

REVISTA LEX

UN ESPACIO PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

ISSN L 2953-3155



2023

EDICIÓN ENERO-MARZO



COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS

Junta Directiva 2021-2023

Juan Carlos Araúz Ramos
Presidente

Maritza Cedeño Vásquez
Primera Vicepresidente

Alexander Hepburn Córdoba
Segundo Vicepresidente

Keira Noemí Jaén Cocherán
Secretaria

Delia Rodríguez G.
Secretaria

Margie-Lys Jaime R.
Secretaria

Holanda Rosa Polo Flores
Secretaria

Víctor Cabada Iglesias
Secretario

Ferdelín Bonilla
Secretario

Roberto Aparicio Alvear
Secretario

Miguel Delgado Pineda
Secretario

Raúl Gutiérrez F.
Secretario

Abraham Adames
Secretario

Orestes Arenas Nero
Secretario

Edgar Zachrisson Arosemena
Secretario

Contenido

- 5** Palabras del Presidente
del Colegio Nacional de Abogados de Panamá
- 6** Nota Editorial
- Ciencias Políticas**
-
- 7** Análisis sobre la forma de gobierno unitario en el Estado panameño
Rodnie Manuel Méndez Ríos
- Derecho Procesal Penal**
-
- 25** Garantías, principios y reglas:
Incidencias en la correcta administración de justicia penal
Jennifer C. Saavedra Naranjo
- Cumplimiento**
-
- 44** Las nuevas obligaciones derivadas del Decreto Ejecutivo 35 de 2022
para los sujetos obligados no financieros
Alejandra Chacón M.
- Contratación Pública**
-
- 59** Inhabilitación de una aseguradora como sustituto del contratista
en virtud de un acuerdo suplementario
Anabelle Padilla Lozano

74

Derecho Internacional Público

Análisis sobre el Tratado Uribe Vargas-Ozores

Rossemery Salazar G., Luis A. Spadafora y Voldy I. Wedemeyer Z.

92

Derecho Procesal Civil

Algunas consideraciones en torno al Poder

Manuel Salvador Oberto Solanilla



Comisión de Publicaciones

Rosa María Aguirre
Tanya Carlucci Sucre
Rodnie Méndez
Annibel Prieto
Dayana Bernal
Sherina Latorraca
Zaida H. Llerena Sosa
(Directora de la Revista Lex)

Diseño gráfico y diagramación:
Pablo Menacho

Revista Lex

ISSN L 2953-3155
Título Clave: *Revista Lex*
Título Clave Abreviado: *Rev.Lex*

Colegio Nacional de Abogados de Panamá
Avenida 4ª Sur y Calle 38 Este
República de Panamá
<https://www.panamacna.com>
info@panamacna.com
cpublicaciones@panamacna.com

La **Revista Lex** es una publicación periódica del Colegio Nacional de Abogados.

Lo expresado por cada autor representa su postura y no reflejan necesariamente la opinión del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, del Comité de Publicaciones o del Director de la Revista.

La Comisión de Publicaciones ha respetado el estilo utilizado por cada autor en la citación bibliográfica y referencias. Las referencias bibliográficas y de legislación son responsabilidad de los autores, así como el fondo y forma de su investigación.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, sin la autorización expresa de su autor y del Colegio Nacional de Abogados de Panamá.

Palabras del Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá

Cuando fuimos reelectos como Presidente del Colegio Nacional de Abogados quisimos encontrar un tema central que destacara nuestra gestión y, luego de muchas reflexiones, nos enfocamos en rescatar del olvido a personajes ilustres como MANUEL JOSEF DE AYALA, a quien pudimos realizar una especial romería junto a una conferencia dictada por Vladimir Berrios Lem en la antigua sede del Órgano Judicial en el Casco Viejo.

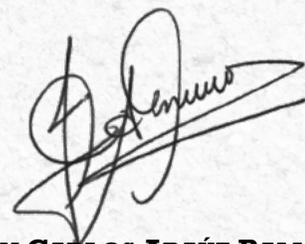
Nos acompañaron los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), María Eugenia López Arias (Magistrada Presidenta de la CSJ y de la Sala Segunda de lo Penal), Olmedo Arrocha Osorio (Magistrado Vicepresidente y Presidente de la Sala Primera de lo Civil) y María Cristina Chen Stanziola (Magistrada de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral), lo cual hizo del acto de homenaje para quien es considerado el más grande jurista indiano un hecho de singular importancia.

Con esta línea de pensamiento, una delegación representativa de nuestro Colegio participó, en 2022, de una visita a la sede del Consejo General de la Abogacía Española y llevamos, como obsequio, un cuadro contentivo de la impresión del medallón que representa a JOSEF DE AYALA y que se encuentra en la fachada de la antigua sede de la Corte Suprema de Justicia, en el Casco Antiguo, como una muestra de la fusión de los dos mundos en época de Ayala y recordatorio de cómo Panamá y España compartían el aporte de este notable jurista.

La Presidenta del Consejo General de la Abogacía, Victoria Ortega Benito nos recibió el obsequio con especial alegría y nos prometió colocarlo en la sede de esta importante institución para la abogacía en España. Un año después, en 2023, a mi retorno por dichas instalaciones he visto colgado el retrato en la biblioteca de la sede, lo cual nos hizo saber que cumplimos la meta trazada.

De igual manera, al conmemorarse 93 años del fundación de nuestra organización, Correos Panamá, realizó la primera emisión conmemorativa a nuestra organización y al elegir la temática del sello postal una de las imágenes que resaltan es la de MANUEL JOSEF DE AYALA. En el portaestampilla hemos incluido la reproducción de la firma ológrafa que encontramos en un manuscrito de sus obras.

Estoy seguro que presentar esta reseña hará que más abogados se interesen en saber y leer acerca de la vida y obra de quien hemos elegido para ser resaltado durante mi ejecución como presidente del Colegio Nacional de Abogados.



DR. JUAN CARLOS ARAÚZ RAMOS

*Presidente
Junta Directiva 2021-2023*



Nota Editorial

Estimados lectores, para el primer trimestre 2023 les presentamos una edición enfocada en las Ciencias Políticas, Cumplimiento, Contrataciones Públicas, Derecho Procesal y Derecho Internacional Público. Cada artículo plantea una problemática de actualidad con sus posibles soluciones y aportes con la intención de resolver los conflictos que vive nuestra sociedad.

Agradecemos a nuestros lectores y a cada uno de los autores que han confiado sus artículos a la **Revista Lex**, un espacio para la investigación jurídica.

También mostramos nuestra gratitud a la Junta Directiva del Colegio Nacional de Abogados por la confianza dada a quienes trabajamos por y para la **Revista**

Lex, a los miembros de la Comisión de Publicaciones por su constante colaboración y al señor Pablo Menacho, diseñador y diagramador de la **Revista Lex**, por sus aportes e ideas.

Han sido tres años como Directora de la **Revista Lex**, los cuales estuvieron llenos de constante aprendizaje y desarrollo, que permitieron innovar y mantener vigente a nuestra querida **Revista Lex** y con mucho orgullo y satisfacción podemos decir que se cumplieron los objetivos trazados.

Hasta pronto,

ZAIDA LLERENA

Revista Lex

Un espacio para la investigación Jurídica

Análisis sobre la forma de gobierno unitario en el Estado panameño

LICDO. RODNIE MANUEL MÉNDEZ RÍOS*



* Abogado y conferencista. Estudios en Derecho y Ciencias Políticas y en Docencia Superior en la Universidad de Panamá. Diplomado en Derechos Humanos, Migración y Políticas Públicas de la Facultad de Administración Pública de la Universidad de Panamá. Estudio de Maestría en Derecho en el Instituto TRIVIUM en la Ciudad de México. Ha publicado sus investigaciones en la Revista Lex desde 2016. Miembro del Colegio Nacional de Abogados, ha ejercido los cargos de Presidente de la Comisión de Abogados Jóvenes, miembro de la Junta Directiva, Magistrado Suplente del Tribunal de Honor, Presidente de la Comisión de Enlaces con los Capítulos, miembro de la Comisión de Símbolos de la Nación y de la Comisión de Publicaciones Jurídicas.

RESUMEN

En este artículo resalto la forma de Gobierno Unitario y sus tres maneras en que ha evolucionado como son: el Centralismo, Desconcentración y Descentralización, las cuales se aplican en Panamá y cómo podemos identificarlo en el ejercicio del sistema unitario dentro de nuestro día a día en el Estado.

Palabras claves: Gobierno Unitario, Centralismo, Desconcentración, Descentralización, Acuerdos Municipales, Federal.

INTRODUCCIÓN

Después de la Revolución Francesa y la Independencia de Estados Unidos de América, se iniciaban las creaciones de Repúblicas, estos dos acontecimientos, antes citados, impulsaron dos modelos de gobierno diferentes para el manejo de sus nacidas naciones, los franceses decidieron implementar un sistema unitario mientras que los Estados Unidos de América decidió implementar un gobierno federativo.

Al darse las primeras sublevaciones de independencia en América Latina, contra la Corona Española, a lo interno de los libertadores, se debatía cómo sería su forma de gobierno, si imitaba el modelo unitario francés o el federativo norteamericano, sin embargo, a lo largo y ancho de las nuevas creaciones de Republicas en América Latina, todas pre-

ferían el Sistema Unitario. Claro, a través de la historia esta situación atrajo guerras entre sectores que defendían o promovían estos modelos de gobiernos.

Podemos mencionar como uno de los primeros casos, a los Estados Unidos Mexicanos, que después de la Independencia de la Corona Española en 1821, se mantuvo un Estado Monárquico, con Rey, sin embargo este tipo de gobierno solo duró dos años, cuando se proclamó la República Federal en 1823, en este caso México, eligió un sistema federal parecido a los de sus vecinos del norte, pero en otras Naciones como fue el caso de la Gran Colombia (Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela) después de su independencia en 1821, prefirieron dirigir los destinos de su nueva nación mediante un gobierno unitario, hecho que provocó batallas entre las facciones que proclamaban un Estado Federalista y otro Unitario.

