BOLETÍN DE INFORMACIONES JURIDICAS No. 41

Órgano de Información del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá

En Esta Edición

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO 11
ABDIEL ALGIS ABREGO 26
BELQUIS SÁEZ NIETO 28
DAVID GUARDIA 35
LOURDES DEL C. GONZÁLEZ G. 50
OSCAR VARGAS VELARDE 56
RUBÉN D. RODRÍGUEZ PATIÑO 73
VANESSA CAMPOS 83
JUAN O. VAN EPS D. 92
KENIA I. PORCELL D. 97
CECILIO CEDALISE RIQUELME 105

Enero-Junio
Panamá, 2009

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
AUTORIDADES

DR. GUSTAVO GARCÍA DE PAREDES
Rector Magnífico de la Universidad de Panamá

DR. JUSTO MEDRANO
Vicerrector Académico

DRA. BETTY ANN DE CATSAMBANIS
Vicerrectora de Investigación y Postgrado

DR. CARLOS BRANDARIZ
Vicerrector Administrativo

ING. ELDIS BARNES
Vicerrector de Asuntos Estudiantiles

MAGISTRA MARÍA DEL CARMEN T. DE BENAVIDES
Vicerrectora de Extensión

DR. MIGUEL A. CANDANEDO
Secretario General

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
AUTORIDADES

DR. JACINTO ESPINOSA
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

DR. LUIS PALACIOS
Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

LICDA. MAGDA PIÑANGO
Secretaria Administrativa

MAGISTRA BELQUIS SAEZ NIETO
Directora del Centro de Investigación Jurídica

Investigadores:

MAGISTER JUAN VAN EPS
LICENCIADA VANESSA CAMPOS ALVARADO
LICENCIADO DAVID GUARDIA
LICENCIADO CAMILO RODRIGUEZ
LICENCIADO PLINIO VALDES
MAGISTER ABDIEL ALGIS ABREGO

Asistentes de Investigación:

JOSÉ ÁVILA
CRISTEL DE LEÓN
WILFREDO GÓMEZ
MILITZA RODRÍGUEZ
ÁNGELA ÁLVAREZ
LORENA GLASS
ERICKA GONZÁLEZ
ERIC TEJADA

Secretaria:
LICDA. SILVIA RAMÍREZ

Boletín de Informaciones Jurídicas
Contenido

PRESENTACIÓN 4
JURISPRUDENCIA 5
DOCTRINA 11

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PREVISTA EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2004 **11**
RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO
Secretario General de la Procuraduría General de la Nación

INNOVACIONES EN DELITOS Y FALTAS PENALES ELECTORALES **26**
ABDIEL ALGIS ABREGO
Investigador Jurídico
Centro de Investigación Jurídica

LA LEGÍTIMA O LA LIBERTAD DE TESTAR **28**
BELQUIS SÁEZ NIETO
Directora
Centro de Investigación Jurídica

DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA **35**
DAVID GUARDIA
Investigador Jurídico
Centro de Investigación Jurídica

BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO **50**
MONEY LAUNDERING AND FINANCING TERRORISM
Lic. LOURDES DEL C. GONZÁLEZ G.
Especialista Certificada en la Prevención de Lavado de Dinero (CAMS).

EL NUEVO TRIBUNAL DE CUENTAS EN PANAMÁ **56**
OSCAR VARGAS VELARDE
Magistrado del Tribunal de Cuentas

DEL ARTE DE GOBERNAR MAQUIAVELIANO A LA GUBERNAMENTALIDAD FOUCAULTIANA **73**
RUBÉN DARÍO RODRÍGUEZ PATIÑO
Catedrático de Ciencia Política
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

EL DERECHO A LA INFORMACION NUTRICIONAL EN MATERIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS DE CONSUMO HUMANO **83**
Licda. VANESSA CAMPOS ALVARADO
Investigadora Jurídica
Centro de Investigación Jurídica

EL DAÑO "CIERTO" EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTUACIONES DEL REGISTRO PÚBLICO: ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO AL FALLO DE 11 DE JULIO DE 2007 DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA **92**
JUAN O. VAN EPS D.
Investigador Jurídico
Centro de Investigación Jurídica

LAS BARRERAS QUE AFECTAN EL ESTUDIO DE LA CIENCIA DEL DERECHO **97**
Profesora KENIA I. PORCELL D.
Subsecretaria de la Procuraduría General de la Nación

EL DESAMPARO JURÍDICO DE LA HUELGA EN EL CANAL DE PANAMÁ: FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS. **105**
CECILIO CEDALISE RIQUELME
Magíster en Derecho del Trabajo
Universidad de Panamá

COLABORADORES DEL ANUARIO DE DERECHO 120

BREVE SEMBLANZA DEL DOCTOR CARLOS ALFREDO LÓPEZ GUEVARA **120**
Juan O. Van Eps D.
Investigador Jurídico

RECENSIONES 122

DIVISIÓN POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ 137

PRESENTACIÓN

Con este número, que se constituye en el segundo de la nueva era digital, reanuda el Centro de Investigación Jurídica la publicación del Boletín de Informaciones Jurídicas, que por razones ajenas a nuestra voluntad se había visto interrumpida durante algún tiempo.

Como directora del Centro de Investigación Jurídica, hemos decidido realizar algunos cambios que consideramos fundamentales en la estructura del Boletín: Hemos creado la sección de COLABORADORES DEL ANUARIO, como un instrumento para llevar al conocimiento de los actuales estudiosos del Derecho la trayectoria de distinguidos juristas con cuyo esfuerzo desinteresado se edita el ANUARIO DE DERECHO durante sus cincuenta y cuatro años de existencia.

Reconocemos la labor de juristas de alta trayectoria académica como Narciso Garay, Dulio Arroyo, Carlos Alfredo López Guevara, Manuel Cano Llopis y otros, gracias a los cuales podemos hablar de una doctrina panameña y se ha mantenido con grandes dificultades hasta hoy.

JURISPRUDENCIA

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS (es aquella doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación -aunque sea cierta. que este en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta)

Esta Sala debe resaltar que constituye un principio general de Derecho, que vincula a los Tribunales, el que no permite que las partes en el proceso se comporten de manera contraria a conductas procesales previas, concluyentes, e incompatibles con esta actuación. Dicho principio, proviene, como sabemos del Derecho Intermedio, y ha sido también aceptado por la doctrina anglosajona, bajo la figura del "stoppel", si bien no sean exactamente lo mismo, la idea matriz que la preside es ésta. El profesor Luis Diez-Picazo, en una monografía clásica sobre el particular, se refiere a la doctrina del "stoppel" como "aquella doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación -aunque sea cierta. que este en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta". Con respecto al principio "adversus factum suum quis venire non potest", se expresa en los siguientes términos:

> "la regla, que normalmente se expresa diciendo que "nadie puede venir contra sus propios actos" ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada".

Señala el autor citado como presupuestos de su aplicación:

> "1º Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz.
>
> 2º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.
>
> 3º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.
>
> 4º Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos. (Véase, por el autor citado, "la Doctrina de los propios actos", Editorial Bosch, 1963).

Si bien en forma más esquemática, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido al principio, indicando que "es aberrante" que una persona "venga ahora contra sus propios actos". (Véase Dulio Arroyo, "20 Años de Jurisprudencia de la Sala Primera (De lo Civil) de la

Corte Suprema de Justicia", pág. 175, número 365).

> "No puede ser vicioso en su principio el acto honrado del demandante de reconocer la legitimidad de los créditos comprometiéndose a pagar las deudas por consumo de agua de los inmuebles, por ser la única persona beneficiada con la herencia Sencillamente es aberrante que venga ahora contra sus propios actos"
>
> Sentencia de 3 de mayo de 1972. Registro Judicial Nº 11, enero-junio 1972, pp. 188 y 195".

Por las razones expuestas, no era válido que el demandante promoviese un proceso de divorcio para anular el matrimonio celebrado entre R y JOSÉ J, en atención a que, por sus propios actos anteriores a la demanda de divorcio, conocía que el matrimonio, celebrado en los Estados Unidos de América carecía de eficacia para las partes, por razón del divorcio acaecido, también, en los Estados Unidos en 1990, sin incurrir, al propio tiempo, en el principio, fundamental para el derecho, de que nadie puede ir en contra de sus propios actos.

(Corte Suprema de Justicia. Sala de lo civil. Magistrado ponente: Rogelio A. Fábrega Z. Panamá, dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).)

MAGISTRA BELQUIS SAEZ NIETO
Directora del Centro de Investigación Jurídica

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

EL EJERCICIO CONJUNTO DEL PODER DEL ABOGADO PRINCIPAL Y EL SUSTITUTO (No existe prohibición o impedimento para el ejercicio del poder de esta forma).

Sentencia de: 23 de julio de 2008.

Magistrado Ponente: Adán Arnulfo Arjona

Al respecto, el resto de los Magistrados que integran la Sala advierten que no le asiste razón al representante del Ministerio Público, por las razones que se expresan a continuación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley Nº 135 de 1943, modificado por la Ley 33 de 1946, las demandas promovidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa deben reunir los siguientes requisitos:

> "Artículo 43. Toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo contendrá:
>
> 1. La designación de las partes y de sus representantes;
>
> 2. Lo que se demanda;

3. Los hechos u omisiones fundamentales de la acción;

4. La expresión de las disposiciones que se estimen violadas;

5. El concepto de la violación".

En virtud de lo anterior, el resto de los Magistrados que integran la Sala consideran que es procedente dar trámite a la demanda promovida, toda vez que la misma cumple con los requisitos mínimos exigidos para ser admitida, y por tanto el Tribunal debe evaluar en el fondo el mérito de las pretensiones planteadas por el demandante, y no impedir el curso de la misma basándose en formalismos que cierran el acceso de los administrados a la justicia contencioso-administrativa.

En ese sentido, es preciso señalar que la situación procesal examinada en ninguna forma contraría lo dispuesto en la Ley N° 135 de 1943, modificada por la Ley N° 33 de 1946, ni mucho menos las disposiciones relativas a la actuación de los apoderados contenidas en el Código Judicial. Ello obedece a que la normativa pertinente de nuestro Código de Procedimiento establece que la actuación del apoderado sustituto será válida, siempre que el principal no haya comparecido para efectuarla o no haya actuado en el caso, pero en ningún forma impide o prohíbe que los apoderados ejerciten el poder conjuntamente, razón por la cual carecen de sustento los planteamientos del recurrente.

Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo.

(Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por el Licenciado Gilberto Bósquez Díaz, en representación de Corporación Playa Blanca, S.A. para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No AG-0407-2007 de 8 de agosto de 2007 emitida por el Administrador General de la autoridad Nacional del ambiente, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones).

Lic. Vanessa Campos Alvarado
Investigadora Jurídica

LA IMPUGNACION DE ACTOS PROVISIONALES (No son susceptibles de la Vía Contencioso Administrativa porque no ponen término a una situación de controversia)

Sentencia de: 5 de agosto de 2008.

Magistrado Ponente: Víctor Benavides

II. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Atendidos los argumentos quienes recurren y revisadas las constancias procesales que obran en autos, esta Superioridad procede a resolver la alzada basados en las siguientes consideraciones.

Quienes suscriben, advierten que la razón le asiste al Honorable Magistrado Sustanciador, ya que, en

efecto, según se desprende de las constancias procesales, el artículo 42 de la ley 135 de 1943, establece como requisito para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, que se haya agotado la vía administrativa y que "*se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación*".

> Al hacer el examen de las piezas procesales presentes en el expediente, para determinar la admisibilidad de la demanda planteada en atención a los requisitos establecidos por la ley que regula la materia contencioso-administrativa, esta Corporación observa que, el acto impugnado, Resolución N° AG-0583-2007 de 5 de octubre de 2007 (f.1 a 4), se erige en virtud de una solicitud de nulidad insubsanable por falta de competencia presentada por la firma forense Galindo, Arias & López, en representación de PETROTERMINAL DE PANAMÁ, S.A., dentro de un proceso administrativo que se le sigue por posibles afectaciones al medio ambiente, producto de un derrame de petróleo en el Terminal de Chiriquí Grande, provincia de Bocas del Toro.

En consecuencia, y luego de examinar las consideraciones de los apelantes, esta Superioridad conceptúa que, pese a que el acto impugnado vulnera derechos subjetivos del petente, esta acción no constituye un acto definitivo, por lo que coincidimos con el criterio planteado por el Magistrado Sustanciador, en el sentido de que la Resolución impugnada, no es recurrible ante este Tribunal por no constituirse en un acto definitivo que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto y que a su vez, le ponga término o haga imposible su continuación.

De lo anterior se concluye que en este caso no se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 42 de la ley 135 de 1943, sobre los que ya reiteradamente se ha pronunciado esta Sala, señalando cuándo estamos en presencia de un acto preparatorio o de mero trámite, y cuándo son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como apreciamos a continuación:

1. Auto de 26 de enero de 2001.

> "Esta Sala ha expresado en fallos anteriores, que los actos preparatorios son aquellos cuyo contenido forma parte de un procedimiento administrativo, encaminado a adoptar una decisión final cuya condición puede variar. En el presente caso, por medio de un acto impugnado, el Contralor General de la Nación (sic) solicita al Director General de la Caja de Seguro Social, suspenda del cargo al Director Nacional de Contabilidad, de lo que se desprende que dicha solicitud no causa estado ni crea, modifica o extingue derechos subjetivos."

. Auto de 30 de agosto de 2001.

> "...de la simple lectura del libelo se desprende que la señora E.C… fue suspendida del cargo y de los salarios como Directora de Educación de Panamá Oeste, mediante Resolución de 13 de octubre de 2000, por denuncias por supuestas irregularidades en la compra de materiales para las escuelas.
>
> Se observa que la recurrente luego de haber interpuesto los recursos que la ley le confiere al respecto, recurrió en demanda contencioso administrativa ante esta Sala a fin de solicitar que dicho acto administrativo sea declarado ilegal y que por consiguiente sea reintegrada al cargo que ocupaba, y le sean pagados los salarios que dejo de percibir en atención a esta sanción.
>
> Visto lo anterior, este Tribunal de Segunda Instancia conceptúa que pese a que el acto impugnado vulnera derechos subjetivos de la petente, no constituye un acto definitivo, por lo que no es recurrible ante este Tribunal de Justicia.
>
> Esto es así ya que la separación del cargo de que fue objeto la señora E.C. constituye un acto preparatorio, que de manera reiterada este Tribunal ha señalado que no es acusable ante este Tribunal Contencioso, puesto que la misma no constituye una decisión definitiva, ni le pone término a la situación controvertida. Por el contrario, es una medida provisional tomada por la Dirección General de Educación del Ministerio de Educación hasta tanto se emita un pronunciamiento definitivo que determine la responsabilidad disciplinaria en que supuestamente incurrió la recurrente. No obstante, es importante señalar que en caso de que el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Educación tome la decisión de anular el nombramiento de la demandante, una vez comprobada su responsabilidad en el hecho ocurrido, de inmediato se entenderá que el acto preparatorio pierde su vigencia, es decir, es sustituido por el acto final, que en este caso sería la destitución, el cual sí es acusable ante esta Sala, previo agotamiento de la vía gubernativa."

Con respecto a este tema, la doctrina ha planteado la diferencia entre los actos que tienen efectos provisionales y efectos definitivos, determinando inclusive las esferas en las que pueden ser recurridos. Al respecto, el jurista Roberto Dromi, nos expone que:

> "La provisionalidad del efecto jurídico hace al tiempo, es decir, desde cuándo y hasta cuando, en definitiva cuándo."
>
> "Los actos administrativos definitivos y los actos interlocutorios, provisionales o de mero trámite son siempre impugnables en sede administrativa, mientras que sólo son impugnables en sede judiciales los actos definitivos." (DROMI, Roberto, *El Acto Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, 3ra. Edición, p.24).

> De los razonamientos expuestos, se estima que efectivamente el acto acusado no es susceptible de impugnación por medio de la vía contencioso administrativa, toda vez que no le puso término a una situación controvertida, configurándose como un acto accesorio.

De acuerdo a lo anotado, y en concordancia con el concepto esbozado por el Magistrado Sustanciador, es claro que la pretensión en examen es inadmisible, de modo tal que, atendiendo a lo expresado por el artículo 50 de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, lo que procede es confirmar el Auto de no admisión consultable de fojas 34 a 39 del cuadernillo judicial.

En consecuencia, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMAN el Auto de 18 de marzo de 2008, que NO ADMITE la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción…

Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo
(Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por la firma Galindo & López, en representación de Petroterminal de Panamá, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la resolución NO. AG-0583-2007 del 5 de octubre de 2007, emitida `por el Administrador General de la autoridad nacional del Ambiente, los actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones).

Lic. Vanessa Campos Alvarado
Investigadora Jurídica

DOCTRINA

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PREVISTA EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2004

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO
Secretario General de la Procuraduría General de la Nación

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

Uno de los temas sobre los que más se estuvo debatiendo a partir de 1990, al instaurarse el régimen democrático en Panamá, fue el atinente a la Asamblea Constituyente. Se consideraba, por una parte, que se requería de una Constitución que respondiera a la nueva realidad democrática, por lo que, por otra parte, se hacía necesario convocar una Asamblea Constituyente a la que se le asignase tal labor.

Esta idea fue tomando fuerza poco a poco, hasta incluirse en diversas propuestas de reformas constitucionales, si bien entendida ésta, la Asamblea Constituyente, como método de reforma, así como en distintas iniciativas de anteproyectos de Constituciones, elaboradas éstas por diversas organizaciones. Finalmente, en el 2004, al aprobarse una serie de modificaciones a la Constitución, se incorporó la Asamblea Constituyente, la que, si bien al fin constitucionalizada la disposición en la que se regula la misma, como se verá, nos plantea toda una confusión entre lo que se quería regular y lo que realmente se terminó aprobando.

En efecto, y sirva lo expresado como adelanto al análisis de la norma en la que se regula la Asamblea Constituyente en nuestra Constitución, el constituyente de 2004 terminó constitucionalizando en un solo precepto constitucional, artículo 314 de la Constitución vigente, dos supuestos que por su distinta naturaleza y finalidad se excluyen uno al otro.

Desde luego, tal aseveración exige, previo al estudio de la referida disposición constitucional, de un desarrollo doctrinal de lo que implica **el poder constituyente originario, el poder constituyente derivado**, conocido también como **poder de reforma**, así como **los poderes constituidos**. Ello ha de facilitar la comprensión de las presentes reflexiones con respecto al contenido del artículo 314 de nuestra Constitución.

II. LOS DISTINTOS PODERES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

A. El poder constituyente originario.

Desde el momento que se parte del hecho cierto, tangible, concreto, como lo es la existencia de la Constitución en un Estado determinado, surge la interrogante acerca de su creador.

Es decir, aún cuando se esté ante un hecho que no exige un mayor esfuerzo intelectual, si la Constitución existe es porque alguien la ha elaborado y aprobado. Lo que significa, dicho de otra forma, que la Constitución como norma jurídica tiene un creador.

En ese sentido, ante la interrogante consistente en, ¿quién ha sido o es el creador de la Constitución?, la respuesta que nos da la teoría constitucional es que ésta es producto del **poder constituyente originario**. Cuando éste, además de ser quien hace la Constitución, responde a una concepción democrática, va a tener como titular del mismo al pueblo.

De donde se sigue que, siendo el pueblo el titular de dicho poder, es a éste a quien compete y, por ende, corresponde darse su propia Constitución.

Concretando una primera reflexión con respecto al **poder constituyente originario**, tenemos que éste es el que hace la Constitución de un Estado, el que al contar con dicha norma jurídica viene a configurarse como un Estado Constitucional de Derecho. Denominado así al ser un Estado que cuenta con una Constitución y, además, al quedar su actuación sometida o supeditada al Derecho previsto en dicha norma jurídica.

1. Particularidades con respecto a este poder.

Una serie de aspectos relevantes constituyen las notas características del **poder constituyente originario** y que son necesarios conocer a la hora de distinguirlo del **poder constituyente derivado o poder de reforma** como de los **poderes constituidos** del Estado constitucional.

Se tiene así que una de sus primeras particularidades tiene que ver en cuanto a **la naturaleza de este poder**, del que se dice que es de carácter político, cuya actuación es por tanto de hecho, al no requerir que su ejercicio, al proceder a elaborar la Constitución, deba hacerse en base a norma jurídica alguna. En efecto, la problemática que surge alrededor de los fundamentos del **poder constituyente originario** se ubican en el ámbito político y no en el jurídico. Expresado de otra forma, el **poder constituyente originario** es un poder de hecho y no de derecho.

Su naturaleza política es lo que explica sus otras particularidades, a saber: es **ilimitado**, al no estar condicionado o supeditado al Derecho, es **soberano**, pues al tener como titular al pueblo, el mismo puede manifestarse cuando las circunstancias así lo determinen, sin que el pueblo requiera de autorización para actuar porque una norma así lo exija o el Derecho se lo impida; es **temporal,** toda vez que, una vez se materializa su ejercicio en la Constitución, deja de ejercerse para que impere lo establecido en dicha norma jurídica; es, finalmente, **un poder indivisible y supremo**, en el sentido que no está dividido entre diversos poderes o autoridades no existiendo otro al que éste esté subordinado ni en lo jurídico ni en lo político.

Lo importante a resaltar es que todas estas características tienen su razón de ser en cuanto a la finalidad que le es propia al **poder constituyente originario**, que no es otra que la elaboración y aprobación de la Constitución.

2. Los dos momentos en los que se manifiesta dicho poder.

Así como la Constitución existe en un momento concreto y determinado, el ejercicio del **poder constituyente originario** va a hacerse necesario en dos momentos distintos y dentro de realidades o circunstancias diferentes.

Un primer momento es cuando, al crearse un nuevo Estado, los integrantes del mismo se plantean la necesidad de regular la forma como han de gobernarse a través de los distintos órganos o autoridades que han de establecerse para llevar a cabo tal finalidad. Si dicha población ha sido capaz de independizarse del Estado del que formaban parte, una vez creado su propio Estado, han de contar con su propia estructura jurídica, lo que ha de materializarse en una Constitución. Tienen su Estado, requieren, por consiguiente, de su Constitución.

El otro momento se da cuando, producto de ciertas circunstancias o hechos políticos, es necesario reemplazar la Constitución vigente por otra. Esto se puede dar **vía acontecimientos violentos**, como es, por ejemplo, un golpe de Estado o como resultado de un **movimiento democrático**, el cual optando por una vía pacífica, se plantea la necesidad de contar con una nueva Constitución.

Tanto en el primer caso, como en el segundo, el contar con una Constitución o reemplazar la existente, entraña afrontar y resolver un problema político que exige responder y solucionar con el establecimiento de los parámetros jurídicos en base a los cuales se han de desenvolver las actividades de la sociedad y del Estado de que se trate.

Lo que debe quedar claro es que el ejercicio del **poder constituyente originario** no se da de una sola vez y para siempre, ni que la Constitución una vez establecida, nunca más podrá ser reemplazada. Ni el **poder constituyente originario** se ejerce en un solo momento ni la Constitución establecida por éste es inamovible o intangible.

B. El poder constituyente derivado o poder de reforma.

El ejercicio del **poder constituyente derivado** parte del supuesto que, existiendo la Constitución, ante la realidad del tiempo transcurrido y los cambios o transformaciones que se han producido en el Estado y la sociedad en los que tal texto jurídico rige, es necesario actualizar su contenido normativo, con el objeto de adecuarla a dichos cambios. Con el ejercicio de éste no se trata de cambiar lo que existe sino de mantener lo que hay, pero introduciéndole modificaciones para adecuarlo a una nueva y distinta realidad jurídico-política.

Su denominación responde a su razón de ser. Se trata de un **poder constituyente,** en la medida en que éste puede actuar modificando la Constitución, pero, y por la misma razón, es **derivado**, toda vez que está regulado en la Constitución sobre la cual puede ejercer su función. El **poder constituyente derivado** encuentra su fundamento en la Constitución en la que está previsto y es dentro de ese marco jurídico en el que puede desplegar sus facultades, que no son otras que de reformar o actualizar la Constitución. De ahí su otra denominación, **poder de reforma**.

Por tanto, cuando se alude al **poder constituyente derivado o poder de reforma** nos estamos refiriendo a la competencia mediante la cual se pueden introducir modificaciones o reformas a la Constitución, para lo cual se ha de seguir el procedimiento previsto para ello.

1. Características de este poder.

Una de las primeras particularidades del **poder constituyente derivado** es que el ejercicio del mismo conlleva un **problema jurídico**, pues se trata de la actuación de un **poder de derecho**. Al estar regulado en la Constitución va a entrañar el ejercer una competencia o facultad cuya pauta la da la propia Constitución. De ahí otra de sus características, es un **poder determinado** o **limitado**, ello porque su puesta en marcha no puede hacerse de cualquier forma ni por parte de cualquier autoridad.

En efecto, el **poder de reforma** se ha atribuido a unos órganos constitucionales en concreto, a los que compete la posibilidad de introducirle modificaciones a la Constitución, para lo cual han de proceder conforme a lo regulado en la propia Constitución. Siendo un **poder de derecho** su ejercicio ha de llevarse a cabo conforme a lo previsto en dicho derecho.

Como se infiere de lo expuesto, el **poder constituyente derivado** es un poder de derecho, por lo que va a implicar el ejercicio de una facultad **condicionada, limitada o determinada** por la propia Constitución.

2. Aspectos que ha de abordar la problemática de la reforma constitucional.

Desde el momento en que el **constituyente originario** se plantea el problema de dejar previsto y, por ende, regulado lo atinente al **poder de reforma**, éste lo va a hacer tomando en cuenta tres aspectos de la esencia del **poder de reforma**, a saber: a) ¿Quién o quiénes **pueden proponer** reformas a la Constitución?, b) ¿A quién **compete conocer** de las propuestas de reformas? Y c) ¿Cuál es el **procedimiento a seguir**, con el objeto de aprobar tales propuestas de reformas constitucionales?

De lo que se trata, por tanto, es dejar establecido lo referente a la **iniciativa** para activar el mecanismo de reforma, saber quién **es el competente** para conocer y decidir con respecto a lo que se pretende

modificar, así como el **procedimiento regulado** para ello. Tratándose el **poder constituyente derivado** de un poder de derecho, es dentro de dicho marco jurídico en el que se ha de desenvolver el mismo.

3. El procedimiento previsto para debatir las propuestas de reformas y el límite de dicho poder.

Dos aspectos son de gran relevancia en cuanto al **poder constituyente derivado o poder de reforma** se refiere, consistentes éstos en el procedimiento previsto para debatir acerca de las propuestas de reforma constitucional, así como en cuanto al límite de éste.

Se tiene, en ese sentido, que lo propio del procedimiento establecido para llevar a cabo las reformas o modificaciones a la Constitución es que se trata de un mecanismo más complejo o agravado que el previsto para aprobar las demás leyes del Estado. Con esto se refuerza el contenido normativo de la Constitución y se le configura como la norma suprema del ordenamiento jurídico del Estado constitucional.

Al procederse así se viene a establecer una distinción entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias de la estructura jurídica del Estado. Las primeras, las disposiciones constitucionales, estarán revestidas de supremacía con respecto a las segundas, es decir, las leyes o normas jurídicas ordinarias. Estas últimas, por consiguiente, han de ser conforme con las normas constitucionales.

El otro aspecto es uno de los más debatidos en la doctrina constitucional. La pregunta que se impone con respecto al mismo es: ¿Tiene límites el poder de reforma? Planteada dicha pregunta de otra forma, nos llevaría a formularla así: ¿Puede el **poder constituyente derivado** actuar de la misma forma que el **poder constituyente originario**?

Una respuesta de forma concreta a tales interrogantes nos llevan a señalar, categóricamente, que no es lo mismo cambiar la Constitución que reformarla o modificarla. En el primer caso, el cambiar algo entraña sustituir lo que se tiene o existe por otra cosa. Lo que existía o estaba deja paso, por decirlo así, a otra existencia o realidad. Por el contrario, reformar o modificar conlleva enmendar o corregir algo que se mantiene, sólo que se le mejora al reformársele o modificársele.

Lo que se cambia se quita, lo que se reforma se mantiene.

Por tanto, el **poder constituyente derivado** está limitado, en sus funciones, por la propia Constitución en el que se encuentra regulado. Lo que implica que el **poder constituyente derivado o poder de reforma** va a estar condicionado tanto en su forma de actuar como en lo que puede reformar, al no ser un poder ilimitado.

De lo anotado en cuanto a los límites del **poder constituyente derivado**, se va a establecer una diferencia radical entre éste y el **poder**

constituyente originario. Así, mientras que el **poder constituyente originario** puede derogar la Constitución, ello no le está permitido al **poder constituyente derivado.** Esto es así puesto que la existencia del mismo, su fundamento en cuanto a su actuación está en la Constitución, por lo que su ejercicio ha de circunscribirse a dicha finalidad que no es otra que reformar, modificar o enmendar.

C. Poderes constituidos.

Así como hay un poder que hace la Constitución y otro que la puede modificar, existen otros a los que les está encomendado hacer efectiva la Constitución. Si la Constitución ha sido creada, lo lógico es que ésta rija, se le desarrolle, se le ponga en práctica, para lo que se requiere de unos **poderes u órganos constitucionales o autoridades** a las que se les haya atribuido dicha labor. De esto tratan los **poderes constituidos**, de aquellos **poderes u órganos constitucionales** creados, configurados o constituidos por el **poder constituyente originario** para hacer efectiva y poner en funcionamiento lo previsto en la Constitución.

Existe, por tanto, un **poder constituyente originario**, un **poder constituyente derivado** y unos **poderes constituidos**, cada uno con particularidades y objetivos distintos.

1. Características de los poderes constituidos.

Si algo caracteriza a los **poderes constituidos** es lo atinente a su regulación en el marco constitucional. Es decir, éstos van a estar previstos en el contenido normativo de la Constitución, de ahí su denominación de **poderes constituidos** o, lo que es lo mismo, configurados constitucionalmente. Es el **constituyente originario**, al hacer la Constitución, quien se ha encargado de crearlos, de darles formas, de establecer cómo se integran, así como determinar cómo han de actuar y cuáles son sus funciones.

Lo antes expuesto lleva a otra de sus particularidades, ya que si tales poderes están regulados ello lleva a que estén **limitados o condicionados** por lo que al respecto se tiene establecido en la Constitución. En todo momento y ante cualquier circunstancia su actuación ha de ser conforme a lo que se deja previsto en el marco jurídico de la Constitución, que es la que dispone cuál es el ámbito de su competencia.

Esto explica la existencia de controles en cuanto a su actuación. Así, de desbordar su ámbito de competencia, se van a activar los controles a través de los cuales se busca remediar tal desbordamiento o infracción constitucional. Uno de dichos controles es, por ejemplo, el control de la constitucionalidad, por medio del cual, ante un acto o actuación contraria a la Constitución se puede anular lo que se considera violatorio o infractor de lo establecido en la Constitución.

Siendo poderes de derecho, su actuación debe ser conforme a derecho.

III. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE REGULADA EN LA CONSTITUCIÓN PANAMEÑA A PARTIR DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2004.

A. Explicación previa.

De lo expuesto ha de quedar claro, por lo menos esa ha sido la intención de estas reflexiones, que una cosa es hacer una Constitución o reemplazar la que está vigente por otra y situación distinta va a ser su reforma. Para cambiar la Constitución que existe se requiere elaborar y aprobar la nueva Constitución que vendría a sustituir la vigente. Al proceder a su reforma o modificación, por el contrario, no se le reemplaza sino que se le modifica para lo cual se le mantiene.

En un caso se trata del ejercicio de un **poder político** que se sustenta o fundamenta en sí mismo y en el otro estaremos ante el ejercicio o actuación de un **poder de derecho** el que ha de actuar en base y dentro de los parámetros de la norma que lo ha creado, la Constitución.

Por tanto, una cosa es el **poder constituyente originario** y otra el **poder constituyente derivado**.

Uno y otro han de actuar, es cierto, con respecto a la Constitución, pero uno, el **constituyente originario** es el que hace o sustituye la Constitución, según el caso y el otro, el **constituyente derivado**, creado o configurado en la Constitución, modifica o reforma con el fin de mejorar o actualizar la Constitución en la que existe y encuentra su fundamento.

Aún cuando uno u otro pueden manifestarse o actuar a través de una Asamblea Constituyente, ello no significa que se trate de lo mismo por el hecho que tengan esto en común.

Aclarado lo anterior veamos en concreto lo que se dispuso en el artículo 314 de la Constitución, en lo que respecta a la denominada "Asamblea Constituyente Paralela".

B. La Asamblea Constituyente producto de las reformas constitucionales de 2004.

Si bien el presente trabajo no tiene como objeto el estudio de la totalidad de lo regulado en el artículo 314 de la Constitución, para una mejor comprensión de lo que se busca analizar, sí es necesario transcribir todo el artículo en referencia.

En ese sentido, se dispone en el mismo lo que sigue:

> *"ARTICULO 314.* ***Podrá adoptarse una nueva Constitución****, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del Órgano Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Órgano Legislativo, o por el Órgano Legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos,*

el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En este caso, los peticionarios tendrán hasta seis meses para cumplir con este requisito de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Tribunal Electoral.

Le corresponderá al Tribunal Electoral acoger la iniciativa propuesta y hacer la convocatoria a la elección de constituyentes, en un término no menor de tres meses ni mayor de seis meses desde la formalización de la solicitud de convocatoria. Realizada la elección, la ***Asamblea Constituyente Paralela*** *se instalará formalmente e iniciará sus deliberaciones por derecho propio, tan pronto el Tribunal Electoral entregue las credenciales respectivas a sus integrantes.*

La ***Asamblea Constituyente Paralela*** *estará integrada por sesenta constituyentes, quienes deberán representar proporcionalmente a los panameños de todas las provincias y comarcas, de acuerdo con la población electoral, y se permitirá, además de la postulación partidaria, la libre postulación. Para estos efectos, el Tribunal Electoral deberá establecer en la convocatoria el sistema electoral aplicable a la elección de constituyentes.*

La ***Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial, pero en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los periodos de los funcionarios electos o designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente Paralela*** *tendrá un periodo no menor de seis meses ni mayor de nueve meses, para cumplir con su labor y entregar al Tribunal Electoral* ***el texto de la Nueva Constitución Política aprobada****, la cual será*

publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral.

*El **nuevo Acto Constitucional** 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 en el Boletín del Tribunal Electoral.*

El Acto Constitucional aprobado con arreglo a cualquiera de los procedimientos señalados en este artículo y en el artículo anterior, empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial, la cual deberá hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por la Asamblea Nacional, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad" (Lo resaltado es nuestro).

Transcrito el tan extenso precepto constitucional se procede al siguiente análisis en cuanto al tema objeto de las reflexiones que motivan el presente trabajo.

1. En lo que respecta a la denominación de la Asamblea Constituyente.

Como se aprecia, el constituyente de 2004 denomina a la Asamblea Constituyente regulada en el artículo 314 de la Constitución, "**Asamblea Constituyente Paralela**". Se trata de una denominación que por más que uno le de vuelta, no deja de ser absurda cuando no jocosa. Decimos esto porque a nadie se le ha ocurrido, por ejemplo, designar al Consejo de Gabinete de "paralelo" cuando éste actúa, o a las Comisiones permanentes de la Asamblea Nacional de "paralelas", por más que sea probable que éstas ejerzan sus funciones en un mismo espacio de tiempo.

Con tal denominación pareciera que lo que se quería dejar establecido era que, ante la eventualidad que se haya convocado a dicha Asamblea Constituyente, conforme lo tiene previsto el artículo 314 de la Constitución, la misma ejercerá sus atribuciones a la vez que la Asamblea Nacional esté ejerciendo las suyas, sin que una u otra se inmiscuya en las funciones que les son propias a una u otra Asamblea. Lo curioso sería cuando, por ejemplo, ante el receso de la Asamblea Nacional la Asamblea Constituyente continúe con su labor, lo que lleva a preguntarnos, en este supuesto, ¿de quién sería "paralela" la Constituyente?

A nuestro juicio, tal adición o calificativo de “paralela” está demás, pues, es suficiente con que se le regule para entender, de acuerdo a lo que se deje establecido en la Constitución, que sus funciones deben ejercerse conforme a la finalidad para la que se le convocó. Si está clara su razón de ser, si su regulación se ha limitado, por ejemplo, a configurarla como una vía a través de la cual se le pueden introducir reformas a la Constitución, no es el calificativo de “paralela” lo que va a impedir que pretenda arrogarse otras facultades no atribuidas en la Constitución.

Por lo demás, creo que nuestra Constitución es la única, de entre muchas de otros países, que le da tan innecesaria como absurda denominación.

2. En cuanto a sus facultades.

Es en este aspecto en el que se cometió, por parte del constituyente del 2004, el peor de los desaciertos al regular la Asamblea Constituyente en nuestra Constitución. No porque una Asamblea Constituyente no pueda ser prevista o regulada en la Constitución sino por la forma como lo hizo. Todo indica que no se tenía clara la distinción entre una Asamblea Constituyente en ejercicio del **poder constituyente originario** o cuando ésta se encuentra establecida para ejercer el **poder constituyente derivado o poder de reforma**.

Veamos el por qué de tal aseveración.

En un inicio, en el artículo 314 de la Constitución se dispone que, “**podrá adoptarse una nueva Constitución**, a través de una **Asamblea Constituyente Paralela**”, para luego, más adelante, señalar que “**la Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial”,** para inmediatamente agregar que, “en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los periodos de los funcionarios electos o designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que **entre en vigencia la nueva Constitución**”. Posteriormente, vuelve y dispone el artículo 314 de la Constitución que al finalizar su labor la “**Asamblea Constituyente Paralela**” entregará al Tribunal Electoral “**el texto de la nueva Constitución Política aprobada,** la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral”.

Expuesto lo anterior, la pregunta que se impone es, ¿Finalmente, para qué se puede convocar a la “**Asamblea Constituyente Paralela**”, para hacer una nueva Constitución o para reformarla, ya sea total o parcialmente? Si lo que se quiere es que ésta haga una nueva Constitución, ¿cómo se le dice después que solamente puede reformarla? Por el contrario, si la idea de convocar a la “**Asamblea Constituyente Paralela**”, a través de una de las vías previstas para ello, es para que ésta reforme la Constitución, ¿cómo es que después la misma lo que puede terminar haciendo es una nueva Constitución?

Esto no se trata de un simple juego de palabras que sea la forma como se utilicen, terminan significando lo mismo. En materia constitucional esto no es correcto y resultaría, por lo demás, todo un contrasentido. Por tanto, o lo que se va a hacer es una nueva Constitución o lo que se quiere es reformarla. O una cosa o la otra, pero las dos a la vez es, cuando menos, toda una contradicción.

Dicha aseveración exige el siguiente análisis.

a. **Convocatoria de la "Asamblea Constituyente Paralela", para hacer una nueva Constitución**.

Partamos del supuesto que desde un principio lo que se quiere es hacer una nueva Constitución, por lo que en la convocatoria esto es lo que se deja consignado, lo que lleva a que los constituyentes sean electos en base a ese entendimiento. Esto significa, por tanto, que una vez que la "**Asamblea Constituyente Paralela**" se instale, su primera decisión sea derogar la Constitución vigente, ya que en su reemplazo ha de hacerse una nueva Constitución. En este primer supuesto se ha de entender que estamos ante una Asamblea Constituyente en ejercicio del **poder constituyente originario**, la que por su naturaleza de **poder político**, es soberana e ilimitada, lo que implica que no está condicionada en su actuación por el derecho previsto en Constitución alguna. Esto explica el que pueda derogarla. Si lo que se va es a hacer una nueva Constitución, ¿qué sentido tiene mantener la que será reemplazada? Se pudiera pensar o aducir que al actuar de esa forma dicha Asamblea Constituyente, ¿estaría ésta desbordando el marco jurídico fijado en la Constitución? ¿qué implicación tendría derogar por parte de tal Asamblea Constituyente la Constitución vigente?

b. **Convocatoria de la "Asamblea Constituyente Paralela", para reformar la Constitución**.

