. Carlos Bolívar Pedreschi

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo de la República de Panamá
Dr. Jaime Franco Pérez

Los errores comunes en las demandas contenciosoadministrativas
Dr. Cecilio Cedalise Riquelme

DERECHO LABORAL

La falta de probidad y el desobedecimiento de órdenes como causales de despido
Lcdo. Rubén Castillo Gill

DERECHO DE FAMILIA

El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias
Lcda. Nelly Cedeño Paredes

DERECHO MARÍTIMO

Reseña histórica y generalidades. Los tribunales marítimos de Panamá
Lcda. Gisela Agurto Ayala

DERECHO COMERCIAL

Panamá: Registro Privado y Único de Beneficiarios Finales
Dr. Carlos Barsallo

DERECHO CIVIL

La *condictio* o acciones heredadas del sistema romano y su influencia en el derecho moderno
Mgtr. Boris A. Corcho Díaz

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

De algunos criterios jurídicos de protección al individuo, en el Nuevo Código de Derecho Internacional Privado Panameño
Dr. Gilberto Boutin I.