Una vez los Estados empezaron a manejarse mediante el sistema unitario y dentro del desarrollo de las tareas del Estado, iniciaron

nuevas corrientes que buscaban que tanto instituciones o espacios territoriales dentro de una Nación (Municipios o Provincias), pudieran manejar sus propios presupuestos además de ejercer tareas administrativas de proyectos, situación que mediante un Sistema Unitario Centralista se impedía.

Su mayor cauce de estas transformaciones se dieron en la década del setenta del siglo pasado, sin embargo, muchos juristas ya planteaban en décadas atrás una transformación a este sistema unitario, en virtud de una descentralización entre la cual debo de mencionar a José Dolores Moscote, que desde 1929, mostraba su inconformidad a dicho modelo de gobierno, promoviendo en la necesidad de crear condiciones jurídicas bajo la autonomía municipal, además de condiciones económicas que permitan subvenir las necesidades del gobierno local.

De esta manera, con la Constitución de 1972 hasta nuestros días la política de gobierno unitario se transformó, desvinculando al poder central de las determinacio-

José Dolores Moscote, desde 1929, mostraba su inconformidad a dicho modelo de gobierno, promoviendo en la necesidad de crear condiciones jurídicas bajo la autonomía municipal, además de condiciones económicas que permitan subvenir las necesidades del gobierno local.



nes o decisiones de Instituciones o de los Gobiernos Locales, en ejemplos que ampliamos en el desarrollo de este artículo.

DEFINICIÓN

Un Gobierno Unitario, es la forma en donde el Estado, ejerce su poder desde un lugar específico y extiende dicho poder a lo largo de su territorio.

Según Alessandro Pizzorusso, constitucionalista, italiano, en la segunda mitad del siglo XX, nos mencionaba que un Estado Unitario, es cuando un país, se rige por un único sistema de Órgano de Gobierno, por lo general con sede en una misma Ciudad-Capital y que actúa sus poderes sobre todo el territorio del Estado.

También el Doctor en Derecho Humberto Nogueira Alcalá, de nacionalidad Chilena, en su artículo titulado "El Estado Unitario, Los Procesos de Descentralización Regional y el Estado Federal" de la Revista EURE N°34-35, nos indica que el Estado Unitario, se caracteriza por tener un solo centro de impulsión político que, a su

vez concentra las funciones ejecutivas, legislativas y judicial en Órgano de Gobierno Central, como así mismo, da cierta desconcentración o cierta descentralización administrativa.

Profundizando en las definiciones anteriores podemos describir que los gobiernos unitarios tienen las siguientes características:

1. Tener una sola Asamblea Legislativa, encargada de legislar para todo el territorio del Estado.
2. Tener una Corte Suprema de Justicia, que aplique su poder judicial en todo el territorio del Estado.
3. Tener un solo Poder Ejecutivo, presidida por un presidente y sus ministros de Estados que ejecutarán la función del Estado y sus tareas en todo el territorio del Estado.
4. Tener una sola Constitución, que rige en todo el territorio del Estado.
5. Busca la unidad de todo el territorio del Estado, basado en las características anteriores.

DIFERENTES FORMAS DEL ESTADO UNITARIO Y SU INFLUENCIA EN DIFERENTES ESTADOS

Observamos en las definiciones de Pizzorusso y Nogueira, que el primero desarrolla una definición clásica, sin embargo, el segundo amplió más la definición con la incorporación de conceptos de desconcentración o descentralización, que son formas de gobiernos unitarios, toda vez, que estas nacieron dentro del desarrollo y la praxis de los Estados Unitarios.

De esta manera describiremos las diferentes formas en que se desarrollan los gobiernos unitarios:

1. **Centralismo:** Es la forma en que el Poder del Estado, lleva consigo la unidad política, territorial y administrativa.
2. **Desconcentración:** Es la forma que consiste en atribuir funciones y tareas del Estado a un Órgano Administrativo, manteniéndose jerárquicamente dependiente al Poder Central.
3. **Descentralización:** Es la forma en donde se dispersa las fun-

ciones y tareas del Poder del Estado, fuera de una autoridad central o del lugar específico en donde se ejecutaban las definiciones del Estado.

Los Gobiernos Unitarios, son inspiradas por un modelo territorial francés, que después de la Revolución Francesa de 1789, el Estado reemplazó a la figura principal conocida como el Rey, sin embargo, conservó su estructura centralista, al ser el modelo inicial a seguir como fue el caso de Italia, desde la unificación hasta llegar a la institucionalización de las regiones. En América Latina, los Estados que se fueron independizando de la Corona Española, continuaron con un modelo centralista, postura política, que provocó diferencias entre los sectores que observaban un modelo federal mejor que el unitario, produciéndose guerras civiles y separaciones de las regiones para crear su propias Repúblicas.

El caso de la República Oriental de Uruguay, da inicio con el grito de independencia del 28 de febrero de 1811 y luego se unifi-



Imagen de Freepik

caron a las Provincias Unidas del Sur, que iniciaba con una forma de gobierno unitaria, con su centro de gobierno en Buenos Aires, situación que en 1813, José Artigas, promoviera que se adoptara un sistema federal, posición negada por Buenos Aires, creando rozas fuertes entre ambas regiones, provocando que los Portugueses en 1817, invadiera y ocupara Montevideo, para después incorporarla a su dominio territorial, hasta el 25 de agosto de 1825, en donde ciudadanos, proclaman la unión de la Provincia Oriental a las Provincias Unidas del Rio de la Plata, hasta el 27 de agosto de 1828, en donde Argentina y Brasil, reconocieron la independencia de la República Oriental de Uruguay, sin embargo, al concebirse como nueva República, eligieron mantener su forma de gobierno unitario y no la federalista que alentaba Artigas.

La extinta República Federal de Centroamérica, que mediante su independencia de la Corona Española en 1821 y luego de separarse del primer Imperio Mexicano en 1823, se constituye la República Federal de Centroamé-

*Es destacable
mencionar los
procesos históricos
constitucionales que
vivió Colombia,
toda vez que
nuestra República
de Panamá, se unió
voluntariamente en
1821 y, en 1903,
se separa para
encaminar su proyecto
como nueva nación.*



rica, la cual su forma de gobierno era federal, inspirado por el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de América, sin embargo, ese modelo federalista perduró hasta 1838, año que inicia la desintegración de esa República y la creación de cinco Repúblicas, en donde todas incorporaron un gobierno unitario.

Es destacable mencionar los procesos históricos constitucionales que vivió Colombia, toda vez que nuestra República de Panamá, se unió voluntariamente en 1821, tal cual como quedó establecido en el Acta de Independencia de España, el 28 de noviembre de 1821, en su numeral segundo y en 1903, se separa para encaminar su proyecto como nueva nación.

El Doctor César Quintero, en su libro “Evolución Constitucional de Panamá”, señala dos periodos unitarios y uno federal en la historia constitucional de Colombia, manteniéndose vigente, toda vez que el Istmo de Panamá forjara su nuevo sendero Republicano, Colombia mantenía su forma unitaria que, mediante la Constitución de 1886, se volvía a reconstituir en

República, con forma de gobierno unitario, así la Constitución vigente de 1991, mantuvo su forma de gobierno unitario.

Dentro de este desarrollo constitucionalista de Colombia debemos citar a Vladimiro Naranjo Mesa, en su obra *Formas de Estado y Sistema de Gobierno*, en donde hace una clasificación desde 1819, año de su independencia de la Corona Española, hasta la Constitución de 1886, iniciando con la "forma unitaria" (Constituciones de 1830 y 1843), luego la centro federal (Constituciones de 1821, 1832 y 1853) y la Federal (Constituciones de 1858 y 1863); el federalismo condujo a Colombia a una interminable series de guerras civiles a partir de 1860, creando lo que se llamó la "anarquía organizada", lo cual condujo al restablecimiento del Estado Unitario en 1886".¹

En 1855, se crea el Estado Federal del Istmo de Panamá, la cual promulgó su propia Constitución Federal, que contenía sesenta artículos y estaba conformado

el Estado Federal por las Provincias de Azuero, Chiriquí, Panamá y Veraguas, según Víctor Florencio Goytía, en su libro *Las Constituciones de Panamá*, señala que este acto se dio por la influencia del General Tomás Herrera y José de Obaldía, que hizo posible el proyecto de Estado Federal, que había sido producido y sustentado por Justo Arosemena.

La Constitución Federal de Panamá, fue reconocida oficialmente mediante la Constitución de 1858, la cual fue conocida como la Constitución de la Confederación Granadina y se confederó ocho federaciones entre las que se pueden mencionar Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, la cual tuvo vigencia hasta el 7 de septiembre de 1886.

Este cambio de sistema de gobierno de federal al unitario produjo un elemento más para que el sentimiento de los ciudadanos del Istmo de Panamá aceptase una pronta o futura separación y crear su propio destino como República, toda vez que los gobiernos unitarios mantenían a Bogotá,

como la capital y sede del Gobierno Colombiano, olvidándose de los demás territorios entre ellos el Istmo de Panamá.

Una vez concretizada la separación de 1903, la nueva República de Panamá, convoca a una Constitución Nacional Constituyente, instaurada el 16 enero de 1904 y luego, sancionada el 15 de febrero de 1904, de manera romántica esta constitución del Estado Panameño, ya constituida como República, en donde se ponían de acuerdo los dos partidos beligerantes de la época ambos prefirieron no incorporar dentro de su forma de gobierno el término unitario en su artículo 1, pero en la praxis el Estado Panameño se desarrollaba como un Estado Unitario, forma de gobierno que tenía la República del cual nos habíamos separado.