De acuerdo a este otro supuesto, lo que se pretende es que la Constitución sea objeto de una serie de reformas constitucionales, lo que lleva a que se convoque a la "**Asamblea Constituyente Paralela**" para que lleve a cabo éstas, por lo que, una vez instalados los constituyentes, se presten a ello. Sin embargo, éstos se encuentran con el hecho que en la Constitución se dispone que la "**Asamblea Constituyente Paralela**", puede adoptar una nueva Constitución, cuyo texto debe, una vez finalizada su labor, entregar al Tribunal Electoral para su inmediata publicación en el boletín de dicho tribunal, con la finalidad que "el nuevo Acto Constitucional aprobado con arreglo a este método" sea sometido a referéndum. ¿Podrá o no la "**Asamblea Constituyente Paralela**" proceder a reemplazar la Constitución vigente, pese a que su convocatoria era para introducir reformas a ésta? De proceder a derogar la Constitución vigente y por tanto a elaborar una nueva Constitución ¿estará ésta desbordando sus funciones o actuando conforme se lo permite la propia Constitución?

Como se puede apreciar, tanto el primer supuesto como el segundo

pueden producirse y, a la vez, dar como resultado el que se den tan contradictorias situaciones y ello porque el artículo 314 de la Constitución, en la forma como está redactado, se presta para dar cabida a uno u otro escenario planteado. No hay que olvidar que cuando se elabora y aprueba una Constitución, se ha de tener presente que ésta, en algún momento, tendrá que ponerse en práctica, lo que sin lugar a dudas implica tener que interpretarla previamente, interpretación que se va a producir por parte de diversos operadores, ya sean políticos como jurídicos y dentro de unos contextos que serían difíciles preveerlos en su totalidad al momento de hacer la Constitución.

3. En cuanto a los límites que se le imponen.

En el artículo 314 de la Constitución se deja establecido, como ya se pudo constatar, que "**la Asamblea Constituyente Paralela**", al proceder a reformar la Constitución, ya sea de forma total o parcial, las decisiones que adopte, es decir, las reformas constitucionales que apruebe, no "tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los períodos de los funcionarios electos o designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución". Es obvio que la limitación así impuesta puede llevar a pensar que con ello se subsana, en parte, la contradicción que se produce al establecer que la "**Asamblea Constituyente Paralela**" puede tanto hacer una nueva Constitución como reformar ésta. Lo que significaría, por tanto, que ya sea que haga una nueva Constitución o que la reforme, en un caso u otro lo que no podrá es aprobar disposiciones constitucionales con efectos retroactivos ni que alteren los periodos de los funcionarios electos o designados que estén ejerciendo su cargo "al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución". Esto no es tan fácil así ni tal limitación tendría mayor eficacia frente a lo que puede terminar haciendo la "**Asamblea Constituyente Paralela**", en un contexto jurídico-político determinado.

IV. LA CONTRADICCIÓN QUE SE PLANTEA EN EL ARTÍCULO 314 DE LA CONSTITUCIÓN.

A. Implicaciones a las que conllevaría tal contradicción.

Las interrogantes que se han venido formulando exigen, no sólo que sean respondidas, sino que es necesario hacer un análisis que lleve a una o varias conclusiones con respecto al problema sobre el cual se ha venido reflexionando, que no es otro que lo dispuesto en el artículo 314 de la Constitución, concretamente en cuanto a la forma como se configuró la llamada "**Asamblea Constituyente Paralela**".

Expuesto esto veamos a continuación las siguientes reflexiones.

1. Primera precisión.

Como ya se señaló, una cosa es el **poder constituyente originario** y otra distinta es el **poder constituyente derivado o poder de reforma**. Lo que significa que uno y otro no pueden ser abordados como

si tuvieran igual sentido o, lo que sería peor, como si el ejercicio y finalidad de uno u otro implicara lo mismo. Al no tener claro esto, es lo que llevó al constituyente de 2004, que por lo demás se trató del ejercicio del **poder constituyente derivado** regulado en la Constitución vigente, a regular el ejercicio del **poder constituyente originario** y **el derivado** como si de un solo poder se tratase, lo que trajo como resultado el confuso y contradictorio artículo 314 de nuestra Constitución.

Se aduce esto debido a que se terminó regulando, en dicho precepto constitucional y sin hacer la distinción que correspondía, una Asamblea Constituyente a la que se le han atribuido funciones tanto como para hacer una nueva Constitución como para reformarla, como si de dos funciones iguales se trataran. No se puede ser, dicho de otra forma, **poder constituyente originario y poder constituyente derivado** a la vez. O se es uno o se es otro, pero uno solo con ambas funciones es toda una contradicción. Esto es así, puesto que como se indicó, uno es un **poder político** cuya actuación no está limitada por la Constitución, teniendo como finalidad hacer la Constitución por primera vez o una nueva en reemplazo de la que existe, si es el caso, y el otro es un **poder de derecho** que por su propia naturaleza, al estar regulado en la propia Constitución, está condicionado y, por ende, limitado por ésta.

El **poder constituyente originario** actúa de hecho, sustentado o fundamentado en sí mismo, el **poder constituyente derivado** actúa en derecho, por lo que debe proceder conforme al marco jurídico-político constitucional en el que está previsto.

Por tanto, el constituyente de 2004, al formular la Asamblea Constituyente que se terminó regulando en el artículo 314 de la Constitución, lo hizo confundiendo lo que implica el **poder constituyente originario** con el **poder constituyente derivado** como si de un solo poder se tratara, incurriendo con ello en una insalvable contradicción.

2. Segunda precisión.

Desde el momento que el **poder constituyente originario** es un **poder político** cuya finalidad es hacer la Constitución o una nueva, de existir ésta previamente, su actuación no puede ni va a estar limitada por el Derecho, lo que explica que a través de su actuación se puede, incluso, derogar la Constitución que esté vigente cuando de hacer otra se trata. De ahí que la limitación que prevé el artículo 314 de la Constitución quedaría sin eficacia alguna, pues al hacerse una nueva Constitución que reemplace a la vigente, que es en la que se encuentra dicha restricción, sería en base a la nueva Constitución que se ha de actuar y no de acuerdo a la derogada sin que se pueda, en este caso, imponerle la limitación que ha de dejado de existir.

Si la "**Asamblea Constituyente Paralela**", conforme se lo permite la Constitución, a lo que procede es a adoptar una nueva, lo que significaría por consiguiente la derogación del artículo 314, de acuerdo a una simple

lógica jurídica, ¿qué eficacia tendría tal limitación si la Constitución en la que se regula ha quedado derogada? Cosa distinta hubiese sido si el constituyente, al regular la Asamblea Constituyente, lo hubiera hecho dejando establecido que su convocatoria sólo podría llevarse a cabo para reformar la Constitución. Explicado de otra forma, si lo que se pretendía era establecer la Asamblea Constituyente como método de reforma, en ejercicio del **poder constituyente derivado**, así debió configurársele y no de la forma como se hizo, al atribuírsele la posibilidad de adoptar una nueva Constitución.

Para proceder a esto último es lógico que para ello deba derogar la Constitución que existe y con ello la limitación que se le impone.

El **poder constituyente derivado** sí está limitado en su actuación, límites que pueden ser tanto implícitos, al no poder derogar, por ejemplo, la Constitución en donde encuentra su fundamento, como expresar, lo que se da cuando se le imponen de forma precisa restricciones o cuando se establecen las llamadas cláusulas intangibles, es decir, aquellas disposiciones constitucionales que el **poder de reforma** no puede modificar.

De ahí que la intención de establecerle restricciones a la "**Asamblea Constituyente Paralela**", de acuerdo a lo que se regula en el artículo 314 de la Constitución, no tenga mayor eficacia si ésta termina derogando dicha Constitución para proceder a hacer otra en su reemplazo.

Esto es lo que no alcanzó a prever el constituyente de 2004, al regular la Asamblea Constituyente dentro del Título XIII, en el que se disponen los otros métodos de reforma constitucional. Se imponen unas restricciones en una norma que ha de quedar sin su fuerza normativa en la medida en que, la "**Asamblea Constituyente Paralela**", disponga adoptar una nueva Constitución para lo que, como condición previa, debe derogarse la existente.

3. Tercera precisión.

Las Constituciones se debaten, elaboran y aprueban dentro de contextos sociales y políticos concretos y por fuerzas políticas determinadas, lo que en la doctrina se conoce como "los factores reales de poder". De igual forma, las Constituciones han de ser aplicadas en contextos específicos, lo que exige, como es lógico pensar, de su interpretación la que es más que probable, aunque no necesariamente deba ser así en todos los casos, que tal interpretación quede condicionada por los factores que de manera concreta imperen en situaciones o circunstancias determinadas. Explicado de otra forma, las Constituciones ni se hacen ni se interpretan y aplican en abstracto.

Por tanto, la posible puesta en práctica de lo previsto en el artículo 314 de la Constitución, puede darse en un escenario y de acuerdo a circunstancias políticas no prevista ni imaginadas por parte de quienes idearon o formularon dicho precepto constitucional, sin que sus resultados puedan ser calificados como de una

ruptura constitucional violatoria o infractora de la Constitución.

Esto lo afirmamos así puesto que la "**Asamblea Constituyente Paralela**", que haya sido convocada vía iniciativa ciudadana, que es uno de los supuestos a través de los cuales se le puede convocar y que haya contado con un amplio respaldo popular, puede, actuando conforme lo tiene establecido la Constitución, proceder a adoptar una nueva Constitución, lo que la llevaría a tener que derogar la que está vigente, en cuyo contenido se encuentra el artículo 314, en el que se disponen las aludidas restricciones. Ante esta eventualidad, derogada la Constitución y con ella eliminadas las restricciones que se le imponían, tendría vía libre para disponer lo que considere más apropiado a los intereses de la mayoría que se manifestó en la elección de los constituyentes que integran la "**Asamblea Constituyente Paralela**". Como se ve, nada impide que la Asamblea Constituyente convocada y electa mediante un mayoritario respaldo popular proceda a elaborar una nueva Constitución. Por el contrario, es la propia Constitución vigente que en tales términos lo previó. Desde luego, si a ello es a lo que se avoca, se ha de entender que se ha debido derogar la Constitución que existe que no es otra que la vigente. A partir de ahí y de acuerdo a "los factores reales de poder" determinantes, todo puede ocurrir.

Finalmente, y a manera de conclusión, lo que hemos estado expresando no es más que una de las posibles interpretaciones que pueden hacerse al ya referido artículo 314 de nuestra Constitución y en base al cual se han esgrimido las presentes reflexiones. El tiempo y las circunstancias han de ser, en todo caso, las que fijen el sentido que ha de dársele al tan contradictorio precepto constitucional. Esperemos que cualquiera sea la circunstancia que se dé, ello sea conforme a valores democráticos y acorde a los intereses de la mayoría.

INNOVACIONES EN DELITOS Y FALTAS PENALES ELECTORALES

ABDIEL ALGIS ABREGO
Investigador Jurídico
Centro de Investigación Jurídica

En diciembre de 2002 la Asamblea Legislativa de la República de Panamá aprobó una serie de reformas al Código Electoral de la República, vigentes hasta la fecha. El contenido de la ley reformatoria es extenso, por lo cual de a poco y en orden de la importancia practica que tengan la iremos comentando.

En lo referente al tema de delitos y faltas electorales se efectuó un importante cambio en la denominación del Titulo VII, que ahora se llama "Delitos y Faltas Electorales y Faltas Administrativas", para adecuarlo a la concepción teórica que identifica como de naturaleza común las faltas y los delitos.

El capítulo primero del Título VII cambia su nombre al de "Delitos contra la libertad y pureza del sufragio", para armonizarlo con el vocabulario constitucional que se refiere a los delitos contra la libertad y pureza del sufragio como causal de impedimento para las postulaciones.

En las reformas se introdujo la tipificación de nuevas conductas como delitos y faltas electorales que antes no se encontraban previstas en el ordenamiento electoral. Entre ellas la falsa declaración bajo la gravedad del juramento al inscribir una postulación y la obstaculización grave el desarrollo de un escrutinio.

Se agravó la penalidad de la denuncia de hechos punibles electorales falsos, la de ofrecer o prometer dinero a un testigo, perito, intérprete o traductor para suministrar un dictamen o una interpretación falsa con el propósito de perjudicar al inculpado, y se agravó la penalidad también a queine4s ofrezcan presentar un testigo falso.

Es importante destacar que en las reformas *in comento* se introdujeron eximentes de responsabilidad penal electoral para aquellos que se nieguen a declarar o declaren en falso a favor de parientes muy cercanos o cuando al imputado no se le ponga en conocimiento de sus garantías constitucionales.

Por otra parte se introdujeron al código electoral normas atenuantes en los casos de retractación oportuna por parte del declarante.

Cabe mencionar que se introdujeron sanciones para aquellos funcionarios o empleadores que impidan laborar a un trabajador o servidor público juramentado como miembro de una corporación electoral o representante de un partido político o candidato por libre postulación ante las mismas. Anteriormente la sanción se limitaba a proteger a los miembros de las corporaciones electorales.
También se incriminó expresamente a los funcionarios electorales que

incurrieren en culpa o negligencia leve en el cumplimiento de su deber.

En el derecho común se incrimina la culpa grave.

LA LEGÍTIMA O LA LIBERTAD DE TESTAR

BELQUIS SÁEZ NIETO
Directora
Centro de Investigación Jurídica

PALABRAS CLAVES

Testamento-libertad de testar-legitima-limitaciones-copropiedad-derecho de propiedad-Régimen económico del matrimonio

I- INTRODUCCIÓN

El principio establecido en la legislación panameña es que toda persona puede disponer de sus bienes para después de su muerte en la forma que desee y su libertad de testar está fundamentada en una consecuencia inmediata del derecho de propiedad. Así lo establece el artículo 778 del Código civil de Panamá` que dice.

Toda persona hábil puede **disponer por testamento libremente de sus bienes**,...

No obstante, existen limitaciones[1] basadas en imperativos de orden moral, económico, familiar que han llevado a lo largo de toda la historia de la humanidad a las diferentes legislaciones a poner severos límites a la libertad de disponer de todos sus bienes para después de su muerte.

Estas razones de orden económico, familiar, morales, naturales han obligado a que el legislador accione a efectos de dar protección a quienes están íntimamente ligados o vinculados al testador por razones del parentesco por afinidad o consanguinidad.

La familia, es una célula básica de la organización social, por esa razón merece una protección específica en la legislación. Entendiendo a la familia en su sentido restringido que significa padre, madre e hijos y no en el sentido amplio del derecho romano primitivo.

[1] El tema de las limitaciones a la libertad de testar es ampliamente discutido en foros internacionales en donde se ha cuestionando el sistema legitimario es decir, aquellas legislaciones que han impuesto severas limitaciones a la libertad de testar como es el caso de España en donde se han organizado debates y seminarios acerca de la temática y autores como Victorio Magariños, Isidoro Lora Tamayo, Xavier O'Callaghan han concluido que es conveniente una reflexión sobre el fundamento actual del sistema legitimario, y analizar las razones por las que una gran mayoría de ciudadanos manifiestan tal rechazo, y también, en su caso, si no habrá llegado la hora de modificar el sistema sucesorio del Código Civil, en el sentido de adaptarlo a las necesidades actuales y a la realidad social que está demandando un nuevo esquema sucesorio.
El sistema legitimario español es de los más variados por la confluencia del establecido en el Código Civil con el de las diversas Comunidades Autónomas, que adoptan soluciones desde la más rígida del Código civil hasta la más libre de la Legislación Navarra, como veremos a continuación, pasando por la aragonesa de amplia libertad pero dentro del colectivo de los descendientes

II- LOS SISTEMAS EXISTENTES EN CUANTO A LA LIBERTAR DE TESTAR.[2]

A. Libertad amplia

A favor de la libertad de testar argumentaron JOAQUIN COSTA, DURAN Y BAS, AZCARATE, GINER DE LOS RIOS y SANCHEZ ROMAN entre otros. Los argumentos son los siguientes:

"a) Tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de la muerte. b) Robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto en la elección del heredero y el reparto equitativo, estimula el esfuerzo y cooperación de los hijos, conserva las familias manteniendo el espíritu y tradiciones de las mismas y es escuela de cumplimiento de los deberes familiares. La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres. Los derechos políticos no son sino su garantía; aquella es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta un pueblo está en la libertad de la propiedad y en la libertad de la contratación, porque es el reconocimiento, si no de la primera, de una de nuestras más preciosas libertades, la del empleo de nuestras facultades y de nuestras fuerzas con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad." c) La utilidad social y económica de la libertad de testar, que permite conservar la propiedad de la tierra y de la industria de manera adecuada para su mayor rentabilidad. "(LEÑA R. 2008)

El sistema del Código Civil Panameño es el de libertad con restricciones mínimas como veremos posteriormente. Una de las razones fundamentales por la cual nos adherimos a esta teoría es el estímulo y el espíritu de cooperación de los hijos frente a los padres. Hemos visto como algunos autores con modernas tendencias escriben sobre la necesidad de que los hijos cuando trabajen ayuden al sostenimiento de la familia a través de la pensión y ello surge en virtud, de las quejas constantes de los padres en que los hijos mayores edad en algunos no apoyan al sostenimiento de la casa habitación de la familia.

B. El sistema legitimario.

A favor de las legítimas destaca, sobre todo, "ALONSO MARTINEZ, quien argumentó: que la naturaleza ha hecho esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos, refiriéndose a la utilización de la libertad de testar para designar heredero a uno solo de los hijos. El sistema de legítimas favorece la

---

[2] CASTÀN Tobeñas da una clasificación de los diversos sistemas jurídicos en relación con esta materia:
1. El sistema de la absoluta libertad de testar. Inglaterra, Canadá, Estados Unidos (excepto Louisina) , México, Costa Rica, Panamá, estos tres últimos con la obligación de dejar alimentos. 2. Sistema de reserva total con distribución libre. código de los soviets, en que el testamento no puede tener más eficacia que la disponer la transmisión de los bienes a una o más entre determinada personas que son las descendientes directos (hijos, nietos 3. sistema de reserva parcial a. Con distribución forzosa de cuota variable, Bélgica , Holanda, etc.

movilización de la propiedad, mientras que la libertad de testar la impide, y se aumenta el número de pequeños propietarios. Como observa VALLET, el mantenimiento de los latifundios corresponde más al régimen de mayorazgos o vinculaciones que al de libertad de testar; que es objetivo deseable la movilización de la propiedad inmueble, y que la multiplicación del número de pequeños propietarios tiene el límite de conveniencia que marca la muy variable medida óptima de la explotación, en el cual no puede detenerse el sistema de legítimas y sí el buen juicio del testador. que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia. "."(IBIDEM , Pág.6)

Por otra parte, como ya señaló SANCHEZ ROMAN, la experiencia confirma la perfecta estabilidad de las familias en los países donde rige la libertad de testar, en los que los litigios son poco frecuentes, mientras que en los de legítimas agotan los caudales. Que en igual estado de costumbres el régimen de legítimas aumentaría el mal, pues la distribución forzosa de los bienes, que representa una esperanza alimentada por la ley en los hijos, les puede llevar a más probables sentimientos encubiertos de codicia o apremios de necesidad que les haga menos sensibles a la pérdida de sus padres, cuya muerte anticipa la deseada y necesitada legítima."(IBIDEM , Pág.2)

Nuestra experiencia como profesionales en área del Derecho de Familia nos confirma también las grandes injusticias que provoca el sistema de amplia libertad de testar. Sobre en el seno de algunas familias en donde existen hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo.

Sin embargo y pese a todas las posiciones que hemos planteado coincidimos con la opinión de VALLET que considera que lo fundamental en el "régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate, por lo que hay que valorar el clima moral y social de la época, las costumbres y usos vividos e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia influido por la geografía física y económica en la que se hallan ubicados." (VALLET. La Legítima Revista el Notariado. Número 42, Pág. 23).

C. Criterio de la copropiedad familiar

Hay quienes plantean la necesidad de crear una especie de copropiedad familiar para efectos de hacer partícipes a todos los miembros de grupo. Así algunos autores españoles plantean "la participación de la familia en la obtención del patrimonio, creando el ámbito adecuado para que se produzca a modo de una copropiedad familiar. O el del fideicomiso tácito, entendiendo que el padre en relación con los bienes heredados de sus mayores los recibe no para él solo sino para sus descendientes, pues así está en el ánimo del que los transmite (a modo de un mandato tácito); pero incluso respecto de los bienes que ha adquirido por su industria o trabajo, ya que será mérito no de él sino de las enseñanzas y herencia genética

de sus antecesores. ““(IBIDEM , pàg.3).

Lo cierto es que si ya en el siglo XIX en donde las circunstancias políticas, económicas y sociales eran otras se demandaba por la existencia de un sistema de libertad de testar. Ahora, en donde hay un cambio radical en la estructura familiar que es innegable y en el que las relaciones familiares ya no son tan intensas, y existe una gran desintegración familiar, se propicia el sistema de libertad de testar, tal vez con algunas restricciones determinadas en la ley que minimicen las injusticias sociales.

III- LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR EN PANAMÁ

El Debemos decir, que en el caso del consorte la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en mantener sólo lo que se conoce como alimentos congruos, es decir, lo fundamental para vivir, cumpliendo con el mandato del artículo 813 del Código Civil.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE:

En cuanto al otro elemento que debe ser objeto de análisis, el de la ratio-juris de la norma, o sea la del artículo 813 del Código Civil que, conforme a la tesis de la censura sería aplicable por analogía al caso subjudice, partiendo de que en presencia de una sucesión intestada, el viudo o la viuda perderán su derecho a alimentos cuando vuelvan a Código Civil, fue aprobado mediante la ley 2 de 1916. La exposición de motivos del Código Civil nuestro dice “más trascendental que las anteriores es la reforma introducida en el Libro tercero del nuevo Código; la libertad de testar. Reforma tan sabia y liberal como ésta, clamaba por su establecimiento en nuestro República, que mediante ella se coloca al nivel de las naciones más adelantadas poniendo fin a la tutela legal que hasta aquí se ha venido ejerciendo sobre los padres de familia en materia de disposición de sus bienes para después de su muerte. Nadie mejor que el padre puede arreglar la división de sus bienes entre sus hijos . No puede la ley, por muy previsora que sea, hacer justicia en todos los diversos casos que pueden presentarse, y sobre todo las disposiciones restrictivas de las leyes vigentes en materia de testamento pueden ser y han sido fácilmente burladas mediante simulación de ventas u otros contratos inter vivos.

A. Cuáles son las limitaciones en nuestro medio a la libertad de testar.

Pasamos a enumerar las establecidas en el Código Civil:

1. La alimentación de los hijos que tengan derecho a ellos de acuerdo con ley:

El código civil menciona el artículo 233 del Código Civil, que fue reformado por la ley 3 de 1994. Es decir, que hay derecho a la pensión alimenticia desde la concepción (pensión prenatal) hasta la mayoría de edad y si estudia con provecho hasta los 25 años.

2. **Los padres del causante:**
   En el caso de los hijos, padres y los consortes es necesario tomar en cuenta la última parte del artículo 778 al establecer que si tienen bienes bastantes, no está obligado a dejarles alimentos.

3. **El consorte. El artículo 813 del Código Civil dice:**
   El viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare separado o divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho, si careciere de lo necesario para su congrua subsistencia, a que se le adjudique hasta una quinta parte de la de la herencia por razón de alimentos.

   Si estuvieran los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito.

   Si entre los cónyuges separados hubiese mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

   Si el cónyuge supérstite pasare a otras nupcias, antes de recibir lo que le corresponde, conforme al párrafo primero de este artículo, perderá sus derechos".

   casarse antes de recibir lo que le corresponde en materia de alimentos, se debe precisar lo siguiente. La norma tiene un propósito bien claro y específico. Su finalidad no es otra que la de asegurarle al cónyuge que no ha sido incluido en el testamento por el causante ***su congrua subsistencia*** y nada más. Tal derecho -el de recibir alimentos- desaparecerá si el cónyuge supérstite contrae nuevo matrimonio antes de que se produzca la entrega; pero ni esa, ni ninguna otra disposición legal descalifican o incapacitan al marido o a la mujer sobrevivientes que hayan sido instituidos herederos en el testamento, por el hecho de que contraigan nuevas nupcias en un momento determinado. No puede un Tribunal desconocer los derechos que la Ley directa y expresamente le reconoce a un heredero, basándose por analogía en lo que dispone una norma cuya ratio-juris no consiste en establecer en qué casos una persona es indigna de suceder a su cónyuge. El derecho regulado por el artículo 813 del Código Civil es el de alimentos, no el de herencia. El de alimentos es un derecho que el artículo confiere al cónyuge por razones de necesidad, para que no quede desamparado, sobre todo en caso de no haber sido instituido heredero en el testamento. Encuentra la Sala que es por la propia naturaleza de ese derecho que la norma le impide al cónyuge beneficiarse del mismo si contrae nuevas nupcias, pues en ese caso es dable presumir que contraído el nuevo matrimonio las necesidades del alimentado o de la alimentada también desaparecen.

CARLOS MOTTA NUQUES Y KATHIA MOTTA NUQUES RECURREN EN CASACIÓN EN

EL INCIDENTE DE EXCLUSIÓN DE HEREDERO, DENTRO DEL PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA DE VIOLETA EDITH NUQUES ZANETS. MAGISTRADO PONENTE: ELIGIO A. SALAS. PANAMÁ, SEIS (6) DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO (1998).

Consideramos que esta norma debe ser objeto de reforma, para evitar injusticias. Puede que un cónyuge venga al lado de su esposo o esposa durante muchos años con un nivel económico determinado y no sea mencionado en el testamento, entonces el factor de ayuda mutua establecido en el código de familia queda relegado a los alimentos congruos. Realmente no nos parece justo y apegado a las normas del Código de Familia.

4. **Hijos inválidos:**
   En el tema de los hijos inválidos también debemos realizar algunas reformas, en cuanto a la distribución de los bienes inmuebles en la herencia. Fíjese bien que el último párrafo del artículo 778 del Código Civil no hace diferencia entre hijos e hijos inválidos.

   Consideramos que le Código Civil debe contemplar una especie de usufructo al hija que vive en la casa habitación de la familia o alguna protección adicional en este sentido.

5. **Régimen económico del matrimonio**:
   Con la aprobación de la 3 ley de 1994, o Código de Familia en donde se cambia el régimen económico supletorio a participación en las ganancias. Resulta una limitación a la libertad de testar, porque yo no puedo dejar todos mis bienes en un testamento a favor de mis hijos si existen bienes afectos al régimen económico del matrimonio.

BIBLIOGRAFIA

1. BENDER, Julios. Derecho de Sucesiones. Traducción y Notas de Acuerdo al Derecho Español. de La Cruz Berdejo. Barcelona ,1953.
2. LEÑA, Rafael. Libertad de Testar. Hacia Una Solución Justa y equilibrada. NOTARIO DEL Siglo XXI. Noviembre- Diciembre de 2008. Número 22. REVISTA On Line.
3. ALBALADEJO GARCÍA, M., Curso de Derecho civil, IV, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.
4. BADOSA COLL, F. (Dir.) y MARSAL GUILLAMET, J. (Coord.), Manual de Dret Civil Català, Marcial Pons, Madrid, 2003.
5. DELGADO DE MIGUEL, J.F., (Coordinador General), Instituciones de Derecho Privado, IV, Varios Volúmenes, Civitas, Madrid, 2003-2004.
6. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D. (Dir.), Derecho Civil Comunitario, 2ª ed., Colex, Madrid, 2004.
7. DÍEZ-PICAZO, L. - GULLÓN BALLESTEROS. A., Sistema de Derecho civil, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004.
8. DÍEZ–PICAZO, L. - GULLÓN BALLESTEROS A., Instituciones de Derecho civil, vol. II Parte 2º, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, Tecnos, Madrid, 1998.

9. GETE-ALONSO, M.C (Coord.), Cuadernos de teoría y práctica de Derecho civil. Derecho civil IV, Madrid, La Ley, 1993.

10. LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, Elementos de Derecho civil, IV, Dykinson, Madrid, 2003.

DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

DAVID GUARDIA
Investigador Jurídico
Centro de Investigación Jurídica

PALABRAS CLAVES

ASOCIACIÓN ILICITA- DELITO-FUNDACIONES

I- INTRODUCCIÓN

Los individuos por naturaleza se relacionan para cumplir y satisfacer sus necesidades, ya sean estas básicas o complementarias. Esta relación va a estar determinada conforme este configurada la sociedad y plasmados los objetivos establecidos, de lo contrario dejarían de existir las intenciones de agruparse.

La delincuencia de grupos que exclusivamente viven del delito, es por no decir menos la forma más grave de delincuencia ya que su peligrosidad esta aunada a su capacidad delictiva y reúne a delincuentes, reincidentes, perversos, y con cierto grado de especialidad obtenido de la experiencia y de la habitualidad en los crímenes.

La delincuencia grupal no es un fenómeno de nuestros días, ya que sin especificar la forma siempre han existido grupos delictivos, lo que estamos seguro que ha variado es la organización, composición, objetivos, y técnica; igual cabe destacar que la participación en grupos delictivos está determinado por la responsabilidad criminal, por lo cual ya se hacen ciertas distinciones entre líderes o cabecillas, perpetradores materiales y hasta cómplices de encubrimiento o promotores y otras distinciones.

Existen diversas formas delictivas de grupos criminales, en este trabajo sin pretender siquiera cubrirlas todas analizaremos las más importantes y haremos comparaciones entre las más destacadas sus similitudes, características, composición y cuando estaremos en presencia de una u otra ya que existen grandes similitudes entre algunas de ellas, ya sea por su composición, los delitos que ejecutan, su capacidad organizativa o su duración. Todo esto lo abordaremos en el presente trabajo y contaremos con alguna jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, en la cual se manifiestan los elementos indispensables, para constituir el tipo penal que en este trabajo abordamos, el cual es la Asociación Ilícita.

II- CONCEPTO DE DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

A través de la punición de asociaciones ilícitas creadas para la comisión de hechos punibles se puede sancionar comportamientos, que caracterizados por su organización, revisten una especial gravedad para la sociedad.

En tal sentido, requerimos advertir que aún cuando dicha conducta es considerada delictiva en la mayoría

de los ordenamientos jurídicos en el derecho comparado, estos difieren en las denominaciones con las cuales identifican este delito. De ahí que la mayoría de los códigos penales denomina el tipo penal como "**Asociación Ilícita",** otros lo conocen como "**Concierto Para Delinquir"** y un grupo minoritario aún lo identifica como "**Asociación de Malhechores**"[1].

Al respecto, resulta importante destacar que, a juicio de ANTONIO VICENTE ARENAS, jurista colombiano, la denominación **"asociación"**, es más acertada porque expresa la idea de juntarse o reunirse, con cierto grado de permanencia, para un fin, y **"concierto"** la de juntarse, así sea en forma transitoria, para ejecutar un hecho cualquiera, como ocurre en la participación criminal[2].

El delito consiste en concertarse con el fin de cometer varios delitos y aparece como una excepción al principio de la punibilidad del mero acuerdo criminal[3].

El objeto de esta acriminación es la necesidad de impedir que se formen sociedades criminosas encaminadas a cometer, con peligro permanente de orden publico excepción que encuentra justificación si se argumenta que la asociación es aun, más con respecto al mero acuerdo y se caracteriza por el factor organización[4].

En ese sentido, por medio de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá ha conceptualizado **que la asociación ilícita es la unión de varias personas organizadas de forma duradera y permanente cuyo propósito es la consecución de determinados fines[5].**

Efectivamente, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, se trata de un delito que atenta contra la seguridad colectiva y consiste en formar parte de una asociación o pandilla compuesta por tres o más personas con el propósito de cometer delitos.
A través del delito de asociación ilícita no se castiga la participación en un delito en concreto, sino la participación en una asociación destinada a cometerlos, con independencia de que efectivamente se cumpla la finalidad criminal o no. Al respecto es prudente que la jurisprudencia, de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, ha sostenido que con independencia de que llegara o no a realizar algún ilícito penal como consecuencia de su concertación, nos encontramos ante una asociación ilícita, siempre que se consulten las

[1] Código Penal de la República Dominicana
[2] ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código penal Colombiano. Tomo II Parte Especial. Editorial Temis, sexta edición, Bogotá. 1991. p.141.
[3] ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Manual de Derecho Penal. Tomo II editorial Leyer. Bogotá, p. 531.
[4] MARGGIORE, Giussepe, Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p.448
[5] Resolución de 22 de octubre de 2002 proferida por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

voluntades de tres o más personas con la finalidad de cometer delitos[6].
En el caso que nos interesa, la asociación ilícita, no es nada más que esta misma relación que une los individuos, en grupos o sociedades; termino que se aplica a las relaciones relativamente duraderas, pero con fines exclusivamente delictivos. La asociación ilícita debe entenderse muy bien, esta no requiere de una reunión material o de los asociados en asamblea en un lugar determinado, ni la identidad de domicilio, ni siquiera el conocimiento reciproco de las personas que la componen; ni la identidad de los responsables y mucho menos de una unión en concreto. Basta la inclinadle organización inherente al convenio criminal, reflejado en el propósito común y la resolución de delinquir.

III- NATURALEZA DEL DELITO

La asociación ilícita es un delito autónomo con tipicidad propia, lo que se debe entender que no es necesario que los asociados hayan cometido delitos, para que se estructure, sino que es suficiente la formación de la asociación, siempre que esta goce de la organización adecuada y que su fin sea la comisión de delitos.
Se trata de un delito relacionado con la conducta y esta es libre, es decir, que la ley no exige una manera de obrar determinada, ni la presencia de un resultado material de la misma, para la configuración del hecho punible. Aunque uno de los miembros de la asociación no haya hecho absolutamente nada para contribuir a la ejecución de los delitos cometidos por la banda, es responsable de la asociación ilícita.

En el delito de asociación ilícita, tenemos la identificación de las voluntades de tres o más personas, pero no es un delito instantáneo por que el acto criminoso se extingue en ese momento si no que la conducta del actor o su resultado se prolonga en el tiempo; es por esto, por lo que da cabida a que otros agentes se sumen a la asociación y sean también cobijados por las normas penales. No sucedería lo mismo, si fuera un delito instantáneo. Porque de ser así los que entran a formar parte de la asociación más adelante no estarían cometiendo delito, asociación ilícita, ya que el resultado o evento se abría agotado con los primeros miembros.

Con esto se confirma la calidad de delito, permanente que es inherente a la asociación ilícita[7].

La norma sanciona la asociación ilícita no como intención criminosa, si no el hecho material de la asociación con propósito delictivo, porque ella es creadora de una situación de hecho peligrosa.

El hecho asociativo objetivamente considerado pone en acción una potencialidad criminosa concreta que

[6] Resolución judicial de 15 de enero de 1999 proferida por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

[7] REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal Colombiano Parte General. Bogotá. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 1964. p120

es el camino de graves delitos, produciendo un inminente.
Haciendo una distinción entre los delitos de peligro individual, debemos, señalar que la asociación ilícita está entre los primeros porque su amenaza es común.
La asociación ilícita es un delito plurisubjetivo, por requerir para su configuración un número no inferior a tres personas. Se opone a los monosubjetivos, en la que basta la presencia de un solo agente.

IV- EVOLUCION DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILICITA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PANAMEÑO

1- Antecedentes Históricos:

Para el efectivo estudio del delito de asociación ilícita hemos considerado prudente referirnos brevemente a los antecedentes históricos de la figura, sobre todo al considerar que las bases de la naturaleza jurídica de la misma fueron establecidas desde el inicio de su incriminación.
De manera tal que el antecedente más remoto de lo que hoy en día se conoce como delito de asociación ilícita lo ubicamos en el viejo Imperio Romano, quienes atacaron con severidad a las sociedades criminales denominadas en aquel entonces "**coventiculum o conticola."** Según el Derecho Romano, en principio, se daba el nombre de conventículo a cualquier comunidad de hombres encaminada a atacar al Estado o Príncipe; sociedad que se caracterizaba por tener objetivos meramente religioso o de santidad, toda vez que eran reuniones de eclesiásticos con el objeto de propaganda religiosa.

Resulta relevante advertir que si bien las conventículas fueron originalmente agrupaciones integradas por eclesiásticos y de propósito religioso, la actividad reprochable nacía no tanto de los potenciales delitos que pudieran cometer, sino justamente de su peligrosidad latente en cuanto a corporación en sí. Eran justamente estas circunstancias de entendimiento organizado y de asamblea permanente lo que producía un estado de conspiración política permanente y, en subsidio, el de intranquilidad social.[8]

Es así como el concepto fue acogido por los italianos y franceses quienes consagraron en sus códigos estas asociaciones ilícitas, las cuales han tenido diferentes nombres y denominaciones; verbigracia el Código Francés de 1810 las llamo **banda,** el Código Español de 1822 las nombro **cuadrilla de malhechores** y el **Código Sandro** que los identifico como **asociación de malhechores**[9], nomenclaturas sustituidas por la nueva denominación jurídica de asociación para delinquir, o asociaciones delictivas o ilícitas, las cuales según la doctrina mayoritaria expresan más exacta la conducta humana que pretende penalizar.

---

[8] MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico, Asociación Ilícita, La Ley, Buenos Aires, 2001, p.2.
[9] MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico, Asociación Ilícita, La Ley, Buenos Aires, 2001, p.9.

En adelante, la conducta de asociación o concertarse para la comisión de delitos ha sido castigada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales en el derecho comparado, aún cuando durante su evolución y desarrollo no solo han adoptado distintas denominaciones, sino que difieren del concepto legal que cada una les brinda, así como de sus elementos esenciales que la configuran (número de socios, calidad o nivel de la sociedad, propósitos, etc.).

2- Evolución Legislativa y Constitucional

a- Nivel Constitucional

Las Constituciones Políticas que en su momento han regido en la República de Panamá han reconocido como garantía fundamental el derecho que tiene toda persona a formar asociaciones, estableciendo como límite para dicho ejercicio que tales asociaciones no sean contrarias a la moral o al orden legal.

De tal manera que la constitución de 1904 a través del artículo 20, el cual formaba parte del Título III "De los Derechos Individuales", estableció lo siguiente:

"Articulo 20: Todos los habitantes de la República tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, y el de asociarse para todos los fines lícitos de la vida" (el subrayado es nuestro).

De lo anterior se desprende que nuestra primer a Constitución Política ya contemplaba el derecho de asociación como parte de los derechos individuales de los ciudadanos en un concepto amplio, toda vez que taxativamente permitía la conformación de cualquier asociación para todos los fines lícitos de la vida.

En igual sentido la Constitución Política de 1941, a través del articulo 42 contemplo el derecho de asociación dentro del Título III denominado ahora **"Derechos y Deberes Individuales y Sociales";**

"Articulo 42: Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones podrán obtener su reconocimiento como personas jurídicas."

Por medio de esta nueva Constitución de la República se cambia la limitación que tiene el derecho de asociación; ya no se establece que estas pueden constituirse para todos los fines lícitos de vida, como lo contempla la Constitución de 1904, sino que esta ocasión se puntualiza como limitación para su formación, que las mismas no sean contrarias a la moral o al orden legal. Con respecto a la Constitución política de 1946 no se efectuaron cambios con respecto a la Constitución Política de 1941, consagrado en el artículo 43 del Capítulo 1º, llamado **"Garantías Fundamentales."**

Por otra parte, el artículo 39 de la Constitución Política de la República de panamá de 1972 reformada por el acto Constitucional de 1983 mantiene el texto adoptado desde la Constitución Política de 1941 ya que permite la formación de compañías, asociaciones y fundaciones, siempre y cuando, no sean contrarias a la moral, o al orden legal.

Precisamente es donde deriva el fundamento legal que la propia constitución concede al Estado para la incriminación de aquellos miembros de asociaciones que no solamente son contrarias al orden legal, sino que se dedican a planear la comisión de hechos punibles indeterminados, como es el caso del delito de asociación ilícita.

Con base en ello, es que todos los Códigos Penales, que han regido en la República de Panamá, han considerado delito al asociarse ilícitamente, aún y cuando, el concepto si a diferido.

b- A Nivel Legislativo:

1- Código Penal de 1916:

En la República de Panamá, desde la aprobación de su primer Código Penal que data del año 1916, ya incriminaba con pena de prisión a los directores y presidentes de aquellas asociaciones definidas por la propia ley como ilícitas.

Se estableció en principio un concepto amplio de lo que hoy entendemos por asociación ilícita, determinando como tal no solo aquellas que tuviesen por objeto cometer alguno de los delitos contemplados en el Código, sino también aquellas que por su objeto o circunstancias fuesen contrarias a la moral pública.

"Articulo 175: Se reputan asociaciones ilícitas:

1- **Las que por su objeto o circunstancia sean contrarias a la moral pública.**
2- **Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este código."**

"Articulo 176: Incurrirán en la pena de uno a dos años:

1. **Los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones que se establecieron y estuvieron comprendidos en algunos de los números del artículo anterior.**
2. **Los directores o presidentes de las asociaciones que no permitieren a la autoridad o a sus agentes, la entrada a sus sesiones.**
3. **Los directores o presidentes de tales asociaciones que no levanten la sesión a la segunda intimación de la autoridad o de sus agentes."**

Es precisamente que la normativa del Código Penal de 1916, solo sancionaba a los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones

que reputaba como ilícitas, no así sus miembros en general, requisitos inherentes a la naturaleza jurídica de lo actualmente configura el delito de asociación ilícita, normativa que erradamente respondía al concepto civilista que se tenía de la asociación.

2- Código Penal de 1922:

El Código Penal de 1922, contiene una profunda modificación del concepto del delito de asociación ilícita que consagraba el anterior Código penal de 1916.
Su denominación cambio, identificándose como **"asociación de malhechores"** claro está que esta denominación responde totalmente al concepto de asociación ilícita del derecho comparado de la época, y su ubicación sistemáticamente dentro de aquellos delitos que atentaban contra el orden público.
El Código Penal de 1922 contemplo un concepto menos amplio del delito de asociación ilícita y lo limito a sancionar aquellas personas que se asocian con el objeto de cometer delitos contra la administración de justicia, la fe o la seguridad pública, las buenas costumbres o el orden de la familia, o contra las personas o contra las propiedades, con lo cual se calificaron los delitos objeto de la asociación.

"Articulo 212: Cuando cinco personas por lo menos, se asocien para cometer delitos contra la administración de justicia, la fe o la seguridad pública, las buenas costumbres o el orden de la familia, o contra las personas o contra las propiedades, cada uno de los culpables será castigado, por el solo hecho de la asociación, con reclusión por ocho a cuarenta meses.
Si los asociados recorren los campos o las vías públicas, y dos por lo menos de entre ellos llevaren consigo armas o las conservaren en algún lugar de depósito, la pena será de reclusión por dos a seis años.
En caso de que la asociación tuviere jefe, la pena de este será de dos a ocho años de reclusión, en caso del inciso primero de este artículo, y de tres a ocho años, en el caso del inciso segundo.
En todo caso se impondrá como accesoria la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

Al respecto, es necesario destacar que aun y cuando la normativa contempla casi toda la gama delictiva, es nuestra apreciación su enunciación además de ser confusa es incorrecta ya que la norma persigue sancionar toda asociación con fines ilícitos sin hacer distinción entre la calidad de los mismos, además contempla un mínimo de cinco

personas, para que se configure el delito de la asociación ilícita.

3- El Código Penal de 1982:

Con la adopción del Código Penal de 1982, nuevamente se utiliza la denominación de **"asociación ilícita"** que se utilizo en el Código Penal de 1916, aunque con claras modificaciones; el delito fue incorporado en aquellos que afectan la seguridad colectiva y se consagro en el artículo 242 que dice así:

"Articulo 242: Cuando tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas será sancionada, por ese hecho, con prisión de uno (1) a tres (3) años.
A los promotores, jefes o dirigentes de la asociación ilícita, la sanción se les aumentara en una cuarta parte".

En este caso se disminuyo el número de miembros para que se constituya la asociación ilícita. Por otra parte, se amplió la categoría de personas, que según el rol que adoptaran en la asociación, se arrían merecedores de un aumento de la sanción hasta una cuarta parte.

3-1 Reforma del Artículo 242 del Código Penal de 1982 mediante la Ley No. 39 de 26 de agosto de 1999.

La Ley No. 39 de 26 de agosto de 1999, mantiene la redacción ya adoptada para el delito de asociación ilícita, su innovación consiste en que califica el tipo de delito objeto de la sociedad criminosa, previendo una agravante cuando esta será para cometer los delitos de homicidio doloso robo, secuestro y tráfico de armas, imponiendo una sanción a los asociados de 5 a 7 años de prisión.

"Articulo 242: Cuando tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas será sancionada, por ese hecho, con prisión de uno (1) a tres (3) años.
Cuando la asociación sea para cometer delitos de homicidio doloso robo, secuestro y tráfico de armas, imponiendo una sanción a los asociados de 5 a 7 años.
A los promotores, jefes dirigentes de la asociación ilícita, la sanción se les aumentara en una cuarta parte".

3-2 Reforma del Artículo 242 del Código Penal de 1982 mediante la Ley No. 48 de 30 de agosto de 2004.

Por medio de la Ley No. 48 de 30 de agosto de 2004, se adoptan importantes modificaciones con respecto al delito de asociación ilicitita. De tal suerte que se equipara la figura del pandillerismo al delito

en estudio. Se modifican las sanciones para los jefes, dirigentes, promotores de la asociación previendo penas de 3 a 5 años de prisión además que se incorpora la figura de un nuevo sujeto la del cabecilla de la asociación ilícita o de la pandilla. Igualmente se incorpora en el tipo penal la incriminación de aquellas personas que financien o apoyen logísticamente a la asociación ilícita o pandilla, igualmente a los contratantes de los delincuentes para que cometan uno de los delitos tipificados.

"Articulo 242: Cuando tres o más personas se asocien o constituyan pandillas con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas será sancionada, por ese hecho, con prisión de 1 a 3 años.
Para los promotores, jefes, cabecillas o dirigentes de la asociación ilícita o de la pandilla, la pena será de 3 a 5 años de prisión.
Igual sanción corresponderá a quienes le promuevan ayuda económica, apoyo logístico o los contraten para cometer estos delitos.
La sanción será aumentada en una tercera parte cuando el autor posea armas de fuego sin estar legalmente autorizado para ello."

En este mismo sentido hay que señalar la importancia de lo que le agrega la ley 48 del 30 de agosto al Código Penal.

"Articulo 242 A: Cuando la asociación ilícita o pandilla sea concerté para cometer delitos de homicidio doloso robo, secuestro y tráfico de armas de fuego, trafico de drogas, violación sexual o terrorismo, el autor será sancionado con un tercio a la mitad de la pena prevista en este Código para el respectivo delito que se trate."

3-3 Reforma del Artículo 242 del Código Penal de 1982 mediante la Ley No. 15 de 22 de mayo de 2007, " Ley de Seguridad Ciudadana"

En este sentido la Ley No. 15 de 22 de mayo de 2007, "Que dicta medidas para la agilizaron de la instrucción sumarial, en los procesos penales ordinario y en los especiales de responsabilidad penal para adolescentes y otras disposiciones" con esta ley se pretendía lograr un paliativo a la ola de delincuencia que azota a la sociedad panameña. También la ley tiene como finalidad modificar aspectos sustanciales del delito de asociación ilícita, hasta tanto no entre en vigencia el nuevo Código Penal, mismo que fue aprobado mediante ley No 14 del 18 de mayo de 2007 y que entrara a regir en el mes de mayo de 2008, es decir un año después de su promulgación.

El articulo 242 después de la Ley No. 15 de 22 de mayo de 2007 quedo así:

"Articulo 242: Cuando tres o más personas se concierten con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas será sancionada, por ese solo hecho, con prisión de tres a cinco años.
La pena será de seis a doce años de prisión, si la asociación es para cometer homicidio doloso robo, secuestro, extorsión, robo, hurto de autos y accesorios, delitos relacionados trafico de drogas, blanqueo de capitales, delitos financieros, violación sexual, pornografía infantil, trata de personas, terrorismo o tráfico de armas".

Es importante notar que a través de esta modificación se sustituye el tipo penal base es decir el termino **asociase** por el de **concertarse**, constituye este uno de los principales cambios a nuestro parecer, en otras consideraciones es necesario destacar el incremento de las penas que iban de 1 a 3 años por penas que van de 3 a 5 años de prisión.

Otra gran modificación es que separa el delito de pandillerismo del delito de asociación ilícita, encontrándose este último contenido en el artículo 242-A; con todo y que mantiene el mismo sentido que la anterior ley, es decir la Ley 48 del 30 de agosto de 2004.

Otra innovación, es la de haber erigido a categoría de delito de asociación ilícita, el inducir, fomentar o promover de cualquier forma la constitución o ingreso a una pandilla o asociación ilícita, imponiéndole una sanción de cuatro a seis años de prisión, aumentada en una tercera parte si la conducta está orientada a un menor de edad articulo 242-D.

Con respecto a otras consideraciones es menester destacar que la precitada ley establece la reducción de la pena a la mitad cuando el integrante de la asociación o pandilla voluntariamente contribuya con las autoridades a la desarticulación de la misma, o cuando voluntariamente proporcione información oportuna para impedir la ejecución de un delito o lo impida, todo esto planificado por la asociación ilícita o la pandilla articulo 242-C.

V- ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.

El bien jurídico Tutelado:

Es importante destacar que la doctrina dirige su atención hacia el orden público, como bien jurídico tutelado denominado también tranquilidad pública o seguridad

colectiva, es decir que es el bien jurídico tutelado en el delito de asociación ilícita y aun cundo tal criterio ha sido aceptado por la mayoría de los Códigos Penales en el derecho comparado ha sido sobre la base de muchos debates y tal vez cambie este enfoque en algún caso.

Es por tal razón que la literatura española establece o predomina la tesis de que a través del delito de asociación ilícita se tutela el recto ejercicio del derecho de asociación, en la medida que se castiga el ejercicio ilícito abusivo de este derecho.

No obstante, no pocas han sido las críticas que se han formulado en ocasión a esta postura. Por un lado, se dice que la tesis explica que a través del ejercicio ilícito del derecho de asociación se puede lesionar bienes jurídicos, pero no identifica cuales son estos bienes jurídicos lesionados; sus detractores sostienen que no es correcto afirmar, por ejemplo que una asociación ilícita que tiene por ejemplo; cometer dos robos es ilícita por que sus miembros abusan del derecho a asociación; más bien la asociación es ilícita por que persigue la comisión de delitos[10] además que mediante el abuso del derecho de asociación se puede cometer una pluralidad de delitos no necesariamente configurándose estos en delitos de asociación ilícita, por ejemplo; el caso de personas que se asocian para asaltar dos tiendas, este comportamiento no se encuadra dentro del tipo penal de asociación ilícita.

En contraposición, para un sector importante de la doctrina y del derecho comparado, a través del delito de asociación ilícita se pretende tutelar el orden público; se advierte que el legislador incrimina la asociación ilícita porque su mera existencia, perturba ya la seguridad pública por el peligro y la alarma que propaga.

En el mismo sentido, SILVIO RANIERI ha puntualizado que el objeto jurídico de este grupo de delitos es el interés del Estado por la defensa del orden público contra los actos que le ofenden mediante la constitución de asociaciones dirigidas a la comisión de delitos o a dar existencia a los asociados y que produzcan intranquilidad en la sociedad[11.]

En definitiva, el interés jurídico tutelado en estos delitos no puede ser otro que el orden público, entendido como sentimiento de seguridad, de tranquilidad de sosiego, al cual se refieren los autores que hablan de la llamada paz pública o tranquilidad pública, que en sus efectos coincide con el orden publico considerando como objeto

[10] GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Asociación Ilícita en el Código Penal. BOSCH, Casa Editorial Barcelona 1970.p.127

[11] RAINERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV "De los Delitos en Particular" Editorial Temis. Bogotá. p.212.

jurídico especifico la tutela penal en estos delitos[12].

IV- ELEMENTOS ESENCIALES

1- Numero de miembros o integrantes y condición que deben reunir:

La mayoría de los ordenamientos jurídicos actualmente han optado por fijar un número mínimo de integrantes para que se configuré el delito de asociación ilícita, existen legislaciones que prescinden del elemento cuantitativo de los miembros asociados, tal es el caso de Honduras y Chile.

Al respecto, EUSEBIO GOMEZ, ha puntualizado que una asociación sea reputada ilícita, no es condición precisa que se componga de un número mínimo de miembros[13].

En contra posición, doctrinalmente también se ha señalado que la fijación del número mínimo de personas para la constitución de la sociedad ilícita es una cuestión de política criminal, que más interesa al legislador que al jurista, pero no hay que dudar de la conveniencia de la fijación de un número mínimo para el establecimiento de la asociación ilícita ya que esta facilita notablemente la eliminación de puntos que notablemente son complejos, como la determinación de no estar regulado de cuantas personas son necesaria para la constitución de la asociación ilícita.

Por nuestra parte estimamos prudente la determinación de un número mínimo de miembros para la configuración del delito de asociación ilícita, quantum que ha de establecer cada legislación de acuerdo a la política criminal que se aplique a su realidad social.

De cualquier forma hoy en día no se discute que por la naturaleza jurídica del delito de asociación ilícita, este es un delito colectivo, requiriéndose una pluralidad de personas para su perfeccionamiento, ya que como destacamos es necesario que para que se configure el delito debe ser plurisubjetivo.

2- Organización

Se constituye como un elemento esencial del delito de asociación ilícita, que según la doctrina mayoritaria se deduce del término asociación, toda vez que no puede existir una asociación sin un mínimo de organización o cohesión entre los miembros[14]. Es por ello que aunque la mayoría de los códigos penales no contienen el término de organización como integrador del tipo penal este se encuentra implícito por su exigencia, para la constitución de la asociación.

La evolución de la incriminación del delito de asociación ilícita, el elemento organización ha presentado serias dificultades en cuanto a la acreditación del hecho

[12] BERNAL PINZON, Jesús, Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir, Editorial Temis, Bogotá, 1965, p.457.

[13] GOMEZ Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, p. 76.

[14] MAGGORE, Giuseppe. Op. Cit. p.450

punible ya que la problemática radica en que al ser una organización rudimentaria la organización de la sociedad criminal, pero es necesario destacar que aunque rudimentaria es una organización capaz, idónea, relativa, y puede llevar a cabo un programa criminal o de provocar alarma pública[15]. En otros Estados como nuestro vecino Colombia se introdujeron reformas para el cambio del término asociación por el de "**concierto para delinquir**" ya que el anterior provocaba mucha impunidad y crisis en todo el sistema de Justicia. La organización dice LUIS CARLOS PEREZ, no es fruto de reglamentos ni de reparto disciplinario de actividades, lo que reclama el tipo penal es un rudimento de organización sin el cual no se distinguen los objetivos propuestos[16]. De tal suerte que no es necesaria una organización con estatutos, actas, asambleas con quórum, ni organizaciones jerárquicas, pueden existir o no cabecillas jefes o promotores. La distinción del concepto organización criminal reviste especial importancia, toda vez que es el elemento que caracteriza con respecto al simple acuerdo para la comisión de un delito determinado.

3- Permanencia de la Asociación

Otra de las características esenciales del tipo penal o asociación ilícita, es su naturaleza de hecho permanente. Para LUIS CARLOS PEREZ es inconcebible el delito sin estabilidad limitada o no en su duración a un tiempo más o menos corto o más o menos largo[17].

La postura mayoritaria entiende que la asociación criminal es de forma indispensable una unión permanente, aunque no tiene importancia que la duración sea indeterminada o predeterminada, con tal que resulte suficiente para el desarrollo eventual del programa de delincuencia.

No se trata de una permanencia absoluta, con plazos determinados o perpetuos, sino relativa, exigida por la pluralidad delictiva continuada que es el objetivo de la asociación, que no es posible conseguir sin una actividad continuada y que como tal podrá estar determinada, en cada caso, por la tarea delictiva que se haya propuesto la asociación[18].

Con cierta frecuencia los tribunales de justicia prescinden del elemento de permanencia para la acreditación del delito de asociación ilícita, lo que trae como consecuencia la incriminación como tal de grupos de personas que se unieron para la ejecución de uno o más delitos, pero que carecía de cierta estabilidad, constancia, permanencia, siendo este elemento justamente, uno de los factores que distingue la mera participación criminal

(Capitulo V, Titulo II del Libro I del Código Penal Panameño).

[15] GARCIA, PABLO DE MOLINA, Antonio. Op. Cit. p.227

[16] PEREZ, Luís Carlos, Derecho Penal, tomo III, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogota, 1990, p.389.

[17] Ibidem. P. 338.

[18] CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Tercera edición. Editorial Austrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aries 1991.p.108.

4. Finalidad Delictiva Indeterminada

La conducta punible es precisamente, asociarse para cometer delitos, no obstante, cierto sector se ha caracterizado por confundir este elemento, al aseverar que el mismo se satisface ante la proposición de barios hechos punibles, deficiencia que ha llevado a parte de la doctrina a exigir la indeterminación de los actos ilícitos planeados por la sociedad criminal, como un requisito fundamental. ocurre que una pluralidad de sujetos pueden proponerse la comisión de los delitos de robo, homicidio, violación, situación que contrario a la mala práctica que persiste en nuestro sistema judicial, no configura el delito de asociación ilícita, por cuanto es menester que la sociedad criminal se proponga y este constituida para la comisión de una pluralidad de delitos indeterminados, es decir, que la misma no se ha de disolver con la satisfacción de los delitos propuestos, en cuyo caso se estará más bien en la presencia de la figura de la participación criminal.

Es preciso destacar que la pluralidad de delitos que forman el programa de la asociación puede ser de la misma especie (homicidio doloso) o de diversas naturalezas, ya que el criterio mayoritario no establece una limitación cualitativa respecto a la clase o índole de delitos que han de constituir el programa de la asociación.

Por su parte señala JORGE FEDERICO MIKKELSEN-LOTH, resulta ridículo pensar en una asociación donde sus miembros ignoran absolutamente la naturaleza de los posibles ilícitos a cometer[19].

BIBLIOGRAFIA

1. ALVAREZ GUARNIZO, Marina, Asociación para Delinquir, Bogotá, 1969.
2. ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Manual de Derecho Penal. Tomo II editorial Leyer. Bogotá, s/f
3. ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código penal Colombiano. Tomo II Parte Especial. Editorial Temis, sexta edición, Bogotá. 1991.
4. BERNAL PINZON, Jesús, Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir, Editorial Temis, Bogotá, 1965
5. COELLO CONTRERAS, Joaquín, La Conspiración para Cometer delito, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978.
6. CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Tercera edición. Editorial Austrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aries 1991.
7. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Asociación Ilícita en el Código Penal. BOSCH, Casa Editorial Barcelona 1970.
8. MARGGIORE, Giussepe, Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
9. MORENO BRAND, William A, Derecho Penal Especial, Wilches Editores, Cali, 1987. MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico, Asociación Ilícita, La Ley, Buenos Aires, 2001. PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal Especial. Editorial Temis, Bogotá, 1959.
10. PEREZ, Luís Carlos, Derecho Penal. Tomo III, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

[19] MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico, Asociación Ilícita, La Ley, Buenos Aires, 2001. p.55.

11. RAINERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV "De los Delitos en Particular" Editorial Temis. Bogotá. s/f
12. REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal Colombiano Parte General. Bogotá. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 1964.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Texto Único de la Constitución Política de la República de Panamá. Gaceta Oficial No. 25,176 del 15 de noviembre de 2004.
2. Código Penal de la República de Panamá. Editorial MIZRACHI & PUJOL, S.A. Segunda Edición 2002.
3. Constituciones de la República de Panamá, Sección de investigación Jurídica, Universidad de Panamá.
4. Ley 6ta de 17 de noviembre de 1922, por la cual se aprueba el Código Penal de la República de Panamá.
5. Ley No. 23 de 30 de diciembre de 1986. Gaceta Oficial No 20.710 de 30 de diciembre de 1986
6. Ley No. 13 de 27 de julio de 1994. Gaceta Oficial No 22.590 de 29 de julio de 1994.
7. Ley No. 39 de 26 de agosto de 1999. Gaceta Oficial No 23.874 de 28 de agosto de 1999.
8. Ley No. 40 de 26 de agosto de 1999. Gaceta Oficial No 23.874 de 28 de agosto de 1999.
9. Ley No. 50de 26 de julio de 2003. Gaceta Oficial No 24.838 de 28 de julio de 2003.
10. Ley No. 48 de 30 de agosto de 2004. Gaceta Oficial No 25.127 de 31 de agosto de 2004.
11. Ley No. 15 de 22 de mayo de 2007. Gaceta Oficial No 25.799 de 31 de mayo de 2007.
12. Ley No. 14 de 18 de mayo de 2007. Gaceta Oficial No 25.796 de 22 de mayo de 2007.

JURISPRUDENCIA:

1. **Registro Judicial,** PUBLICACIÓN DEL Órgano Judicial de la República de Panamá, Septiembre de 2000.
2. **Registro Judicial,** PUBLICACIÓN DEL Órgano Judicial de la República de Panamá, Septiembre de 1997.
3. **Registro Judicial,** PUBLICACIÓN DEL Órgano Judicial de la República de Panamá, Octubre de 2002.
4. **Registro Judicial,** PUBLICACIÓN DEL Órgano Judicial de la República de Panamá, Enero de 1999.

BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

MONEY LAUNDERING AND FINANCING TERRORISM

Lic. LOURDES DEL C. GONZÁLEZ G.
Especialista Certificada en la Prevención de Lavado de Dinero (CAMS).

RESUMEN

La tarea de combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo no es fácil ya que estos crímenes representan uno de los problemas más preocupantes del mundo. El panorama se hace cada vez más difícil ya que cada día surgen nuevas tipologías para estos delitos y las regulaciones para combatir estos delitos tienen que ser reforzadas por las autoridades. La República de Panamá ha jugado un papel tradicional e importante como centro de servicio, bancario, comercial y de incorporación de sociedades debido a su posición geográfica. De esta manera, nuestro país es más susceptible y está expuesto para ser utilizado por los lavadores de dinero y financistas del terrorismo. La Superintendencia de Bancos de Panamá está totalmente consciente de la necesidad de defender nuestro centro bancario y financiero internacional del abuso de los elementos criminales. Como resultado de lo anterior Panamá ha aprobado una serie de leyes y medidas tendientes a prevenir el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo. La aplicación de estas regulaciones debe ser ejercida por las instituciones reguladas en Panamá tales como los bancos y empresas fiduciarias. Estas instituciones tienen que adoptar e implementar sus propios procedimientos de cumplimiento como son “conozca a su cliente”, “administración de riesgo”, “registro de información”, “constante capacitación” y otros.

SUMMARY

The task to fight against money laundering and financing terrorism is not easy since those crimes represent one of the most worrying problems in the world. The panorama becomes worse since every day new typologies of those crimes appear and the regulations to combat them have to be reinforced by the authorities. The Republic of Panama has played a traditional and important role as service, banking, commercial and offshore centre because of its geographical situation. Thus, our country is more susceptible and exposed to be used by money launders and terrorists. The Superintendency of Banks is totally aware of the need to defend our banking/financial centre from the abuse of criminal elements. As a result of the above, Panama has approved a series of laws and measures with the intention to prevent money laundering and financing terrorism. The full application of these regulations must be carried out by all the regulated institutions in Panama such as banks and fiduciaries. These institutions have to adopt and implement their

own procedures of compliance such as “know your client”, “risk management”, “record keeping”, “constant training” and others.

I- BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

La tarea de enfrentar el blanqueo de capitales, también conocido como “lavado de dinero”, y financiamiento del terrorismo no es tarea fácil ya que requiere de constantes ajustes en el sistema de regulaciones de manera que éstas puedan abarcar las nuevas e innovadoras tipologías que van surgiendo en relación a estos delitos y la implementación de las medidas correctivas sugeridas por las diferentes legislaciones e instituciones dedicadas a combatir estos delitos. Con el transcurrir de los días, los lavadores de dinero y los terroristas, utilizan métodos más complejos para recolectar, movilizar y evadir la detección del dinero ilícito.

El proceso de lavado de dinero, el cual puede entenderse como aquel proceso por medio del cual se pretende ocultar el origen ilegal o la naturaleza criminal de los bienes, conlleva básicamente tres etapas que son la colocación, estratificación e integración. En la etapa de colocación los fondos ilícitos son puestos o introducidos en el sistema financiero. En la estratificación se busca ocultar el origen de los fondos y finalmente con la integración los fondos “con una apariencia limpia” se invierten en actividades legales. En la financiación del terrorismo, grandes sumas de dinero son donadas por simpatizantes con el objeto de que estos fondos sean utilizados con fines terroristas. Aunque ambas actividades son ilegales, existen algunas diferencias fundamentales entre ellas.

Pasaremos a detallas algunas de estas diferencias. El origen del dinero que se blanquea es ilegal desde el principio; mientras que, el dinero que se utiliza para financiar el terrorismo no proviene necesariamente de una fuente ilegal. Las sumas de dinero en la financiación del terrorismo son generalmente pequeñas, algo que raramente sucede en el lavado de dinero. Las líneas o conductos utilizados en el proceso de lavar dinero generalmente son formales (instituciones financieras), por el contrario los medios empleados en el terrorismo son informales tales como el “hawala”. La detección del lavado de dinero se hace por medio de “Transacciones sospechosas” y en el terrorismo es por medio de “Relaciones sospechosas”.

La lucha contra el lavado de dinero, y ahora contra la financiación del terrorismo es una misión global a la cual están encaminados la mayor parte de los países del mundo, en mayor o menor escala. En este sentido, existen organismos internacionales que abanderan estas gestiones, entre ellos el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC por sus siglas en inglés), la Red de Control de Crímenes Financieros (FinCEN por sus siglas en inglés), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre otras.

En Panamá, específicamente podríamos mencionar a la Superintendencia de Bancos y la Unidad de Análisis Financiero (UAF) quienes regulan directamente la prevención del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo a través de los negocios bancarios y fiduciarios en nuestro país. Es importante mencionar, que además de la legislación nacional aplicable al tema en estudio, la Superintendencia de Bancos ha promulgado una serie de regulaciones, acuerdos y circulares para la prevención y el control de las operaciones ilícitas, las cuales son de obligatorio cumplimiento para todas las entidades reguladas. Las normativas desarrolladas por la Superintendencia de Bancos, junto con sus funciones de supervisión y regulación, nos han permitido mantenernos en cumplimiento de las principales recomendaciones del Comité de Basilea, así como también de las 40 + 9 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Se indica en la exposición de motivos del Decreto Ley que modificó el régimen bancario de 1998 que: En evaluaciones realizadas durante los años 2001 y 2005 nuestro nivel de cumplimiento está entre los más altos del mundo (23 de los 25 principios) y con la tercera mejor evaluación a nivel internacional respecto del tema de prevención del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo. ***[Exposición de Motivos. Proyecto de Decreto Ley que modifica el actual Régimen Bancario (Decreto Ley 9 de 1998.]***

La vulnerabilidad de nuestro país es quizás mayor a la de muchos países, debido a ciertos factores que nos hacen atractivos al resto del mundo, económicamente hablando, tales como: ser puente geográfico de tránsito, circular el “dólar” como moneda, poseer un centro bancario/financiero internacional, gozar de un centro de incorporación de sociedades *off-shore*, entre otros.

El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo constituyen un ambiente desafiante y de continuos cambios. Es desafiante principalmente para aquellos que se dedican a la prevención de estos flagelos; y es cambiante debido a las diferentes modalidades que se utilizan para consumarlos. La combinación de estos factores conlleva a que las entidades de regulación tengan que crear suficientes procedimientos de control y prevención tendientes a reducir los niveles de exposición al riesgo. Las evaluaciones de riesgo son esenciales para diseñar controles internos para mitigar los riesgos de lavado de dinero y de financiación del terrorismo, y por lo tanto, deben ser una prioridad para la institución. ***[Acams Today. Vol.7, N° 4: 30-31]***

Uno de los factores que merece ser ampliado, es el enfoque basado en el “riesgo” o la administración de riesgo. Hoy en día, a nivel internacional, las empresas, bancos, instituciones financieras y no financieras, aseguradoras, firmas de abogados, contadores, fiduciarias y demás, deben orientar sus esfuerzos en evaluar los riesgos que representan los diferentes servicios que ofrecen.

La debilidad en la aplicación de las políticas de cumplimiento puede acarrear exposiciones a riesgos operativos, legales y de reputación, lo que, invariablemente, puede afectar el buen curso de los negocios. El Comité de Basilea desarrolla este tema ampliamente, el cual es aplicable, entre muchos otros países, al centro bancario/financiero de Panamá por medio del fortalecimiento de la supervisión y control de riesgos.

Las tendencias globales han llamado como “oficiales de cumplimiento” a aquellas personas que tienen a su cargo la tarea de mantener e implementar las políticas de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. En Panamá, la Superintendencia de Bancos ha señalado que los bancos deben designar a una o más personas al interior de su organización, denominadas “oficial de cumplimiento”, quienes serán los responsables de velar por la implementación y manejo de los programas de cumplimiento. Así, la Superintendencia de Bancos acordó que todos lo bancos deberán contar con un programa de cumplimiento adecuado a la organización, estructura, recursos y complejidad de las operaciones de la institución.

La motivación es la principal herramienta que deben tener los denominados “oficiales de cumplimiento” en su ardua tarea de combatir; y, especialmente crear la cultura de prevención para éstos delitos en toda la organización en la cual laboran. Para lograr estos objetivos, es fundamental “la capacitación”; es decir, mantenerse al tanto de los principales cambios y eventos que surgen en el escenario regulatorio a nivel nacional e internacional. Como elemento indispensable, los oficiales de cumplimiento están llamados a mantener una estricta objetividad en sus actuaciones, así como un enfoque crítico de los diferentes panoramas.

Generalmente, las empresas consideran las funciones de cumplimiento como un centro de costo cuando lo comparan con los negocios a los cuales se dedican; y es por ello que la labor de los encargados del departamento de cumplimiento de concientizar sobre la importancia de la cultura de cumplimiento debe iniciar desde la alta gerencia y descender consecuentemente a todo el personal de las empresas.

Es importante tener en cuenta que la prevención del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo no es solo función del encargado de cumplimiento, sino de toda la organización en general. Un sistema de prevención efectivo necesita la cooperación de todos los miembros de una organización, y por lo tanto, deben ser prioridad para la institución. Los resultados de la labor de un departamento de cumplimiento no se reflejan cuantitativamente en los estados financieros de una empresa, sino que son resultados a largo plazo que se manifiestan como parte de la seguridad y nombradía de una empresa.

Los programas de cumplimiento deben estar enfocados principalmente a conocer el cliente ("Know Your Client" –KYC- por sus siglas en inglés), capacitar al personal en la prevención de los delitos de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo, reconocer las señales de alerta, reportar transacciones sospechosas, reconocer las personas políticamente expuesta ("PEP" por sus siglas en inglés), evaluar los riesgos y conservar los registros de manera apropiada.

De acuerdo al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAF) "PEP" son los individuos que desempeñan o han desempeñado funciones públicas destacadas en un país extranjero, por ejemplo, Jefes de Estado o de un gobierno, políticos de alta jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alta jerarquía, altos ejecutivos de empresas estatales, funcionarios importantes de partidos políticos. Las relaciones comerciales con los miembros de las familias o asociados cercanos de las PEP involucran riesgos en cuanto a la reputación similares de las mismas PEP. ***[GAFISUD. Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Activos. Las cuarenta recomendaciones. 20 de junio de 2003]***

Tanto las instituciones financieras y no financieras, sujetas a regimenes de cumplimiento pueden verse sometidas a multas, sanciones e incluso suspensión de sus negocios por parte de las autoridades regulatorias en caso de no acatamiento de los estándares mínimos necesarios para la prevención del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

Lo que la ley requiere es que aquellas entidades (en el caso aplicable a Panamá: bancos e instituciones fiduciarias) cumplan con todas y cada una de las obligaciones y mecanismos suficientes para prevenir el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo; y que en el caso de una auditoría o inspección, puedan demostrar que mantienen y aplican de manera efectiva todas las políticas y procedimientos de prevención. En este sentido, es muy importante que el régimen de cumplimiento sea revisado, actualizado y transmitido a todo el personal por lo menos una vez al año. Obviamente, cada vez que las normas legales sean modificadas, también deben ser enmendadas las políticas anti-lavado.

El equipo que maneja los programas de riesgos y/o prevención de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo debe ser lo suficientemente proactivo tanto en el seguimiento, supervisión y mantenimiento de las políticas ya que existen muchos factores tanto internos como externos que influyen en el programa. Lo anterior no puede ser logrado, sin que el oficial de cumplimiento cuente con los suficientes recursos y facultades para la toma de decisiones; esto quiere decir, suficiente independencia. Es de reconocer que no resulta de ninguna manera sencilla lograr lo anterior, salvo que se cuente con el respaldo de la gerencia; así como

con un compromiso consistente de toda la organización.

Recomendaciones

En vista de que el negocio bancario ha variado considerablemente y las necesidades de regulación y supervisión son cada vez mayores, es necesario crear conciencia y unir todos los esfuerzos para poder mantener la estabilidad de nuestro sistema bancario/financiero el cual es uno de los pilares fundamentales de la economía panameña. No podemos permitir que nuestro sistema sea objeto de actividades ilícitas como el blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo, más bien debemos mitigar los efectos adversos de éstos y muchos otros delitos que afectan las economías a nivel internacional.

El enfoque presentado en este artículo está orientado básicamente en las directrices globales que rigen el tema respecto del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo a nivel mundial y sobre aquellos principios aplicados regularmente para resolverlos y prevenirlos. No obstante, la implementación de estas políticas anti-lavado demanda de un conocimiento especializado y técnico en la materia fundamentado en la prevención y control, y más importante aún de una verdadera vocación y convencimiento sobre la materia.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACAMS TODAY. Volumen 7, N° 4. Julio/Agosto 2008. Pág. 30.
2. Superintendencia de Bancos de Panamá. 2008. Exposición de Motivos. Proyecto de Decreto Ley que modifica el actual Régimen Bancario (Decreto Ley 9 de 1998). http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/53/34030987.pdf

EL NUEVO TRIBUNAL DE CUENTAS EN PANAMÁ

OSCAR VARGAS VELARDE
Magistrado del Tribunal de Cuentas

SUMARIO

La Ley 67 de 2008 desarrolló la nueva Jurisdicción de Cuentas, fundamentada en la reforma constitucional promulgada en el 2004. Esta Jurisdicción decide la responsabilidad de los empleados y los agentes de manejo, a consecuencia de los reparos que formula la Contraloría General de la República, en virtud de irregularidades en perjuicio de fondos y bienes públicos. Se integra de dos organismos: la Fiscalía de Cuentas, que investiga tales irregularidades y el Tribunal de Cuentas que determina la lesión patrimonial y la responsabilidad de los involucrados. Contra la resolución de condena cabe el recurso de reconsideración y luego la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción. El Fiscal, ante la absolución, puede pedir que se reconsidere o proceder con la demanda contencioso administrativa de nulidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema. La resolución de condena se ejecuta en la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

PALABRAS CLAVE

JURISDICCIÓN DE CUENTAS-

FISCALÍA DE CUENTAS-

I. LOS FUNDAMENTOS

El *Tribunal de Cuentas* es una entidad de la administración de justicia patrimonial con arraigo en nuestro acontecer nacional desde que Panamá se constituyó en República el 3 de noviembre de 1903, aunque sus antecedentes mediatos se remontan a la época colonial y después al período de unión a Colombia.

En efecto, apenas se fundó la República de Panamá, los constructores del nuevo Estado crearon dicho Tribunal para juzgar las cuentas de los empleados y los agentes de manejo, institución de singular importancia para la buena salud de las finanzas públicas, que lamentablemente desapareció a finales de la década del diez del siglo pasado, resurgió en 1984, aunque nunca fue puesta en funcionamiento y se extinguió en los primeros meses de 1990 cuando se creó la Dirección de Responsabilidad Patrimonial dentro de la Contraloría General de la República, con características diferentes y mayores atribuciones que aquel Tribunal, dirigida a conocer y decidir las causas por lesión patrimonial en perjuicio del Estado cometidas por servidores públicos o particulares.

Luego de más de tres lustros de experiencias con la *Dirección de Responsabilidad Patrimonial*, surgida a raíz de la intervención militar estadounidense en Panamá de 1989, la reforma constitucional promulgada

en el 2004 instauró la nueva *Jurisdicción de Cuentas* para conocer las causas contra los empleados y los agentes de cuentas, al igual que el *Tribunal de Cuentas*, que sustituye esa institución administrativa revestida de funciones jurisdiccionales, como el organismo central de dicha jurisdicción, de modo que por primera vez en nuestra historia republicana centenaria, este Tribunal quedó articulado coherentemente en el rango supremo de las disposiciones de nuestra Constitución Política.

A este Tribunal de Cuentas, que gozará de todas las garantías constitucionales y legales, le corresponderá privativamente juzgar las cuentas de los empleados y los agentes de manejo por motivo de los reparos que, por supuestas irregularidades, formule la Contraloría General de la República, entidad ésta independiente de los tres órganos del Estado, cuya función consiste en fiscalizar los fondos y los bienes públicos.

II. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS

La nueva Jurisdicción de Cuentas se desarrolla mediante la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, que responde a las normas contenidas en los artículos 280, numeral 13, 281, 304 y 327, numeral 4, de la Constitución Política y cuyos aspectos más relevantes son la organización de la Jurisdicción de Cuentas, la creación del Tribunal de Cuentas y de la Fiscalía de Cuentas, así como la configuración de un proceso de cuentas ágil y eficaz.

La primera norma (artículo 280, numeral 13), está ubicada en el Capítulo 3.º (*La Contraloría General de la República*), del Título IX (*La Hacienda Pública*) cuyo texto indica que es función de la Contraloría General de la República:

> *"Presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades".*

Otras disposiciones están insertadas en el Capítulo 4.º de dicho Título, bajo la rúbrica de *Tribunal de Cuentas*. En tal sentido, el artículo 281 expresa lo siguiente:

> *"Se establece la Jurisdicción de Cuentas, con competencia y jurisdicción nacional, para juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de estas por supuestas irregularidades.*
> *El Tribunal de Cuentas se compondrá de tres Magistrados, los cuales serían designados para un período de diez años*

> *así: uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia.*
> *La ley determinará la creación y funcionamiento del Tribunal de Cuentas".*

El artículo 304 pertenece al Capítulo 2.° (*Principios Básicos de la Administración de Personal*), del Título XI (*Los Servidores Públicos*) y se refiere a que los Magistrados del Tribunal de Cuentas, entre otros altos funcionarios, deben presentar al inicio y al término de sus funciones una declaración jurada de su estado patrimonial, la cual deberá ser mediante escritura pública, en un término de diez días hábiles a partir de la toma de posesión del cargo y diez días hábiles a partir de su separación.