De esta manera cito las palabras del Doctor César Quintero Correa, que brindaba un concepto a este hecho histórico de la siguiente manera:

"La reiteración del fenómeno de 1904, confirma nuestra tesis de que la mayoría de los liberales

¹ Naranjo Mesa, Vladimiro; *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, página 275.

panameños solo era en un sentido superficial y utilitarista. De ahí que mientras el Istmo fue parte de Colombia, se adhirieron primordialmente, al partido liberal, ya que les convenía el federalismo por razones comerciales y políticas. Pero separados el Istmo del Estado Colombiano y constituidos, a su vez en Estado independiente, la oligarquía gobernante panameña prefería un régimen autocratizantes y centralizado en la capital de la República. Por lo tanto, el reaccionario Código de Núñez y de Caro, repudiado hasta el día anterior a la separación, se convertía, consumada esta, en el modelo ejemplar que debía seguirse”.²

TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE GOBIERNO UNITARIO

En la mitad del siglo XX, la mayoría de los Estados unitarios, tuvieron que amoldar sus políticas

de Estado unitario, producto de ciertos factores como indica la constitucionalista Colombiana Liliana Estupiñán Achury, en su ponencia titulada “Mutación del Estado Unitario en América Latina. Recentralización, Centralización y Autonomía”, que fueron producto de la “globalización, la apertura y el modelo económico neoliberal que transformaron los otrora elementos territoriales y cifraron las esperanzas en Estados más pequeños, con más mercados, lo que llevó al empoderamiento, así fuera competencial y sin recursos de la periferia. Toda la década de los años 80,90 y la corrida del siglo XXI, operan bajo dicha pretensión. De hecho, en los años 80, la descentralización en América Latina era sinónimo de municipalización, pero también sinónimo de privatización y, por ende, reducción del Estado”.³

Según Luis López Guerra, en su obra Introducción al Derecho Constitucional, afirma que “los

En la mitad del siglo XX, la mayoría de los Estados unitarios, tuvieron que amoldar sus políticas de Estado unitario, producto de ciertos factores...



² Quintero Correa, Cesar; *Evolución constitucional de Panamá*, página 78.

³ Estupiñán Achury, Liliana; *Mutación del Estado Unitario en América Latina. Recentralización, Centralización y Autonomía*, página 8.

diversos ordenamientos constitucionales hoy vigentes, en lo que se refiere a la ordenación territorial del poder responden, dentro de su variedad a dos principios o alternativas, centralización y descentralización. Es posible catalogar a las Constituciones de acuerdo con su mayor o menor acercamiento a uno de estos principios, si bien debe señalarse que en todas se encuentra una combinación de ambos. No sería posible (salvo quizás, en unidades políticas muy pequeñas) la completa centralización y en cuanto a la descentralización externa equivaldría a la desmembración del Estado en unidades independientes. Pero ante ambos polos ideales, cabe una amplia pluralidad de configuraciones”⁴.

En Francia su transformación del sistema de gobierno unitario se puede identificar por cinco etapas según Bon Pierre, en su libro “Las recientes reformas territoriales en Francia”.

⁴ López Guerra, Luis; *Introducción al Derecho Constitucional*, página 173 y 174.

1. El Antiguo Régimen; caracterizado por el Poder del Monarca.
2. La Revolución adoptó la organización territorial unitaria, suprimiendo las provincias herederas de territorios feudales, principados, cantones, villas y comunidades.
3. Las Reformas Napoleónicas, régimen municipal.
4. La Descentralización Administrativa, que caracterizó el modelo a finales del siglo XIX y la primera parte del siglo XX.
5. El tímido proceso de regionalización impulsado en las últimas décadas.

De esta manera daremos un repaso de cómo ha sido nuestra evolución a través de la historia panameña, según la cual tenemos nuestro origen en un sistema centralista desde el periodo colonial, que obedecía al control y dominación de la Corona Española, sobre los territorios del Nuevo Mundo, en donde se encontraba nuestro Istmo, con mucha similitud a la etapa del antiguo régimen que identificaba Bon Pierre.

En el surgimiento de los Estados Nacionales en América Latina, casi

la mayoría de los Estados, eligieron el modelo unitario, producto de la influencia de la Revolución Francesa, tal como fue nuestro caso como Istmo, una vez independizada de la Corona Española y unificada voluntariamente a Colombia, para ser regida, mediante la Constitución de Cúcuta de 1821, con un gobierno unitario.

En nuestra etapa Republicana, debemos destacar la influencia de la redacción Napoleónica, en nuestros Códigos tal como fue el caso del Régimen Municipal en el Código Administrativo.

En la Descentralización, debemos indicar que tuvo sus inicios en el Estado Panameño, en la década del setenta del siglo pasado, toda vez que la sociedad panameña, vivía un proceso de cambios constitucionales, en donde aparecen las figuras denominadas los Constituyentes que habían sido elegidos en cada corregimiento de la República de Panamá, aprobando la Constitución de 1972, en donde elevaron a plano Constitucional, el Régimen Municipal y Provincial.

En el 2004, inició un movimiento de alcaldes y representantes, a

través de su gremio en donde se aglutinan la Asociación de Municipios de Panamá (AMUPA), con la finalidad de elaborar un proyecto de ley de descentralización, para ser aprobada por la Asamblea Legislativa, mediante la Ley 37 del 29 de junio de 2009, que descentraliza la administración pública en la República de Panamá.

La Ley 37 de 2009, plasmó en sus objetivos que es acercar las decisiones de la administración pública, a la ciudadanía, trasladando las funciones públicas al nivel de Gobierno más cercano a ella, promoviendo la democracia

y la eficiencia económica, favoreciendo el diálogo público-privado, para promover la capacidad de los territorios y alcanzar una mayor eficacia y eficiencia del gasto público, para mejorar los servicios básicos y agilizar la gestión pública.

APLICACIÓN DEL SISTEMA UNITARIO DENTRO DE NUESTRO DERECHO POSITIVO

Dentro de nuestro Derecho Positivo, debemos de destacar que nuestro Estado mantiene constitucionalmente las tres formas de

un Estado Unitario que nos referimos en las diferencias, en donde estaremos realizando un análisis basándonos en los artículos de la Constitución vigente hasta la fecha, que es la de 1972.

A. Centralismo

Debemos indicar que esta forma, se encuentra contemplada en el artículo 1 de la Constitución Política.

Artículo 1: La Nación panameña está organizada en Estado soberano e independiente, cuya denominación es República de



Imagen de Freepik

Panamá. Su Gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo.

Debemos ampliar que, en la práctica de nuestro Estado Panameño, la unidad política territorial, se lleva en la Capital de la República, que es la Ciudad de Panamá, en donde se encuentra la sede de los tres órganos del Estado que indica el artículo 2 de nuestra Constitución (Órgano Ejecutivo, Órgano Legislativo, Órgano Judicial).

Aunado a que los tres Órganos del Estado, que tienen su sede en la Ciudad de Panamá, el artículo 2 de la Constitución Política, concretiza la forma centralizada de administrar el Estado Panameño, mediante un gobierno unitario, toda vez que se cumple con la característica de tener una Asamblea Legislativa, una Corte Suprema de Justicia y un Poder Ejecutivo, manifestándose con la siguiente redacción.

Artículo 2: El Poder Público solo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitu-

ción por medio de los Órgano Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.

La Constitución, además indica que el Poder del Estado, se impondrá en el territorio terrestre, mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica, plasmado en su artículo 3.

También el artículo 5 de la Constitución Política, indica como se divide políticamente su territorio, la cual mediante ley podrá crear otras divisiones políticas, saliendo dichas decisiones desde la sede de la Asamblea Nacional, con sede en la Ciudad de Panamá y sancionada por el Órgano Ejecutivo, tal como lo indica el artículo 162 de la Constitución Política, además dicho órgano con sede en la Ciudad de Panamá.

Podemos mencionar que desde la entrada de vigencia de esta Constitución el territorio del Estado Panameño ha tenido nuevas versiones políticas, tanto de Pro-

La Constitución, además indica que el Poder del Estado, se impondrá en el territorio terrestre, mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica...



vincias, Distritos y Corregimientos, entre las cuales mencionaremos algunos ejemplos de leyes que crean nuevas regiones de divisiones políticas manteniendo el manejo de la Ciudad de Panamá en esas nuevas administraciones políticas dentro de este Sistema Unitario, entre la cual se apuesta a un manejo descentralizado de los gobiernos locales.

1. Ley 119 de 30 de diciembre de 2013, que crea la Provincia de Panamá Oeste.
2. Ley 55 de 13 de septiembre de 2013, que crea el Distrito de Tierras Altas, segregado del Distrito de Bugaba y el Corregimiento Solano, segregado del Corregimiento La Concepción en el Distrito de Bugaba.
3. Ley 11 de 20 de febrero de 2018, que crea el Distrito Especial Omar Torrijos Herrera, segregado del Distrito de Donoso, Provincia de Colón.
4. Ley 39 de 8 de junio de 2015, que crea el Distrito de Almirante, segregado del Distrito de Changuinola; los Corregimientos: Barrio Frances, Barriada

Guaymi, segregado del Corregimiento de Almirante; los Corregimientos Barriada 4 de abril, Finca 30, Finca 6 y Finca 60, segregado del Corregimiento de Changuinola; el Corregimiento El Silencio, segregado del Corregimiento de Empalme en la Provincia de Bocas del Toro.

5. Ley 9 del 14 de febrero de 2018, que crea el Corregimiento de David Este y David de Sur, segregado del Corregimiento de David Cabecera, Distrito de David, Provincia de Chiriquí.
6. Ley 172, de 19 de octubre de 2020, que modifica la Ley 1 de 1982, modificada por la Ley 39 de 2015, que crea el Distrito de Almirante, segregado del Distrito de Changuinola; los Corregimientos de Barrio Francés, Barriada Guaymi, segregado del Corregimiento de Almirante; los Corregimientos Barriada 4 de abril, Finca 30, Finca 6 y Finca 60, segregado del Corregimiento Changuinola, el Corregimiento el Silencio, segregado de Corregimiento El Empalme en la Provincia de Bocas del Toro, además establece

los Corregimientos de Boca de Drago, San Cristóbal, en el Distrito de Bocas del Toro, Finca 66, Finca 4, Finca 51, Finca 12, La Mesa y Barranco Adentro en el Distrito de Changuinola; Miraflores, Bajo Culubre y Ceiba en el Distrito de Almirante, el Corregimiento Cauchero, se segrega del Distrito de Bocas del Toro y se incorpora al Distrito de Almirante.