Las últimas disposiciones (artículo 327, numeral 4) forman parte del Capítulo 2.° (*Disposiciones Transitorias*), del Título XV (*Disposiciones Finales y Transitorias*) y exponen:

> *"Hasta tanto no se dicte y entre en vigencia la nueva Ley que regule el Tribunal de Cuentas, continuarán vigentes todas las normas y los procedimientos existentes sobre la jurisdicción de cuentas.*
> *Una vez el Tribunal de Cuentas entre en función, todos los procesos que se siguen ante la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría, pasarán a ser competencia de dicho Tribunal.*
> *Para asegurar el nombramiento escalonado, los primeros Magistrados que conformen el Tribunal de Cuentas serán nombrados así: El designado por el Órgano Judicial, por un período de seis años; el designado por el Órgano Ejecutivo, por un período de ocho años; y el designado por el Órgano Legislativo, por un período de diez años".*

Las fuentes de esta Ley 67 de 2008 son el Código Judicial, el Código Fiscal, el Código Procesal Penal, la Ley 32, de 8 de agosto de 1984, por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el Decreto de Gabinete Nº36, de 10 de febrero de 1990, por el cual se crea dentro de la Contraloría General de la República la Dirección de Responsabilidad Patrimonial y se adopta su procedimiento, el Decreto Nº65, de 23 de marzo de 1990, por el cual se crea el Reglamento de Determinación

de Responsabilidades, la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en materia de acción de amparo de garantías constitucionales y de inconstitucionalidad, así como de la Sala Tercera en materia de acción contencioso administrativa de plena jurisdicción; la jurisprudencia de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, la Ley 12, de 12 de mayo de 1982, Orgánica del Tribunal de Cuentas de España, la Ley 8,443, de 16 de julio de 1992, Orgánica del Tribunal de Cuentas de Brasil, el Decreto Nº438, de 6 de septiembre de 1995, por el cual la Asamblea Legislativa decreta la Ley de la Corte de Cuentas de El Salvador y las experiencias de los juristas en la investigación, la docencia, el ejercicio profesional y la administración de justicia patrimonial.

Los principios básicos que informan a esta Jurisdicción y al nuevo Tribunal de Cuentas son los siguientes:

1. *La preservación de los fondos y los bienes públicos*. La Contraloría General de la República, la Fiscalía de Cuentas y el Tribunal de Cuentas, se van a constituir en los baluartes institucionales de la protección y la defensa del patrimonio nacional.

El Tribunal de Cuentas es un instrumento jurisdiccional disuasivo y correctivo cuya finalidad inmediata es la preservación de los fondos y de los bienes públicos, que constituyen el patrimonio de todo el pueblo panameño. Disuasivo porque contribuye a prevenir la comisión de irregularidades y a crear conciencia sobre el respeto a los haberes públicos. Correctivo porque cuenta con todos los dispositivos legales para el juzgamiento y la condena de todas aquellas personas que menoscaben el patrimonio del Estado y luego hacer que se ejecute su decisión y así se recuperen los bienes y los fondos mal habidos.

2. *Lucha contra la corrupción* El compromiso asumido por el Gobierno Nacional, en el esfera nacional y la esfera internacional, de fortalecer los organismos orientados al combate frontal contra la corrupción, obliga a perfeccionar la Jurisdicción de Cuentas al convertir a la Dirección de Responsabilidad Patrimonial en un Tribunal de Cuentas independiente, para surtir los procesos tendientes a determinar las lesiones patrimoniales cometidas en contra del Erario y deslindar las responsabilidades de los servidores públicos o de los particulares que estuvieren involucrados en tales hechos.

3. *Independencia judicial*. El Tribunal de Cuentas disfruta de independencia funcional, administrativa y presupuestaria. Este Tribunal de Cuentas no será una dependencia administrativa de la Contraloría General de la República, tal lo era el Tribunal de Cuentas creado la Ley 32, de 8 de noviembre de 1984 y lo es la Dirección de Responsabilidad Patrimonial; este Tribunal será autónomo, es decir, no formará parte de esa institución fiscalizadora ni de ninguno de los tres órganos principales del Estado: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

4. *Imparcialidad*. El Tribunal de Cuentas será juez imparcial en el proceso patrimonial dirigido a determinar la existencia de los hechos irregulares y declarar la responsabilidad de los servidores públicos y los particulares que lesionen los caudales y los recursos estatales. La institución juzgadora estará separada de la institución fiscalizadora y de la institución investigadora. El Tribunal que se creará se desentiende de las tareas investigativas, que en la esfera administrativa corresponderán a la Contraloría General de la República y en la esfera jurisdiccional a la Fiscalía de Cuentas. Esta Fiscalía será una oficina pública coadyuvante y auxiliar del Tribunal, con la misión de instruir el proceso, recabar todas las pruebas a favor del Estado y ejercer la acusación pública.

5. *Justicia expedita*. El proceso patrimonial de la nueva Jurisdicción de Cuentas tiene como intención la celeridad de la investigación, sin sacrificar la labor efectiva del Fiscal de Cuentas, la celeridad del proceso y la celeridad de la decisión, sin sacrificar la búsqueda de la verdad material. Los plazos de la investigación, de la fase intermedia y de la fase plenaria del proceso de cuentas son breves, comparados con el sistema actual que carece de términos para que se concluya con la investigación y prevé términos dilatados en cuanto al propio proceso patrimonial en la Dirección de Responsabilidad Patrimonial.

6. *Garantía del debido proceso legal*. Se consagra claramente la garantía constitucional del debido proceso con alcance indiscutible en el juicio de cuentas. En efecto, se establece el derecho elemental de los investigados o de los procesados a ser oídos, de modo tal que puedan defenderse debidamente mientras dure la etapa de la investigación o durante la tramitación del proceso, sea personalmente cuando se inicia la instrucción del sumario, sea a través de apoderado judicial en la fase intermedia y en la fase plenaria, que estarán a cargo del Tribunal de Cuentas. Se garantiza el principio de la igualdad ante la ley, puesto que tanto el Fiscal de Cuentas como los procesados gozarán de iguales derechos y oportunidades en cuanto a la posibilidad de pronunciarse, contradecir u oponerse a las pretensiones y las manifestaciones vertidas en el curso del proceso. Igualmente, se garantiza el derecho de aportar todas las pruebas lícitas indicadas que sean pertinentes al proceso de cuentas y el derecho de contradecirlas u objetarlas. Finalmente, se instituyen los medios de impugnación dentro del propio proceso de cuentas y se abre la vía para que se acuda a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante acción contencioso administrativa, en proceso separado, para demandar la decisión del Tribunal de Cuentas.

III. EL TRIBUNAL Y LA FISCALÍA DE CUENTAS

La *Jurisdicción de Cuentas* se ejercerá de manera permanente en todo el territorio nacional y su *esfera de competencia* comprenderá el juzgamiento por las irregularidades, que impliquen apropiación, pérdida o

menoscabo de los fondos y los bienes públicos, en vista de acciones u omisiones de todos aquellos servidores públicos o particulares que, en su caso, los reciban, los recauden, los manejen, los inviertan, los paguen, los administren, los cuiden, los custodien o los controlen, los aprueben, los autoricen, los paguen o los fiscalicen.

Se advierte que la competencia versa en torno a las conductas irregulares de los empleados (servidores públicos) y los agentes de manejo (particulares). Sin embargo, se advierte del mismo modo que se amplía la noción tradicional del Código Fiscal vigente referido al empleado de manejo y al agente de manejo. Para este instrumento legal, en su artículo (art. 1089), los empleados o los agentes de manejo son las personas que reciban, cuiden, custodien o paguen fondos públicos. En cambio, la nueva norma, aparte de recoger las actividades relativas a recibir, cuidar, custodiar o pagar fondos estatales, abarca otras que implican otros verbos rectores, a saber: recaudar, manejar, invertir, administrar, controlar, aprobar, autorizar e incluso fiscalizar. La utilización del verbo fiscalizar permite el juzgamiento de los auditores internos y los auditores de la máxima entidad fiscalizadora del país. Todas las actividades giran alrededor no solo de los fondos públicos, sino también de los bienes públicos.

De acuerdo con la Ley, la Jurisdicción de Cuentas se ejerce de manera permanente en todo el territorio nacional para juzgar las causas siguientes:

> *"1. Cuando surjan reparos en las cuentas que rindan los empleados de manejo ante la Contraloría General de la República, en razón de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de la administración, del cuidado, de la custodia, de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos.*
>
> *2. Cuando surjan reparos en las cuentas que rindan los agentes de manejo ante la Contraloría General de la República, con motivo de la recepción, la recaudación, la inversión o el pago de fondos públicos, o de la administración, del cuidado, de la custodia, de la autorización, de la aprobación o del control de fondos o bienes públicos.*
>
> *3. Cuando surjan reparos en la administración de las cuentas de los empleados y los agentes de manejo, en razón de examen, auditoría o investigación*

realizada por la Contraloría General de la República de oficio o en vista de información o denuncia presentada por cualquier particular o servidor público.

4. Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos, recaudados, pagados o confiados a la administración, cuidado, custodia, control, distribución, inversión, autorización, aprobación o fiscalización de un servidor público.

5. Por menoscabo o pérdida de fondos o bienes públicos, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de dichos fondos o bienes, en una empresa estatal o mixta o en cualquier empresa en la que tenga participación económica el Estado o una institución autónoma o semiautónoma, municipio o junta comunal.

6. Por menoscabo o pérdida, mediante dolo, culpa o negligencia, o por uso ilegal o indebido de fondos o bienes públicos recibidos, recaudados, manejados o confiados a la administración, inversión, custodia, cuidado, control, aprobación, autorización o pago de una persona natural o jurídica.

Con el propósito de juzgar tales causas, se instaura el *Tribunal de Cuentas*, premunido de absoluta independencia funcional, administrativa y presupuestaria, con jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional, y sede en la ciudad capital.

Estará integrado por tres *Magistrados de Cuentas* y sus respectivos suplentes, que serán nombrados por los tres órganos del Estado y por un período de diez años, del modo siguiente: uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia. Los primeros Magistrados serán designados de tal forma que se garanticen períodos escalonados. El Magistrado nombrado por el Órgano Legislativo tendrá un periodo de diez años; el nombrado por el Órgano Ejecutivo, un período de ocho años y el nombrado por la Corte Suprema, un período de seis años.

Para ocupar el cargo es menester cumplir con los mismos requisitos que se les exigen a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y, además, que el candidato no haya sido condenado por delito doloso ni lesión patrimonial en contra del

Estado. Por la relevancia constitucional del Tribunal y por la naturaleza de las funciones de sus Magistrados, estos también tendrán los derechos, los deberes y las prerrogativas de los Magistrados de la Corte. Dichos cargos 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 el de profesor para la enseñanza del Derecho en los establecimientos de educación universitaria. Solamente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia podrá remover o suspender a estos Magistrados, debido a faltas o delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal de Cuentas, para el cumplimiento de su labor, contará con un Secretario General, un Secretario Administrativo y con el personal de carácter técnico, preparado en las ramas del Derecho y de la auditoría, que sea indispensable, nombrado en Sala de Acuerdos por los Magistrados que lo conforman. Estos servidores públicos serán receptores de los derechos, los emolumentos, los deberes, las responsabilidades y las incompatibilidades de que están investidos los servidores públicos del Órgano Judicial. Podrán ser suspendidos o removidos de sus cargos, por la comisión de delito o falta grave, de acuerdo con el reglamento que los Magistrados de Cuentas adopten.

En aras de preservar su independencia, el Tribunal de Cuentas quedará facultado para elaborar su proyecto de presupuesto que, con el proyecto de presupuesto de la Fiscalía de Cuentas, será considerado en el proyecto de Presupuesto General del Estado.

Con el objeto de que sea posible el funcionamiento inmediato de esta jurisdicción, una vez se promulgue la ley, se establece que el presupuesto, los bienes, los equipos y el personal de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República pasarán a formar parte del Tribunal de Cuentas.

Se crea así mismo la *Fiscalía de Cuentas*, con sede en la ciudad de Panamá y funciones en todo el territorio nacional, bajo la responsabilidad de un Fiscal de Cuentas, que será nombrado, al igual que su suplente, por el Órgano Ejecutivo y ratificado por la Asamblea Nacional, con un período de diez años, siempre que cumpla los mismos requisitos que se le requieren a los Magistrados de Cuentas.

Al Fiscal de Cuentas también le son aplicables los cánones de conductas previstos para los Magistrados del Tribunal de Cuentas. Únicamente podrá ser suspendido o removido de su cargo por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Este servidor público ejercerá la acción de cuentas y, por lo tanto, ha

de instruir la investigación patrimonial apenas la Contraloría General de la República formule los reparos a las cuentas o detecte irregularidades que afecten fondos o bienes públicos, y de llevar adelante la acusación pública en el proceso que se tramite ante el Tribunal de Cuentas.

Las funciones específicas de este servidor público son las siguientes:

> *"1. Instruir la investigación patrimonial correspondiente, una vez la Contraloría General de la República formule reparos en las cuentas de los agentes y empleados de manejo o detecte irregularidades que afecten fondos o bienes públicos.*
>
> *2. Practicar las pruebas y las diligencias que sean necesarias para comprobar o esclarecer los hechos contenidos en los reparos de las cuentas o en las investigaciones que haya realizado la Contraloría General de la República sobre irregularidades que perjudiquen fondos o bienes públicos.*
>
> *3. Solicitar a la Contraloría General de la República, cuando sea necesario, la ampliación o la complementación del examen, del informe o de la auditoría que fundamentó los reparos.*
>
> *4. Remitir al Tribunal de Cuentas, luego de concluida la investigación patrimonial, una Vista Fiscal en la cual explique razonadamente los motivos de hecho y de Derecho que justifiquen la medida procesal que recomiende.*
>
> *5. Ejercer la acusación pública en la etapa plenaria del proceso patrimonial que se surta ante el Tribunal de Cuentas.*
>
> *6. Asegurar que en la investigación se cumpla con la garantía del debido proceso de cuentas.*
>
> *7. Promover las acciones cautelares ante el Tribunal de Cuentas.*
>
> *8. Promover las acciones o los recursos constitucionales o legales que sean procedentes de acuerdo con la ley.*
>
> *9. Dar aviso al Ministerio Público, si no lo ha hecho antes la Contraloría General de la República, de la posible comisión de delitos por el empleado o el agente de manejo, cuyas cuentas fueron objeto de reparos por parte de la Contraloría General de la*

República, o por cualquier persona o servidor público en contra de los fondos o bienes públicos".

La Fiscalía de Cuentas estará integrada por un Secretario General y los demás servidores públicos subalternos necesarios para su funcionamiento, que tendrán los mismos derechos, deberes, responsabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos del Tribunal de Cuentas. El Fiscal de Cuentas podrá suspenderlos o removerlos de sus cargos cuando cometan delito o falta grave, en conformidad con el reglamento que se adopte.

IV. EL PROCESO DE CUENTAS

El proceso de cuentas experimentará tres fases, a saber: la *fase de la investigación*, la *fase intermedia* y la *fase plenaria*. La primera corre a cargo de la Fiscalía de Cuentas y las otras bajo la responsabilidad del Tribunal de Cuentas. La ejecución del fallo es competencia de una autoridad administrativa: el Ministerio de Economía y Finanzas, por conducto de la Dirección General de Ingresos.

La investigación formal comienza cuando el Tribunal de Cuentas remita a la Fiscalía de Cuentas el examen, el informe o la auditoría realizada por la Contraloría General de la República, que denote reparos o irregularidades vinculados a bienes o fondos públicos, susceptibles de lesión patrimonial en contra del Estado y este funcionario de instrucción profiere la resolución destinada a determinar claramente los hechos y deslindar las responsabilidades que han de imputársele a los servidores públicos o los particulares.

Acto seguido, el Fiscal de Cuentas citará a los presuntos responsables para que rindan, sin apremio ni juramento, su declaración en torno a los hechos que se investigan y, además, suministren, si los tuvieren, los elementos de juicio o los documentos que estimen pertinentes para aclarar tales hechos y sus circunstancias. Es decir, llamará los empleados de manejo, a los agentes de manejo, a los servidores públicos, a los ex servidores públicos, a los particulares o a los representantes legales y directivos de las sociedades anónimas posiblemente involucrados para que rindan una declaración, sobre los hechos investigados, para que proporcionen los elementos de juicio o los documentos que estimen convenientes o aduzcan testimonios para esclarecer tales hechos.

El Fiscal de Cuentas debe obtener las pruebas lícitas que sean menester para establecer la existencia de la lesión patrimonial y su monto, así como la identificación de los involucrados y su grado de responsabilidad.

Todos los servidores públicos y las personas naturales y jurídicas tienen el deber de proporcionar copias, documentos, informes, datos y demás informaciones que solicite el Fiscal de Cuentas, en el

cumplimiento de sus obligaciones. Este funcionario podrá imponer a las personas que incumplan injustificadamente este deber, las sanciones que establezca el Código Judicial en estas situaciones.

Cuando los involucrados no dispongan de los documentos u otros elementos probatorios escritos, podrán indicar la entidad pública o privada en donde reposan, para que el Fiscal de Cuentas los solicite. Los propios involucrados podrán solicitar directamente a la entidad correspondiente tales documentos o elementos probatorios para presentarlos ante el Fiscal de Cuentas, y tal entidad deberá entregarlos al solicitante en un término no mayor de cinco días.

La *fase de la investigación* debe concluirse dentro un término de cuatro meses, contado desde su inicio, o de seis meses si son varios los involucrados. El sumario será enviado con la Vista Fiscal correspondiente al Tribunal de Cuentas. Si el Fiscal de Cuentas no finaliza la investigación dentro del término señalado, tendrá que solicitar un término adicional.

La *fase intermedia* ocurre entre la fecha en que el Tribunal de Cuentas recibe el expediente y se ejecutoría la Resolución de Reparos, que equivale al auto de enjuiciamiento.

En esta etapa intermedia, el investigado, a través de su abogado, puede presentar los escritos o memoriales indicando los vicios o las fallas del expediente u oponiéndose a los argumentos y a las conclusiones del Fiscal de Cuentas. Es evidente que nada impide que constituya apoderado judicial en la fase de la investigación para ejercer los derechos correspondientes.

Los Magistrados del Tribunal de Cuentas deben revisar el expediente para establecer si se han cumplido con los trámites o las formalidades legales. Si los hubiese, ordenará se subsanen los vicios. En caso de que no los hubiese, dictarán la resolución correspondiente, mediante la cual, según los elementos de convicción que militen, adoptará una de las acciones siguientes:

1. La corrección, la ampliación o la complementación para los propósitos de perfeccionar la investigación.

El Tribunal podrá ordenar al Fiscal de Cuentas la práctica de cualquier prueba o diligencia que estime necesaria o requerir toda la información o documentación a servidores públicos, a personas naturales o jurídicas, incluyendo las bancarias, públicas o privadas, que, a su juicio, deba agregarse al expediente. Dicho podrá requerir información sobre cuentas bancarias cifradas. El Fiscal tendrá el término de un mes para cumplir con lo dispuesto por el Tribunal de Cuentas.

2. El llamamiento a juicio a la persona o las personas investigadas cuando existan razones fundadas para ello.

3 El cierre y el archivo del expediente cuando las

irregularidades investigadas sean infundadas.

4. El cese del procedimiento en contra de cualquiera de las personas investigadas cuando no le se deduzca responsabilidad alguna.

La *Resolución de Reparos*, que admite el recurso de reconsideración, será notificada personalmente al Fiscal de Cuentas y al procesado. Cuando se desconociere el paradero de éste, se publicará un edicto de notificación por cinco días consecutivos en un diario de amplia circulación nacional y se le nombrará un defensor de ausente, que será remunerado por el Estado. Cuando se conociere el domicilio del procesado se harán las diligencias para su notificación personal. Si el interesado no se encontrare, se le fijará un edicto en puerta para que comparezca al proceso dentro del término de tres días. Vencido este término sin que hubiere comparecido al proceso, se realizará la notificación por edicto emplazatorio de acuerdo a las formalidades antes mencionadas.

La *fase plenaria* empieza con la ejecutoria de la Resolución de Reparos y culmina con la ejecutoria de la Resolución de Cargos o la Resolución de Descargos, que le pone fin al proceso.

Ejecutoriada la Resolución de Reparos, el proceso de cuentas quedará abierto a pruebas en términos cortos, claros y categóricos. Durante cinco días hábiles el Fiscal de Cuentas y los procesados pueden aducir las pruebas. Luego, dentro de un período de cinco días hábiles, ambos pueden aportar contrapruebas. Después en el período de tres días hábiles pueden objetar las pruebas y las contrapruebas. Finalmente, se establece un período de treinta días hábiles para practicar las pruebas. El Tribunal tiene la facultad para practicar pruebas de oficio cuando tuviere dudas razonables o necesitare esclarecer puntos oscuros y así el fallo sea el resultado de la verdad material.

Las pruebas aportadas, así como las practicadas de oficio, serán apreciadas en conformidad con las reglas de la sana crítica.

Al vencerse el término para desahogar las pruebas y hasta que se dicte la *Resolución de Cargos* o *Descargos*, tanto el Fiscal de Cuentas como los procesados pueden presentar por escrito sus alegatos.

El Tribunal de Cuentas debe entonces dictar la resolución que decide la causa. Se llamará *Resolución de Cargos* cuando se condene o declare de la responsabilidad patrimonial de los involucrados.

En vez del proceso escrito, el procesado puede solicitar que el proceso sea oral. La solicitud deberá presentarse dentro del término de tres días siguientes a la notificación de la Resolución de Reparos.

Recibida la petición, el Tribunal de Cuentas convocará a las partes a la

audiencia y designará a un Magistrado Sustanciador que presidirá la audiencia.

En la audiencia oral tendrá lugar la lectura de la Vista Fiscal y de la Resolución de Reparos, así como la práctica de las pruebas. Cumplido lo anterior, se concederá un periodo de hasta treinta minutos a las partes para presentar sus alegatos.

El reglamento de funcionamiento del Tribunal de Cuentas regulará el desarrollo de la audiencia oral en los aspectos no previstos en la ley.

El Tribunal en el plenario escrito u oral dictará sentencia en el término de treinta días.

La responsabilidad patrimonial puede ser: 1. *Responsabilidad directa*. Es la que recae sobre la persona que reciba, recaude, maneje, administre, cuide, custodie, controle, distribuya, invierta, apruebe, autorice, pague o fiscalice fondos o bienes públicos por razón de sus acciones u omisiones. 2. *Responsabilidad principal*. Es la que obliga, en primer lugar, a la persona que reciba, recaude, maneje, administre, cuide, custodie, controle, distribuya, invierta, apruebe, autorice, pague o fiscalice fondos o bienes públicos a resarcir la lesión patrimonial causada al Estado. 3. *Responsabilidad solidaria*. Es aquella en virtud de la cual dos o más personas que reciban, recauden, manejen, administren, cuiden, custodien, controlen, distribuyan, inviertan, aprueben, autoricen, paguen o fiscalicen fondos o bienes públicos están obligadas solidariamente a resarcir la lesión patrimonial causada al Estado. 4. *Responsabilidad subsidiaria.* Es aquella en virtud de la cual la persona que recibe, recaude, maneje, administre, cuide, custodie, controle, distribuya, invierta, autorice, apruebe, pague o fiscalice fondos o bienes públicos queda obligada a resarcir la lesión patrimonial causada al Estado por razón de que haya actuado con negligencia grave o haya permitido la lesión.

La responsabilidad patrimonial es independiente de toda responsabilidad administrativa, penal o disciplinaria derivada de los actos que le dieron origen.

La responsabilidad patrimonial persigue los bienes de la persona declarada responsable en todo momento, incluso dentro de cualquier proceso judicial hasta tanto hayan sido adjudicados definitivamente a terceros dentro de dicho proceso. En estos casos, la responsabilidad patrimonial ascenderá hasta la parte que cubra el importe líquido y los intereses de la condena del Tribunal de Cuentas.

Se llamará *Resolución de Descargos* cuando se absuelva a los procesados, es decir, cuando se declare la inexistencia de tal responsabilidad. En la circunstancia de que fueren varios los procesados, la resolución final puede ser mixta, según resulte de los elementos probatorios. En cualquier caso, a todo condenado le asiste el derecho de interponer el recurso de reconsideración.

La resolución de cargos o descargos debe contener en su parte motiva lo siguiente:

1. Descripción clara y precisa de los hechos y de las circunstancias que dieron origen a la investigación de cuentas, así como a la formulación de los reparos, con indicación de las fechas que comprende y la dependencia o el lugar en donde ocurrieron los hechos, la descripción de la infracción cometida y la exposición y cuantificación concreta de la lesión patrimonial causada al Estado.

2. Identificación completa con los nombres, los apellidos, el número de cédula de identidad personal y las demás generales de las personas procesadas, así como los cargos que desempeñan o hubieren desempeñado en la entidad correspondiente, o su condición de persona natural o jurídica particular. La persona jurídica debe ser identificada claramente, incluyendo su nombre o razón social, su domicilio, y el nombre y el apellido de su representante legal y de sus directivos.

3. La declaración que se han cumplido con todas las formalidades procesales.

4. La apreciación completa de las pruebas y de las diligencias y pruebas practicadas para determinar la veracidad de los hechos y las circunstancias alegados en el proceso de cuentas.

5. La responsabilidad de la persona o las personas procesadas y su grado de participación. En el caso de que de la apreciación de las pruebas se establezca que alguno de los procesados no es responsable de la lesión patrimonial que se juzga, así debe declararlo el Tribunal de Cuentas con los correspondientes descargos.

6. Los fundamentos de derecho que justifican la decisión del Tribunal de Cuentas, sean normas legales o reglamentarias.

La parte dispositiva contendrá la decisión que se adopte, la indicación del recurso que se puede interponer en su contra, el destino de las medidas cautelares y la mención de las disposiciones legales, reglamentarias o de la organización interna de la entidad que fueron previamente analizadas por los juzgadores.

Las dudas o los vacíos del proceso de cuentas se suplirán con las disposiciones de la Ley 38 de 2000 o las disposiciones procesales que sean aplicables, según el caso (Código Judicial y Código Procesal Penal), siempre que sean acordes a la naturaleza del proceso de cuentas.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las *medidas cautelares*, con el objeto de evitar que los efectos del proceso de cuentas sean ilusorios serán dictadas por el Tribunal de Cuentas, a solicitud del Fiscal de Cuentas, durante la etapa de investigación o de oficio durante la etapa intermedia o la plenaria. Los vacíos de la ley serán llenados con las disposiciones

del Código Judicial. En otras palabras, en lo que resulte aplicable a las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal de Cuentas, regirán en cuanto a los principios, las formalidades, las sustituciones o el levantamiento, las disposiciones contenidas en el Libro II de este Código.

Estas medidas cautelares recaerán sobre todo o en parte del patrimonio de las personas investigadas o procesadas, o sobre los bienes que aunque no figuren como parte del patrimonio del investigado o procesado, respecto de ellos existan indicios de los cuales se deduzca que tales bienes provienen directa o indirectamente de bienes, fondos o valores sustraídos indebidamente del patrimonio del Estado.

Toda persona afectada por tales medidas cautelares podrá, en cualquier momento, solicitar al Tribunal, con motivo valedero, que se dejen sin efecto. Por causa justificada, el Fiscal de Cuentas podrá también formular petición al respecto. El Tribunal de Cuentas, cuando considere de igual modo que hay causa justificada, podrá decretar el levantamiento de tales medidas. Cuando el proceso se encuentre en fase de investigación, para resolver el mérito de la petición, este Tribunal podrá requerir al Fiscal de Cuentas que le remita el expediente.

La resolución que decida la solicitud o el incidente de levantamiento de las medidas cautelares, deberá ser debidamente motivada y dictada por el Pleno del Tribunal de Cuentas. Esta resolución solamente admite el recurso de reconsideración.

Para evitar las medidas precautelares *sine die*; pero, sobre todo, sin control jurisdiccional, la Ley indica que las adoptadas por la Contraloría General de la República, con base en el artículo 29 de la Ley 32, de 8 de noviembre de 1984, deberán declinarse en un término de cinco meses, contado desde su adopción, ante el Tribunal de Cuentas para que éste pueda decidir lo que sea de rigor. Se trata en este caso de las circunstancias en que la Contraloría General descubra irregularidades graves en el manejo de bienes o fondos públicos y adopte cualquier medida precautoria sobre los bienes o los fondos de los servidores públicos o de los particulares involucrados, con el fin de proteger los intereses públicos.

VI. LA PRESCRIPCIÓN

La Ley aborda el instituto procesal de la *prescripción*. En este sentido, expresa que la acción de cuentas prescribe, al igual que las infracciones fiscales, en un plazo de diez años, que comienza a correr desde que ocurrieren los actos lesivos al patrimonio estatal. Este plazo se interrumpirá desde el momento en que la Contraloría General de la República realice la primera diligencia escrita por razón de un examen, una auditoría o una investigación concluida o aun sin concluir, iniciada por la Contraloría General de la República, o desde que la Resolución de Reparos quede debidamente ejecutoriada.

La prescripción puede promoverse como excepción ante el Tribunal de Cuentas en cualquier momento. Esta excepción se cataloga como una medida de previo y especial pronunciamiento.

VII. LA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El proceso de cuentas es de única instancia. Tanto la Resolución de Reparos como la resolución final solamente admiten el recurso de reconsideración. La Ley prevé la posibilidad de que los servidores públicos o los particulares que hayan sido condenados, o el Fiscal de Cuentas cuando la resolución sea de descargos, promuevan acción contencioso administrativa en los términos siguientes:

1. La Resolución de Cargos o de Descargos dictada por el Tribunal de Cuentas podrá ser demandada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la acción contencioso-administrativa que corresponda.

En los procesos contencioso-administrativos de nulidad se notificará a la persona favorecida con la resolución del Tribunal de Cuentas de la providencia que admita la acción.

2. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia podrá declarar la legalidad o la ilegalidad de la Resolución de Descargos. Si declara su ilegalidad, debe establecer la responsabilidad que le corresponde al procesado, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.

VIII. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

El Tribunal de Cuentas es un tribunal de conocimiento y no de ejecución, al igual que la Dirección de Responsabilidad Patrimonial. Por eso, lo mismo que dicha Dirección, el Tribunal, después de ejecutoriada la Resolución de Cargos, enviará copia de ésta, con la información sobre los bienes cautelados, a la *Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas* para los efectos de hacerla efectiva, mediante los trámites del *proceso por jurisdicción coactiva* y así entonces el Estado panameño recupere el patrimonio del cual fue privado por la lesión causada.

En el proceso por cobro coactivo no se podrán alegar excepciones que se funden en hechos anteriores a la fecha en que se dictó la respectiva Resolución de Cargos, salvo que se alegue una restitución ya realizada al Estado, que no hubiese sido reconocida en la mencionada resolución.

Cuando sea necesario la ejecución del fallo en el extranjero, se le enviará copia auténtica al Ministro de Relaciones Exteriores para que por la vía diplomática inicie los trámites de rigor en cada uno de los países en donde la persona condenada por la lesión patrimonial ocasionada al Estado panameño tenga bienes a su nombre o a nombre de las personas naturales o jurídicas a cuyo favor los

haya traspasado para encubrir su origen y su titularidad.

Luego de ejecutada la Resolución de Cargos, la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas informará al Tribunal de Cuentas los resultados correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

1. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.* Panamá**,** 1984.
2. DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL*. Decreto de Gabinete Nº36 de 10, de febrero de 1990, por el cual se crea dentro de la Contraloría General de la República la Dirección de Responsabilidad Patrimonial y se adopta su procedimiento.* Concordancias, notas, comentarios, normas complementarias y jurisprudencia. 5ª edición, Contraloría General de la República, Panamá, 2006.
3. INSTITUTO COLOMBO PANAMEÑO DE DERECHO PROCESAL. *II Congreso Panameño de Derecho Procesal* (Memoria). David, Chiriquí, 2005.
4. LEY 67 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas y reforma la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, 2008.
5. VARGAS VELARDE, Oscar. *Los Principios de la Nueva Jurisdicción de Cuentas en Panamá*. Dirección de Responsabilidad Patrimonial, Contraloría General de la República, Panamá, 2005.
6. VARGAS VELARDE, Oscar. *La Nueva Jurisdicción de Cuentas en Panamá*. Dirección de Responsabilidad Patrimonial, Contraloría General de la República, Panamá, 2008.

DEL ARTE DE GOBERNAR MAQUIAVELIANO A LA GUBERNAMENTALIDAD FOUCAULTIANA

RUBÉN DARÍO RODRÍGUEZ PATIÑO
Catedrático de Ciencia Política
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

RESUMEN

Este artículo se ocupa del arte de gobernar. ***El Príncipe*** de Nicolás Maquiavelo es el punto de partida de las reflexiones. Prosélitos y antagonistas del opúsculo de 1513 son considerados en el repaso de los rasgos cardinales que el pensamiento político ha dedicado a la problemática del gobierno. Ese hilo conductor surca los siglos XVI, XVII y XVIII y recala en las denominadas *sociedades de gobierno.* En cualquier caso, Michel Foucault -el otro autor que se erige como pilar del estudio- sostiene que la *gubernamentalización* de la vida societal ha matizado la modernidad nacida en Occidente.

PALABRAS Y FRASES CLAVE

Maquiavelo – Foucault – Arte de Gobernar – Gubernamentalidad – Biopolítica – Modernidad

"Foucault (…) nunca se ha detenido a ***escolarizar*** *su pensamiento, sino que ha continuado elaborando ese dispositivo que constituye su obra:* ***una máquina de interrogar*** *nuestra cultura."*

Miguel Morey, "Introducción" a ***Un diálogo sobre el poder***, 1980.

"Cuando aborda la problemática del poder y las tecnologías de disciplina y control que se han desplegado en la sociedad moderna, su afán no es otro que seguir tratando de dilucidar los mecanismos históricos que han permitido que en nuestras sociedades se establezcan ciertas modalidades de dominio y sujeción."

María Luisa Bacarlett Pérez, "Foucault", 2006.

1. INTRODUCCIÓN

El Príncipe de Nicolás Maquiavelo redactado en 1513 y la exposición dictada por Michel Foucault en el Colegio de Francia en 1978, publicada posteriormente con el título *"La gubernamentalidad"*, son los pilares básicos de este trabajo.

El escrito contiene tres partes esenciales. La primera intenta rescatar el concepto **arte de gobernar** postulado por Maquiavelo en la célebre obra ya citada. Las limitaciones y los alcances de tal noción son examinados en ese espacio del trabajo. Una segunda parte del artículo analiza la transición material y conceptual relacionada con las técnicas de gobierno. Este ítem revisa las mutaciones de la vida material de la Europa Occidental entre los siglos XVI y XVIII. Y, desde esa perspectiva, aborda la evolución de conceptos trascendentales para la Ciencia Política, tales como Estado, Ley, Soberanía y Gobierno. La tercera parte del trabajo explicita la

visión foucaultiana en torno a la eclosión de la **gubernamentalidad**. En este segmento del texto se consideran las causas -el desarrollo de la economía de mercado y la emergencia de la población, entre ellas- que hacen imperiosa una *tecnología de gobierno* en las sociedades modernas.

Muchos de los estudiosos del pensamiento de Michel Foucault han dividido su obra en dos grandes campos. Así, una primera **etapa arqueológica** se ocuparía, según Héctor Ceballos Garibay, de *"las reglas internas de las formaciones discursivas"* (1977: 17). En un segundo momento habría predominado la **visión genealógica**, *"es decir, la preocupación de Foucault por comprender las tácticas y estrategias que utiliza el poder"* (Ceballos Garibay, ***cit.***: 17-18). Los estudios acerca de la gubernamentalidad del historiador, sociólogo y filósofo francés están ubicados en este segundo campo.[1]

2. *EL PRÍNCIPE* DE NICOLAS MAQUIAVELO

El Príncipe fue redactado en 1513. Nicolás Maquiavelo -su autor- murió en 1527. Entretanto, aquel opúsculo permaneció inédito.

Algunos años después, la publicación del manuscrito desató una controversia que ha perdurado hasta nuestros días. La Iglesia Católica no tardó en incluirlo en el ***Índice*** de libros prohibidos. Y ello porque el texto del escritor florentino era *"escandaloso y radicalmente inadmisible para su época"* (Foucault, 2000: 7). La bronca surgida desde entonces explica, de acuerdo a Umberto Cerroni,

> *"cuán largo y complejo fue el proceso mental a través del cual los modernos acabarían por librarse de una concepción que mezclaba **el gobierno del Estado** con la resolución de los grandes problemas de la metafísica y la ética"* (1977: 167).[2]

Empero, el opúsculo de Maquiavelo dilucida otras cuestiones, a saber:

a) Define el ***Stato*** como el dominio sobre un territorio y **la**

[1] Ceballos Garibay advierte que, aunque hay continuidad y discontinuidad entre los estadios arqueológico y genealógico, en la obra foucaultiana permanecen incólumes las siguientes reglas:*"1) La valiosa crítica del macro sujeto epistemológico, concebido como ente portador del sentido unitario y total de la historia en tanto logos trascendente. 2) El rechazo justificado de la interpretación teleológica y causalista de la historia, que postula la existencia de un solo origen y único final al cual se dirige la sociedad. 3) El correcto distanciamiento frente a la mayoría de los intelectuales, los cuales pretenden crear una ciencia totalizadora que remita el conocimiento a la presencia de un centro hegemónico organizador y esclarecedor de todas las cosas. 4) El repudio acertado de aquellas concepciones que mistifican la continuidad, el progreso y la noción de devenir, olvidándose de las discontinuidades, la dispersión, las diferencias y la relatividad implícitas en todos los actos que constituyen la práctica social"* (Ceballos Garibay, 1977: 27-28).

[2] Las ***negritas*** son mías.

preeminencia sobre un conglomerado humano;

b) Establece una clara distinción entre el Estado y su **aparato administrativo**;
c) Delinea dos **formas fundamentales de gobierno**, esto es, los principados y las repúblicas;
d) Revela las relaciones políticas en el entrecruzamiento entre **gobernantes y gobernados**;
e) Proclama -a través del mito de Aquiles y el Centauro Quirón-: **las buenas leyes y las buenas armas**, reputados actualmente entre los mecanismos del ejercicio moderno del poder;
f) Postula la inteligibilidad de la Historia, introduciendo con el **realismo político** una novedosa manera de examinar los hechos sociales a partir de lo causal;
g) Descubre la **especificidad de la política**, invocando una **virtud política** diferenciada palmariamente de una **virtud privada**.[3]

Debo añadir otros dos elementos importantísimos y vinculados directamente con los objetivos de este escrito. Uno apunta a la llamada **razón de Estado** y el otro se enrumba en dirección del **arte de gobernar**.

Si bien Nicolás Maquiavelo repara entre **medios y fines**, constituye un yerro imputarle la autoría de la célebre frase que reza: *el fin justifica los medios*. El aforismo ha sustentado, ciertamente, el denominado **maquiavelismo**.[4] Y esta doctrina lo erige como uno de los apologistas de la **razón de Estado**. La noción, entendida peyorativamente, justifica todas las acciones ejecutadas por el gobernante en aras de garantizar su continuidad en el poder, aun infringiendo -en palabras de Foucault- *"los principios del derecho, de la equidad o de la humanidad"* (2000: 17).

Sin embargo, una lectura cuidadosa de ***El Príncipe*** refuta a quienes han creído encontrar sustento al remedo maquiavélico. Así, en el capítulo VIII del opúsculo de 1513 relata el historiador florentino las felonías de Oliverotto de Fermo y Agatocles el Siciliano, concluyendo -respecto del último de los mencionados- que,

> *"no puede llamarse virtud el asesinar a sus conciudadanos, traicionar a los amigos, no cumplir la palabra dada, carecer de piedad y religión: en tales condiciones puede*

[3] Los elementos mencionados -al igual que otros que omito en virtud de que este artículo se encamina hacia propósitos más singularizados- están ilustrados y explicitados en Rubén Darío Rodríguez Patiño (1996).

[4] La voz *maquiavelismo* es definida en el ***Diccionario de la Lengua Española***, de la Real Academia Española, no solo como la *"doctrina política de Maquiavelo"*, sino también -y esta es la significación más extendida- como el *"modo de proceder con astucia, doblez y perfidia"* (Editorial Espasa Calpe, vigésimo segunda ed., Madrid: 2001, volumen 2: 1447). Yo prefiero usar el vocablo ***maquiaveliano*** para aludir a la teoría política de Nicolás Maquiavelo.