Además, debemos citar las creaciones de Comarcas, fundamentados en regímenes especiales como podemos mencionar:

1. Ley 22 de 8 de noviembre de 1983, Por la cual crea la Comarca Emberá en Darién.
2. Ley 10 de 7 de marzo de 1997, Por la cual crea la Comarca Ngobe-Bugle y se toman otras medidas.
3. Ley 188 de 4 de diciembre de 2020, Que crea la Comarca Naso Tjer-Di.

B. Desconcentración

Esta forma del sistema unitario, lo podemos contemplar dentro de

la Constitución Política, en el Título XIV, que se denomina El Canal de Panamá, la cual podemos observar en el artículo 136.

Artículo 136: Se crea una persona jurídica autónoma del Derecho Público, que se denominará Autoridad del Canal de Panamá, a la que corresponderá privativamente la administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento y modernización del Canal de Panamá y sus actividades conexas con arreglos a las normas constitucionales y legales vigentes, a fin de que funcione de manera segura, continua eficiente y rentable. Tendrá patrimonio propio y derecho administrarlo.

A la Administración del Canal de Panamá, corresponde la responsabilidad por la administración, mantenimiento, uso y conservación de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá, constituido por el agua de los lagos y sus corrientes tributarias en coordinación con los organismos estatales que la Ley determine. Los planes de Construcción, uso de

las aguas, utilización, expansión, desarrollo de los puertos y de cualquiera otra obra o construcción en las riberas del Canal de Panamá, requerirán la aprobación previa de la Autoridad del Canal de Panamá.

La Autoridad del Canal de Panamá, no estará sujeta al pago de impuestos derechos, tasas, cargos, contribuciones o tributos de carácter nacional o municipal, con excepción de las cuotas de seguridad social, el seguro educativo, los riesgos profesionales y las tasas por servicios públicos, salvo lo dispuesto en el artículo 321.

De esta manera el Estado Panameño, mediante la Constitución crea y les atribuye la responsabilidad del Canal de Panamá, para su administración mantenimiento uso y conservación de los recursos hídricos de la cuenca hidrográficas del Canal de Panamá, cambiando su posición unitaria-centralista a un sistema unitario-desconcentración, toda vez que mediante la Ley 19 de 11 de junio de 1997, en su artículo 1, indicando que su Autoridad es constituida y organi-



Imagen de Freepik.

zada conforme a lo que establezca la Constitución.

C. Descentralización

El Doctor César Quintero, en su obra Principios de Ciencias Políticas, nos indica que “cuando un gobierno unitario, establece tales autonomías parciales y locales, se dice que es un gobierno descentralizado”⁵.

Además hace un comentario sobre “nuestra Constitución, pues hace un deslinde entre el poder público atribuido al gobierno central y el poder público que reconoce a los municipios, luego, el principio sostenido por algunos autores norteamericanos de que la característica esencial del gobierno unitario es la de que en este no existe una distribución constitucional del poder entre el gobierno central y los gobiernos locales fracasa, tanto en el caso de Colombia, como el de nuestro países y en el de muchos otros Estados Latinoamericanos cuyas constituciones demarcan cuida-

dosamente la esfera del poder atribuido al gobierno nacional y la del poder reconocido (constitucionalmente) a los municipios”⁶.

Nuestra Constitución Política, destaca en su Título VIII, Regímenes Municipal y Provincial, de esta manera descentralizando su Poder del Estado, para que otras autoridades en ese caso los representantes de corregimientos, los alcaldes de los municipios, puedan ejercer sus funciones dentro de ese territorio, sin la presencia permanente del Estado Central.

Debemos destacar que el término municipal, se encuentra definido en el artículo 232, que indica.

Artículo 232: El Municipio es la organización política autónoma de la comunidad establecida en un Distrito.

La Organización municipal será democrática y responderá al carácter esencialmente administrativo del gobierno local.

En el artículo 233, podemos observar la descentralización del Po-

der del Estado Central a los lugares específicos que nuestra Constitución denomina municipios:

Artículo 233: Al municipio, como entidad fundamental de la división política administrativa del Estado, con gobierno propio, democrático y autónomo, le corresponde prestar los servicios públicos y construir las obras públicas que determine la Ley, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación ciudadana, así como el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asigne la Constitución y la Ley.

El Órgano Ejecutivo, garantizará el cumplimiento de estos fines, dentro del proceso de descentralización de competencia y función pública que el Estado Panameño, promoverá y realizará en base a los principios de autonomía subsidiaridad, equidad, igualdad, sostenibilidad y eficiencia u considerando la territorialidad, población y necesidades básicas de las municipalidades.

5 Quintero Correa, César, *Principios de Ciencias Políticas*, página 367.

6 Quintero Correa, César, *op. cit.*, página 366.

La Ley establecerá como se descentralizará la Administración Pública y el traslado de competencia y la transferencia de recursos para el cumplimiento de esta norma.

En el segundo párrafo señala que el Órgano Ejecutivo, promoverá el proceso de descentralización de competencia y función pública, retornando a lo plasmado en el artículo 1 de nuestra Constitución que establece el sistema unitario además de mutar el sistema unitario centralista a un sistema unitario descentralizado.

Al inicio de la República, establecida nuestra primera Constitucional de la Etapa Republicana, podemos mencionar que la forma de Gobierno, no indicaba el término unitario, pero en la práctica las funciones y el ejercicio del Poder del Estado, se manejaban dentro de los parámetros a un gobierno unitario, tal como menciona el Doctor César Quintero, cuando nos hablaba, "Por tanto al reaccionario Código de Núñez y de Caro, repudiado hasta el día anterior a la separación, se

convertía, consumada esta, en el modelo ejemplar que debía seguirse"⁷, sin embargo, esa Constitución mostraba sus primeros pasos encaminados a la descentralización en distribuir funciones y tareas a las autoridades municipales, como lo señalaba el artículo 130 de la Constitución de 1904.

Artículo 130. Los Distritos Municipales son autónomos en su régimen interior, pero no podrá contraer deudas sin la autorización de la Asamblea Nacional.

Observamos que el concepto utilizado para la distribución de funciones y tareas a los municipios fue el de autónomo en su régimen interior la cual debería desarrollarse mediante los Consejos Municipales, por medio de acuerdos propios o de reglamentos, lo conveniente para administración del Distrito, como lo señalaba el artículo 131 de la Constitución de 1904.

Concatenado a esta relación Municipio y Estado que daba paso

a una transformación de forma unitaria descentralizada, el Doctor José Dolores Moscote, nos explica en su libro Introducción al Estudio de la Constitución, la manera de coexistencia entre los Municipios y Estado señalando "el municipio es una parte integrante del Estado y que por concepto mal podría ser independiente de él, menos aun si ambos tienen la finalidad de contribuir al bienestar social. El Estado dentro del amplio radio de acción de la nación entera: El municipio en el residuo de la Ciudad, que es el núcleo principal de población del Estado"⁸.

Retornando a la actualidad debemos señalar que la descentralización fue un proceso que el sistema de gobierno unitario de nuestro Estado Panameño, estaba desarrollando, para la ejecución de funciones y tareas, pero a través del tiempo se mantiene la figura jurídica del Acuerdo Municipal, que viene a ser un mecanismo legal en donde los gobiernos municipales, pueden llevar a cabo

⁷ Quintero Correa, Cesar, *Evolución constitucional de Panamá*, página 78.

⁸ Moscote, José Dolores, *Introducción al estudio de la Constitución*, página 307.

sus obligaciones y llegar a su fines, de tal manera la Ley 106 de 1973, define los Acuerdos Municipales de la siguiente manera:

Son las decisiones aprobadas por los concejales (representantes de corregimientos artículo 237 de la Constitución Política), referida a asuntos que involucre intereses públicos, comunitarios o institucionales, con fuerza de ley dentro del territorio del Distrito (Artículo 14 de la Ley 106 de 1973).

De esta manera debemos indicar que dichos acuerdos municipales son sujetos a ser considerados inconstitucionales, si en el grado de su contenido, aplicación, resueltos que inflijan a la Constitución, manteniendo el sistema de gobierno unitario del Estado, tal como mencionamos cuando se citó al Doctor José Dolores Moscote, quien indicaba que el municipio es una parte integrante del Estado y que por concepto mal podría ser independiente de él, menos aun si ambos tienen la finalidad de contribuir al bienestar social.

La Procuraduría de la Administración, nos señala que los Acuerdos Municipales, constituyen un

acto reglamentario entendiéndose por tal toda disposición jurídica de carácter general dictada por la administración pública y con valor subordinada a la ley.

De esta manera podemos indicar que los Acuerdos Municipales, son los acuerdos aprobados por los Concejales del Distrito para solucionar asuntos de interés público, comunitarios o institucionales, estos acuerdos deben cumplir con las leyes de la República, rigiendo el sistema unitario de gobierno, contemplado en nuestra Constitución, como forma de gobierno para el Estado Panameño.

En ese sentido citaremos el siguiente Acuerdo Municipal como ejemplo:

- a) Acuerdo Municipal N°13 del Concejo Municipal del Distrito de Santiago, del 20 de julio de 2021, el cual facultaba al alcalde, constituir una servidumbre de alcantarillado sanitario a favor del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales IDAAN, sobre una finca propiedad del Municipio.

Según

el Dr. J.D. Moscote:

“[...] el municipio es una parte integrante del Estado y, por concepto, mal podría ser independiente de él, menos aun si ambos tienen la finalidad de contribuir al bienestar social”.



Mediante este ejemplo se muestra una institución encargada del agua que solicita a las autoridades del Distrito su aprobación para la construcción de la servidumbre de alcantarillados sanitarios, sin embargo, su aprobación debe realizarse ante los concejales del Concejo Municipal, esto demuestra la manera descentralizada, en que se administra los Municipios en el País.

Por último, debemos destacar la Ley 37 del 29 de junio de 2009, que descentralizó la administración pública en la República de Panamá, de esta manera se traslada la función pública al nivel de gobierno más cercano para alcanzar una mayor eficacia y eficiencia del gasto público en mejoras de los servicios básicos y agilización de la gestión pública.

Al observar estas tres formas de gobierno unitario, y realizar un estudio de Derecho Comparado, son más los Estados que prefieren dirigir sus políticas y funcionamiento administrativo dentro del sistema unitario, antes de preferir el sistema federal, sin embargo las tendencias regionalistas buscan el reconocimiento de sus Gobiernos

Centrales y su importancia dentro del Estado en general, en la cual el Estado Panameño no se escapa de dicha realidad, en donde se ha tenido a través de los años y por las nuevas necesidades de los municipios alejados de la capital que adaptar un sistema de descentralización en las funciones municipales, brindándole la debida importancia al gobierno local.

Aunado con las corrientes regionalistas, podemos señalar que, en nuestro país, dicha corriente recoge su auge y aceptación, como por ejemplo la identificación de banderas a las provincias, pero en la actualidad hasta los Distritos han optado por ese fenómeno del regionalismo que por supuesto todavía no han proclamado la escogencia de un sistema de gobierno federal.

Entre los Municipios que han optado por la identificación de banderas tenemos los siguientes ejemplos:

a) Acuerdo #5 del Concejo Municipal de Natá, de 3 de marzo de 2004, por el cual aprueba la Bandera del Distrito de Natá.

b) Acuerdo #71 del 13 de septiembre de 2016, por medio del cual se adopta oficialmente la bandera de Aguadulce.

Lo curioso es que ambos municipios son vecinos geográficamente y pertenecen a la provincia de Coclé.

Debemos indicar que con toda la evolución de nuestra forma de gobierno unitario pasando dentro de las tres formas, para el tiempo de la cuarentena (producto del COVID-19, meses de marzo de 2020 hasta el 2022), nuestro gobierno controló mediante un Estado de Emergencia, que no se encuentra establecido como término dentro de nuestra Constitución, pero que imperó el Sistema Unitario Centralista, viéndose reflejados en los Decretos y Resoluciones que se dictaban para ser cumplidas en toda la República, por ejemplo, la Resolución 1420 de 1 de junio de 2020, que ordenaba el uso de mascarilla o barbijos en todo el territorio de la República de Panamá; debemos manifestar que dicha Resolución, impuesta de la manera de un Sis-

tema Unitario Centralista, cumplió sus objetivos en el combate contra el COVID-19, sin embargo, no hubo Municipio, que se opusiera a dicha Resolución, acatando lo estipulado dentro de nuestro artículo 1 de la Constitución Política, que somos un Gobierno Unitario, situación muy diferente en

Naciones que tienen un Sistema Federalista como Estados Unidos, en donde hubo Estados que solicitaban el uso obligatorio de la mascarilla y otros que lo dejaban a decisión de sus ciudadanos, trayendo diferencias entre ambos Estados, hasta llevarla al Presidente de los Estados Unidos, quien

dirigía dentro de ese periodo, Donald Trump.

CONCLUSIONES

Podemos concluir este artículo indicando cuatro ventajas de tener un Estado Unitario, que por supuesto entra en su evolución de



Imagen de Freepik.

sus tres formas mencionadas anteriormente.

1. La sola existencia de leyes y políticas dictadas por un gobierno central, evitando dentro de una Nación, contradicciones de diferentes formas de gobernar en espacios territoriales que conforman la Nación.
2. Menor costo en Instituciones del Estado, toda vez, que en los Estados Federales dichas instituciones son diferentes en cada espacio territorial, además de ser más costosa.
3. Un solo presupuesto para toda la República y no varios, además de ser aprobados por varios congresos de las distintas federaciones.
4. Mediante una descentralización de los gobiernos locales, inspirada en la participación ciudadana, se puede fortalecer más a los Municipios y a la transparencia de los recursos.

REFLEXIONES

1. Educar a los ciudadanos sobre la política municipal, para

poder lograr una participación ciudadana, en la aprobación de los proyectos.

2. Que las Instituciones Públicas, con sede u oficinas en los Distritos, puedan también convivir con las necesidades de la ciudadanía de la municipalidad y que no tengan una política de

tratamientos a sus obligaciones de manera general toda vez que los espacios territoriales son diferentes.

3. Mediante la Descentralización debemos tratar como Estado de minimizar las disparidades de los gobiernos locales en virtud de sus gastos subnacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Naranjo Mesa, Vladimir; *Teoría constitucional e instituciones políticas*, sexta edición, editorial TEMIS, Santa Fe Bogotá, Colombia, 1995.
- Noguera Alcalá, Humberto; «El Estado Unitario, Los Procesos de Descentralización Regional y el Estado Federal», *Revista EURE* N°34-35.
- Predreschi, Carlos Bolívar; *Pensamiento constitucional de Moscote*, cuarta edición, impreso por Panamericana Formas e Impresos, S.A., quien solo actúa como impresor para editora Novo Art, en Panamá, 2018.
- Quintero Correa, César; *Evolución constitucional de Panamá*, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2014.
- Quintero Correa, César; *Principios de Ciencias Políticas*, quinta edición, impreso en los talleres de imprenta ARTICSA, 2009, Panamá.

Infografía

www.sasju.org.ar Estupiñán Achury, Lilitiana; *Mutación del Estado Unitario en América Latina. Recentralización Centralización y Autonomía.*

Garantías, principios y reglas: Incidencias en la correcta administración de justicia penal

JENNIFER C. SAAVEDRA NARANJO*



* Jennifer Cristine Saavedra Naranjo se graduó de la Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua en el 2007. Cuenta con dos maestrías, una en Derecho Procesal por parte de la Universidad Interamericana y otra en Derecho Procesal Penal, por parte del Instituto de Estudios Superiores Jurídicos. Tiene diversas publicaciones en materia de familia, penal y laboral. Actualmente ejerce como Juez de Juicio Oral en el Sistema Penal Acusatorio, Provincia de Panamá.

RESUMEN

Este artículo trata de cómo la administración de justicia en material penal ha cumplido de forma cabal con la columna vertebral del Sistema Penal Acusatorio: los veintiocho (28) primeros artículos del Código Procesal Penal, que representan el norte de todos los procesos penales, los cuales, resumidos de una manera sencilla, tratan sobre el debido proceso, el respeto a la dignidad humana y a los derechos y garantías fundamentales.

PALABRAS CLAVES

Sistema Penal Acusatorio, Código Procesal Penal, procesos penales, debido proceso, dignidad humana, derechos y garantías fundamentales, principios, reglas.

INTRODUCCIÓN

La implementación del Sistema Penal Acusatorio (SPA) en nuestro país, ha sido el más grande cambio procesal que ha tenido la justicia panameña dentro del siglo 21, sin lugar a duda. Se hizo tránsito de un sistema inquisitivo, plagado de irregularidades (según lo indicaban los propios usuarios del sistema) a otro en el cual, los jueces tienen el deber (tal cual lo preceptúan los primeros veintiocho artículos del Código Procesal Penal) de hacer del proceso penal, un mecanismo que no solo respete derechos y garantías fundamentales, sino también que provea a sus intervinientes de soluciones rápidas a los conflictos planteados (métodos alternos como primeras soluciones), con rapidez, eficacia, eficiencia, objetividad, imparcialidad, publicidad, razonabilidad e igualdad de armas para todas las partes.

Hoy por hoy, sin ánimo de esconder las falencias del SPA, lo cierto también es que el sistema ha funcionado: desde el momento cero en que la fuerza policial debe hacerse responsable de cada una de sus acciones en su calidad de primeros intervinientes, pasando por las pruebas e investigaciones que realizan tanto la DIJ como el IMELCF respectivamente, transitando por los Jueces de Garantías que le dan validez a las actuaciones de los policías y el Ministerio Público siempre y cuando se hayan respetado de forma íntegra los derechos fundamenta-

les de los involucrados, siguiendo con los Jueces de Juicio Oral, que ven las pruebas y realizan los juicios de razonabilidad y verosimilitud para dar sus fallos, hasta los Jueces de Cumplimiento, que tienen a su cargo velar no solo por el cumplimiento de la pena impuesta, sino que esta sea en condiciones que realmente permitan el pago de la deuda con la sociedad y la correspondiente resocialización de quien se encuentre sometido a los rigores de una sanción penal.

Si bien la pandemia representó un escollo dentro de la administración de justicia de todos los países, lo cierto es que en el Poder Judicial de Panamá, específicamente el SPA no se ha detenido, porque el sistema se diseñó para que la oralidad y la tecnología fueran de la mano al momento de brindar soluciones jurídicas a los involucrados dentro de un proceso penal, por ello, de alguna manera fue un poco más sencillo para la jurisdicción penal, ponerse a tono con las exigencias que la realidad mundial reclamó a sus autoridades, a sus instituciones y a la población en general.

Ahora bien, este artículo trata de cómo la administración de justicia en material penal, ha cumplido de forma cabal con la columna vertebral del Sistema Penal Acusatorio: los veintiocho (28) primeros artículos del Código Procesal Penal, que representan el norte de todos los procesos penales, los cuales resumidos de una manera sencilla, tratan sobre el debido proceso, el respeto a la dignidad humana y a los derechos y garantías fundamentales.

GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y REGLAS

Artículo 1. Interpretación y prevalencia de principios.

Durante todo el proceso penal, existirán innumerables situaciones que requerirán del conocimiento del Juez (Garantías y Cumplimiento) de los Jueces (Tribunal de Juicio) y de los Magistrados (Tribunal Superior de Apelaciones y Corte Suprema de Justicia); dichas situaciones, deberán ser atendidas utilizando el principio de legalidad, pero también y de manera mucho más amplia los principios que se encuentran en los primeros veintiocho artículos del Código Procesal Penal (2018).

Ello, en virtud que dentro de estos artículos se encuentra la columna vertebral del SPA, considerando que estas disposiciones legales tienen como norte que todo el Código Procesal Penal, se interprete bajo su amparo, precisamente para proteger los derechos y garantías fundamentales de todo el que interviene en el proceso. Por tanto, siempre los Derechos Humanos, deben dejar su impron-

ta en las decisiones que tomen los Jueces y Magistrados para efectos de una correcta administración de justicia, de ahí, la importancia de que los juzgadores no solo sepan el Derecho Penal y el Derecho Procesal, sino que también manejen y apliquen las convenciones sobre Derechos Humanos que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, acatando lo expuesto en el artículo 4 de nuestra Constitución Nacional. De ahí es que surge la importancia del manejo cabal de la convencionalidad por parte de los administradores de justicia, de tal forma que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 17 de la Carta Magna, en su segundo párrafo. Este conocimiento cobra mayor relevancia cuando se relaciona de forma directa con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), la cual se convirtió en ley de Panamá a través de la Ley No. 15 de 28 de octubre de 1978.

Artículo 2. Legalidad procesal.

El principio universal de *lura no vit curia*, aplicado al Derecho Penal, de forma clara establece que

solo a través de un juicio previo tramitado bajo el paraguas de las normas que se encuentren dentro de nuestra Carta Magna, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y del Código Procesal Penal, una persona puede ser condenada a una pena o sometida a una medida de seguridad. Además, se indica que cualquier persona que se encuentre dentro del territorio panameño podrá acceder tanto a los tribunales como a los jueces, a fin de tramitar sus procesos, tal cual lo estipulen las normas del Código Procesal Penal.

Entonces, debe entenderse que la inocencia o culpabilidad de una persona solo puede ser declarada a través de un juicio, siguiendo todos y cada uno de los parámetros legales establecidos en los códigos penales, sin olvidar el respeto irrestricto que debe preponderar en todo proceso, respecto de los derechos humanos de los intervinientes.

Dicho de otra manera, sin la existencia de una declaratoria judicial previa, nadie puede ser sometido a una privación o li-

Sin la existencia de una declaratoria judicial previa, nadie puede ser sometido a una privación o limitante de su libertad, en franco cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Nacional.



mitante de su libertad, en franco cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Nacional.

Artículo 3. Principios del proceso.

El proceso penal, con el advenimiento del Sistema Penal Acusatorio, trae aparejados los siguientes principios:

- **Debido proceso:** *todos los jueces deben seguir al pie de la letra, no solo lo dispuesto en los códigos y tratados internacionales respecto a derechos humanos, delitos y formas de prevenir, tratar y sancionar los hechos delictuales que se cometan dentro de las sociedades, sin embargo, el norte siempre debe estar en el seguimiento de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que de forma clara establece cuáles son los parámetros respecto de los que todo proceso judicial debe transitar.*
- **Contradicción:** *una prueba que no ha pasado por el tamiz de la contradicción (que no es*

más que la contraparte pueda objetarla y presentar su verdad a través de dicha acción) jamás puede tener valor en un proceso judicial, considerando que se violentan garantías y derechos fundamentales si dicha situación es aceptada.

Sobre este principio, no es ocioso citar a Fierro-Méndez (2015), quien, de forma amplia, lo expone de la siguiente forma:

Con relación al principio de contradicción, es necesario señalar que la garantía de controversia no se satisface con la sola posibilidad de rebatir el mérito de la prueba una vez haya sido practicada, sino que se requiere, para satisfacer plenamente ese derecho, brindar la oportunidad a la parte contra quien se aduce la facultad de contrainterrogar al testigo.

- **Inmediación:** *el que los jueces y demás intervinientes dentro del proceso penal, “vivan y estén presentes dentro del proceso” no siendo meros espectadores de este, por el contrario, teniendo una participación activa y efi-*

caz que no solo posibilite a las partes contarles a los jueces su verdad, sino que también permita a los juzgadores presenciar in situ, como cada una de las partes les muestra la veracidad de su correspondiente teoría del caso.

- **Simplificación:** el proceso penal no busca ser burocrático ni oneroso en ningún aspecto para las partes. Por ello, los jueces siempre procurarán resolver los conflictos planteados, no solo de forma rápida, sino también aupando aquellas actuaciones que logren brindarle a las partes no solo la protección de sus derechos y garantías fundamentales, sino también el respeto a sus intereses ante la administración de justicia.
- **Eficacia:** el sistema penal de un país es la cara más visible de la forma como dicho lugar administra justicia. Por ende, la implementación del SPA en Panamá buscó que el proceso penal dejara de ser visto como una suerte de camino burocrático, lento, lleno de baches jurídicos de todo tipo, para convertirse en una autopista en la cual la flui-

dez y la claridad de todos los pasos (entiéndase audiencias) que han de seguirse, sea clara, precisamente para otorgarle a las partes lo que desean de la administración de justicia: una solución a la controversia en la que se ven envueltos.

- **Oralidad:** la diferencia más visible y palpable, entre los sistemas inquisitivo y acusatorio. En este último, no existe el expediente como tal, porque todas las actuaciones se realizan a través de audiencias y juicios, haciendo que la tramitación sea más expedita, porque los intervinientes tienen que solicitarles a los jueces, de forma oral, qué desean dentro del proceso, estando impedidos los juzgadores para realizar cualquier tramitación de oficio. Dicho en otras palabras, se trata de justicia rogada, con efectos y consecuencias rápidas.

Este tópico es explicado de forma amplia por Duce (2014) de la siguiente forma:

Los procesos orales, en cambio, suponen que el mecanismo insti-

tucional que permite a los jueces tomar decisiones es la realización de una audiencia en donde las partes pueden, cara a cara, presentar sus argumentos de manera verbal, la evidencia que apoya su posición y controvertir lo que la contraparte señala.

(...)

El juicio oral constituye, entonces, la etapa final y el centro del nuevo proceso acusatorio establecido en la región, aun cuando solo un porcentaje menor de los casos se resuelvan por esta vía. La estructura básica de este juicio es el de ser una audiencia pública y contradictoria, es decir, donde las partes tienen derecho a presentar su prueba y rebatir la evidencia presentada por su contraparte. Junto con ello, es normal que las partes tengan la posibilidad de presentar alegatos de apertura antes de la presentación de la prueba y alegatos de clausura luego de realizado esto (págs. 26-27).

- **Publicidad:** todos los juicios son públicos, por lo que cualquier persona puede ingresar

a presenciar las audiencias y los juicios, a fin de que de primera mano puedan ver cómo se administra justicia, incluyendo los medios informativos (radio, televisión, internet entre otros). Ahora bien, no es ocioso indicar que este principio no es absoluto (artículo 361 del CPP): cuando se trata de menores la audiencia puede realizarse a puertas cerradas preservando el interés superior del menor (artículo 391 del CPP), de igual forma, también puede hacerse la audiencia de esta forma, cuando lo ventilado se encuentre relacionado con la vida privada o la integridad física de los intervinientes o cuando peligre un secreto profesional, particular, comercial o industrial (artículo 362 del CPP).

- **Concentración:** todos los actos relacionados a la resolución de una petición deben realizarse en una sola sesión, de ser posible, para efectos de que los intervinientes obtengan una respuesta rápida a cada una de sus solicitudes. Lo anterior requiere, no solo una buena dirección por

parte de los juzgadores, sino también que las partes cooperen, siendo claros en sus peticiones y buscando los mecanismos para que las audiencias y los juicios sean en la medida de las posibilidades y sus propias características per se, cortos. Un ejemplo claro es cuando en un juicio existen testigos cuyas residencias son alejadas del Tribunal, en teoría, estos deponentes, deberían ser los primeros en declarar, precisamente para evitar inconvenientes necesarios para estas personas.

- **Estricta igualdad de las partes:** todos los intervinientes dentro del proceso penal tienen exactamente los mismos derechos y los mismos deberes, porque no se le da supremacía a uno sobre otro. El escenario en el cual se observa con mayor profundidad este principio es en el juicio, donde las partes (Fiscalía, Defensa y Víctima) muestran, evacúan y explican ante el Colegiado sus teorías del caso a través de sus pruebas, permitiendo de esta manera que a través del ejercicio de valoración, los

juzgadores puedan tomar una decisión como en Derecho corresponde.

- **Economía procesal:** el ejemplo más veraz de este principio se cumple en Juicio Oral, cuando se trata de testigos comunes. Al momento en que la Fiscalía termina de interrogar al testigo, de forma inmediata se le pregunta a la Defensa si se encuentra satisfecho con el conainterrogatorio realizado o desea también interrogar, si la respuesta es sí a la última pregunta, el testigo será sometido al interrogatorio de la Defensa, precisamente para ahorrar tiempo, y lograr una mayor evacuación de los deponentes.
- **Legalidad:** los jueces solo podemos hacer lo que la Ley manda. Ni más ni menos. El SPA es un sistema que tiene como norte transparentar las actuaciones de todos los intervinientes, por ende, se tiene el deber de seguir de forma irrestricta el mandato legal que reposa en los códigos, tratados y convenios internacionales. Dicho en otras palabras, el Juez no puede ni debe inventar



Imagen de VBlock en Pixabay.

procesos o requisitos que no se encuentren previamente consignados en la normativa.