> *conquistarse el imperio, no la gloria"* (Maquiavelo, 1992: 40 ss.).[5]

Ahora bien, Michel Foucault otorga un sentido *positivo y pleno* a la **razón de Estado** maquiaveliana. Para el sociólogo francés, en efecto, la originalidad de Maquiavelo ha consistido en atribuir al Estado principios racionales y singularizados que se desmarcan de las leyes divinas y naturales. Y, a partir de este aserto, deduce Foucault un **arte de gobierno** revestido de racionalidad específica. Por ello, una conceptualización de lo que se entiende por *gobierno del Estado* -o bien, *gobierno en su forma política*- debe tener como venero,

> *"un solo texto, que tanto en el siglo XVI como en el XVII, no ha dejado de constituir, de modo explícito e implícito, el punto respecto al cual, por rechazo o aceptación, se sitúa la literatura del gobierno: este texto es, por supuesto,* ***El Príncipe de Maquiavelo"*** (Foucault, 2000: 6-7).

[5] La salvación del Estado que transita en medio de calamidades y la erección del **principado nuevo**, justifican aquellas acciones reprobables de los grandes hombres, y *"jamás el que entienda de estas cosas le reprochará cualquier acción que emprenda, por extraordinaria que sea, para organizar un reino o constituir una república. Sucede que, aunque le acusen los hechos, le excusan los resultados"*, dice Maquiavelo en los ***Discursos sobre la primera década de Tito Livio*** (1987, I, IX: 57).

3. ADVENIMIENTO DE LA MODERNIDAD Y RECTIFICACIÓN CONCEPTUAL: ESTADO, LEY, SOBERANÍA Y GOBIERNO

De acuerdo a Michel Foucault el problema del gobierno se destapa en el siglo XVI, en medio de dos procesos históricos, a saber: ***uno***, la crisis del orden feudal y la aparición de los Estados territoriales, administrativos y coloniales, y, ***dos***, el auge de los movimientos de Reforma y Contrarreforma, que ponen *"en cuestión el modo según el cual debe ser dirigido espiritualmente* [el hombre] *en esta tierra hacia la propia salvación"* (***Ibídem:*** 6).

El arte de gobernar de raíces maquiavelianas resurge en medio de esta ruptura histórica. No obstante, los tratados que adversan el discurso del Secretario Florentino le regatean a éste lo que en 1513 proyectó como algo novedoso. De modo que la literatura antimaquiaveliana reduce a dos los propósitos de ***El Príncipe***. Tales serían: identificar los riesgos que se ciernen sobre el gobernante y manejar las relaciones de fuerza internas y externas al Reino.

En este contexto, Guillaume de la Perrière observa que: *"Gobernante puede llamarse al monarca, emperador, rey, príncipe, señor, magistrado, prelado, juez o semejante"* (Citado por Foucault, 2000: 9-10). De la noción citada derivase, pues, la existencia de una multiplicidad de formas de gobierno; en dicha pluralidad incluimos *"a mucha gente: al padre de familia, al*

superior del convento, al pedagogo y al maestro en relación con los niños y los condiscípulos", etcétera (***loc. cit.***). Formas de gobierno éstas que entrecruzadas perviven al interior del Estado.

Habida cuenta de lo anterior, en el siglo XVII La Mothe le Vayer ensayará una tipología de las formas de gobierno. Así las cosas, para este autor son tres los tipos fundamentales de gobierno, a saber: el **gobierno de uno mismo**, vinculado a la moral; el **gobierno de la familia**, referido a la economía, y el **gobierno del Estado**, que alude a la política.

Por consiguiente, el poder político -sin bien aparece singularizado- no se encuentra aislado de las formas de gobierno restantes. Más bien hay una continuidad ascendente y, a la vez, descendente entre las formas de gobierno. De manera que: *"La pedagogía del Príncipe asegura la continuidad ascendente de las formas de gobierno y la policía, la descendente"* (Foucault, 2000: 11).

Y respecto de la triada **moral-economía-política** enunciada por La Mothe le Vayer, habrá que estimar -siguiendo a Michel Foucault- que siendo la Economía la pieza decisoria,

> *"El arte de gobernar (…) debe responder a la demanda de cómo introducir la economía, es decir, el modo de dirigir correctamente a los individuos, los bienes, las riquezas (…), este tipo de relación del padre con su familia* ***en el interior de la gestión del Estado"*** (***loc. cit.***).[6]

Por ello, F. Quesnay[7] -economista francés del siglo XVIII y fundador de los fisiócratas- insinúa un gobierno económico, cuando el vocablo economía está ya asumiendo su significado moderno.

Empero, es necesario regresar a la argumentación de Guillaume de la Perrière y, concretamente, a su definición del gobierno como *"la recta disposición de las cosas y de su cuidado para conducirlas a un fin conveniente"* (Citado por Foucault, 2000: 12). Esta noción trasciende la concepción medieval de la soberanía y, también, el concepto maquiaveliano de Estado, referido secamente -ya lo dije- a dos cosas: territorio y población.

Así pues, los conceptos soberanía, ley y Estado mudaran de sentido. La soberanía de los tiempos modernos no reenviará al bien común, sino que apuntará al *fin conveniente para cada una de las cosas que hay que gobernar*. Las leyes perderán su significado autorreferente y serán entendidas -y utilizadas- como tácticas para disponer de las cosas. Entretanto, el Estado perderá *"esa unidad, esa individualidad, esa funcionalidad rigurosa, esa importancia sobre todo"*, y el concepto perdurara hasta nuestros días solamente merced a la

---

[6] Las ***negritas*** son mías.

[7] A Quesnay debemos la máxima ***laissez faire, laissez passer.***

gubernamentalización (Foucault, 2000: 24).[8]

La **Ciencia Política** se constituye, desde entonces, como la Ciencia del Gobierno. La expresión eclipsó al término **Estadística**, usado en los siglos XVII y XVIII para nombrar a la Ciencia del Estado. Aunque, de acuerdo a Marcel Prélot, la palabra **Estadística** sería la más apropiada, eufónica y etimológicamente, para aludir al estudio sistemático del Estado. El vocablo fue definido, ciertamente, por A. Cournot en su ***Théorie des chances et des probabilités***, publicado en París en 1851, como *"la recopilación de los hechos originados en* ***la aglomeración de los hombres en sociedades políticas****"* (Citado por Prélot, 1965: 11).[9]

En fin, durante los siglos XVII y XVIII, el gobierno se irá esbozando como un *complejo de hombres y cosas.*

4. MICHEL FOUCAULT: BIOPOLÍTICA Y GUBERNAMENTALIDAD

En los prolegómenos de la *sociedad de gobierno* se descubre al Estado monárquico-territorial y a los aparatos administrativos que han surgido de su seno. Empero, el arte de gobernar de entonces no pudo distender sus potencialidades. Estaba bloqueado por la teoría de la soberanía. No obstante, cuando las fuentes del mercantilismo comienzan a fluir, se abren alamedas al *"ejercicio del poder en tanto que practica de gobierno"* (Foucault, 2000: 18).

En el siglo XVIII tendrán ocurrencia, así, una serie de procesos históricos que posibilitaran el despliegue del arte de gobierno. Se cuentan entre tales sucesos los siguientes:

a) El desarrollo de la economía, primero mediante el auge de la producción agrícola y, después, a través de la revolución industrial;
b) La expansión demográfica y la *emergencia del problema de la población*;
c) El desenvolvimiento de las técnicas diplomático-militares que, en Europa Occidental, surgen al calor de los conflictos que culminan con la Paz de Westfalia;
d) El auge de mecanismos y técnicas instrumentalizados por una nueva institución de gobierno: la policía.

En este listado de factores, que está lejos de ser taxativo, destaca la población. Ésta será reputada como el *fin último de gobierno*, esto es, *"como sujeto de necesidades, de aspiraciones, pero también como objeto de la intervención del gobierno; consciente frente al gobierno de lo que quiere e*

---

[8] Foucault amonesta a quienes incurren en una *"valoración excesiva del problema del Estado, [que] encontramos paradójicamente bajo dos formas: una forma inmediata, afectiva y trágica, el lirismo del frío monstruo que se alza frente a nosotros; [y] otra segunda forma de sobrevalorar el problema del Estado, los análisis que consisten en reducirlo a un cierto número de funcionarios (…) este papel reductivo del Estado lo convierte en algo absolutamente esencial, como blanco que hay que atacar o como posición privilegiada a ocupar"* (2000: 24).

[9] Las ***negritas*** son mías.

inconsciente de quién le hace quererlo" (Foucault, 2000: 21).

Y es que el arte de gobernar, además de la praxis social que implica, estará ligado desde luego a una amalgama de saberes o conocimientos de orden esencialmente económico. Se origina, así, un entrecruzamiento entre economía y población. Foucault lo expone claramente cuando precisa que la economía política solo ha podido constituirse,

> *"a partir del momento en que aparece un nuevo sujeto entre los distintos elementos de la riqueza: la población. Y captando la red de las relaciones continuas y múltiples existentes entre la población, el territorio, la riqueza, etc., se constituirá una ciencia que se ha denominado* ***economía política****. Se produce entonces un tipo de intervención característico del gobierno, que incidirá en el campo de la economía y la población"* (***loc. cit.***).

El surgimiento de la **Biopolítica**[10] viene de la mano de estos acontecimientos. La nueva ciencia, cuyos orígenes se remontan al siglo XVII, nace del entrecruzamiento de la economía capitalista y la doctrina liberal de gobierno.

A través de la voz **gubernamentalidad** -creada por Foucault- se explicitan las formas de funcionamiento del poder en las sociedades modernas. Gobernar es, en cualquier caso, un *modo de acción* para dirigir la conducta de otros. Y tal modo de acción envuelve, de acuerdo al filósofo galo,

> *"fundamentalmente tres cosas: 1) El conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas, que han permitido ejercer esta forma específica y muy compleja de poder que tiene por blanco la población, por forma principal de saber, la economía política, y por instrumentos técnicos esenciales, los dispositivos de seguridad. 2) La tendencia que en Occidente no ha dejado de conducir, desde hace mucho tiempo, hacia la preeminencia de este tipo de poder que se puede llamar gobierno de los otros -soberanía, disciplina, etc.-, y que ha implicado, por una parte, el desarrollo de toda una serie de aparatos específicos de gobierno y, por otra, el desarrollo de todo un conjunto de saberes. 3) El proceso, o mejor, el resultado del*

[10] Michel Foucault define la Biopolítica como *"el modo en que (…) la práctica gubernamental ha intentado racionalizar aquellos fenómenos planteados por un conjunto de seres vivos constituidos en población: problemas relativos a la salud, la higiene, la natalidad, la longevidad, las razas y otros"* (***Nacimiento de la biopolítica***, 1979).

> *proceso a través del cual el Estado de justicia del Medievo, convertido en Estado administrativo en los siglos XV y XVI, se encuentra poco a poco 'gubernamentalizado' "* (Foucault, 2000:23-24).

5. CONSIDERACIONES FINALES

El capítulo XXV de ***El Príncipe*** ofrece un testimonio irrefutable en torno a la ligazón entre el texto del Secretario Florentino y el contexto histórico en el que se origina. Efectivamente, el realismo maquiaveliano se corresponde con el desarrollo de las técnicas dimanadas del **empirismo renacentista**. El pasaje invocado se ocupa de aquellas circunstancias atribuidas a la **fortuna**,[11] esto es, a los sucesos que evaden el cálculo racional del gobernante. Maquiavelo denota que aquél elemento,

> *"muestra su potencia donde no hay virtud ordenada que se le resista y dirige sus ímpetus donde sabe que no hay diques para frenarlos. Si pensáis en Italia, que es sede de estos tumultos y la que los ha puesto en marcha, veréis que es como un campo sin diques y sin reparo alguno: porque si estuviera protegida por oportuna virtud, como Alemania, España y Francia, o la riada no hubiera provocado las turbulencias que sabemos, o no hubiera existido en absoluto"* (Maquiavelo, 1992: 116).

El pensamiento socio-político de Maquiavelo se apropia, así, de los instrumentos metodológicos que los renacentistas aplicaban en el examen de la naturaleza y del cuerpo humano. Por ello Jürgen Miethke advierte que para Maquiavelo: *"La política es, como la medicina, una ciencia empírica"* (1993: 206).

En suma, Nicolás Maquiavelo deshizo las tradiciones prevalecientes y disolvió, así lo estima Jürgen Habermas, *"el saber práctico de la política en una habilidad técnica"* (1990: 65). El pensador italiano, incluso, *"a veces habla de manera puramente técnica de cuestiones de obvio significado moral"*, de acuerdo a Quentin Skinner (1993: 162).

El arte de gobierno que expone el pensador renacentista se aproxima, de este modo, a una *tecnología humana* que *"tiene como material de trabajo (lo cual sería inconcebible para los antiguos) en lugar de objetos de la naturaleza, el comportamiento humano"* (Habermas, 1990: 65).[12]

---

[11] El aparato conceptual maquiaveliano maneja la tríada conceptual *necesidad, virtud y fortuna*. La ***necessitá*** está constituida por los dictados de la realidad; la ***fortuna*** es lo que escapa a un cálculo de posibilidades, es decir, lo imprevisible; y la ***virtú*** es definida como el conjunto de cualidades que sirven al Príncipe para conquistar y conservar su Reino.

[12] María Luisa Bacarlett Pérez recuerda que entre los debates que la muerte prematura de Michel Foucault truncó, se destacaba la

En cualquier caso, el arte de la política maquiaveliano se ocupa de la dirección y mando de la sociedad, de igual manera que la Pastoral Cristiana se ocupaba del *gobierno de las almas* (Lazzarato, 2008).

Precisamente, la pastoral y la policía, al igual que las artes diplomáticas y militares, han sentado el basamento de lo que Foucault llama la **gubernamentalización del Estado**. El controvertido filósofo francés ha intentado, efectivamente, reconstruir los estadios del poder en Occidente. Este empeño le ha permitido atisbar un tránsito desde el **Estado de Justicia**, legatario de una territorialidad feudal y asentado en una sociedad de normas -sean éstas leyes o costumbres-; pasando a un **Estado administrativo**[13], permeado por una territorialidad de fronteras, cuyo baluarte mana de la sociedad reglamentaria, y, finalmente, arribando al **Estado de gobierno** actual, *"que no se define esencialmente (…) por la superficie ocupada, sino por la masa de la población"* (Foucault, 2000: 25).

cita entre este último y Jürgen Habermas. La controversia entre ambas cumbres del pensamiento en el siglo XX, giraba en torno de una amplia agenda temática. Sin embargo, un punto nodal de la misma aludía a la cuestión de la modernidad, tomando como referencia privilegiada el ensayo de Immanuel Kant: ***¿Qué es la Ilustración?*** (2006: 62).

[13] Tratase del *absolutismo progresista burgués* tal como lo expone Leo Kofler en su ***Contribución a la historia de la sociedad burguesa***, cuyo capítulo 6 está titulado "Aportes para la interpretación de Maquiavelo" (1974: 144-152).

BIBLIOGRAFÍA

1. BACARLETT PÉREZ, M. L. (2006): "Foucault." ***Metapolítica***, No. 50: 61-63.
2. CEBALLOS GARIBAY, H. (1977): ***Foucault y el poder.*** México: Ediciones Coyoacán, 2da. ed.
3. CERRONI, U. (1977/e. o. 1976): ***Introducción a la ciencia de la sociedad.*** Barcelona: Editorial Crítica.
4. FOUCAULT, M. (2000/e. o. 1978): "La gubernamentalidad." ***Tareas***, No. 106: 5-25.
5. FOUCAULT, M. (2008/e. o. 1979): "Nacimiento de la biopolítica." En: RODRÍGUEZ MOJICA, A. (Véase).
6. HABERMAS, J. (1990/e. o. 1963): ***Teoría y praxis. Estudios de filosofía social.*** Madrid: Tecnos, 2da. ed.
7. KOFLER, L. (1974/e. o. 1948): ***Contribución al estudio de la sociedad burguesa.*** Buenos Aires: Amorrortu editores.
8. LAZZARATO, M. (2008/e. o. 2005): "Biopolítica/Bioeconomía." En: RODRÍGUEZ MOJICA, A. (Véase).
9. MAQUIAVELO, N. (1992/o. 1513): ***El Príncipe.*** Barcelona: Planeta.
10. MAQUIAVELO, N. (1987/o. 1518): ***Discursos sobre la primera década de Tito Livio.*** Madrid: Alianza Editorial.
11. MIETHKE, J. (1993/e. o. 1991): ***Las ideas políticas en la Edad Media.*** Buenos Aires: Editorial Biblos.
12. MOREY, M. (1994): "Introducción" a M. FOUCAULT: ***Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones.*** Madrid: Alianza Editorial, 4ta. reimp.: i-vii.
13. PRÉLOT, M. (1965/e. o. 1961): ***La Ciencia Política.*** Buenos Aires: EUDEBA, 2da. ed.
14. RODRÍGUEZ MOJICA, A. (2008): ***Gobernabilidad, Desarrollo y Biopolítica. Introducción Programática y Selección de Textos.*** Panamá: Multigrafiado.
15. RODRÍGUEZ PATIÑO, R. D. (1996): ***'El Príncipe' de Nicolás***

Maquiavelo: ¿ciencia o técnica de la política? Panamá: Editorial Portobelo.

16. SKINNER, Q. (1993/e. o. 1978): ***Los fundamentos del pensamiento político moderno. El Renacimiento***, vol. I. México: Fondo de Cultura Económica.

EL DERECHO A LA INFORMACION NUTRICIONAL EN MATERIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS DE CONSUMO HUMANO

Licda. VANESSA CAMPOS ALVARADO
Investigadora Jurídica
Centro de Investigación Jurídica

PALABRAS CLAVES

Alimentos-información nutricional-derecho a la información-registro sanitario-transgénicos-salud-legislación-nutrición

I- INTRODUCCIÓN

Para todos es necesario el consumo de alimentos .Cada año miles de científicos alrededor del mundo trabajan en la búsqueda de garantizar las mejores formulas que permitan asegurar los alimentos a la población mundial. A esta preocupación mundial se le ha denominado la SEGURIDAD ALIMENTARIA. No es un tema que corresponda exclusivamente a un sector de nuestra sociedad sino a los sectores públicos y privados de ella. Su objetivo es crear métodos mediante los cuales se logre la producción y conservación de los alimentos a través de procesos que no alteren la calidad de la salud.

Observando épocas anteriores se ha podido notar que la calidad de las salud de los individuos está íntimamente vinculada con la calidad de los alimentos utilizados para el consumo humano. Algunas enfermedades se han originado producto de la contaminación y descomposición de ellos. Una vez descubiertas las causas de la contaminación de los alimentos y consecuentemente el origen de diversas enfermedades fue necesario regular la conducta de todas aquellas personas e industrias encargadas de la manipulación de alimentos.

En la actualidad las autoridades tienen entre sus facultades establecer controles para que la manipulación de los alimentos por los seres humanos y a nivel industrial sea lo más saludable posible. De hecho, se observa que los expendedores de alimentos deben poseer carnets de salud a fin de evitar la contaminación tanto a los manipuladores como expendedores de los alimentos para evitar cualquier forma que interfiera con la calidad de los productos y la salud de aquellos que trabajan directamente en el manejo de ellos Existen controles en cuanto a su procesamiento como la pasteurización, aplicación de pesticidas, transporte y el uso de aditivos. En materia de legislación deben acoger a un procedimiento de registro y pruebas de calidad entre otros requisitos tanto para los que se producen a nivel nacional como los que se exportan.

Hoy en día se pone especial cuidado en materia de composición de alimentos, su vida promedio, su envasado, su fecha de vencimiento, peso, valor nutricional para que su consumo resulte inocuo para la salud. Para ello ha sido necesario elaborar un sistema de información al consumidor. Es un derecho que este posee relacionado al conocimiento de que es lo que consume para que pueda seleccionar aquellos que convienen a su la salud.

II. MARCO CONSTITUCIONAL

La norma constitucional de nuestro país se refiere en el Título III de Derechos

Individuales y Sociales, Capitulo 6 de Salud, Seguridad Social y Asistencia Social, articulo 109;señala que es deber que tiene el Estado de vigilar y velar la salud de los habitantes de la República lo cual debe ejercer mediante las acciones de"… ***promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida esta como el completo bienestar físico mental y social*** ". En este sentido, es un deber del Estado tomar acciones en cuanto a las políticas de alimentación de sus habitantes de forma que se garantice la buena salud de la población la cual también se refleja en la calidad de los alimentos que la población consume. De allí que, le compete fomentarla por intermedio de sus instituciones mediante programas que conduzcan a una adecuada nutrición estableciendo formas de vigilancia sobre todos aquellos productos que sean consumidos en nuestro país sean estos originarios de Panamá o de otros Estados.

El artículo 106 de la Constitución Política señala" en materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades,"… i***ntegrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación".***

En su artículo 110 numeral 1, de la norma constitucional continúa desarrollando la intervención del Estado en relación a las políticas alimentarias.

1. ***Desarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un optimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y el aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados;***

Como una forma de desarrollar la política nutricional fue aprobada la Ley No. 35 de 6 de julio de 1995" ***Por la cual de establece el programa de distribución del vaso de leche y la galleta nutricional o cremas nutritivas enriquecidas, en todos los Centros Oficiales de Educación Preescolar y la Primaria del país"[1].***

Este programa fue ideado para complementar la dieta familiar y contribuir al rendimiento de los menores que asisten a los Centros Educativos en etapa Preescolar y Primaria.

La norma señala que la galleta nutricional debe aportar 150 calorías, 2.2 gramos de proteínas como mínimo y su peso aproximado es de 34 gramos. De la presente información extraída de la norma en comento, se observa que la nutrición juega un papel fundamental en el aprovechamiento de la formación escolar contribuyendo al rendimiento de los estudiantes y que además debe cumplirse con ciertos requerimientos para que la galleta nutricional y cualquier otro alimento aporte nutrientes a los menores que se encuentran en proceso de formación. Continua diciendo la norma que se trata de un **complemento de la dieta familiar** por lo que la otra parte de la nutrición de los menores proviene del hogar esto conduce a que debe suministrarse a los padres y a la comunidad en general la información nutricional para que tengan la oportunidad de elegir las mejores opciones. Este programa fue diseñado para que opere de forma gratuita y permanente (art.2)

[1] G.O. No. 22,823 de 11 de julio de 1995.

en el país .De hecho en la actualidad se encuentra en práctica.

Mediante la Norma constitucional de la República se desarrollan preceptos tendientes a contribuir a la protección de la salud de la población y a la alimentación.

Por ejemplo, en el Capítulo 7 sobre Régimen Ecológico, desarrolla en su artículo 114, aspectos de protección de la calidad del ambiente en el cual, por supuesto se desarrollaran parte de los alimentos que será de consumo de la población con la finalidad de cubrir las necesidades de esta. En otras palabras, la protección de los alimentos y de su calidad se extiende tanto a los productos manufacturados, objetos de manipulación humanas sometidos a procesos como aquellos que se encuentran desarrollándose directamente en el ambiente. Por lo anterior, debe existir un doble control en todo aquel producto alimenticio. La participación del Estado tiene un papel preponderante en el control de la calidad de los productos alimenticios y debe ser un garante de las condiciones ambientales e industriales de producción de los alimentos. También es un deber del Estado controlar y garantizar la calidad de los alimentos mediante sus diversas instancias lo cual se observa en el artículo 114 del a Constitución Política de la República, "***Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana".***

III. PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN NUTRICIONAL

Debido a la importancia de la alimentación para el desarrollo de la población es indispensable educarla sobre las mejores formas de alimentación y esto se logra a través de el suministro de información sobre las mejores opciones por los nutrientes que ellos poseen. Los medios y las diversas formas de publicidad, como el etiquetado deben hacer hincapié en resaltar esta información lo relacionado ala forma en que se producen. Esta tarea debe realizarse de una forma accesible al público, sencilla, y comprensible. Su sentido es contribuir con las políticas de una alimentación que favorezca el desarrollo y la salud de los habitantes para lo cual se hace indispensable la divulgación del valor nutricional para la mejor selección alimentarias que brinden al consumidor la oportunidad hacer una elección adecuada y saludable.

Por otra parte, esta información brinda la oportunidad de conocer más de la composición de los alimentos. Recordemos que no todos lo organismos reaccionan de igual forma frente al consumo de algunos productos por lo cual se convierte en un sistema que puede alertarlos sobre la posibilidad de que exista algún componente que pueda interferir con el buen estado de su salud debido a reacciones por agentes alergógenos, o bien debido a que la vida útil del producto se ha extinguido y evitar posibles intoxicaciones o enfermedades productos de bacterias provenientes de la contaminación del producto.

El etiquetado debe contener información sobre los nutrientes de los alimentos, el valor nutricional de sus componentes, y la proporción en que se encuentra cada uno de ellos. Hay productos que tiene información específica en cuanto a los niveles de colesterol, fibra, calorías, proteínas, carbohidratos, azucares, aditivos, edulcorantes, vitaminas.

Esta información se hace cada vez más indispensable si consideramos que algunas personas necesitan satisfacer carencias de sus organismos como por ejemplo quienes requieren alimentos ricos en hierro o calcio debido a ciertas afecciones.

IV. LEGISLACIÓN SOBRE EL ETIQUETADO DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS

La legislación Panameña, con la intención de cumplir con este derecho a la información de los consumidores, señala en la Ley 29 de de 1 de febrero de 1996 " **Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas**"[2] que en su primer artículo desarrolla el objeto del presente ordenamiento legal preceptúa "…***preservar el interés superior del consumidor".*** Es un derecho del consumidor, estar bien informado en cuanto a los productos que consume. Este acceso a la información nos permite hacer reclamaciones cuando un producto no cumple con lo que su etiquetado informa y más si producto de este incumplimiento se afecta la calidad de la salud por intoxicaciones alimentarias.

Esta misma Ley resalta que existen obligaciones que tienen el proveedor de un producto respecto al consumidor y una de ellas **es precisamente el derecho a estar informado** sobre las características de un producto.

Artículo 31. ***Obligaciones del proveedor.*** *Son obligaciones del proveedor frente al consumidor las siguientes:*

1. *Informar, clara y verazmente al consumidor, sobre las características del producto o servicio ofrecido, tales como la naturaleza, composición, contenido, peso, origen, fecha de vencimiento, toxicidad, precauciones, precio y cualquier otra condición determinante todo lo cual se consignará en el empaque, recipiente, envase, en la etiqueta del producto o en el anaquel del establecimiento comercial.*

Continua señalando la norma en relación a este tema: *"… la información anterior deberá constar necesariamente en la etiqueta y en idioma español, cuando se trate de medicamentos, agroquímicos y productos tóxicos. De igual modo, deberá constar cuando se trate de productos alimenticios que requieran advertencias o precauciones específicas que representa peligro para la salud humana,…" (el subrayado es nuestro).*

El anterior contenido de la norma hace referencia a los peligros que pueden poner en riesgo la salud humana resulta un tema de gran relevancia toda vez que el desconocimiento en la composición de productos alimentarios puede aumentar los riesgos a la salud debido a niveles de susceptibilidad [3]más acentuados en unos individuos

[2] G.O. No. 22,966 de 3 de febrero de 1996.

[3]En relación a la susceptibilidad de individuos a determinados productos alimenticios o a sus componentes se despertó en Córdoba, Argentina la preocupación por este tema motivando el desarrollo de un Seminario en junio de 2008, sobre "Actualización en alergias alimentarias" Organizado por el INTI – Cereales y Oleaginosas. Uno de los planteamientos que se desarrolló en este seminario en torno a las alergias es ***"… hay ciertos alimentos que contienen alérgenos capaces de causar un shock anafiláctico, son sólo 8 los responsables***

que en otros y debido a que puede encontrarse vencido un producto.

Hay prestar mucho cuidado ante la composición de los alimentos sobre todo si entre sus ingredientes se encuentran los mencionados ocho grandes o bien sus derivados ya que en algunos casos se producen respuestas inmediatas y en otros son de efecto retardado.

Señalan expertos en este tema que las reacciones puede ser leves o producirse los llamados shock anafilácticos que en algunos casos ocasionan la muerte.

Es tal la preocupación por los efectos que pueden desencadenar las alergias que en algunos países han tomado medidas preventivas de **forma obligatoria**. Así tenemos que: ***"… en la Unión Europea y en Estados Unidos desde 2006, así como en Japón, Australia, Nueva Zelanda y muchos otros países, se requiere a las empresas alimentarias la declaración obligatoria en el rótulo de los alimentos de los principales (alérgenos)("los grandes ocho"), ya sea que estén presentes como ingredientes, ingredientes de ingredientes, aditivos, vehículos de aditivos o coadyuvantes de elaboración "*** [4]

Además de las normas citadas anteriormente nuestra legislación se ocupa a través del Ministerio de Salud mediante controles de Registro Sanitario de exigir a los proveedores de productos alimenticios información de aquellos de consumo humano mediante su etiquetado. En este sentido, encontramos las siguientes normas.

El Código Sanitario de la República de Panamá aprobado mediante la **Ley NO. 66 de 10 de noviembre de 1947** que en su Libro cuarto de Policía Sanitaria y Saneamiento, título Segundo de alimentos y Medicinas se refiere al control sanitario bajo la Dirección de Sanidad de los Alimentos en cuanto a los alimentos de cualquier naturaleza, las materias alimenticias que se empleen para su elaboración, su composición, su calidad nutritiva, conservación, condiciones higiénicas de acuerdo a las normas dictadas por el código alimenticio y exámenes bromatológicos a los cuales nos referiremos.

Por regla general la legislación contenida en el Código Sanitario se refiere a los controles que deben ejercerse sobre todo aquel producto alimenticio, desde el personal que interviene en su elaboración o manipulación, los locales para su distribución o venta, la publicidad en la cual no debe atribuir a estos cualidades que no sean las que verdaderamente posee (art183 numeral 8). Se ejerce control y vigilancia sobre la importación ya que no se permitirá que se introduzca al país productos que no hubiesen cumplido con los análisis y registros que la norma exige.

Recientemente el **Decreto Ejecutivo No. 331 de 22 de julio de 2008"** que

---

de más de 90 % de los casos que ocurren en todo el mundo. Estos se conocen con el nombre de "los grandes ocho" y son la leche de vaca, el huevo, el pescado, los crustáceos, el maní, la soja, las frutas secas, el trigo y todos los derivados de estos alimentos que conserven las proteínas alergénicas" http://www.inti.gov.ar/cordoba/boletin/boletin04/pdf/sociedad_2.pdf.

[4] Ibidem p. 3

aprueba la inscripción de los alimentos procesados y envasados en la República de Panamá, jabones, detergentes, afines , nacionales y extranjeros "[5] desarrolla entre los requisitos de esta forma de control sanitario de productos(art.4), que debe efectuarse en el Departamento de Protección de Alimentos del Ministerio de Salud cumpliendo entre otros requisitos con el de información de la composición del producto, lista de ingredientes, especificar los aditivos, el tipo de envase, método de elaboración y vida útil.

V. Marco institucional en materia de alimentos y su control.

En cuanto al marco institucional necesario para la vigilancia del cumplimiento de estos requisitos en torno a la información indispensable que debe exponerse en los productos alimenticios además del Ministerio de Salud, corresponde esta tarea a la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos creada por el Decreto

Ley 11 del 22 de febrero de 2006[6]. Esta institución tiene a su cargo la verificación de la calidad y seguridad de los alimentos que se introducen en el país. Esta tarea se realiza mediante el análisis de productos y consiste en determinar si se encuentran contaminados con plagas u otros agentes que afecten la salud de los habitantes ya sea a través de plantas o animales. Para tal efecto la norma en comento, señala que se deben efectuar estudios de los aspectos bromatológicos[7] de los productos como referentes a la constitución nutricional y su valor, la presencia de aditivos, edulcorantes, el uso de especies, la presencia de agua en el proceso de almacenamiento, el tratamiento tecnológico, integridad del alimento, la microbiología y su inocuidad. En los estudios bromatológicos se observa si hay presencia de microorganismos que puedan ser los causantes de enfermedades alimentarias producto de contaminación .Además de estos aspectos también son objeto de atención las formas de manipulación y conservación de los productos.

Entre los objetivos de la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos se encuentra precisamente velar por la salud humana entre otros aspecto por el consumo de alimentos importados. Para tal propósito, deben establecer métodos científicos de verificación de las condiciones de los alimentos de manera tal que, puedan velar por la calidad de estos (art1). Esta entidad pueden elaborar procedimientos relacionados a la toma de decisiones en materia de seguridad de alimentos (art.2 numeral6). Sus

[5] G.O No. 26101 de 8 de agosto de 2008.
[6] G.O. NO. 25,493 de 24 de febrero de 2006.
[7] Según el Diccionario Word referente de la Lenguas Española la Bromatología es: ciencia que estudia los alimentos, su preparación adecuada y su asimilación por el organismo.
http://www.wordreference.com/definicion/bromatolog%EDa.
De acuerdo a las observaciones realizadas respecto a este tema y en la legislación y en el medio comercial se observa que esta ciencia abarca además aspectos relativos a la manipulación, elaboración, distribución e incluso el marketing de productos alimenticios. Lo que se pretende mediante estos estudios de los alimentos es que el producto sea inocuo para la salud de acuerdo a las normas existentes tanto técnicas como jurídicas que garanticen la calidad de los productos alimenticios.

objetivos se extiende a asegurar el cumplimiento de la normativa existen en la legislación panameña e internacional que garantice la seguridad de alimentos en los que se involucran reglamentos técnicos, protocolos interinstitucionales, estándares de calidad y otros (art. 1 numeral 6) para lo cual también se encuentra en su norma orgánica la imposición de sanciones sin que estas excluyan las civiles y penales por los resultados que puedan ocasionarse debido al desobedecimiento de los controles sanitarios en materia de alimentos . A nivel mundial se han producido pérdidas de vidas humanas por intoxicación alimentaria por lo cual debemos ceñirnos estrictamente al cumplimiento de la norma debido a las consecuencias penales y civiles que de esto deriva y que de hecho ya han ocurrido en algunas regiones del mundo.

VI. ACTUALIDAD. MODIFICACIONES GENÉTICAS DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y ETIQUETADO

En la actualidad debido a las carencias alimentarias mundiales y para fortalecer las especies de plagas se han elaborado nuevos productos alimenticios con cualidades mejoradas denominados transgénicos[8]. La ingeniería genética constituye una forma utilizada para elevar los niveles nutricionales de los alimentos. Señalan expertos en el área que estos se elaboran a partir de modificaciones genéticas procedentes de otros organismos no necesariamente de la misma especie. Estas modificaciones han permitido la selección y elaboración de mejores productos. No obstante, otros sectores señalan que la combinación de especies para elaborar nuevos productos con mejores condiciones y calidad puede tener riesgos para los consumidores por lo cual deben tener este derecho a saber sobre la composición de los productos alimenticios y más cuando aun son organismo genéticamente modificados. Algunos países se refieren al etiquetado obligatorio de los transgénicos. En tanto, en nuestro país poco es lo que se ha desarrollado en torno a este tema por lo cual debemos poner mayor énfasis en ello debido a este derecho de información de los consumidores y por la salud de ellos pues se trata de productos originados a partir de la biotecnología cuya composición también debe ser de conocimiento de todos por las razones que ya hemos expuestos y como una forma de precaución.

A nivel mundial, no existe uniformidad en cuanto a la obligatoriedad del etiquetado de los productos transgénicos pues algunos Estados consideran que deben ser tratados al igual que cualquier producto. Sin embargo, existen asociaciones que en defensa del consumidor alegan que esto permite al mismo tomar sus propias

[8] Según **Señales**: ***Los organismos Modificados Genéticamente son aquellos cuyo genoma ha sido alterado mediante ingeniería genética, bien para introducir uno o varios genes nuevos o para modificar un gen propio, alterando sus características. La inserción o modificación del gen puede provenir de individuos de la misma especie o de especies diferentes. Esto quiere decir que las plantas pueden recibir genes de animales, por ejemplo. También se utilizan genes sintéticos construidos en el laboratorio***". P., SEÑALES. Revista a Latinoamericana, Edición número 30/junio 2004, Colombia,p. 14.

> decisiones y que se satisface la necesidad de información dándoles mayor confiabilidad a los consumidores. No obstante lo anterior, también se manifiesta que la técnica de mejorar las especies no es un asunto nuevo sino que tiene un largo recorrido a través de la historia de la humanidad de allí que muchos Estados no consideren necesario el etiquetado de productos .Para otros lo que parece ser motivo de preocupación de estos adelantos biotecnológicos es que en el proceso de modificación de los organismos genéticamente intervengan genes que no sean de las mismas especies y el uso de agroquímicos que afecta la calidad del suelo donde se producen .
>
> En favor del etiquetado se ha dicho que: "…***es una garantía para el consumidor y para el vendedor, pues en esta se exponen las características de lo que se fabrica, es como un sello de calidad que demuestra que todo anda bien "***[9]

En tanto, sectores de la sociedad vinculados a la producción de estas especies consideran que no existen motivos de preocupación en torno a los organismos modificados genéticamente si consideramos el arduo y minucioso trabajo que implica la elaboración de estos organismo donde existe un seguimiento y control permanente en la producción[10]. Lo cual no ocurre en otros productos alimenticios.

Nosotros, particularmente consideramos que debemos tomar precauciones más aun cuando se tratan de especies distintas empleadas para crear los organismos genéticamente modificados debido a las diversas características de ellas y las reacciones del los individuos y por el derecho que tienen los consumidores a la información.

Considerando todo lo expuesto , debido al crecimiento poblacional es necesario organizarnos para garantizar la seguridad alimentaria, dotar a la comunidad de información para elegir las mejores opciones que satisfagan nuestras necesidades y emplear medios inocuos para la salud en la producción de alimentos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Diccionario Word referente de la Lenguas Española la Bromatología. http://www.wordreference.com/definicion/bromatolog%EDa.
2. "Análisis de peligros y puntos críticos de control como nueva estrategia para el aseguramiento de la calidad microbiológica de los alimentos" Revista Ingeniería de Alimentos. Revista y web para la Industria, el comercio y el Consumo de alimentos. Año 1 Vol. IV, mayo-Agosto de 2005. Panamá.
3. " La seguridad alimentaria y la salud cardiovascular". Revista Ingeniería de Alimentos. Revista y web para la Industria y el Consumo de alimentos .Año 2 Vol. IV, Panamá.
4. "Alergias alimentarias. dos aspectos claves : la salud y el potencial de Argentina como país exportador de alimentos procesados" . INTI-Córdoba el Seminario Internacional http://www.inti.gov.ar/cordoba/boletin/boletin04/pdf/sociedad_2.pdf.

[9] Ibídem p. 15.

[10] Los argumentos contrarios al etiquetado de transgénicos señalados son: "… se ha percibido más como un aspecto negativo, pero lo que realmente no se tiene en cuenta es que estos productos son ensayados durante varios años , vigilados por comisiones de técnicos oficiales, analizados en laboratorios para determinar su valor nutritivo , sus efectos sobre el ambiente , su posible toxicidad y su hipotética capacidad de producir alergias ,lo cual los lleva a ser considerablemente seguros". Ibídem p. 15.

5. "Los transgénicos llegaron para quedarse". Señales. La Revista Latinoamericana, Edición Número 30/junio 2004. Colombia.
6. Constitución Política de la República de Panamá.
7. Código Sanitario de la República de Panamá.
8. Ley No. 35 de 6 de julio de 1995. G.O. No. 22,823 de 11 de julio de 1995.
9. Ley No 29 de 1 de febrero de 1996. G .O. No. 22,966 de 3 de febrero de 1996.
10. Decreto Ley No. 11 de 22 de febrero de 2006. G.O. NO. 25,493 de 24 de febrero de 2006.
11. .DE No. 331 de 22 de julio de 2008. G.O No. 26101 de 8 de agosto de 2008.