- **Constitucionalización del proceso:** de forma simple y sencilla se trata de aplicar de forma cierta, directa y tangible dentro del proceso, todos y cada uno de los derechos y garantías fundamentales consignados dentro de la Carta Magna. Por ejemplo, no se puede realizar el juicio, sin la presencia del acusado, porque hacerlo sin él le violenta su garantía fundamental a tener pleno conocimiento sobre qué

se le está acusando, quién lo acusa, por qué lo hace y como terminaría su situación legal.

- **Derecho de Defensa:** sin una defensa eficiente y efectiva, es imposible la realización de audiencias ni mucho menos del Juicio Oral, porque desde el primer momento en que se inicia el proceso penal, quien se encuentre sometido al proceso, debe tener una Defensa, ya sea pública o privada, a fin de que sus intereses queden debidamente protegidos.

Artículo 4. Juez natural.

Se entiende que solo quien ostenta el título y la calidad de Juez y Magistrado puede aplicar el contenido de la Ley, los tratados y convenios internacionales, a quien se encuentre sometido a los rigores del proceso penal. De igual forma, la administración de justicia no esconde la identidad de los jueces, muy por el contrario, el/la acusado (a) y los demás intervinientes conocen desde el primer momento el nombre del Juez, Jueces o Magistrados que juzgarán su causa, impidiendo de esa

manera, la aparición de tribunales extraordinarios o de excepción, o incluso, tribunales sin rostro.

Artículo 5.

Separación de funciones.

La implementación del SPA en Panamá introdujo entre sus más palpables cambios, que cada uno de los intervinientes se ocupara de un extremo del proceso: el Ministerio Público tiene el deber de investigar, como se dice en lenguaje coloquial, lo bueno, lo malo y lo feo; mientras que los Jueces solo pueden juzgar, siendo impedidos por completo de realizar cualquier acción que tenga como norte la investigación de los delitos. Dicho en otras palabras, la prueba de oficio queda completamente prohibida para los jueces, salvo que se requiera en casos excepcionales, por ejemplo, verificar el estado mental de quien se encuentre sometido al proceso penal, a fin de poder determinar si es posible que asuma las consecuencias de un juicio y aun así, dicha solicitud en la mayoría de los casos es realizada por las partes, incluso por el propio Ministerio Público.

Esta excerta legal culmina indicando lo siguiente: "Sin formulación de cargos no habrá juicio ni pena sin acusación probada". Dicho en otras palabras, el proceso penal de corte adversarial que seguimos actualmente en nuestro país debe iniciar a través de la formulación de una acusación por parte del Ministerio Público para que la causa transite a Juicio Oral y solo estos juzgadores podrán indicar si la persona es o no culpable, por ende, en el caso de que haya condena, solo ellos podrán fijar la pena, a fin de que la misma sea controlada por el Juez de Cumplimiento. Ello es así, tal cual lo plantea Lorenzo (2012) al establecer que "...en un juicio se pretende que el tribunal o juez de sentencia se mantengan lo más distante posibles de la producción de información, permitiendo que las partes produzcan su prueba en la forma en que lo estimen conveniente..." (pág. 51).

El tema de la acusación se reviste de especial importancia para cuando se emiten sentencias condenatorias, tal como lo exponen Baytelman A. y Duce, M. (2016), veamos:

...el proceso penal de corte adversarial que seguimos en nuestro país debe iniciar con la formulación de una acusación por parte del Ministerio Público para que la causa transite a Juicio Oral y solo estos juzgadores podrán indicar si la persona es o no culpable...



La sentencia condenatoria está "amarrada" por la acusación. No puede excederla en cuanto a los hechos por los que ésta (sic) acusa. La lógica detrás de esta norma es el derecho a defensa. Si el tribunal pudiera dar por acreditados hechos no contenidos en la acusación, entonces se estaría condenando al acusado sin que haya tenido oportunidad de construir su defensa por dichos hechos, refutar la prueba de cargo en lo que respecta a ellos y presentar su propia prueba (pág. 74).

Artículo 6. Independencia e imparcialidad.

Este artículo es exclusivo de los juzgadores, porque dentro de él, se salvaguarda la labor que realizan indicando que tendrán inamovilidad del cargo, respetando el principio del Juez Natural. Además, también se establece que el juzgador deberá desempeñarse con probidad en el ejercicio de su cargo, dejándose sentado que existirá independencia interna y externa para los jueces al momento de decidir sobre los casos

que tengan que fallar, garantizándose con esto, la imparcialidad, como cualidad suprema de los juzgadores.

Dicho en otras palabras, los juzgadores no tendrán ningún tipo de presiones para ejercer sus fallos; además, siempre se respetará que el Juez que esté en el cargo, sea la persona no solo idónea para ejercerlo, sino también a la que le corresponde dicha labor, por eso, tal cual indiqué en párrafos precedentes, no existen tribunales de excepción o jueces sin rostro dentro del SPA.

Artículo 7. Prohibición de doble juzgamiento.

Advirtiéndose que los hechos de una imputación son los mismos que dan pie a una futura acusación, una vez la persona ha sido juzgada por la comisión de un delito, no es posible que el Ministerio Público nuevamente acuse a una misma persona, por los mismos hechos, en virtud de este principio; incluso, en los acuerdos de pena (artículo 220 del CPP), este es uno de los compromisos que adquiere la vindicta pública,

a fin de propiciar para con la causa, una solución rápida y eficaz de la misma.

Artículo 8. Inocencia.

La persona mantendrá su estado de inocencia, desde el primer momento de la investigación y hasta que un Juez (de Garantías, cuando se trata de acuerdos de pena, por ejemplo) o de Juicio Oral (cuando se celebra el juicio per se) sea la persona que decida si dicho estado fue quebrantado o no. Bajo ninguna circunstancia se tratará a una persona sometida al proceso penal como culpable, razón por la cual, su presunción de inocencia será respetada por los medios de comunicación, incluso las fotografías de estas personas solo estarán permitidas para fines identificativos.

No es ocioso recordar que respecto a este principio clave del Derecho Penal, se ha escrito doctrina vasta, sin embargo, me permito indicar que, en el SPA, el estado de inocencia es parte de la columna vertebral de este proceso, a tal punto que solo con el vencimiento de más allá de toda

duda razonable, es posible que una persona sea condenada a una pena, por la comisión de un delito. Es decir que, la única manera en que este principio puede ser quebrantado es con suficientes y certeras pruebas, no a través de argumentaciones y/o confesiones, considerando que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo, conforme lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución Nacional.

Rodríguez (2015) sintetiza el estado de inocencia como principio rector del Derecho Penal de esta forma:

La inocencia (...) es un derecho subjetivo cuya titularidad corresponde solo al procesado, bien sea como imputado o acusado, amparado con una presunción iuris tantum desvirtuable, y es un deber-obligación del Estado protegerlo en desarrollo de toda la actuación judicial, con el pleno y cabal respeto por los derechos y garantías constitutivas o integradoras del Debido proceso, o dicho de otra manera, para despojar al hombre acusado de su

condición natural y política de inocencia judicial, debe desarrollarse una investigación y juzgamiento dentro de los cánones del debido proceso (pág. 123).

Artículo 9. Publicidad del proceso.

Como ya se explicó en los párrafos anteriores, la publicidad no es un principio absoluto dentro del proceso penal, por lo que excepcionalmente podrá no hacerse presente dentro del proceso penal. Ahora bien, la realidad es que las audiencias y juicios son públicos, sin dejar de lado que durante y después de la pandemia por COVID-19 se limitó el tema del acceso al público a los juicios y hoy por hoy, se les solicita que guarden los cuidados necesarios (distancia, alcohol entre otros) a fin de evitar cualquier situación que pueda representar algún tipo de contacto con personas que tengan algún tipo de carga viral. En esa línea, no es ocioso indicar que aún hay varios jueces (entre los que me incluyo) y magistrados, que utilizan las mascarillas dentro de las salas de audiencia,

para efectos de protección personal.

Artículo 10. Derecho a la defensa.

Tal cual mencioné en líneas precedentes, este derecho se activa desde el primer momento en que una persona es sometida a los rigores del proceso penal, pudiendo elegir una defensa privada o solicitando desde el primer momento que el Estado le proporcione un defensor público, a fin de que proteja sus intereses, estimando que la defensa es inviolable e irrenunciable.

Vale destacar que aun cuando el proceso comience con un abogado privado, si existe abandono, revocatoria, muerte, renuncia o excusa del defensor durante el transcurso del proceso, la persona podrá solicitar que un Defensor Público continúe su causa. De hecho, a nivel de Juicio Oral, cuando se verifican estas situaciones de forma inmediata se ordena enviar oficio al Instituto de la Defensa Pública, a fin que el acusado tenga asistencia legal gratuita, fijándose una nueva fecha de juicio (con el

tiempo suficiente para la preparación del abogado que entre “nuevo” al proceso), porque al final, quien ostente la calidad de imputado o acusado dentro de una causa penal, merece contar con una defensa idónea, debidamente preparada en el caso, además de contar con un amplio bagaje de conocimientos en litigación oral.

Artículo 11.

Libertades personales.

Debe tomarse en cuenta que son derechos y garantías fundamentales, consagrados en nuestra Constitución, la libertad de circulación (artículo 27) y la seguridad personal (artículo 17), por ende, en el caso de que alguno de estos derechos se vea disminuido, deberá hacerse a través de una orden judicial, debidamente sustentada y motivada. Por ejemplo, cuando se trata de medidas cautelares que involucren menoscabos de la libertad personal (por ejemplo, la detención provisional o el depósito domiciliario) quien la decreta deberá seguir lo dispuesto en los artículos 221 al 232 del Código Procesal Penal.

De igual forma, cuando se trate de seguridad personal (por ejemplo, que una persona sea detenida provisionalmente), el Estado, a través del Sistema Penitenciario y la policía, deberán salvaguardar la seguridad de quien se encuentre sometido al proceso penal.