EL DAÑO "CIERTO" EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTUACIONES DEL REGISTRO PÚBLICO: ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO AL FALLO DE 11 DE JULIO DE 2007 DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

JUAN O. VAN EPS D.
Investigador Jurídico
Centro de Investigación Jurídica

I- INTRODUCCIÓN

Mediante fallo de 11 de julio de 2007 la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia condenó al Registro Público de Panamá al pago de una indemnización basada en la comisión de un error por parte de esa institución al llevar a cabo la inscripción de un contrato de hipoteca en circunstancias en que ya constaba en la entidad registral la revocación del Poder que permitía a una persona natural actuar en nombre y representación de una persona jurídica – la deudora hipotecaria- por lo que evidentemente dicha persona natural no podía representar a aquella en la celebración del contrato de préstamo con la acreedora ni en la constitución del gravamen hipotecario sobre inmuebles propiedad de la deudora. Al advertir el error cometido, la Dirección General del Registro procede a colocar a la inscripción errónea la correspondiente Nota Marginal del Advertencia al tenor del artículo 1790 del Código Civil.

La acreedora hipotecaria promueve juicio ejecutivo hipotecario en virtud del cual se procede al remate de los inmuebles y a la adjudicación de los mismos a la deudora. Pero al intentarse la inscripción del Remate ésta no es posible por razón de la existencia de la Nota Marginal de Advertencia. La deudora entonces, fundándose en la referida Nota Marginal de Advertencia, promueve juicio contra su anterior representante – quien suscribió el contrato- y contra la acreedora logrando que se declare la nulidad de la inscripción del contrato de préstamo y de la consiguiente hipoteca que lo garantiza, provocándose así daños y perjuicios a la acreedora.

La opinión de la Procuraduría de la Administración considera que la demanda de la acreedora contra el Estado debe desestimarse y destaca la actuación dolosa del anterior representante de la deudora, al cual, a su juicio debería ser demandado ante la justicia ordinaria. Opinión semejante

Emite, en Salvamento de Voto, el magistrado Winston Spadafora Franco.

II- EL ELEMENTO "DAÑO" EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS ACTUACIONES DEL REGISTRO PÚBLICO.

Es generalmente aceptado que los elementos comunes a los regímenes de responsabilidad civil – tanto contractual como extracontractual- son: 1° Antijuricidad. 2° Daño. 3° Relación de causalidad entre el daño y el hecho. 4° Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. (Bustamante Alsina, 1993: 106). Sin el daño, como afirma el autor citado, "no hay responsabilidad civil" (Bustamante Alsina, op.cit:138)

La Sala Tercera, al analizar el caso, no profundiza en nuestra opinión en uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil como es el "*daño*", el cual tiene una especial connotación en el evento de las actuaciones del Registro Público.

El daño es, genéricamente, el menoscabo que sufre la víctima en sus intereses jurídicamente protegidos. CABANELLAS añade que, puede provenir de dolo, culpa o caso fortuito. (Cabanellas, 1989, T3:5)

En el caso del Registro Público, aduce el autor argentino GHERSI, no basta con la existencia de un error registral. Se requiere que el daño sea "*cierto*". (Ghersi, 1986: 2251-2252). La noción de "*daño cierto*" se opone a la de un daño hipotético o eventual. "La mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar resarcimiento". (Bustamante Alsina, op. cit.:168)

GHERSI señala como "una constante" en la jurisprudencia argentina, que *la certidumbre* del daño implique "la efectiva insolvencia" del deudor, pues mientras ésta no se produzca, no puede existir un "*daño cierto*". Cita un caso en que aunque el Registro había omitido hacer referencia a un embargo en un certificado presentado en un proceso para fines de un remate, lo que estaba suficientemente probado, la imposibilidad del embargante de hacer efectivo su crédito no se debió a esa omisión, sino a la falta de fondos en una subasta para hacer efectivo ese crédito, debido a la prelación legal.

Este requisito, que a primera vista pudiera resultar extraño, no implica ningún despropósito, en palabras del referido autor. Y es que, efectivamente, el Registro lo que hace, fundamentalmente, es inscribir actos o contratos realizados ya sea por personas naturales o jurídicas, las que serán, en su caso, las principales beneficiadas o perjudicadas por la inscripción. La relación patrimonial se da entre particulares y el Registro es ajeno a ella, constituyendo sólo un

mecanismo de publicidad – y en Panamá, un modo de constituir derechos reales inmobiliarios- pero no una parte en el acto o contrato ni en forma alguna un beneficiario de sus efectos. Así, por ejemplo, en una compraventa de inmuebles necesariamente habrá un vendedor que reciba el precio, y si el comprador se ve privado de la cosa (en los supuestos en que ello proceda) o la misma resultare impropia para el uso al que se la destina, entonces deberá responder el vendedor conforme a las reglas generales (artículos 1245 – 1254 y concordantes del Código Civil). Asimismo en una hipoteca, ésta constituye garantía de una obligación principal, la cual en primer término deberá cumplir el obligado, aunque se haya producido algún error registral.

La insolvencia del obligado, deviene así en requisito indispensable para que surja la responsabilidad estatal. Lo contrario, según GHERSI, fomentaría el "facilismo" de las reclamaciones contra el Estado (Ghersi, op.cit.), y a nuestro juicio, podría constituirse en fuente de enriquecimiento ilícito. En el caso que nos ocupa, parece claro que el obligado a indemnizar sería, en principio, el autor del acto doloso que originó el daño, es decir el anterior representante de la deudora, que es el beneficiado directo del fraude, aunque la actuación errónea del Registro haya posibilitado la comisión de éste. Sólo demostrada su insolvencia- cosa que no se trasluce en el fallo en comento, ya que no se alude siquiera a que el mismo haya sido demandado por quien reclama la indemnización, sino curiosamente por la contraparte en el contrato, su anterior representada, que lo demandó junto con el ahora demandante - cabría requerir la responsabilidad de la entidad estatal.

En la jurisprudencia panameña, en fallo de 11 de enero de 1957, la Corte Suprema de Justicia recoge el criterio del Primer Tribunal Superior de Justicia en un caso en que se demandó a la Nación en virtud de un error del Registro que se produjo al inscribir la venta de un inmueble como libre de gravámenes, cuando en la misma institución registral constaba que estaba gravado, y expresa que:

"Ahora bien, si nuestro derecho sustantivo dispone que el vendedor está obligado

a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta (Art. 1231 C.C.) y en virtud del saneamiento el vendedor responderá :

1.- De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y,

2.- De los vicios o defectos que la cosa tuviese.

(Art. 1244 C.C.)

> *Es obvio pues, que como el contrato de compraventa celebrado por el demandante*
>
> *Luis De León Camargo mediante Escritura Pública N° 1307 de 4 de julio de 1953*
>
> *con los vendedores Jorge Enrique Tejada y Virgilia Garrido de Araúz se estipuló que*
>
> *el inmueble estaba libre de gravámenes, cuando no lo estaba, se hace imperativo colegir que los únicos responsables por los perjuicios sufridos por el demandante son los vendedores del inmueble por ministerio de la Ley; pero jamás la Nación, cuando ella no ha intervenido en el contrato como parte, ni se ha ameritado en el proceso que exista un elemento de convicción que permita, aunque fuera como hipótesis, inculparle de responsabilidad alguna, por lo cual surge notoria la improcedencia de la acción incoada en su contra" (Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil. Registro Judicial N° 26, pág.7*)

Cabe resaltar que en este caso ninguno de los involucrados directamente en el acto fraudulento puede alegar válidamente desconocimiento de la revocatoria del Poder, ya que constaba en el Registro y la presunción de conocimiento de las constancias registrales es aplicable a todos, como bien lo expresó el Primer Tribunal Superior de Justicia al manifestar que "El Registro es público y se supone conocido por todos los que contratan sobre bienes inmuebles, así como la ley presume ser conocida por todos los habitantes de un país, aunque en realidad no lo sea sino de unos pocos" (Primer Tribunal Superior de Justicia. Sentencia de 17 de junio de 1947, Registro Judicial N° 6, junio de 1947), criterio que también siguió la Sala de lo Civil en la ya citada Sentencia de 11 de enero de 1957. En el presente caso la Sala Tercera reconoce esa presunción de conocimiento, pero sólo la utiliza para una "valoración del grado de contribución culposa del daño dado por uno y otro a efectos de delimitar los montos indemnizatorios", aplicando el artículo 988 del Código Civil a un caso de responsabilidad extracontractual, alegando posiciones respecto de idéntica norma por parte de autores españoles.

BIBLIOGRAFÍA

1. BUSTAMANTE ALSINA, J. 1993. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8ª. Edición. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 737 págs..
2. CABANELLAS, G. 1989 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21ª. Edición. Buenos Aires.

3. GHERSI, C. 1986. El Servicio registral inmobiliario. Algunos aspectos sobre la reparación de daños por el Estado. En: Revista del Notariado 807:2245-2255.

4. VAN EPS, J. 2000. El hecho dañoso, el daño y la relación de causalidad en la responsabilidad civil derivada de actuaciones del Registro Público. En: Anuario de Derecho N° 29: 207-238.

LAS BARRERAS QUE AFECTAN EL ESTUDIO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Profesora KENIA I. PORCELL D.
Subsecretaria de la Procuraduría General de la Nación

Este escrito que presento, respetuosamente, a la consideración de todos aquellos que lo lean tiene como norte presentar un estudio crítico sobre nuestra Facultad y lo hago teniendo como norte el nuevo paradigma de la educación superior aprendido como consecuencia de los estudios de docencia superior, que debemos cumplir todos los docentes universitarios. Por consiguiente, espero que quienes lean este documento, compartan conmigo el amor por nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y la constante preocupación por lograr que la majestuosidad de ella no solo sea su estructura, sino su recurso humano. Entonces deseo volver la mirada a cada uno de los salones de clase de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y con un criterio crítico conocer los desaciertos en que incurrimos los docentes al impartir nuestros cursos de Derecho y de qué manera esto influye en la realidad jurídica que vive nuestro país. Por eso lo he denominado con el título BARRERAS, porque son estas cercas y limitantes las que, a mi juicio son las responsables en gran medida de la deteriorada imagen del abogado. Por consiguiente, mi objetivo es presentar e identificar, de una manera somera las fallas, dificultades, inconvenientes y demás circunstancias que impiden un adecuado y oportuno proceso de enseñanza a los discentes de nuestra Facultad, lo que incide en una ausencia de desarrollo integral de nuestra ciencia, entregando a la sociedad profesionales con escasos valores éticos y morales y con un apego desmesurado al dinero, (que no es malo per se, sino cuando para obtenerlo se desconocen los valores éticos y morales), pasando, incluso, por encima y desprotegiendo a sus clientes, pues sólo se busca fama y dinero. Lo que es una de las aristas de la falla estructural de nuestro sistema de justicia porque el abogado desde la posición en que se encuentre, como litigante, como asesor, como administrador de justicia y como usuario, no aplica sus conocimientos sustentados en la ética y en sus valores humanos, sino en lo que se conoce en el argot popular como “juega vivo”.

En este sentido, debemos trabajar por un ambiente educativo en que el estudio científico del derecho esté sustentado sobre bases éticas y morales que coadyuven a la libertad de pensamientos y criterios, con un enfoque humanístico en la que el que el reconocimiento de los derechos subjetivos del individuo le permita satisfacer sus intereses y el de la sociedad en que se desenvuelve, de esta manera cada acto jurídico contribuirá a asentar el principio de

seguridad jurídica y el respeto por el estado de derecho, tan necesitado en estos días.

Convencida que el logro de estos objetivos depende de la base y enseñanza que nosotros como profesores de esta Facultad transmitimos a nuestros estudiantes es que, en este escrito, presento una lista de los intervinientes en el problema entre los que se destacan: el profesor, el estudiante, los programas de estudio, los métodos, el equipo y los materiales didácticos, los métodos de evaluación de rendimiento, las condiciones institucionales que afectan el proceso de enseñanza y el respeto por los valores éticos y morales de todos.

Tenemos las barreras que guardan relación con el entorno educativo, (los diseños curriculares inadecuados a los objetivos de la educación, la ausencia de reconocimiento por parte de la sociedad para con el docente, la carencia de formación pedagógica por parte de los docentes y la falta de esfuerzo e interés por parte de los estudiantes) y las que se originan en los profesores y estudiantes, que guarda estrecha relación con la forma en que cada uno se observa y siente que es observado, lo que va de la mano con la visión e imagen que cada uno tiene de sí mismo. En este sentido, los prejuicios, las generalizaciones, la falta de motivación, la evaluación emotivo-subjetiva y la auto-imagen distorsionada impiden una adecuada relación educacional, y la falta de valores y principios éticos morales.

Finalmente, el documento presenta algunas soluciones para atender estas dificultades, siendo la fundamental, el procurar que cada uno de los profesores y estudiantes exalte la importancia de los valores éticos y morales, los cuales permitirán renovar y modificar algunos patrones de conducta que lesionan nuestros derechos y los derechos de terceros, todo lo anterior para coadyuvar por un mejor país, un mejor Panamá.

A. GENERALIDADES

El estudio de la ciencia del Derecho exige que preparemos profesionales íntegros y dinámicos para que puedan desenvolverse en sus distintos roles, con criterios críticos, estimulantes, creativos y de resolución de problemas en los que se concreticen el ya tan gastado fin del Derecho, me refiero a la justicia. Si materializamos este concepto en sus diversas manifestaciones tradicionales como: distributiva, legal, social, ideal, virtud, legal y conmutativa; obtendremos el progreso y el desarrollo de la sociedad.

Es necesario, por tanto, fortalecer el conocimiento de los derechos humanos y los proceso democráticos, para trabajar por una cultura de legalidad, por la preservación del medio ambiente, por el derecho a la salud, por las relaciones afectivas y emocionales en la familia, así como por la autoestima de cada uno, lo anterior redundará en el perfeccionamiento de nuestro rol como profesor y en la entrega de un

mejor producto de calidad a la sociedad.

Por tanto el primer paso es reconocer que tenemos un problema en la enseñanza superior y en nuestro caso en el trabajo educativo que se lleva a cabo en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra primera casa de estudios.

B. ALGUNAS CAUSAS QUE ORIGINAN LAS BARRERAS:

Teniendo como norte lo anterior, identifico algunas barreras, que son mínimas, pues la lista es abierta y cambiante en la medida en que la sociedad se transforma y sus necesidades varían, por tanto el lector puede incorporar otras más.

1. **El profesor y la falta de Formación Pedagógica**:

Es lo que impide a los profesores afrontar las situaciones que se presentan en el marco de la sociedad actual. Para enseñar debe tenerse vocación o trabajar para adquirirla, por consiguiente aquellos que tenemos la responsabilidad más grande de una nación, al enseñar y transmitir conocimientos debemos asumir el rol con responsabilidad por las repercusiones personales y sociales que de ella se derivan.

Para algunos, esta barrera es denominada como Falta de Preparación para la docencia porque los profesores se muestran inseguros en su relación con los discentes. En este sentido, en ocasiones el docente se presenta al aula de clases con rasgos de superioridad para disimular la falta de conocimiento y de preparación diaria de la materia que debe transmitir, lo que distorsiona su auto-imagen porque se considera y es visualizado por el estudiante como una autoridad académica lejana y distante, pese a ser el llamado a enseñar, lo que dificulta la comunicación y por ende el proceso de enseñanza, entre estos actores.

Correlativamente los estudiantes son seres pasivos y cuando actúan de manera activa para exigir mejores condiciones dentro del aula de clases, para expresar sus criterios, forma de pensar y analizar, se encuentran con un docente desorganizado a quien le resulta difícil sostener el debate de ideas, recurriendo a la utilización de conceptos irónicos y sarcasmos para reducir a los estudiantes que frente a los demás cuestionan el conocimiento y procurar el debate. De esta forma estos estudiantes son tildados como “rebeldes”. Quién no recuerda haber tenido un profesor que al ser cuestionado de manera incisiva por determinados estudiantes son en reciprocidad ridiculizados y minimizados frente a los demás.

2. **Falta de carácter:**

Otra barrera, es la dificultad manifiesta del profesor para resolver adecuadamente los problemas que se suscitan en el aula de clases. Lo anterior origina que algunos profesores sean excesivamente humildes y se dejen subordinar por los estudiantes. En este sentido, reducen la carga de estudio, toleran la indisciplina, soslayan las ausencias injustificadas y evalúan escasamente

el aprendizaje cuantitativo y cualitativo de los estudiantes. El estudiante por obtener la calificación de “pase” busca la vía fácil del conocimiento, lo que posteriormente se traduce en un vacío de conocimiento en la vida profesional del abogado que se llena con antivalores, afectando ostensiblemente nuestra profesión.

Actitudes Negativas y Resistencia al Cambio:

Considero que esta barrera se origina por la falta de seguridad derivada por la ausencia de formación académica, al perdurar en el tiempo, durante toda una vida docente con los mismos contenidos y métodos repetitivos y habituales con los que se sienten seguros. Lo anterior impide la renovación del conocimiento, pues se olvida que la ciencia del Derecho es cambiante en la medida en que la sociedad se transforma, de allí que hay quienes utilizan el material bibliográfico de hace lustros. Yo considero que la aplicación de nuevas estrategias metodológicas produce temor en el docente quien se mueve con mayor facilidad y dominio en el terreno educativo que ya aprendió y que le es conocido, por consiguiente es mucho más fácil seguir aplicando en el estudio del Derecho criterios conductistas, bajo el parámetro que, ¿cómo el derecho es abstracto esa debe ser la formula de enseñanza?, lo que no comparto porque en estos tiempos lo practico debe ir de la mano con el conocimiento teórico. Es esta combinación la que nos permitirá entregar a la sociedad panameña abogados buenos y excelentes, con altos estándares de “competencias”. A lo mejor una forma de reafirmar esta barrera es aquella en donde el docente centran sus explicaciones jurídicas en criterios unilaterales en el que el habla y el estudiante sólo escucha.

3. **Baja consideración social a la labor que desarrolla el Docente:**

Esta barrera lleva aparejada una pérdida del sentido, del respeto y prestigio de la sociedad para con el docente. La pregunta que me surge es, ¿somos todos responsables de la baja consideración que la sociedad le dispensa a la labor que desarrollamos? Como primera respuesta, diría que no, pero la sociedad no discrimina entre uno y otro, lo que si ocurre cuando compara el conocimiento y rendimiento académico entre las distintas facultades que están en la ciudad universitaria; incluso con las universidades privadas que tienen entre sus planes de estudio la carrera de Derecho y Ciencias Políticas.

4. **Exceso de disciplina y contenidos Curriculares:**

Origina marcada distancia entre el docente y el discente, impidiendo una inadecuada comunicación entre ambos y si a ello se agrega el exceso de información curricular sin los adecuados instrumentos de evaluación, justifica el alto nivel de reprobaciones. Durante el curso debemos varias esas posturas evaluativas de “un parcial y el semestral”. El profesor debe

proporcionar reglas claras de juego en el que la evaluación esté ampliamente justificada con criterios objetivos precisos, de allí que la evaluación no puede ser un mecanismo de venganza personal o premio a los estudiantes. Debe recordarse que una evaluación objetiva contribuye a despertar confianza, aprecio, respeto y entusiasmo por parte de los estudiantes hacia el profesor.

Considero imposible el evaluar el conocimiento de un estudiante de derecho con una prueba cuantitativa en la que se enaltece la memoria en desmedro de la práctica, ello no puede continuar. Es fundamental evaluar a nuestros estudiantes con criterios científicos cualitativos y cuantitativos, porque nuestra ciencia así lo exige. Soslayamos que en esta carrera enseñamos el camino del ordenamiento jurídico que impone la sociedad para lograr la justicia, lo que se logra con la interpretación, el análisis y el debate; por ende ¿de qué manera puede redundar en el conocimiento para toda la vida de un estudiante la memoria, si pasada la prueba, ya se ha olvidado el concepto aprendido?. Con esto no quiero decir que no existan conceptos que no deben ser memorizados, pero en la carrera de Derecho, nuestro norte como docente debe ser otro, debe ir dirigido a los criterios prácticos y constructivistas, quizás recordando el criterio científico de LEO VIGOSTKY.

Por consiguiente, lo contrario e ideal sería que dentro del marco del respeto de opiniones se desarrolle una relación educativa, con altos contenidos de debate y análisis crítico por parte del estudiante, en la que el docente debe estar capacitado para orientarlos, sin que ello signifique que el discente sea objeto de reproches posteriores a través de sus evaluaciones.

5. Los programas de Estudio y la carga horaria:

Nuestra Facultad ha ido adecuando poco apoco sus programas y planes de estudio y en una de las ultimas Juntas de Facultad aprobó modificaciones profundas a los diferentes cursos y carga horaria. Ahora bien, ello se dio luego de examinar los objetivos sociales que tenemos asignados, de los fines que estamos obligados a cumplir y hacia donde, efectivamente se orienta el conocimiento jurídico, lo que nos corresponde ahora es adecuar nuestros programas, identificar los módulos de estudio y profundizar las áreas que sean necesarias para suministrar al discente la herramienta de conocimiento que le permita responder a las exigencias sociales.

En este sentido, queda claro que los programas de estudio deben tener objetivos y fines precisos, de allí que las políticas públicas deben estar orientadas a los nuevos derroteros que se le exigen al país como parte de un universo en el que sólo están en las mejores posiciones de desarrollo, los países que han establecido políticas definidas de estudio para su población, lo que se aplica de manera directa a la ciencia del Derecho.

Lo anterior significa que el curriculum debe estar acorde con los nuevos avances y conocimientos, teniendo como norte el suministrar a los estudiantes las habilidades necesarias para que adquieran las competencias que nosotros estamos obligados a suministrar.

En este sentido, aunque teóricamente los contenidos de los distintos cursos y disciplinas de nuestra carrera deben integrarse, no sería absurdo pensar que se pudieran dictar los cursos sin considerar que debe responder a un objetivo común, de allí que se pueden repetir contenidos y aunque, si bien ayudan a afianzar el conocimiento, no menos cierto es que se pierde tiempo que puede ser aplicado para la enseñanza de otro conceptos.

Otra realidad que considero viven nuestros estudiantes y que los afecta como producto final que entregamos a la sociedad, cuando tengan que desempeñarse como "abogados litigantes" es que, en ocasiones, se plantean los contenidos del curso inadecuadamente porque no se establecen los objetivos, ni la razón para la emisión de un curso. Asimismo se soslaya la elaboración adecuada de la carga horaria y se dispensa más tiempo a algunos contenidos que a otros, lo que, además de impedir el establecimiento del conocimiento adquirido por parte de los estudiantes, se acentúa con el método de evaluación para determinar la eficiencia y eficacia de lo enseñado.

6. Los Métodos, el Equipo y los Materiales Didácticos:

En este apartado se centra el soporte que requieren los docentes para llevar a cabo adecuadamente el proceso de enseñanza aprendizaje. En nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas hace falta el libre acceso a los recursos, específicamente a los medios audiovisuales. Lo anterior es necesario para que el docente desarrolle adecuadamente su estrategia metodológica para impartir el curso. Es una necesidad darle un uso eficiente a nuestra biblioteca DEMOFILO DE BUEN, con textos actualizados en las últimas tendencias del derecho moderno. Debemos contar con libros en temas tan de actualidad tales como: sistema acusatorio, manejo de las nuevas teorías penales, entre las que destaco la Finalista, textos de justicia restaurativa y de introducción al derecho, así como en las reglas de interpretación. Y que decir de una biblioteca virtual. Debe recordarse que es nuestra responsabilidad suministrar a los discentes información de actualidad y reciente, de allí que, ese conocimiento debe ser afianzado con los textos jurídicos. Aquí, respetuosamente, soy de la postura, que aunque los apuntes de clase pueden ser un soporte básico para repasar lo aprendido en clases, resulta insuficiente, por tanto, no podemos limitar a nuestros estudiantes con este material de estudio en el curso de la materia.

7. Las Condiciones Institucionales:

Nuestra Facultad contiene estructuras físicas organizativas rígidas que identifico como; inadecuados espacios (aulas, distribución del mobiliario, ausencia de mobiliario, muebles incómodos). En fin, faltan comodidades simples que permitan un correcto aprovechamiento del conocimiento.

C. SOLUCIONES

Para solucionar las barreras que se presentan en la Universidad de Panamá y para nuestro caso, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas se requiere disposición al cambio de todos los involucrados, entre los que se destaca El Estado (a través de las autoridades administrativas) , la sociedad, los profesores y los estudiantes. Los recursos son fundamentales para traspasar las barreras para lo cual destaco solo algunos ejemplos:

-Integración de los programas de estudio en las diversas disciplinas.

-Conocer las necesidades sociales para elaborar planes de estudio actualizados.

-Objetivizar y racionalizar los criterios de evaluación.

-Desarrollar en los estudiantes aptitudes y valores éticos y morales que les permita ser más sensibles a la necesidad humana.

Estoy convencida, como bien informé en líneas anteriores que este tema debe ser abordado entre sus protagonistas o actores principales (los docentes y los discentes). ¿Por qué? Porque considero que las barreras se traducen al plano exterior como consecuencia de nuestro pensamiento. Nosotros somos el reflejo de nuestros pensamientos. Es necesario que ambos (docentes y discentes) vivan el día a día en valores, que se trabaje para desarrollar la autoestima y fortalecerla, que se cultiven valores tales como: la armonía, la autoridad, la comunicación, la confianza, la creatividad, la excelencia personal, la responsabilidad y el servicio.

Ante los constantes desafíos del porvenir, la educación constituye un instrumento indispensable para que la humanidad pueda progresar hacia los ideales de paz, justicia social y libertad, pues los países que consideran a los alumnos como centro del proceso educativo son los que han obtenido los mejores resultados en estos derroteros.

CONCLUSIONES

- Debemos trabajar por un ambiente educativo en libertad, con un enfoque humanístico en la que el que el perfeccionamiento del individuo permita satisfacer los intereses de la comunidad y los nuestros.
- El estudio del Derecho y la ciencia política exige que los estudiantes se preparen como profesionales íntegros y dinámicos para que se desenvuelvan en sus distintos roles, con criterios críticos, estimulantes, creativos y de

resolución de problemas, y que conlleve el progreso y desarrollo de la sociedad, y

- Para enseñar debe tenerse vocación o trabajar para adquirirla, por consiguiente aquellos que enseñan deben asumir el trabajo con responsabilidad por las repercusiones personales y sociales que de ella se derivan.

COMENTARIO FINAL

Todo docente debe ser un crítico, porque como señala FERNANDO SAVATER, educar es creer en la perfectividad humana y yo creo en ella, creo que todos podemos y debemos trabajar por una Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la que la excelencia sea su carta de presentación, y más aun en este año identificado como **"2009 – AÑO DE LA EFICIENCIA Y LA PRODUCTIVIDAD"**

BIBLIOGRAFÍA

1. GONZÁLEZ DE TOALA, Nora; SANTAMARÍA VALLEJOS, Eric; M. DE VECCHIO, María Elena. TEORÍA Y PRÁCTICA DOCENTE, 220 PÁGINAS.
2. www.rae.com: REAL ACADEMIA DE LA LENGUA
3. NAVARRO RIBERA, Regino. TRABAJAR BIEN VIVIR MEJOR. Manual Práctico de Valores

EL DESAMPARO JURÍDICO DE LA HUELGA EN EL CANAL DE PANAMÁ:

FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS.

CECILIO CEDALISE RIQUELME
Magíster en Derecho del Trabajo
Universidad de Panamá

Desde hace mucho tiempo la huelga como la forma más acabada de exteriorización de los conflictos laborales, en nuestro medio, fue elevada a categoría de derecho constitucional autorizando el establecimiento de limitaciones legales al momento de su ejercicio, pero la prohibición en la legislación laboral que se aplica en el *Canal de Panamá* plantea un enfrentamiento originado en la propia redacción del texto fundamental que la sitúa al mismo nivel de las otras libertades públicas y, tal vez, en las tradicionales interpretaciones de la jurisprudencia constitucional.

El precepto que ampara el derecho de huelga tuvo su desarrollo legislativo en su configuración que permite restricciones especiales dentro de los servicios públicos solamente, sin variaciones jurisprudenciales, hasta que a mediados de la década de los noventa una reforma constitucional impuso otro tipo de impedimento o freno ante el reconocimiento de un nuevo valor constitucional apoyado en buena medida en las excepciones al ejercicio de este derecho colectivo expuestas por la doctrina y los organismos de control de la *Organización Internacional del Trabajo*. Fue esta reforma el cimiento para la formación de la Ley especial que en uno de sus contenidos dispuso expresamente la exclusión de la huelga dentro del Canal de Panamá, provocando distintas posiciones doctrinales sobre dicha regulación legal que fueron analizadas en el plano político y académico, pero que serán definidas en el campo judicial producto de la acción de tutela efectiva ejercida por un sector sindical.

En tal sentido, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia tendrá que pronunciarse a favor de la juridicidad de la improcedencia de la huelga impuesta en el contexto de las relaciones laborales en la *Autoridad del Canal de Panamá*, contrariando la tesis que postula que ella violenta la Constitución Política, tras dejar enfatizado que el tránsito pacífico e ininterrumpido por la vía interoceánica como valor fundamental del Estado se garantiza con el adecuado manejo de sus operaciones continuas que constituyen los servicios públicos esenciales de orden internacional que justifican la supresión o expulsión de este derecho de acción en ese régimen especial. Este precedente judicial acentuará la defensa de los derechos fundamentales que tienen prevalencia sobre los intereses de los trabajadores en conflicto, los cuales están por debajo de aquellos, distanciándose de la consolidada jurisprudencia constitucional sobre el derecho de huelga y redefiniendo el alcance y límites a su ejercicio.

Vale la pena analizar las argumentaciones jurídicas que servirán de fundamento al esperado fallo, las cuales más allá de las razones políticas se hallan en las aportaciones doctrinales y en la normativa internacional, con lo cual seguramente se ampliará el campo de aplicación del llamado *Bloque de Constitucionalidad* en nuestro sistema

jurídico al ser extendida a los derechos fundamentales de carácter económico y social. Indudablemente, que ello permitirá que puedan ser invocados y aplicados en forma efectiva los instrumentos internacionales que contengan y reconozcan derechos económicos y sociales.

1. La huelga en normativa internacional del trabajo: un componente necesario de la libertad sindical.

Es sabido que la aparición de la huelga y el resto de los fenómenos sindicales se dio durante la Revolución Industrial, cuando el proletariado y el movimiento obrero conquistan la *libertad sindical*, al resistirse a frecuentes desmanes e ignominias provenientes de la clase burguesa y de su aparato político mediante el uso de la fuerza y distintos medios que reivindicaron sus derechos inalienables. Las primeras leyes que penalizaron estos fenómenos sociales fueron el Edicto de *Turgot* de 1776, la famosa Ley de *Chapelier* de 1791 y el Código Penal *francés* de 1810. Dentro de los ordenamientos jurídicos del continente europeo su protección advino tras largos periodos de represión y despenalización o tolerancia, igual que en algunos países latinoamericanos, llegando este derecho a ser constitucionalizado primero con la Constitución de *Querétaro* de 1917 y luego en la Constitución de *Weimar* de 1919.

Así, la huelga y las otras libertades sindicales de conductas delictivas pasaron a convertirse en derechos fundamentales de los trabajadores. Este arma de presión y defensa de los trabajadores organizados representa otra de las columnas del conocido *trípode sindical*, sin la cual no tendrían sentido los derechos de asociación profesional y negociación colectiva, o constituye uno de los contenidos esenciales o parte del *núcleo duro* de la libertad sindical que fuera catalogada como la conquista más bella alcanzada por el movimiento obrero en el siglo XIX o, en palabras menos originales, la *célula embrionaria* de esta disciplina por cuanto es su primera institución jurídica como la calificamos en otro estudio[1].

Luego de esa cortísima mención sobre el antecedente histórico y las etapas que atravesara ante el ordenamiento jurídico la huelga, antes de su reconocimiento, resulta de mucho interés dejar anotado que en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no existen convenios que hagan referencia directa al derecho de huelga, pero la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* y el *Comité de Libertad Sindical* vienen consolidando una serie de criterios relativos a este componente necesario de la libertad sindical, determinando sus límites y excepciones, los cuales forman una importante jurisprudencia internacional sobre el tema.

Dicho de otro modo, en el ámbito de la OIT existe un tratamiento insuficiente en torno al derecho de huelga, como es sabido, pues las resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo hicieron referencia a este tema de modo accidental. En efecto, no existen convenios ni recomendaciones de la OIT que se ocupen explícitamente de la huelga en los servicios esenciales para

[1] Vid. De La Cueva, Mario. 1993. **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**, Editorial Porrúa, S. A., México, T. II, pp.197-276; Villásmil Prieto. 2003. Humberto. **Fundamentos de Derecho Sindical Venezolano**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp.83-126; Cedalise Riquelme, Cecilio. 2003. **Bases Sociojurídicas de la Libertad Sindical**, Editorial Portobelo, Pequeño Formato No. 229, Panamá, pp. 3-64.

la comunidad y tampoco de la huelga –en general- ha sido objeto de tratamiento específico en las normas internacionales del trabajo, con las solas salvedades del Convenio No. 105 y de la Recomendación No. 92[2].

Volviendo a la posición de los organismos de control de la OIT, efectivamente, tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical han establecido criterios en torno a la huelga y a su aplicación en los servicios esenciales de la comunidad, cuando señalan que el derecho de huelga es un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones, siendo uno de los medios esenciales de que disponen para promover sus intereses económicos y sociales, pues el derecho de huelga es corolario inescindible del derecho de sindicación protegido por el Convenio No. 87. Es el medio de acción sindical, por excelencia, mediante el cual se promueven o defienden los intereses de los trabajadores y del movimiento sindical en general.

Queda claro que este derecho colectivo no tiene carácter ilimitado o absoluto, pues su sola regulación envuelve el necesario establecimiento de condiciones, limitaciones o excepciones, dentro de los regímenes democráticos para que pueda ser ejercido de manera racional. Entonces, la huelga no sólo puede en circunstancias excepcionales ser objeto de una prohibición general sino que también puede ser reglamentada por medio de disposiciones que impongan las modalidades de ejercicio de ese derecho fundamental o restricciones a su ejercicio que sólo pueden justificarse en una situación de crisis nacional aguda e, incluso en ese estado, por un período de tiempo limitado, y sólo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación.

Con marcado énfasis se recuerda que el derecho de huelga puede ser objeto de limitaciones e inclusive prohibiciones en los casos de servicios esenciales de la comunidad, en sentido estricto del término, comprendiendo sólo aquellos cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona o parte de la población; ante una situación de aguda o grave crisis nacional, limitando su duración; y ante determinadas categorías de trabajadores. Se trata de casos excepcionales que autorizan tanto la restricción como la prohibición al ejercicio del derecho de huelga en los ordenamientos nacionales.

También aclaran que la determinación de los casos en los que podría prohibirse la huelga depende de la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. Queda registrado aquí el criterio determinante para establecer los casos que autorizan la prohibición de la huelga.

No obstante, se ha elaborado una lista abierta de actividades que aparecen incluidas dentro del restringido concepto de servicios esenciales de la comunidad entre las cuales se mencionan aquellas desarrolladas en el sector hospitalario, en el tráfico de control aéreo, al igual que los servicios de abastecimiento de agua, los servicios penitenciarios

[2] Vid. Gernignon, Bernard y Otros. 2000. **Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga**, Suiza, pp.7-10; Ackerman, Mario. 2008. *"Reflexiones sobre la limitación del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad",* **Revista Derecho del Trabajo**, No. 5 (extraordinaria), Venezuela, p.131; Fernández Prol, Francisca. 2005. **La Huelga en los Servicios Esenciales de la Comunidad**, Colección Estudios, España, pp. 74-79.

públicos y privados, los servicios de bomberos, policía y fuerzas armadas, los servicios telefónicos, etc. Esto sin perjuicio de aquellos servicios no esenciales que pudieran convertirse en esenciales, tomando en cuenta los parámetros de los mismos órganos de control.

De acuerdo con los organismos de control de la OIT que no constituyen servicios esenciales aquellas actividades que se cumplen en los bancos, los pilotos de líneas aéreas, en el sector de puertos (carga y descarga), en los parques de atracciones los servicios de correos, en las industrias de fabricación de automóviles, en la construcción, en sector transporte en general, en la metalurgia, en las actividades agrícolas, en el servicio de recolección de basuras, etc.

Para que sean aceptadas en los ordenamientos nacionales, las limitaciones o prohibiciones, resulta necesario un conjunto de garantías compensatorias a los trabajadores que hayan sido privados de este medio esencial de defensa de sus intereses socioeconómicos y profesionales. Entre esas garantías se proponen los procedimientos de conciliación y mediación, siempre que las negociaciones hayan llegado a un punto muerto y no hubiese entendimiento, previendo las reglas de su mecánica que aseguren imparcialidad y celeridad en su tramitación en la solución de los conflictos colectivos.

Adicionalmente, se tiene establecido que el ejercicio del derecho de huelga no puede entrañar la aplicación de sanciones como detenciones y despidos a los trabajadores que hagan uso de este derecho fundamental[3].

Fuera de los ámbitos de la OIT existen ciertos instrumentos internacionales que se han ocupado de la regulación e imposición de condiciones y limitantes al ejercicio del derecho de huelga en este plano entre los cuales pueden mencionarse los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, la Carta Social Europea de 1961, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Pese a que no fueron adoptados por la OIT, principal organismo encargado de producir la normativa supra estatal en materia laboral, se consideran normas internacionales de trabajo como afirma la doctrina moderna y suponen un claro reconocimiento de este contenido esencial de la libertad sindical[4]. Se advierte que existen instrumentos que tienen un alcance universal y regional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23 numeral 4, establece que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y sindicarse para la defensa de sus intereses, reconociendo el derecho de huelga como consecuencia de aquel derecho colectivo. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales dispone en su artículo 27 prevé el derecho de huelga de los trabajadores,

---

[3] 1996. Oficina Internacional del Trabajo, **Libertad Sindical**, 4ª ed., Ginebra, pp.111-134.

[4] Vid. Etala, Carlos. 2002. **Derecho Colectivo del Trabajo**, Editorial Astrea, S. A., Argentina, pp.34-349; Molina, Carlos Ernesto. 2005 **Las Normas Internacionales del Trabajo y su Efectividad en el Derecho Colombiano**, Editorial Temis, S. A., Colombia, pp.63-143.

sujetando su ejercicio a la regulación de la Ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 22, reconoce el derecho de huelga cuando señala que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a proteger sus intereses, previendo que ninguna medida legislativa puede menoscabar tales garantías. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8 ordinal d, contempla el derecho de huelga, sujetando su ejercicio a las leyes de los respectivos países, con lo cual se reconoce que este derecho colectivo puede someterse a limitaciones y excepciones cuando lo dispongan las legislaciones nacionales. Estos instrumentos internacionales fueron reconocidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia como parte de nuestro bloque de constitucionalidad, excepto aquel alusivo a los derechos fundamentales en el ámbito económico y social, tras la ratificación de todos estos tratados mediante el procedimiento constitucional, debiendo ser acatados y respetados, por lo que hacen parte del ordenamiento jurídico positivo.

Haciendo referencia al problema de la eficacia de las normas internacionales de trabajo que comprenden no sólo sus textos expresos sino las observaciones o dictámenes provenientes de sus organismos de control o aplicación, en un estudio reciente, planteamos la vigencia de esa normativa en nuestro medio y su aplicación en casos concretos, luego de destacar las formas de incorporarlas a los ordenamientos internos, siendo una de ellas la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad empleada para definir su superioridad y legitimidad constitucional al confrontarlas con los sistemas nacionales[5]. Esto implica la aceptación del bloque de constitucionalidad en materia laboral dentro de nuestro derecho.

2. La regulación jurídica de la huelga en el plano nacional: normativa y valoración doctrinal.

En Panamá, los fenómenos huelguísticos comienzan a verse durante la construcción del ferrocarril y durante la excavación de la vía interoceánica, antes y después de la fundación de la república, como lo describen los historiadores y sociólogos de nuestro país, observando que estuvo vigente primero un régimen de prohibición de la huelga impuesto durante la administración de los norteamericanos, tiempo en el cual rigieron sus leyes y su sistema judicial. A pesar de la ausencia de normas constitucionales sobre huelgas, debido a que no hubo ningún precepto que la mencionara en la Constitución de 1904, éstas se dieron con frecuencia por la explotación y segregación racial ocurrida en la antigua *Zona del Canal*, obteniendo resultados satisfactorios como la eliminación de los sistemas de discriminación, aumentos salariales y mejoras de los planes de jubilación[6].

El derecho de huelga fue reconocido como un derecho social en la Constitución Política de 1941, por vez primera, quedando prohibido en los servicios públicos y cuando tuviese fines de solidaridad, tal como se dispuso en el artículo 54.

---

[5] Cedalise Riquelme, Cecilio. 2008. *"Eficacia de las Normas Internacionales de Trabajo en Panamá"*, **Anuario de Derecho No. 34-35**, Universidad de Panamá, Panamá, p.

[6] Vid. Navas Pájaro, Luis. 1974. **El Movimiento Obrero en Panamá, (1880-1914)**, Editorial Universitaria, Panamá, pp. 75-91; Maloney, Gerardo. 1989. **El Canal de Panamá y Los Trabajadores Antillanos, Panamá 1920: Cronología de una lucha**, Ediciones Formato Dieciséis, Imprenta Universitaria Panamá, pp.16-20.

La Constitución de 1946 permitió el derecho de huelga en los servicios públicos, pero sometiendo su ejercicio a restricciones especiales conforme la fórmula prevista en su artículo 68 dentro del Capítulo Tercero de su Título III. El Código de Trabajo de 1947, primer Código Laboral, se ocupó de su desarrollo legislativo, quedando comprometido seriamente su ejercicio debido a su configuración y aplicación concreta. Al amparo de ese mandato la Corte Suprema de Justicia dejó sentado que el derecho de huelga no podía ser prohibido sino sometido a restricciones especiales, según lo dispuesto en el artículo 68, tal como se expuso en la sentencia del 7 de marzo de 1950, cuando fue declarado inconstitucional el contenido del artículo 327 del Código de Trabajo que prohibía el derecho de huelga en los servicios públicos. También se sostuvo que el ejercicio del derecho de huelga no estaba sujeto a condición alguna. Su plenitud tuvo una sola limitación fijada en los servicios públicos determinados en la Ley, según la sentencia del 5 de diciembre de 1963.

Un autorizado sector de la doctrina nacional, hace algún tiempo, aseveraba que este controvertido derecho sufrió el escamoteo de una reglamentación anárquica, confusa y de grandes vacíos y contradicciones, circunstancias jurídicas entre las cuales siempre naufragó la legalidad, y consecuentemente la justicia, de toda huelga, cuando resaltaba las novedades de la legislación laboral que derogaba la de 1947[7].

Su jerarquía constitucional se mantuvo en la Constitución Política de 1972, bajo el diseño del texto fundamental derogado, al situarlo en el mismo nivel junto a los otros derechos fundamentales y las otras libertades públicas, con la fórmula establecida en el actual artículo 69 cuyo tenor es el siguiente: “Se reconoce el derecho de huelga. La Ley reglamentará su ejercicio y podrá someterlo a restricciones especiales en los servicios públicos que ella determine”. Este derecho es regulado en el Código de Trabajo de 1972, todavía vigente, dentro de ocho capítulos del Título Cuarto del Libro Tercero relativo a las Relaciones Colectivas. En ese régimen ciertas disposiciones legales han sido reglamentadas con el Decreto Ejecutivo No. 32 del 10 de agosto de 1994, por medio del cual se establece el procedimiento de conteo de los trabajadores en huelga. Tras el estudio de la configuración jurídica de la huelga entre nosotros se apunta que le corresponde al legislador la determinación de la titularidad del derecho de huelga, ante la falta de señalamiento en la Constitución que la considera como un fenómeno colectivo, atribuyéndosela a las organizaciones sociales[8].

El derecho de huelga no tiene carácter absoluto aun cuando ostente rango constitucional, quedando sometido su ejercicio a las restricciones especiales en los servicios públicos, conforme el diseño establecido, y condicionado a los llamados límites externos que se deducen de la necesaria preservación de los otros bienes e intereses generales también protegidos constitucionalmente como son la vida e incolumidad de las

[7] Ricord, Humberto. 2002. *“El Código de Trabajo de 1972: cambio radical en la legislación laboral panameña”*, **30 Años de Vigencia del Código de Trabajo**, Editorial Sibauste, S. A., Panamá, p.223.

[8] Vid. Fábrega Ponce, Jorge. 1987. *“El Trabajo en la Constitución”*, **Estudios de Derecho Constitucional Panameño,** Editora Jurídica Panameña, Panamá, p.534; Murgas Torrazza, Rolando. 1996. *“La Huelga en Panamá”*, **La Huelga en Iberoamérica**, Editorial Aele, Perú, pp.166-167.

personas, según la doctrina extranjera, ubicándose entre ellos los servicios esenciales de la comunidad, los estados de alarma o sitio y las modalidades abusivas de huelgas[9]. Esta categoría se distingue de los límites internos que envuelven los elementos consustanciales a su esencia o naturaleza a los cuales no haremos referencia por haber sido analizados en obras magistrales e interesarnos más los primeros en esta oportunidad.

Siguiendo con el estudio de la regulación constitucional en nuestro medio es necesario señalar que el derecho de huelga no admite suspensión de su ejercicio, pues el artículo 51 de la Constitución Política establece en una lista cerrada las libertades y derechos constitucionales que pueden ser suspendidos temporalmente, en forma total o parcial, por motivos de guerra exterior o perturbación interna donde se amenace la paz y el orden público con la declaratoria de un estado de urgencia nacional. En otras palabras, la suspensión del derecho de huelga como tal no tiene cabida en nuestro medio, ya que la propia Constitución establece el elenco de las garantías y derechos fundamentales que pueden ser suspendidos ante las perturbaciones del orden público sea por causas externas o internas; no obstante, los cauces que se utilizan para ponerlo de manifiesto como la libertad de expresión si puede ser objeto de suspensión.

En la esfera de los servicios públicos el ejercicio del derecho de huelga siempre ha sido escamoteado, utilizando una expresión de cierto sector doctrinal, al punto que la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia sujeta su reconocimiento al desarrollo legislativo en el caso de los educadores como se aprecia en el fallo de 23 de agosto de 1994, tras sostener que mientras no se dicte una Ley, los educadores como funcionarios públicos sólo pueden hacer expresamente lo que autoriza la legislación. Dicho criterio judicial se opone a las previsiones de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, cuyo contenido regula la carrera administrativa en Panamá donde se reconoce el derecho de huelga de los servidores públicos en general de acuerdo con el artículo 135. También se distancia de la vieja jurisprudencia constitucional sobre el derecho de huelga en los servicios públicos, incluidos los servicios médicos y de la educación concretamente, considerados ámbitos o zonas donde se impide el ejercicio de ese derecho colectivo en nuestro medio.

En esta materia se sostiene que los servicios públicos no deben ser confundidos con los servicios esenciales, teniendo ambas locuciones que ser precisadas para no acudir a las enumeraciones extensas que son elaboradas para describirlas como viene sucediendo en las diferentes legislaciones vigentes en nuestro medio, estableciendo como una línea divisoria la relación de género a especie que existe entre ellos donde el servicio público representa el primero y los servicios esenciales están comprendidos dentro de la última categoría, por lo que es sabido que no todo servicio público sea esencial en cambio todo servicio esencial sí constituye un servicio público[10].

[9] Ojeda Avilés, Antonio. 1995. **Derecho Sindical**, Editorial Tecnos, S. A., España, p.480.

[10] Vargas Velarde, Oscar. 2000. *"Las Clases de Huelga en la Legislación Laboral Panameña",* **Anuario de Derecho No. 29**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, p.456.

Ante una reforma que pretendía debilitarlo o cercenarlo, al introducir el arbitraje obligatorio en el sector privado, el Pleno de la Corte sostuvo que a ese derecho colectivo se le aplican ciertas restricciones especiales en los servicios públicos que la Ley determina, no a la esfera privada, tal como dispuso la sentencia del 23 de marzo de 1999. Asimismo, se declara que este constituye un derecho humano fundamental que hace parte de la vida democrática del país, cuyo contenido de orden social al momento de su ejercicio debe ser escrupulosamente tutelado ante el escrutinio judicial.

Otro de los importantes razonamientos expuestos en el mencionado fallo está referido al reconocimiento de un derecho que no es ilimitado o absoluto, cuando se dispuso que no es dable la prohibición de la huelga en la empresa privada en ninguna rama de la actividad económica donde concurre el capital y trabajo por razón de la duración de la misma y de sus consecuencias jurídicas, salvo las limitaciones para los servidores públicos, ya sea que éstos sean prestados por instituciones públicas o por empresas privadas. Implícitamente, se está admitiendo la posibilidad de prohibir el ejercicio del derecho de huelga en el sector público.

Cabe recordar que este pronunciamiento se produjo después de las últimas reformas constitucionales en 1995, cuando entre otras cuestiones, se introdujo todo un título sobre el *Canal de Panamá*, protegiéndolo como uno de los bienes supremos del Estado. Allí, fue creada una institución de derecho público llamada Autoridad del Canal de Panamá, encargada de la administración y manejo de ese importante recurso natural, declarando además que su tránsito debe ser continuo e ininterrumpido puesto que su manejo y sus operaciones representan servicios públicos esenciales de orden internacional, y se dispuso que su funcionamiento será sometido a un régimen especial que incluye los asuntos laborales. Esas reformas trajeron un cambio trascendental en materia de servicios públicos dado que a este nivel, por vez primera, se habla de servicios públicos esenciales de la comunidad como un tipo de servicio público que no puede ser interrumpido por ningún motivo. (Véase, arts. 316 a 322 de la CP).

Este medio de lucha fue concebido como un derecho social y económico, desde su consagración en el segundo texto político nacional, sin que se hubiese establecido en ninguno de los referidos preceptos la titularidad individual o colectiva del derecho de huelga, su función ni su amplio contenido que envuelve variadas formas de manifestarse en el terreno práctico. El cuadro normativo establecido en los fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia no colma las insuficiencias de la configuración constitucional del derecho de huelga ni declaran que el ejercicio de este derecho cede su paso ante el resto de los derechos, valores o intereses generales protegidos constitucionalmente como lo hace con las expresas limitaciones previstas.

De la regulación y tratamiento de la huelga en nuestro sistema constitucional, en definitiva, se observa que este peculiar derecho requiere de una sistemática e integral reforma que aluda no sólo a sus límites externos que incluyen sus suspensiones y excepciones, concretamente, sino a los otros aspectos indicados en este estudio. En otra publicación que aparecerá pronto se abordan todos estos temas de forma detallada.

2.1. Improcedencia de la huelga según la Ley 19/97, fundada en la

noción de servicios esenciales de la comunidad internacional que brinda el Canal de Panamá, se configura como un límite externo del ejercicio del derecho de huelga.

En desarrollo de los preceptos constitucionales incorporados en 1995 es aprobada la Ley 19 del 11 de junio de 1997, por medio de la cual se regula la *Autoridad del Canal de Panamá*, en lo sucesivo (ACP), estableciendo su estructura orgánica y funcional. De esa singular legislación varias disposiciones y normas han sido objeto de censura ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, tras acalorados debates generados entre sectores sindicales y empresariales, académicos y profesionales.

La imposibilidad de hacer uso de la huelga y de cualquier otra medida de presión sindical en los conflictos laborales dentro de la ACP, se dispuso en el artículo 92 cuyo tenor es el siguiente: “Para asegurar que no se afecte el servicio público internacional para el cual fue creado el Canal, su funcionamiento no podrá interrumpirse, ni total ni parcialmente, ni desmejorarse por causa alguna. Se prohíbe la huelga, el trabajo a desgano y cualquier otra suspensión injustificada de labores. De ocurrir alguno de estos hechos, la administración de la Autoridad procederá a adoptar las medidas para restablecer de inmediato el servicio y aplicará las sanciones establecidas en la Ley y en los reglamentos, incluyendo el despido”. Esta disposición legal revive el modelo represivo de la huelga que imperaba después de la construcción de la vía acuática y que estaba contenida en la sección 6-26 del capítulo 711 del Reglamento del Canal, cuando operaba en la denominada Zona del Canal de Panamá la antigua compañía del canal que era administrada por el gobierno estadounidense.

Según la norma copiada no se permite el ejercicio del derecho de huelga ni sus diferentes modalidades en el contexto de las relaciones laborales en la ACP, debido a que los servicios que brinda el Canal de Panamá son catalogados servicios públicos esenciales de naturaleza internacional y su funcionamiento no puede ser ininterrumpido por ningún motivo. Por tanto, en este ámbito el ejercicio de ese derecho colectivo se encuentra vedado o prohibido, según la terminología de la Ley, instituyendo en el mundo de la ACP el conocido modelo represivo de la huelga. Son reputados servicios esenciales de la comunidad internacional, según la calificación del constituyente panameño, las operaciones que conducen al buen funcionamiento del Canal y, a su vez, el tránsito pacífico por la vía interoceánica que son el resultado de complicadas y complejas actividades realizadas por los trabajadores del Canal de Panamá.

Como garantías compensatorias por haberse excluido o suprimido el ejercicio del derecho de huelga, según las recomendaciones de la OIT, la legislación laboral de la Autoridad del Canal de Panamá contempla otras protecciones como son: un avanzado sistema de negociación colectiva libre de intervención administrativa, el cual permite mecanismos de solución de quejas y procedimientos conciliatorios, con posibilidad de invocar la figura del arbitraje en su modalidad voluntaria como último instancia en la solución de los conflictos laborales, junto a el sofisticado modelo de representación colectiva de los trabajadores, los cuales están dirigidos a defender los intereses de los trabajadores del Canal.

Entre nosotros se advierte que la prohibición de la huelga contenida en el artículo 92 de la LOACP, opción del legislador patrio ante los servicios

esenciales que brinda el Canal de Panamá, viene a plantear la necesidad de interpretar no sólo los términos del derecho de huelga consagrado en el artículo 65 CP, en cuanto a la titularidad o su aspecto subjetivo y alcance de las restricciones especiales a las que puede ser sometido este derecho; sino también la de determinar el concepto de servicio esencial prestado por el Canal a la comunidad internacional, según el art. 316 CP, el cual supone uno de los límite externos de éste o de cualquier otro derecho reconocido constitucionalmente a favor de los ciudadanos panameños[11].

Tomando partido por la eliminación de esa disposición legal que se aplica a las relaciones laborales de la ACP, un sector doctrinal considera que debe respetarse en ese ámbito el reconocido derecho de huelga sometido únicamente a restricciones en los servicios públicos, entendiendo que el tránsito por la vía interoceánica puede mantenerse siempre acudiendo a los turnos de urgencia o servicios mínimos de los trabajadores[12]. Esta posición subraya que los servicios que brinda el Canal consistentes en facilitar el paso acuático de las naves internacionales forman parte de los servicios de transporte en general, proponiendo que no constituyen servicios esenciales, por lo que su interrupción no pondrían en peligro la vida, la salud ni la seguridad de las personas aunque la Constitución establezca que se trata de un servicio público internacional esencial.

La improcedencia de la huelga prevista en dicho ordenamiento laboral especial, sin lugar a dudas, representa uno de los límites externos al ejercicio del derecho de huelga puesto que está destinada a preservar la coexistencia del resto de derechos fundamentales de la sociedad y los intereses o bienes generales también protegidos constitucionalmente. Este supuesto de excepcionalidad como es denominado en la doctrina puede ser explicado, atendiendo a cualquiera de los siguientes criterios objetivos: en la exclusión hecha ante determinadas prestaciones inaplazables para la comunidad, en la confrontación entre intereses generales y los intereses de los trabajadores, y frente a los efectos dañosos que la interrupción del servicio ocasiona o pudiera ocasionar a la población usuaria, según apunta la doctrina extranjera con lo que estamos de acuerdo[13]. A nuestro entender, los intereses de la comunidad nacional e internacional están por encima de los intereses de los trabajadores del Canal de Panamá y justifican verdaderamente la exclusión de la huelga en la ACP, siguiendo la doctrina de los órganos de control de la OIT, por lo que no existe una afrenta al ordenamiento constitucional.

Las afirmaciones arriba mencionadas sirven de fundamento para la exclusión de la huelga en la ACP, pues la calificación de servicios esenciales de la comunidad internacional asignada por el constituyente a las actividades que brinda el Canal de Panamá, fuera de haberse hecho con anticipación a sus consecuencias tiene vigencia y prevalencia en cualquier circunstancia. A

[11] Roquebert León, María. 2000. *"El Canal de Panamá y El Derecho de Huelga"*, **Revista Tareas No. 105**, Editorial Cela, Panamá, p. 77.

[12] Turner Yau, Anayansi. 2008. *"El Derecho de Huelga en el Canal de Panamá",* Boletín Informativo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, www.up.ac.pa./ftp/f/derecho, p.15.

[13] Valdés Dal Ré, Fernando. 1998. *"Derecho de Huelga: Interés Comunitario y Defensa de los Derechos Fundamentales",* **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Imprenta Sibauste, S. A., Panamá, p.272.

tal efecto, la seguridad de la población residente y de paso en el territorio nacional viene a convertirse en uno de esos derechos generales y comunitarios que prevalecen sobre los intereses y derechos de los trabajadores de la vía interoceánica. Entonces, el derecho de huelga cede ante la vida, salud y seguridad de las personas que sí tienen carácter absoluto, a diferencia de ese derecho fundamental.

Sin acudir a los razonamientos derivados del conjunto de normas contenidas en el Tratado de Neutralidad –que encierran la idea que el uso del Canal de Panamá debe quedar libre de amenazas, peligro o riesgos- que complementa los Tratados *Torrijos-Carter,* los cuales también fundamentan la prohibición establecida en la Ley, hemos defendido la tesis que sobrepone los otros derechos, intereses y valores protegidos constitucionalmente sobre los intereses de los trabajadores que son promovidos y tutelados tradicionalmente mediante el ejercicio del derecho de huelga que no opera en la ACP[14].

2.2. Presencia del bloque de constitucionalidad en el ámbito de los derechos económicos y sociales.

En el sistema panameño el llamado *bloque de constitucionalidad* se introdujo por vía jurisprudencial, al igual que en España, pero a diferencia del régimen francés cuyo origen responde fundamentalmente a una elaboración doctrinal, según se advierte en el fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1990. Este vocablo denota el conjunto de reglas o criterios que sirven como parámetros de control para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes y el resto del ordenamiento jurídico. En concreto, por este medio se controla la constitucionalidad de la normativa jurídica del país, desarrollando uno de los aspectos más sensibles de la interpretación e integración constitucional, en virtud del cual se asigna prevalencia a ciertos instrumentos jurídicos internacionales sobre el ordenamiento interno, según desataca la doctrina moderna.

Conforme ese emblemático pronunciamiento los elementos que integran el bloque de constitucionalidad están referidos a las normas formalmente constitucionales, la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los derechos fundamentales (individuales o sociales) y las garantías procesales previstas en la Constitución y las que constan en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos del Hombre ratificados por Panamá y la costumbre constitucional. También componen este fenómeno el Reglamento de la Asamblea Nacional, las normas derogadas de la Constitución y el Estatuto de Retorno Inmediato al Orden Constitucional. (Véanse, los fallos del 16 de octubre de 1991, 3 de agosto de 1990 y 14 de febrero de 1991).

A pesar del reconocimiento expreso de los denominados *derechos sociales fundamentales* como uno de los elementos que integra el bloque constitucional, existe una corriente jurisprudencial que tiende a excluir esa categoría de derechos fundamentales de la doctrina del bloque de constitucionalidad como bien se advierte en la Sentencia de 23 de mayo de 1991,

[14] Cedalise Riquelme, Cecilio. 2007. *"La Improcedencia de la huelga en el sistema de relaciones laborales en el Canal de Panamá",* **La Revista del Abogado**, No. 5, año 2, pp. 17-18. Vid. Tesis de Maestría, 2006. **Juridicidad de la Improcedencia de la Huelga en el Canal de Panamá. Salvedad del Derecho de Huelga.** Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, pp.101-168.

emitida por el Pleno de la Corte cuando decidió la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 25 de 1990, disponiendo que los convenios internacionales de la OIT ratificados por Panamá formalmente tienen valor de Ley y no tienen jerarquía constitucional. Un sector de la doctrina nacional sostiene que las normas de derecho internacional, como regla general, no forman parte del bloque de constitucionalidad, excepto algunos derechos civiles y políticos indispensables en nuestro Estado de Derecho[15].

Entonces, se observa que el Pleno de la Corte como Tribunal Constitucional tiene una posición incoherente ante la incorporación de las normas internacionales del trabajo al derecho interno, ya que estima que ellas caen dentro del denominado bloque de legalidad y no como parte del bloque de constitucionalidad, pese a que reconoce y coloca en esta última categoría los instrumentos internacionales referidos a ciertos derechos fundamentales de carácter individual.

No obstante, a nuestro entender no existe ningún razonamiento válido ni lógico para impedir que los derechos fundamentales de orden socioeconómico, o mal llamados derechos de segunda generación, integren la doctrina del bloque de constitucionalidad. Esta categoría de derechos como los derechos individuales y políticos son tan necesarios para la convivencia del Estado democrático, además que son derechos por excelencia humanos y fundamentales dentro de cualquier sociedad civilizada. Por ello, creemos que su exclusión no tiene justificación bajo ningún punto de vista y, en consecuencia, deben tener plena vigencia en nuestro medio, por lo cual abogamos por la inclusión de los derechos fundamentales de los trabajadores establecidos en las normas internacionales de trabajo en la doctrina del bloque de constitucionalidad.

Cabe recordar que los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se ubican los derechos colectivos o sindicales, dentro de nuestro ordenamiento constitucional están protegidos dentro del Título Tercero que alude a los Derechos y Deberes individuales y sociales en la Constitución Política de Panamá de 1972. Bajo esta protección constitucional se encuentran las Garantías Fundamentales, La Familia, El Trabajo, La Cultura Nacional, La Educación, La Salud y Seguridad Social, El Régimen Ecológico y Agrario entre otros.

La posición de no admitir los derechos sociales fundamentales dentro de la teoría del bloque de constitucionalidad, mediante una interpretación restrictiva del Pleno de la Corte Suprema de Justicia que alcanza a las garantías individuales solamente, como es obvio, no se encuentra acorde con la nueva concepción del Estado Social de Derecho que caracteriza toda sociedad moderna y democrática.

Tras explicar el concepto derechos sociales fundamentales y concebirlo como derechos subjetivos y generales de las personas dentro del Estado democrático y reconocidos en la Constitución, recientemente, un autorizado sector doctrinal expuso que considerar únicamente como derechos fundamentales los derechos y garantías de defensa, excluyendo los derechos de prestación que son categorías incuestionables de derechos fundamentales, comporta una reducción del contenido de las disposiciones de los

[15] Hoyos, Arturo. 1993. **La Interpretación Constitucional**, Editorial Temis, S. A., Colombia, pp. 105-106.

derechos fundamentales que es propia del liberalismo clásico y burgués superada por el Estado Social de Derecho[16].

Desde una perspectiva comparada se recuerda la experiencia colombiana donde el bloque de constitucionalidad es objeto de un progresivo desarrollo, llegando a ampliarse su alcance con la sentencia T568-99 de la Corte Constitucional que reconoce los derechos económicos y sociales como parte esencial de los derechos fundamentales, los cuales son indivisibles e interdependientes, como se expuso al referirse a la libertad sindical protegida en los Convenios de OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Convención Americana de Derechos Humanos y cuando fue examinada una controversia que involucraba el derecho de educación[17].

Siguiendo la tendencia que reconoce todos los derechos fundamentales dentro del bloque de constitucionalidad o, en otras palabras, que le otorgan rango constitucional a los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, sean individuales o sociales, se encuentran países como Argentina, Costa Rica, El Salvador y Venezuela.

3. El derecho de huelga en un nuevo precepto constitucional: una necesaria reordenación legal.

Frente a las insuficiencias del régimen jurídico que ampara y tutela el derecho de huelga, en nuestro medio, se viene sosteniendo la necesidad de adoptar una nueva disposición constitucional que se ocupe de consagrar el mismo como un derecho fundamental de los trabajadores, sin exclusiones, como ocurre en otros ordenamientos constitucionales. Así, dentro del anteproyecto de Constitución Política se propuso un precepto con el siguiente tenor: "Se reconoce el derecho de huelga y el cierre patronal. La Ley reglamentará el ejercicio de ambos y podrá someterlo a restricciones o prohibiciones especiales en los servicios públicos"[18]. Esta formulación no incluye aspectos como la titularidad del derecho de huelga ni la función que debe cumplir este derecho colectivo.

Por ello, sugerimos la adopción de un precepto que contenga la siguiente redacción: "Se reconoce el derecho de huelga a los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley reglamentará su ejercicio tanto para los trabajadores como para las organizaciones sociales y podrá someterlo a limitaciones y excepciones en los servicios públicos determinados en ella previamente".

Se estima que la reordenación legal ha de responder al mandato fundamental que establezca no sólo las limitaciones al ejercicio de este derecho colectivo sino las excepciones o prohibiciones expresas que seguramente serán avaladas en el próximo pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

---

[16] Arango Rivadeneira, Rodolfo. 2005. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**, Legis Editores, S. A., Universidad Nacional de Colombia, Colombia, pp. 35-36.

[17] Arango Olaya, Mónica. 2006. *"El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana"*, Universidad CESI, Colombia, www.biblioteca./cesi.edu.co/egi-oblig, pp.79-102.

[18] Quintero Correa, César. 2003. **Anteproyecto de Constitución de la República de Panamá**, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos Nacionales, Universidad de Panamá, Panamá, p. 13.

Esta misma situación se presenta en España donde se viene impulsando una nueva regulación del derecho de huelga, según indica su doctrina científica, puesto que cuestionan la función supletoria por vías de interpretación de sentencias normativas y abogan por su cesación a pesar de la estelar sentencia del Tribunal Constitucional de 1981, todo esfuerzo legislativo ha resultado fallido, independientemente de las cuestiones y puntos concretos que pueden ser contemplados en el adormecido instrumento preparado en ese país[19]. Por eso, se recomienda la adopción de una Ley Orgánica que norme las cuestiones abordadas en su jurisprudencia y práctica sindical.

El debate sobre la necesidad de una nueva ley que desarrolle el texto constitucional fue planteado con anterioridad por la autorizada doctrinal laboral de ese país,[20] cuando se destacaron las razones positivas y negativas, así como los argumentos de autorregulación sindical, concluyéndose que la ordenación del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad debe contener los límites de su ejercicio a fin de garantizar un uso correcto de mismo que no lesione los derechos de los usuarios ni de los ciudadanos de la sociedad española.

En definitiva, la reseñada experiencia comparada podría servir de apoyo a la redacción de la urgente y necesaria reordenación legal del derecho de huelga en nuestro medio.

Colón, en víspera de la navidad, a los veintidós días del mes de diciembre de dos mil ocho.

[19] Muñoz González, José. 2002. *"Hacia una Nueva Regulación del Derecho de Huelga"*, **Revista La Toga No. 139**, Colegio de Abogados de Sevilla, Noviembre-Diciembre, pp.28-30.

[20] Rojo Torrecilla, Eduardo. 1989. *"Balance de diez años de Desarrollo del Derecho Constitucional de Huelga y Perspectivas de Futuro",* **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), No. 66**, Octubre-Diciembre, pp.213-233.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Vid. De La Cueva, Mario. 1993. **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**, Editorial Porrúa, S. A., México, T. II, pp.197-276; Villásmil Prieto. 2003. Humberto. **Fundamentos de Derecho Sindical Venezolano**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp.83-126; Cedalise Riquelme, Cecilio. 2003. **Bases Sociojurídicas de la Libertad Sindical**, Editorial Portobelo, Pequeño Formato No. 229, Panamá, pp. 3-64.
2. Vid. Gernignon, Bernard y Otros. 2000. **Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga**, Suiza, pp.7-10; Ackerman, Mario. 2008. *"Reflexiones sobre la limitación del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad",* **Revista Derecho del Trabajo**, No. 5 (extraordinaria), Venezuela, p.131; Fernández Prol, Francisca. 2005. **La Huelga en los Servicios Esenciales de la Comunidad**, Colección Estudios, España, pp. 74-79.
3. 1996. Oficina Internacional del Trabajo, **Libertad Sindical**, 4ª ed., Ginebra, pp.111-134.
4. Vid. Etala, Carlos. 2002. **Derecho Colectivo del Trabajo**, Editorial Astrea, S. A., Argentina, pp.34-349; Molina, Carlos Ernesto. 2005 **Las Normas Internacionales del Trabajo y su Efectividad en el Derecho Colombiano**, Editorial Temis, S. A., Colombia, pp.63-143.
5. Cedalise Riquelme, Cecilio. 2008. *"Eficacia de las Normas Internacionales de Trabajo en Panamá"*, **Anuario de Derecho No. 34-35**, Universidad de Panamá, Panamá, p.

6. Vid. Navas Pájaro, Luis. 1974. **El Movimiento Obrero en Panamá, (1880-1914)**, Editorial Universitaria, Panamá, pp. 75-91; Maloney, Gerardo. 1989. **El Canal de Panamá y Los Trabajadores Antillanos, Panamá 1920: Cronología de una lucha**, Ediciones Formato Dieciséis, Imprenta Universitaria Panamá, pp.16-20.
7. Ricord, Humberto. 2002. *"El Código de Trabajo de 1972: cambio radical en la legislación laboral panameña"*, **30 Años de Vigencia del Código de Trabajo**, Editorial Sibauste, S. A., Panamá, p.223.
8. Vid. Fábrega Ponce, Jorge. 1987. *"El Trabajo en la Constitución"*, **Estudios de Derecho Constitucional Panameño,** Editora Jurídica Panameña, Panamá, p.534; Murgas Torrazza, Rolando. 1996. *"La Huelga en Panamá"*, **La Huelga en Iberoamérica**, Editorial Aele, Perú, pp.166-167.
9. Ojeda Avilés, Antonio. 1995. **Derecho Sindical**, Editorial Tecnos, S. A., España, p.480.
10. Vargas Velarde, Oscar. 2000. *"Las Clases de Huelga en la Legislación Laboral Panameña",* **Anuario de Derecho No. 29**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, p.456.
11. Roquebert León, María. 2000. *"El Canal de Panamá y El Derecho de Huelga"*, **Revista Tareas No. 105**, Editorial Cela, Panamá, p. 77.
12. Turner Yau, Anayansi. 2008. *"El Derecho de Huelga en el Canal de Panamá",* Boletín Informativo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, www.up.ac.pa./ftp/f/derecho, p.15.
13. Valdés Dal Ré, Fernando. 1998. *"Derecho de Huelga: Interés Comunitario y Defensa de los Derechos Fundamentales",* **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Imprenta Sibauste, S. A., Panamá, p.272.
14. Cedalise Riquelme, Cecilio. 2007. *"La Improcedencia de la huelga en el sistema de relaciones laborales en el Canal de Panamá",* **La Revista del Abogado**, No. 5, año 2, pp. 17-18. Vid. Tesis de Maestría, 2006. **Juridicidad de la Improcedencia de la Huelga en el Canal de Panamá. Salvedad del Derecho de Huelga.** Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, pp.101-168.
15. Hoyos, Arturo. 1993. **La Interpretación Constitucional**, Editorial Temis, S. A., Colombia, pp. 105-106.
16. Arango Rivadeneira, Rodolfo. 2005. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**, Legis Editores, S. A., Universidad Nacional de Colombia, Colombia, pp. 35-36.
17. Arango Olaya, Mónica. 2006. *"El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana"*, Universidad CESI, Colombia, www.biblioteca./cesi.edu.co/egi-oblig, pp.79-102.
18. Quintero Correa, César. 2003. **Anteproyecto de Constitución de la República de Panamá**, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos Nacionales, Universidad de Panamá, Panamá, p. 13.
19. Muñoz González, José. 2002. *"Hacia una Nueva Regulación del Derecho de Huelga"*, **Revista La Toga No. 139**, Colegio de Abogados de Sevilla, Noviembre-Diciembre, pp.28-30.
20. Rojo Torrecilla, Eduardo. 1989. *"Balance de diez años de Desarrollo del Derecho Constitucional de Huelga y Perspectivas de Futuro",* **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), No. 66**, Octubre-Diciembre, pp.213-233.

COLABORADORES DEL ANUARIO DE DERECHO

BREVE SEMBLANZA DEL DOCTOR CARLOS ALFREDO LÓPEZ GUEVARA

Juan O. Van Eps D.
Investigador Jurídico
Centro de Investigación Jurídica

"Hay quiebra de la Justicia de Panamá. Pero el pueblo panameño está en marcha. Camina hacia la luz para hacer prevalecer la razón, el derecho y la justicia sobre la fuerza."

Dr. Carlos Alfredo López Guevara. Anuario de Derecho N° 9. 10 de abril de 1968.

Conocí al Dr. Carlos A. López Guevara a mediados de la década de los sesenta del pasado siglo, en circunstancias en que yo cursaba el segundo año de la carrera de Derecho y Ciencias Políticas en esta casa de estudios. Era un momento histórico en que la desastrosa guerra de Vietnam inflamaba los ánimos de la juventud en todas partes del mundo; en que la revolución cubana aún conservaba para ciertos estudiantes parte de su atractivo original y en que en Panamá, los acontecimientos de enero de 1964, habían tornado sumamente crítica la situación de la presencia norteamericana en el istmo y de la vigencia " perpetua" del tristemente célebre Tratado Hay- Buneau Varilla, lo que dio lugar a las negociaciones que culminarían posteriormente en los frustrados proyectos de Tratados conocidos como "tres en uno". Al Dr. López Guevara le correspondió impartir, en esas condiciones, la cátedra de Derecho Internacional Público en esta Facultad.

No era, desde luego, una tarea fácil. En muchos momentos la explicación sobre las normas de Derecho Internacional Público que llevaba a cabo el profesor era fuertemente confrontada por estudiantes debido a las circunstancias particulares de aquel momento. Para nuestra sorpresa, conversando con el Dr. López Guevara, más de cuarenta años después, éste recordaba nítidamente aquel curso y la participación de los estudiantes, confesándonos que fue su formación como maestro en la Escuela Normal de Santiago la que le permitió mantener el control dentro del aula.

El Dr. López Guevara nació de un hogar humilde del interior de nuestro país, en Pocrí de Aguadulce en el año de 1929. Por sus méritos como estudiante obtuvo una beca otorgada por el Municipio de Aguadulce que le permite ingresar en la Escuela

Normal de Santiago, el centro por excelencia de la formación magisterial en Panamá, en donde obtuvo con honores su título de Maestro de Primera Enseñanza. En virtud de lo estipulado por la Ley 47 de 1946 le correspondió entonces otra beca, ingresando en tal virtud en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. En ésta destacó como excelente estudiante y dirigente estudiantil, egresando con el primer puesto de honor de la Universidad. Obtiene otra beca para realizar estudios de postgrado y ella le permitió ingresar a la Universidad de Nueva York, en donde obtiene el título de Master en Derecho Comparado y una recomendación que le facilita el ingreso a la Universidad de Harvard. Este prestigioso centro de estudios norteamericano le otorga una Maestría en Leyes con especialización en Inversiones Internacionales y Derecho Marítimo, obteniendo adicionalmente por parte de esta última casa de estudios, la beca que le hace posible cursar el Doctorado en Derecho Internacional Público en la misma Universidad, obteniendo el título en 1958.

A su regreso al istmo se desempeña como profesional en el campo del derecho y como profesor en la Universidad de Panamá. Al producirse en 1968 la crisis institucional que motivó las palabras que encabezan este bosquejo biográfico y el subsiguiente golpe de Estado, e iniciarse el Proceso Revolucionario que condujo el General Omar Torrijos Herrera, el Dr. López Guevara es nombrado Ministro de Relaciones Exteriores, cargo que desempeña durante 1968 y 1969. En 1971 es designado, junto con otros distinguidos panameños, como Embajador Especial Negociador para concertar un nuevo Tratado con los Estados Unidos de América sobre el Canal de Panamá y su Neutralidad. El producto de tales negociaciones serían los Tratados Torrijos-Carter, que darían lugar a la derogación del Tratado Hay-Buneau Varilla, con la consiguiente eliminación- al cumplirse los términos correspondientes- de la Zona del Canal, de la presencia militar norteamericana en el territorio nacional, y al retorno del Canal e instalaciones aledañas a la jurisdicción panameña. Posteriormente, en 1978, es designado por el gobierno nacional como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante los gobiernos de los Estados Unidos de América y de Canadá.

La distinguida trayectoria del Dr. López Guevara como estudiante, como docente y como hombre público constituye a nuestro juicio un vital ejemplo de la trascendencia que ha tenido la Casa de Méndez Pereira y especialmente nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la forja de la Nación panameña y la consolidación de la soberanía e independencia nacional.

RECENSIONES

ARANGO DURLING, Virginia. "*Consideraciones Político Criminales sobre el Delito de Lesiones al Feto"*. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y ciencia Políticas Reconocimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá en sus 90 años.- Panamá: Imprenta Sibauste, 2008.

El presente estudio se enfoca en **Las Consideraciones Político Criminales sobre el Delito de Lesiones al Feto,** en esta Investigación se parte de la base que, históricamente la Legislación Panameña ha Tutelado la vida y la integridad personal, en las figuras del delito de Homicidio, del Aborto y de las lesiones personales, aunque no desde la perspectiva de las lesiones causadas al producto de la concepción, es decir, al feto, como sucede, hoy en día, siguiendo las tendencias modernas del Derecho Penal. En efecto, en muchos países se ha reconocido la necesidad de tutelar la vida humana en sus distintas fases de desarrollo, en concreto contra los actos que implican la destrucción del feto o del embrión, por lo que de hecho se a posibilitado su tutela penal en las legislaciones, dentro de los "Delitos contra la vida humana en formación", dando así "un paso más en la protección del Feto", y por ende a llenar un vació legislativo.

En este articulo se aprecia la importancia que tiene el Delito de Lesiones al Feto, por lo que, se justifica sus tutela Penal en el Ordenamiento Jurídico Panameño, pues se trata de un Bien Curico necesitado de Protección Penal, pues las Normas actuales comprendidas dentro de los "Delitos contra la Vida Humana", homicidio, aborto provocado y lesiones personales, son inadecuadas para proteger la vida humana en formación, como es la del Feto.

Ángela M. Álvarez B.
Ayudante de Investigador Jurídico

CUEVAS, ADRIAN "*Estudio Sobre La Compatibilidad Del Aparato Jurídico Y Legislativo De La Republica De Panamá Con El Derecho Internacional Privado"***.** Anuario de Derecho No. 32-33, Centro de Investigación Jurídica, 2003-2004.

El Magíster Adrián Cuevas en este trabajo, hace un estudio exhaustivo sobre la compatibilidad del aparato jurídico y legislativo de la República de Panamá con el Derecho Internacional Humanitario, para ello, hace un análisis sobre el cumplimiento del Estado Panameño en cuanto a la aprobación de normas de Derecho Internacional Humanitario y su debida incorporación en nuestro ordenamiento jurídico.

El autor en este artículo, para poder cumplir cabalmente su objetivo principal, recopila una serie de Tratados Internacionales en los cuales el Estado Panameño ha sido parte e incluye las respectivas Leyes

y Decretos de aprobación y/o ratificación, además abarca información sobre eventuales gestiones en curso para la adhesión a tratados en los cuales el Estado todavía no es parte, para luego de esta forma exponer opiniones al respecto.

En conclusión, el Magíster Cuevas, nos presenta una visión actualizada del problema de la aplicación del derecho internacional humanitario, su importancia y divulgación, de allí que hace una serie de recomendaciones que buscan incluir en los planes de estudio de las ciencias sociales, contenidos básicos de la materia en cuestión tendientes a sensibilizar tanto a la población civil como a los estamentos de seguridad nacional y de esta forma unir esfuerzos en la lucha por la defensa del derecho internacional humanitario.

José A. Ávila
Ayudante de Investigador Jurídico

CEVILLE , OSCAR *"Los Paradigmas del Sistema Judicial Panameño"* . Gestión Pública. Procuraduría de la Administración, Edición No. 4, Panamá, Junio de 2008, Editora Sibauste, S.A. Pgs.: 5-14.

En *Los Paradigmas del Sistema Judicial Panameño,* el Procurador de la Administración, Oscar Ceville, hace una reflexión sobre la percepción ciudadana frente al sistema de justicia. En el preámbulo del tema en cuestión, afirma que pese a sus múltiples reformas, nuestra sociedad mantiene la idea de un sistema de Justicia "*lento, complejo, caro, ineficiente, sin seguridad jurídica y poco accesible a la mayoría de panameños y panameñas…".*

Partiendo de este problema, surge la necesidad de una nueva reforma, para lo cual el Ejecutivo convoca a un Pacto de Estado, suscribiéndose al mismo, representantes de los 3 poderes y miembros de la Sociedad Civil.

En este sentido, Ceville pretende dar respuesta a dos interrogantes: *las causas que pudiesen haber producido el agotamiento del sistema judicial como un instrumento eficaz para administrar justicia, y si el Pacto de Estado, puede cambiar el paradigma*.

Para contestar la primera, hace un análisis sobre los modelos en que fue creado el ordenamiento jurídico panameño.

Su primer punto trata sobre la Influencia del iusnaturalismo y del positivismo en el Derecho panameño, de lo cual concluye que se deriva en primera instancia, el estancamiento del sistema judicial, produciéndose así, una ineficacia que no es capaz de dar respuesta a las demandas sociales.

Para reafirmar lo anterior, seguidamente, habla sobre la norma básica en Kelsen, Hart y Dworkin. Para Kelsen, la norma básica es la Constitución, para Hart es la norma de reconocimiento de lo justo o lo injusto y Dworkin le agrega los principios que *dan razón para decidir en un sentido determinado.*

De estos tres criterios, afirma que nuestro ordenamiento se ajusta al positivismo, a la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, sobreviniendo a esto el arraigo de un sistema jurídico a *paradigmas del derecho dado, en donde la legitimidad y validez no se discuten,…*

El autor pone de manifiesto la necesidad de incluir la concepción de Dworkin sobre las sociedades de carácter pluralista a las que nos enfrentamos y la perspectiva interpretativa de las normas y principios del Derecho que han de tomarse en cuenta en su aplicación.

Para sustituir los paradigmas en que está basado nuestro sistema de justicia actual, en su reforma, a juicio de Oscar Ceville, tiene que tomar en cuenta elementos como: el *objetivo de alcanzar una justicia independiente, eficaz y eficiente, …La reforma judicial debe ser parte integral de la reforma del Estado…, tomar en cuenta la política económica del Estado,… deberá tener canales de comunicación con las organizaciones políticas y con la sociedad civil para la obtención de un consenso social que* la *legitime políticamente, … apoyo de la clase política,* inclusión la opinión del *destinatario del servicio público de administrar justicia.*

Finalmente, en su respuesta a *si el Pacto de Estado, puede cambiar el paradigma*, sostiene que se ha dado un paso importante en reunir a los 3 órganos del Estado con la sociedad civil, pero, frente a esto se presenta el tema de lograr el consenso. Para lo cual expone dos fórmulas doctrinales, la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, destacando la imparcialidad como primera virtud de las instituciones sociales y, también propone la teoría de Jürgen Habermas, destacando que se debe apelar por *valores más que por intereses* para lograr un consenso.

**Las cursivas son del autor.*

Cristel Y. De León M.
Ayudante de Investigador Jurídico

SANTAMARÍA, ANA RAQUEL; MORENO, YARA M.; de PRECIADO, MARÍA EUGENIA y HERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO "*Juzgados Penales Electorales en Panamá, Una figura innovadora en la Región".* Revista Mundo Electoral. Año 1, No. 1, Editora Sibauste S.A., Panamá 2008.

Los cuatro (4) jueces penales electorales, autores de este artículo, afirman que estos juzgados representan una herramienta innovadora en materia de justicia electoral, la única en América Latina. Fueron creados mediante la Ley 60 del 17 de diciembre de 2002[1], su propósito es garantizar la doble instancia en los procesos electorales ya que, antes estos casos eran vistos en única instancia por los magistrados del Tribunal electoral.

I- NOMENCLATURA.

[1] **LEY 60 de 2002 "***Que reforma el Código Electoral y Adopta otras disposiciones***".** **Dictada por** ASAMBLEA LEGISLATIVA el 17/12/2002, **Gaceta** 24705 de 23/12/2002.

La Ley 60 de 2002 fue reformada por la Ley 27 de 10 de julio de 2007[2], esta reforma surge debido a la creciente demanda de caso por resolver. Quedando divido el Territorio Nacional de la siguiente manera:

-PRIMER DISTRITO JUDICIAL: Comprende las Provincias de **Panamá, Colón, Darién** y las comarcas **Kuna Yala, Kuna de Wargandi, Kuna de Madungandi y Emberá Wounán**. Se Crean los Juzgados Primero y Segundo del Primer Distrito Judicial. El nuevo juzgado complementa la atención ante la demanda dominante en el Primer Distrito Judicial.

-**SEGUNDO DISTRITO JUDICIAL**: Comprende las Provincias de **Coclé, Herrera, Los Santos y Veraguas**; en este opera el Juzgado Primero Penal Electoral del Segundo Distrito Judicial.

-TERCER DISTRITO JUDICIAL: Comprende las provincias de **Chiriquí, Bocas del Toro y la Comarca Ngöbe Buglé**, en este opera el Juzgado Primero Penal Electoral del Tercer Distrito Judicial.

II- CÓMO FUNCIONAN ESTOS JUZGADOS:

Los Juzgados Penales electorales atienden los expedientes en donde se encuentra el sumario de los casos por delitos electorales tipificados en el Código Electoral. Estos sumarios son *instruidos por las agencias de Instrucción denominadas Fiscalía Electoral Primera, Fiscalía Electoral Segunda y Fiscalía Electoral Tercera*, representando estas, otra figura novedosa en el hemisferio.

III- TIPOS DE DELITOS:

Los delitos electorales se clasifican en 4 categorías: **la eficacia del sufragio, la honradez del sufragio, la libertad y pureza del sufragio, y la administración de justicia electoral.**

El delito más común es el de cambio de residencia electoral doloso, su pena es de 50 a 500 días-multas.

IV- PENAS:

Según el tipo de delito penal electoral, se aplica penas de días-multa, de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos ciudadanos y funciones públicas.

Cristel Y. De León M.
Ayudante de Investigador Jurídico

DE LEÓN FUENTES, BENEDICTO "*La Inseguridad Jurídica en los Procesos de Sucesión Intestada".* Memoria V Congreso Panameño de Derecho Procesal. Panamá 2008.

En esta ponencia el autor nos deja en evidencia la inseguridad jurídica que sufren las personas en el proceso de Sucesión Intestada en la medida en que se deja una puerta abierta, para que el proceso nunca acabe y se encuentre en suspenso; y todo ello por culpa del artículo 1537 del

[2] **LEY 27 de 2007 "***Que Modifica los Artículos 556, 559, 561 y 563, y deroga el Artículo 545 del Código Electoral".* **Dictada por** ASAMBLEA NACIONAL el 10/07/2007, **Gaceta** 25832 de 11/07/2007.

Código Judicial, dejando a los herederos que resultaron adjudicados con los bienes en tremenda zozobra porque no se sabe si llegará alguien a reclamar los bienes y ellos terminen siendo deudores del reclamante.

El autor analiza este problema que crea el artículo 1537 del Código Judicial, además pone en evidencia cual ha sido, aunque tímidamente, la posición del Órgano Judicial respecto a este problema.

Conforme al autor, este es un problema jurídico al cual las autoridades encargadas de resolverlo (Órgano Judicial a través de la jurisprudencia y el Órgano Legislativo a través de Leyes) no han querido darle una solución única por el temor de cometer una gran injusticia porque hay dos intereses de igual valor que hay que proteger y por eso no se ha querido dar una solución definitiva.

En este artículo el autor nos revela uno de los problemas fundamentales en esta clase de procesos y abre la puerta para la realización de un debate jurídico en donde se puedan involucrar toda la sociedad, porque es muy frecuente en nuestro país que al morir una persona no deje testamento y se hace necesario que las personas que vayan a esta clase de proceso cuente con la seguridad jurídica necesaria sin que por ello se cometan injusticias, exigencia de en Estado de Derecho como el nuestro.

Eric Tejada
Ayudante de investigador jurídico

RODRÍGUEZ ÁVILA, RUBÉN ELÍAS **"***La Responsabilidad Civil Derivada del Ejercicio de La Profesión de Abogado en Panamá"***.** Memoria V Congreso Panameño de Derecho Procesal. Panamá 2008.

En esta ponencia el autor nos expone un tema de vital importancia para todas aquellas personas que se dedican a la profesión de abogado, como lo es el de la responsabilidad Civil Derivada de la Profesión de Abogado.

El autor nos ilustra acerca de lo que abarca la profesión de abogado, nos define sus límites y además nos establece el marco legal por el cual se regula la profesión de abogado en Panamá.

También analiza el alcance de la responsabilidad legal que asume la representación legal de alguna persona, además nos explica de qué forma puede surgir responsabilidad para el abogado así como también su límite de responsabilidad para resarcir los daños y perjuicios que le son imputables a él.

La profesión de abogado, a pesar de ser una profesión liberal, esta sujeta a grandes responsabilidades tanto contractual como extracontractual incluyendo la responsabilidad civil, penal y ética; y es por ello que este artículo del autor Rubén Elías Rodríguez Ávila es tan importante tanto para los

profesionales del derecho como también para la población en general ya que son ellos los destinatarios de los servicios de un profesional del derecho, debido a que se hace necesario conocer a fondo las

responsabilidades a las cuales está expuesto el abogado.

Eric Tejada
Ayudante de investigador jurídico

CAMARGO V., LUIS A., *La Protección del Derecho a la Imagen, en el Derecho de Autor,* Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Reconocimiento a la Facultad en sus 90 años. – Panamá: Imprenta Sibauste, 2008. 224p.

En el presente artículo el autor pretende realizar un estudio sobre la relación que pueda tener el Derecho de Autor con el Derecho a la Imagen, y menciona ciertos casos que se han dado en Panamá, en los que se han llegado a confundir los derechos por la relación que guardan, sin embargo él logra establecer, la diferencia entre ambos, a quien corresponde su jurisdicción, y como han llegado a fallar los distintos tribunales sobre su competencia o no. El Magistrado pretende dejar claro el concepto de cada derecho, entendiéndose por Derecho de Autor aquel que tiene por objeto proteger una obra, que no es mas que la creación intelectual, que sea original, de naturaleza, artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada. Por Derecho a la Imagen el Magistrado Camargo deja claro que es un derecho personalísimo enmarcado dentro de los Derechos Humanos, y no es mas que el derecho que faculta a toda persona a decidir sobre la divulgación de su imagen, figura o representación. En la publicación se van respondiendo las siguientes interrogantes, hasta llegar a una conclusión coherente: 1- ¿Protege el Derecho de Autor la divulgación de la imagen de una persona sin su consentimiento?, 2- ¿La imagen de una modelo fotografiada en un estudio está protegida por el Derecho de Autor?, 3- ¿La filmación de una persona en su quehacer cotidiano o circulando por una avenida, vulnera los derechos de una persona? Las respuestas a las mencionadas interrogantes son obtenidas a través del análisis de los distintitos cuerpos normativos y que en alguna medida ya ha sido pronunciado por los tribunales especializados.

Ericka L. González M.
Ayudante de Investigador Jurídico

OBERTO S., MANUEL S., *Los Factores Innominados de Adscripción de la Competencia,* Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Reconocimiento a la Facultad en sus 90 años. – Panamá: Imprenta Sibauste, 2008. 224p.

El autor de la Mencionada publicación, pretende realizar un estudio sobre los Factores Innominados de Adscripción de la Competencia, por lo que empieza marcando la diferencia entre jurisdicción y competencia, entendiéndose por esta ultima la facultad de administrar justicia en determinadas causas, seguidamente menciona el artículo 235 del Código Judicial, donde se establece que la competencia de un juez para conocer en determinados procesos se fija: 1- Por razón de su territorio, 2- Por la naturaleza del asunto, 3- Por su cuantía, o 4- Por la calidad de las

Partes. El profesor Oberto concluye estableciendo que existen otros dos factores que adscriben la competencia, que son la conexión y el carácter funcional, factores estos a los que llaman factores innominados de adscripción de la competencia; les dan esta concepción simplemente porque no fueron incluidos en el artículo 235 del Código Judicial, donde el codificador nomino los factores que adscriben la competencia. En la publicación el autor analiza el origen de los dos factores, así como sus principales características. Por último el autor termina haciendo unas breves consideraciones sobre el tema como por ejemplo en el caso que se discute si la conexión no es un factor de adscripción de la competencia, sino que es un medio de desplazamiento y que la funcionalidad es un complemento que determina la competencia por grados.

Ericka L. González M.
Ayudante de Investigador Jurídico

GUERRA DE VILLALAZ; AURA EMÈRITA, *"Los Nuevos Delitos Penales en el Código Penal Panameño"*. Memoria V Congreso Panameño de Derecho Procesal. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Impreso en Colombia, 2008. 71p.

Con la entrada en vigencia de un Nuevo Código Penal conlleva la necesidad de una actualización ya que la misma introduce nuevas figuras delictivas haciendo indispensable su conocimiento tanto para el juzgador como para el abogado que día a día se encuentran con estos casos, por ello es altamente importante una investigación exhaustiva como la que nos presenta la Doctora Aura Guerra De Villalaz al escribir para la Memoria del V Congreso Panameño de Derecho Procesal sobre los Nuevos Delitos del Código Penal, un tema que ha sido noticia al incrementarse la pena máxima de prisión de 20 a 35 años por delitos considerados graves como el homicidio y el sicariato, según se indicó en una ceremonia oficial para anunciar la entrada en vigor de la norma legal en la que participaron el Presidente de Panamá, Martín Torrijos, y el de la Corte Suprema, Harley Mitchell y en la que se despenalizan parcialmente la calumnia e injuria que se aplicará en casos de altos funcionarios, que solo podrán acudir a la vía civil para presentar sus querellas.

Es notable que este Nuevo Código Penal introduce cambios fundamentales empezando por el esquema ideológico que se han mantenido en los cinco Código penales que hemos tenido, la Doctora Villalaz manifiesta que entre los elementos sustanciales del delito cobra importancia el tipo de injusto y la culpabilidad, al igual que la imputación objetiva al determinar la responsabilidad penal del autor y partícipes del hecho punible, de igual modo nos manifiesta que la metodología utilizada en el Código de 1982 que permitía organizar sistemáticamente los bienes jurídicos según el titular afectado, en el nuevo Código los bienes jurídicos están dispersos, o sea, que se entremezclan bienes del individuo

con bienes del Estado y con bienes de la sociedad.

Entre los nuevos delitos tipificados que se encuentran en el nuevo Código Penal están los relacionados con asuntos del consumidor, derechos colectivos que afecten los pueblos indígenas y sus tradiciones tales como la reproducción, copia o modificación integra de una obra protegida por el Derecho Colectivo de los Pueblos Indígenas, delitos contra la seguridad informática, contra la humanidad o afecten los derechos humanos, entre otros. Otras sanciones previstas serán para los delitos de corrupción de servidores públicos y de funcionarios judiciales o para el enriquecimiento injustificado.

Además de penalizar con penas de dos a cuatro años de prisión a "quien revele información confidencial de acceso restringido, así declarada en virtud de las disposiciones legales vigentes referente a la seguridad del Estado".

Además establece nuevas penas principales como lo es el arresto de fines de semana, en las penas sustitutivas se penalizará con el trabajo comunitario y en las accesorias se dará la suspensión de la licencia de conducir.

Asimismo, la nueva ley sanciona con multas o arresto de fin de semana a "quien posea legítimamente una correspondencia, grabación o documentos privados y de carácter personal no destinados a la publicidad, aunque le hubiesen sido dirigidos, y lo haga público sin la debida autorización y de ello resultare un perjuicio".

También prevé castigo a la manipulación genética, la producción de armas biológicas y atentar contra el normal funcionamiento del Canal de Panamá.

La Doctora Aura Guerra de Villalaz hace un análisis título por título de los nuevos delitos penales en la secuencia en que aparecen en el texto del nuevo ordenamiento jurídico penal, siendo de gran importancia para todo que aquel que está en la búsqueda del conocimiento, lo que si nos queda claro que con el paso del tiempo la violencia, el crecimiento delincuencial y una mayor influencia criminal ha ido en aumento, trayendo consigo una creciente inseguridad en la población, emanando ante esta situación nuevas figuras delictivas con la esperanza de que de algún modo se pueda disminuir el aumento de hechos delictivos que ponen en peligro a toda una sociedad.

Lessenia Tania Díaz Fernández
Asistente de Investigador Jurídico

BERRÍOS HERRERA, Julio Elías **"***Condiciones Estatales Especiales"*. Memoria Academia Istmeña de Derecho Internacional. Panamá: Imprenta Génesis. 2008. 9p.

El Doctor Julio E, Berríos, destacado internacionalista y Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas publicó recientemente un libro que habla sobre las CONDICIONES ESTATATLES

ESPECIALES, el mismo hace una explicación exhaustiva del Estado federal, sus características,, competencias, entre otros aspectos. Por otra parte en un enfoque muy realista nos plantea los problemas internacionales que confrontan los Estados Divididos y su condición jurídica, el autor compara la situación de los Estados divididos a aquellas que existen cuando un gobierno revolucionario ha adquirido la autoridad sobre una parte del territorio del Estado mientras que el gobierno legal mantiene su poder sobre otra parte de ese mismo territorio.

El autor nos manifiesta que cada Estado presenta, de hecho, elementos constitutivos particulares (población, consistencia del territorio, situación geográfica, estructura política, etc.) Sin embargo cuando se habla de condiciones estatales especiales se tiene en vista el status comunes a ciertos Estados y los cuales son consecuencia del hecho de haber adoptados, en la vida internacional, un comportamiento particular en el plano jurídico-político. El Doctor Berríos también toca un punto sensitivo sobre les Estados Neutralizados a perpetuidad los cuales son Estados que se obligan a no recurrir a la fuerza, salvo para defender su independencia o su integridad territorial. Esta obligación como nos plantea el autor trae como consecuencia, para los otros Estados, la obligación, a su vez, de no usar la fuerza contra los Estados neutralizados, de ahí la importancia de conocer su finalidad y las bases jurídicas de la neutralidad permanente así como su condición jurídica del Estado perpetuamente Neutralizado.

El Doctor Berríos hace un análisis de las Grandes Potencias, Estados medianos, pequeños Estados (Micro estados) y Estados en vías de Desarrollo, ya que los problemas de las relaciones entre Estados de potencias distintas conducen generalmente a la creación de diversas formas de asociación y de agrupamientos de Estados.

Es un libro completo que nos plantea un análisis muy detallado de la situación jurídica de cada Estado así como el conjunto de hechos que conducen a relaciones convencionales que son propias a cada uno y que van a definir en gran medida el status jurídico particular de cada Sociedad Internacional.

Lessenia Tania Díaz Fernández
Asistente de Investigador Jurídico

APARICIOS A., RAUL. *"Las Medidas de Retorsión en la OMC y los Convenios Bilaterales de Libre Comercio"***.** Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Reconocimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá en sus 90 años. Editora Sibauste, S.A., Panamá, 2008.

Las medidas de retorsión dentro de los convenios internacionales de libre comercio representan una forma para resolver los conflictos que suscitan diariamente en el orden económico internacional que se vive actualmente. En este artículo el profesor Raúl Aparicio, conocedor del

tema de Derecho Internacional Privado hace hincapié en el proceso que se lleva a cabo en la OMC. La OMC, institución internacional dedicada a la administración de las relaciones de intercambio mundial, lleva en sus manos una labor que como cualquier otra entidad jurídica consta de pasos importantes para tomar en cuenta los distintos intereses de los países que la conforman. Los principios que conocemos como la no-discriminación, y la reciprocidad, resaltan el comportamiento en que deben basarse los distintos países que forman parte de esta organización. El autor se centra en el sistema de solución de conflictos en la OMC, por virtud de los acuerdos bilaterales y multilaterales de los gobiernos de los Estados Miembros. Existe el Órgano de solución de diferencias el cual establece grupos expertos para que estudien las diferencias presentadas por las partes. El Órgano de Apelaciones sirve para que la partes presenten sus objeciones a las conclusiones jurídicas. Después viene la decisión final que es la sanción o medida para rectificar un hecho o en determinados casos no requiere de una sanción.

La retorsión es la suspensión autorizada de concesiones u otras obligaciones como fórmula de contrarrestar el incumplimiento de la contraparte. En otras palabras es una sanción para ejercer presión y lograr el objetivo del demandante que está siendo afectado. El autor menciona la figura de la retorsión cruzada o *(cross retaliation)* que es cuando el país reclamante toma medidas de retorsión en el marco de un sector o de un acuerdo que no ha sido infringido por el país demandado. La ley encargada para establecer medidas de retorsión en el caso de restricciones hacía Panamá es la Ley No. 58 de 12 de diciembre de 2002.

Lorena Glass N.
Ayudante de Investigador Jurídico

BERNAL, MIGUEL ANTONIO *"Evolución Constitucional desde la Separación de Panamá".* Editorial Cultural Portobelo, 2007, 52p.

Desde que Panamá formó parte del departamento de la Gran Colombia, desfilaron por el istmo una serie de constituciones guiadas por el orden jurídico Colombiano.
Empezamos con la época republicana desde 1904 donde la Junta de Gobierno Provisional, convoca una Convención Nacional Constitucional. De este proyecto el autor sustenta la creación de La Constitución Política de la República de Panamá de 1904 el cual contenía un total de 148 artículos repartidos en XVII artículos. Una de las características más circunstanciales es su carácter canalero debido a la realidad de aquel entonces. Es un hecho palpable, pues surge el deber de nuestro país de estar sujeto a las limitaciones jurisdiccionales contemplados en los tratados celebrados entre Panamá y Estados Unidos.

En 1941, la constitución, creada, además de consagrar un carácter de garantías individuales, y eliminar la intervención de los Estados Unidos

de América consagrado en su artículo 136, no gozó de popularidad, como establece el autor.
El autor sigue los pasos cronológicamente, y cae sobre la constitución de 1946 en el cual se puede observar, entre muchos de sus aspectos, la introducción de la carrera administrativa. La cuarta constitución de la era republicana, nace en 1972, y empapada del cicatrizante golpe de Estado, se formaliza debido a la función desempeñada por la designada Asamblea Nacional de Representantes. Se introducen ciertas reformas como la de 1978, el cual permitía el predominio de los militares en el poder político. En 1983 cual surge otra reforma cuyas atribuciones recaen sobre la posibilidad única de los partidos políticos a postular candidatos a legislador, y el carácter contradictorio de los circuitos electorales. La urgente necesidad de cambio sigue saliendo a la luz, por ende nacen los actos legislativos Nª1 de 1993 y Nª2 de 1994. El pueblo dice no al referéndum de 1998 que permitía la reelección del presidente.

Lorena Glass N.
Ayudante de Investigador Jurídico

VAN EPS D., JUAN O., "*Algunas Consideraciones en torno a los Antecedentes de la Legislación sobre uso de las Aguas en Panamá"***,** Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Reconocimiento a la Facultad en sus 90 años. Editorial Sibauste, Panamá, 2008. P.224.

El agua representa uno de los elementos más preciados y necesarios para el ser humano. El Profesor Van Eps hace un breve estudio de las consideraciones más importantes de los antecedentes de la legislación sobre el uso de las aguas en Panamá. El autor plantea tres etapas evolutivas de la normativa del agua en Panamá.

La Concepción Privatista es considerada la primera etapa. El agua ha sido regulada desde la civilización egipcia en torno a su principal fuente de agua, el Río Nilo. En Panamá El Código Civil definió levemente ciertas aguas como de uso público y legalizó algunos usos por parte de dueños o propietarios como lo establece el autor. La reserva por parte de la Nación, de ciertas aguas para la fuerza motriz de las industrias fue lo único previsto en el Código Fiscal de 1917. Otra norma circunstancial de esta etapa es el Código Agrario de 1962 consideró todas las aguas fluviales y subterráneas dentro del territorio nacional de utilidad pública.

La segunda etapa mencionada es la administración estatal centralizada del agua. A raíz de las consideraciones planteadas por la ONU, y en el apogeo del "Decenio Hidráulico Internacional", se toma en cuenta una política hidráulica. Lo fundamental de esta etapa es el Decreto Ley 35, hoy vigente, como menciona el autor que declara como de dominio público todas las aguas que se encuentran en el territorio nacional, sujeta su administración a una entidad estatal. Hoy día se da la

administración entre varias entidades estatales.

La última etapa es el ambientalismo y la administración descentralizada. A criterio del autor la administración centralizada de las aguas, (Ley 35) se ve afectada por la Ley 41 de 1998, la que estipula el manejo descentralizado del recurso que puede regirse por las distintas entidades locales, municipios, juntas comunales, etc.

En virtud de la necesidad de conservación de los recursos del planeta es triste según el autor que la regulación de este recurso esté en manos de personas no idóneas para su control "ingenieros idóneos especializados o personas técnicas o diestras.

Lorena Glass N.
Ayudante de Investigador Jurídico

CEDALISE RIQUELME, CECILIO, *"La Impugnación de los Convenios Colectivos, Análisis crítico sobre legitimación, motivos y tramitación procesal".* Editorial Universal Books, Panamá, 2008 p.184.

La lucha por lograr un espacio y ambiente laboral ecuánime e igualitario en las relaciones laborales representa un reto constante para el Derecho Colectivo del Trabajo. Cada aporte analítico, investigativo y comparativo nos ayuda a solucionar los problemas laborales que afectan a la sociedad panameña.

De esta forma el profesional e ilustre del derecho Cecilio Cedalise Riquelme, efectúa un análisis sobre la impugnación de los convenios colectivos. Cómo llegar a un acuerdo, cómo solucionar conflictos y nociones de legitimación procesal llenan las páginas continuas de esta obra. El empleador aún vive en la sombra contando con medios obsoletos para dar a conocer sus quejas y problemas. El autor inicia con una breve reseña acerca del origen histórico y la naturaleza jurídica de la negociación y contratación colectiva.

El Código de Trabajo de 1972, impuso lo relativo al procedimiento obligatorio e instancia administrativa y en el caso de fracaso de la conciliación se provoca el llamado arbitraje colectivo. Existen ciertos criterios judiciales que distorsionan el sistema de negociación y contratación colectiva. Luego se debate acerca de aquella indebida práctica administrativa que recae sobre la anulación del registro en cuanto al desconocimiento de los convenios colectivos.

Por ende el autor establece la vía idónea para impugnar convenios colectivos: La administración mediante la llamada Administración de Trabajo o la Jurisdicción de Trabajo. Se pueden evidenciar en este libro la Improcedencia de nulidad regulado en el Código de Trabajo y cual es la competencia exclusiva del Ministerio de Trabajo conforme a la Ley 53 de 1975.

El autor hace énfasis en una reforma trascendental en ésta materia que fije un adecuado mecanismo de control

judicial en materia de negociación y contratación colectiva. En la comparación del sistema impugnativo de convenios operado en el derecho panameño y el régimen español se pone de manifiesto, cómo la jurisdicción contenciosa administrativa no es el escenario en donde deben ventilarse estos casos. Es así como el cambio y la transformación son elementos esenciales para mejorar el Derecho Laboral.

Lorena Glass N.
Ayudante de Investigador Jurídico

FABREGA, Jorge *"La Historia del Código de Trabajo de 1972",* Academia Panameña del Derecho del Trabajo, 30 años de Vigencia del Código de Trabajo, Edición Conmemorativa, Panamá, Editora Sibauste.

La historia del Código de Trabajo de 1972 tiene sus orígenes en abril de 1971 cuando el Gobierno Nacional nombra a una Comisión de destacados abogados quienes tendrían la importante tarea de redactar una nueva legislación laboral ya que la de ese entonces vigente era una copia textual del Código de Costa Rica y la misma no respondía a las realidad y los intereses de los tiempos modernos.

Sobre estos destacados profesionales podemos mencionar al Dr. Rolando Murgas T., Luís Shirley, Américo Rivera, Carlos A. Mendoza y Jorge Fábrega.

En este trabajo plantea una crónica de los hechos que se dieron antes del nacimiento del nuevo ordenamiento jurídico laboral el cual empezó a regir a partir del 2 de abril de 1972.

La investigación nos da conocer los distintos instrumentos jurídicos utilizados para la redacción del nuevo código entre estos la nueva ley mexicana federal del trabajo de 1970, el Código de Colombia, los Convenios de la OIT ratificados por Panamá, la jurisprudencia de por tribunales laborales, así como la experiencia de los propios miembros de la Comisión.

Igualmente se destaca los aspectos sobresalientes que regula el nuevo Código entre ellos la incorporación de todos los trabajadores al régimen laboral, siempre que exista una relación de subordinación , así como la adopción de ciertos términos como caducidad, empleador, contrato por tiempo indefinido, convención colectiva, entre otros.

El autor plantea que este código viene a ser la culminación en un proceso de desarrollo del Derecho del Trabajo en Panamá y lo define en cuatro diferentes etapas, una primera etapa conocida como liberalismo individualista, una segunda de iniciación y gestación, una tercera de Consolidación y la cuarta conocida también como de Sistematización e Intensificación.

Por todo lo antes expuesto podemos concluir que esta investigación representa un verdadero aporte histórico a las futuras generaciones

de lo que ha sido la evolución del derecho laboral en Panamá.

Militza Rodríguez
Ayudante de Investigador Jurídico

RODRÍGUEZ PATIÑO, Rubén Darío *"La Investigación Politológica desde Facultad de Derecho y Ciencias Políticas",* Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá en sus 90 años.-Panamá, Imprenta Sibauste, 2008.

En este estudio el profesor Rodríguez Patiño hace una evaluación de algunos aspectos sobresalientes sobre la investigación politológica en la facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Panamá.

Destaca muy atinadamente la labor del Centro de Investigación Jurídica a través de sus medios de publicación el Anuario de Derecho y el Boletín Informativo, como instrumentos de difusión de las ideas políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Presenta dos cuadros donde se dan a conocer todos los trabajos que en materia de Ciencias Políticas se han presentado en estas dos publicaciones además de todas las ponencias presentadas en los diferentes Congresos Científicos Nacionales de Ciencias Políticas.

En resumen de manera oportuna el autor ha recopilado en un trabajo toda la biografía que en materia de Ciencias Políticas existe dentro de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, como también los aportes que a las Ciencias Políticas han brindado otras universidades del país.

Militza Rodríguez
Ayudante de Investigador Jurídico

RODRIGUEZ, Tiburcio "*Efectos Prácticos de un falso concepto legal"*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá en sus 90 años.-Panamá, Imprenta Sibauste, 2008.

En esta oportunidad el Dr. Rodríguez analiza el concepto de la posesión estableciendo que existe una mala utilización legal de este concepto en el Código Civil panameño, cuando en el artículo 415 señala que posesión es la retención de una cosa o el disfrute de un derecho con un ánimo de dueño y tenencia la retención o el disfrute sin ese ánimo.

Su opinión se sustenta en el falso concepto sobre la teoría del animus de dueño ya que a su juicio este es un elemento subjetivo muy difícil de probar.

A sus juicio esta tesis ya fue demostrada por Rudolph Von Ihering hace siglo y medio cuando refuto y destruyo la teoría de Savigny quien sostenía que para que exista la posesión se necesitaba el ánimo de dueño, pero a pesar de que esta controversia ya ha sido resuelta, en la actualidad nuestro Código Civil conserva este elemento como parte del concepto de posesión, y el mismo a servido de fundamento para que algunos jueces dicten sentencia basándose en que algunas de las

partes involucradas en el proceso demuestren el ánimo de dueño. .

Por último se destaca el correcto significado de lo que es la posesión y para tal fin se plantea el contenido del artículo 423 del Código Civil, el cual a juicio del autor es el concepto correcto, verdadero y útil, el mismo destaca que para reconocer la posesión con todos sus efectos, se necesita que se de la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o de lo contrario por el solo hecho de estar sujeto a nuestra voluntad o a los actos y formalidades legales establecidas para adquirir este derecho.

En conclusión la posesión es la ocupación o dominio material de la cosa o derecho poseído.

Militza Rodríguez
Ayudante de Investigador Jurídico

DIVISIÓN POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA REPÚBICA DE PANAMÁ

Ley 1 de 1982

POR LA CUAL SE APRUEBA LA DIVISIÓN POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE LAS PROVINCIAS DE BOCAS DEL TORO, CHIRIQUÍ, DARIÉN, COLÓN, PANAMÁ Y LA COMARCA DE SAN BLAS

Dictada por ASAMBLEA NACIONAL DE REPRESENTANTES DE CORREGIMIENTOS el 27/10/1982

Publicada en: G.O. NO. 19956 de 15 de diciembre de 1983; G.O. NO. 19960 de 21 de diciembre de 1983; G.O. NO. 19965 de 29 de diciembre de 1983; G.O. NO. 19981 de 24 de enero de 1984 ; G.O. NO. 20006 de 28 de febrero de 1984 y G.O. NO. 20047 de 2 de mayo de 1984.

Modificada por:

Ley 5 de 1998

SE MODIFICAN LOS ARTICULOS DE LA LEY N°1 DE 1982, SE CREAN NUEVOS CORREGIMIENTOS EN VARIOS DISTRITOS DE LAS PROV. DE BOCAS DEL TORO, CHIRIQUI Y PANAMA Y SE DENOMINA AL CORREGIMIENTO DE LOS SANTOS, LA VILLA DE LOS SANTOS.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 19/01/1998, **Gaceta** 23464 de 21/01/1998

Ley 69 de 1998

MODIFICA Y ADICIONAN ARTICULOS A LA LEY N°1 DE 1982 Y SE CREAN NUEVOS CORREGIMIENTOS EN VARIOS DISTRITOS DE LAS PROVINCIAS DE BOCAS DEL TORO, CHIRIQUI Y VERAGUAS Y NUEVOS DISTRITOS Y CORREGIMIENTOS EN LA COMARCA NGOBE-BUGLE.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 28/10/1998, **Gaceta** 23664 de 31/10/1998

Ley 21 de 2000

POR LA CUAL SE MODIFICA EL ARTICULO 78 DE LA LEY 1 DE 1982, SE CREAN CUATRO NUEVOS CORREGIMIENTOS Y SE DETERMINAN LOS LIMITES POLITICO-ADMINISTRATIVOS EN EL DISTRITO DE SAN MIGUELITO

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 27/06/2000, **Gaceta** 24084 de 28/06/2000

Ley 13 de 2002

QUE CREA LOS CORREGIMIENTOS LAS MAÑANITAS, SEGREGADO POR EL CORREGIMIENTO TOCUMEN Y 24 DE DICIEMBRE, SEGREGADO DEL CORREGIMIENTO PACORA, UBICADOS DENTRO DEL DISTRITO Y LA PROVINCIA DE PANAMA, MODIFICA EL ART. 74 DE LA LEY 1 DE 1992 Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 06/02/2002, **Gaceta** 24490 de 08/02/2002

Ley 43 de 2002

QUE CREA LOS CORREGIMIENTOS EL AROMILLO, SEGREGADO DEL CORREGIMIENTO SAN MARCELO, DISTRITO DE CAÑAZAS, PROVINCIA DE VERAGUAS, Y LOS ALGARROBOS, SEGREGADO DEL CORREGIMIENTO DOLEGA (CABECERA), DISTRITO DE DOLEGA, PROVINCIA DE CHIRIQUI; MODIFICA EL ARTICULO 22 DE LA LEY 69 DE 1998 Y EL ARTICULO 38 DE LA LEY 1 DE 1982 Y DICATA OTRAS DISPOSICIONES.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 05/08/2002, **Gaceta** 24613 de 08/08/2002

Ley 40 de 2003

QUE CREA LOS CORREGIMIENTOS EL EMPALME Y LAS TABLAS EN EL DISTRITO DE CHANGUINOLA, PROVINCIA DE BOCAS DEL TORO, MODIFICA LA LEY 1 DE 1982 Y LA LEY 5 DE 1998 Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 30/04/2003, **Gaceta** 24794 de 06/05/2003

Ley 41 de 2003

QUE CREA LOS CORREGIMIENTOS CANTA GALLO Y NUEVO MEXICO, EN EL DISTRITO DE ALANJE, Y SANTA CLARA Y DOMINICAL, EN EL DISTRITO DE RENACIMIENTO, PROVINCIA DE CHIRIQUI, Y LOS CORREGIMIENTOS QUEBRADA EL CIPRIAN, EN EL DISTRITO DE LAS MINAS Y MENCHACA, EN EL DISTRITO DE OCU; PROVINCIA DE HERRERA; MODIFICA LOS LÍMITES ETRE LOS CORREGIMIENTOS LAS LAJAS Y LAS LAJAS ADENTRO, EN EL DISTRITO DE SAN FELIX, PROVINCIA DE CHIRIQUÍ, LA LEY 1 DE 1982 Y LA LEY 58 DE 1998, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 30/04/2003, **Gaceta** 24794 de 06/05/2003

Ley 42 de 2003

QUE CREA LOS CORREGIMIENTOS UNION DEL NORTE, COSTA HERMOSA Y CEBACO EN EL DISTRITO DE MONTIJO, PROVINCIA DE VARAGUAS; LOS CORREGIMIENTOS BURUNGA Y CERRO SILVESTRE EN EL DISTRITO DE ARRAIJAN, PROVINCIA DE PANAMA; Y EL CORREGIMIENTO MAN CREEK EN EL DISTRITO DE KANLINTU, COMARCA GNöBE BUGLÉ, ANEXA COMUNIDADES DEL CORREGIMIENTO MONTIJO (CABECERA) AL CORREGIMIENTO PILÓN, MODIFICA LEYES 1 DE 1982, 58 DE 1998 Y 69 DE 1998, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 30/04/2003, **Gaceta** 24794 de 06/05/2003

Ley 8 de 2006

QUE MODIFICA LOS LIMITES POLITICO-ADMINISTRATIVOS DE LOS DISTRITOS DE NOLE DUIMA Y MUNA EN LA COMARCA NGOBE-BUGLE.

Dictada por ASAMBLEA NACIONAL el 14/02/2006, **Gaceta** 25495 de 03/03/2006

Ley 2 de 1981

POR LA CUAL SE APRUEBA LA NUEVA DIVISION POLITICA ADMINISTRATIVA DE LAS PROVINCIAS DE COCLE, HERRERA, LOS SANTOS Y VERAGUAS.

Dictada por ASAMBLEA NACIONAL DE REPRESENTANTES DE CORREGIMIENTOS el 21/10/1981, **Gaceta** 22526 de 29/04/1994

Modificada por:

Ley 58 de 1998

POR LA CUAL SE ESTABLECE LA DIVISION POLITICO-ADMINISTRATIVA DE LAS PROVINCIAS DE COCLE, HERRERA, LOS SANTOS Y VERAGUAS, Y SE CREAN NUEVOS CORREGIMIENTOS.

Dictada por ASAMBLEA LEGISLATIVA el 29/07/1998, **Gaceta** 23602 de 06/08/1998

LEY 37 de 2008

QUE REFORMA LAS LEYES 58 Y 69 DE 1998 Y LA LEY 27 DE 2001, SOBRE LÍMITES POLITICO-ADMINISTRATIVOS DE LAS PROVINCIAS DE HERRERA Y VERAGUAS.

Dictada por ASAMBLEA NACIONAL el 24/06/2008, **Gaceta** 26069 de 25/06/2008

Cristel Y. De León M.
Asistente de Investigación
Centro de Investigación Jurídica

Centro de Investigación Jurídica

Centro de Investigación Jurídica

2009