Artículo 12.

Control judicial de afectación de derechos fundamentales.

El nuevo sistema penal, tiene entre sus cambios más poderosos, la existencia de los Jueces de Garantías, quienes actúan desde el primer momento en que inicia el proceso penal, salvaguardando los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes de tal forma que cada vez que sea impuesta una medida cautelar (las cuales, en mayor o menor medida afectan derechos y garantías fundamentales), deberán verificar el carácter excepcional, subsidiario, provisional, proporcional y humanitario de estas (artículo 224).

En cuanto a la detención provisional, con el SPA, la misma solo debe tener una duración de un (1) año, en los casos que no son com-

plejos y tres (3) años en los casos que son declarados previamente por un Juez de Garantías, como complejos. Debe entenderse que no se busca con la detención provisional que esta se convierta en una pena anticipada, aunque es necesario reconocer que el COVID-19 ha alargado los tiempos de espera en cuanto a juicios se refiere, por lo que se empezaron a tomar no solo con medidas de contingencia sobre este tema, sino también a admitir con mayor celeridad las solicitudes de cambios de medidas cautelares precisamente para evitar abuso respecto de los derechos humanos.

Artículo 13.

Derecho a la intimidad.

Los Jueces de Garantías en el SPA tienen la enorme responsabilidad de verificar que los derechos y garantías fundamentales no se vean menoscabados, sin que se deje de un lado la rigurosidad que se impone cuando se trata de medidas cautelares, previo cumplimiento de las formalidades legales y por motivos definidos. De igual forma, se hace necesario

recordar que el cuerpo, los bienes y las comunicaciones son inviolables, porque así lo preceptúa la Constitución Nacional, los tratados y los convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Panamá.

Para una mayor comprensión del derecho a la intimidad, cito a Medina (2017), quien de forma sencilla lo explica así:

El derecho a la intimidad es la expectativa que tienen los seres humanos de realizar acciones y omisiones sin que nadie sepa de estas. De poder tener una serie de "secretos" o cuestiones personalísimas que la comunidad y la sociedad no tienen derecho a conocer. Es la protección de la vida privada, del fuero personal, sobre el conocimiento generalizado.

La intimidad, a diferencia de la dignidad humana, sí puede encontrar limitaciones y puede ser quebrantada por el Estado, después de un debido análisis hecho por una autoridad (...) quien luego de una ponderación y un test de proporcionalidad

decide si puede permitirse el quebrando al derecho de la intimidad (págs. 26-27).

Artículo 14. Respeto a los derechos humanos.

Todo el proceso penal está impregnado del respeto irrestricto a los derechos humanos de la totalidad de sus intervinientes, sin importar el rol que ocupen. Vale destacar que tal cual lo indica el artículo 17 de la Constitución Nacional los derechos allí consagrados, son mínimos respecto de los que puedan ser creados a través de tratados y convenios internacionales, respetando siempre la dignidad humana de los involucrados.

Artículo 15. Justicia en tiempo razonable.

Existe un viejo aforismo que reza "Justicia tardía, no es justicia" y precisamente el SPA busca que los tiempos de los procesos sean cortos, precisamente para que se resuelva prontamente el conflicto que ha llevado a las partes ante los estrados del Tribunal, por ende, es preciso recordar que toda acción dilatoria, deberá ser evitada

y sancionada por el Juez en cuya etapa se encuentre el caso, a fin de respetar no solo los tiempos del proceso, sino también la dignidad humana de las partes y el proceso como tal.

Artículo 16. Derecho a no declarar en contra de sí mismo.

El artículo 25 de la Constitución Nacional consagra esta garantía, lo que se traduce en que una confesión dentro del SPA no es válida como tal, porque es solo a través de procedimientos debidamente consagrados en la ley, que una persona puede aceptar la comisión de un hecho punible y esta aceptación se toma como válida para un proceso (acuerdos de pena, numeral 1 del artículo 220 del CPP).

En esa línea, considero válido reconocer lo indicado por Muñoz (2019), quien señala lo siguiente:

...en relación con el valor del silencio del acusado en el proceso, retoma la corporación el principio *nemo tenetur se detegere*, según el cual el imputado tiene derecho a guardar silencio, a no



Imagen de Wikimedia Images en Pixabay.

delatarse a sí mismo y a no adjudicarse en él un deber de decir la verdad en caso de que decida declarar. En el plano probatorio, este principio indica que el acusado, en estricto sentido, no está obligado a explicar nada, sea cual fuere la hipótesis con la que se le confronte, por lo que el silencio del mismo debe ser interpretado en términos de neutralidad (págs. 43-44).

Artículo 17.

Validez de la prueba.

El derecho que toda persona sometida a un proceso legal tiene respecto de que las pruebas que se ventilen dentro de su causa hayan sido recolectadas no solo en debida forma (con su correspondiente cadena de custodia), sino de forma válida (utilizando el principio de legalidad de forma irrestricta), a fin de que al momento del Juicio oral sus pruebas sean debidamente valoradas dentro de la emisión de la sentencia. Lo anterior, significa que toda prueba obtenida a través de torturas, amenazas y/o violación de los derechos fundamentales o proveniente de una información originada en un procedimiento o medio ilícito, jamás podrá entrar siquiera al proceso.

Este tema es explicado de forma amplia por Fierro-Méndez de la siguiente forma:

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crue-

les, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales.

(...)

La prueba ilícita, como su propio texto lo expresa, es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita (págs. 220-221).

Artículo 18. Lealtad y buena fe.

Como quiera que la transparencia, la publicidad y la oralidad son elementos presentes dentro del SPA, los jueces en cualquier etapa

del proceso presumen la buena fe y la lealtad de las partes en todas y cada una de sus actuaciones, considerando que todos los intervinientes del proceso tienen pleno acceso a los procedimientos de quienes integran el contradictorio.

Artículo 19. Igualdad procesal de las partes.

Todos y cada uno de los intervinientes del proceso penal tienen exactamente los mismos derechos y deberes, porque el principio de igualdad procesal deja su impronta desde el primer momento en que inicia la investigación sobre la posible comisión de un hecho delictuoso. Por ello, cada vez que exista algún tipo de actuación dilatoria de los intervinientes, los juzgadores tendrán que evitar y sancionar cualquier tipo de proceder que promueva dilaciones y obstáculos para el buen desarrollo del juicio.

Artículo 20. Protección de la víctima, de los denunciantes y colaboradores.

El SPA conlleva un respeto incondicional a quien ostente la

condición de víctima, de hecho, el Código Procesal Penal hace énfasis en la protección que estas personas deben recibir, específicamente desde el artículo 79 al 80, además, se les pide a las partes, sobre todo cuando se trata de víctimas de delitos contra la libertad e integridad sexual, así como menores, que sean cuidadosos en su forma de interrogar, a fin de que se evite a toda costa cualquier tipo de revictimización. De igual forma, el artículo 331 del CPP contempla medidas de protección exclusivas para la víctima, procurando que la misma se sienta escuchada por las partes y a la vez, que honra, bienes y existencia se encuentran debidamente salvaguardadas.

Sobre este tema, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de la Resolución 60/147 (2005), se ha pronunciado de la siguiente forma:

10. Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su

En lo referente a denunciantes y colaboradores, en muchas ocasiones la Fiscalía (también lo puede petitionar la Defensa) ha solicitado que los jueces protejan a estas personas...



bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

En lo referente a denunciantes y colaboradores, en muchas ocasiones la Fiscalía (también lo puede petitionar la Defensa) ha solicitado que los jueces protejan a estas personas (las medidas de protección se encuentran listadas en el artículo 332 del CPP), como por ejemplo, que no se le desmejore su situación laboral, hasta tanto sea emitida una sentencia ejecutoriada respecto del caso en el que declararon, precisamente para que la colaboración con la justicia se pueda desarrollar sin mayores inconvenientes. Todo ello, en aras de que los testigos y

colaboradores, tengan la certeza no solo que su trabajo y deposición es necesaria para traer justicia a la sociedad, sino a la vez que esto no implique ningún tipo de sanción en cualquier aspecto de su existencia.

Artículo 21. Interpretación.

Con lo dispuesto en el artículo 17 de nuestra Constitución, todos los jueces que intervienen en las fases del SPA, deben procurar el respeto a los derechos y garantías fundamentales de todos los intervinientes, por tanto, cuando se trata de limitar cualquier tipo de derecho del imputado o acusado, la interpretación de estas medidas deberá ser restrictiva, sopesando la proporcionalidad respecto del supuesto delito cometido, además del estado de inocencia que mantiene la persona desde el primer momento de la investigación.

Artículo 22. Motivación.

Es un deber del Juez y un derecho de las partes, que todas y cada una de las resoluciones judiciales tengan una motivación suficiente que permita no solo

su completo entendimiento, sino también el acceso al razonamiento que dio pie a la decisión que tomó el juez o los jueces. De hecho, la motivación es tan importante que constituye una falta gravísima dentro de la Ley de Carrera Judicial (2015) que una resolución carezca de ella. Incluso, para los Jueces de Juicio Oral, que son quienes hacen sentencia, es un deber ineludible establecer la valoración de los medios de pruebas que fundamentan sus conclusiones según las reglas de la sana crítica (artículo 427, numeral 4 del CPP), al punto que, de no hacerlo, se puede decretar la anulación de la sentencia, tal cual se observa en el numeral 1 del artículo 172 del CPP o la casación de esta, tal cual se permite en el numeral 2 del artículo 181 del cuerpo normativo antes citado.

El artículo 22 es claro al indicar que el listar pruebas dentro de una sentencia, no es motivación, teniendo sentido esta advertencia, considerando que las partes requieren saber, a través de una sentencia en palabras sencillas, respetando al público que va di-

rigida, las razones, los hechos y el Derecho que motivaron a los jueces, a tomar la decisión emitida, permitiéndoles de esta manera, en caso de querer seguir la vía recursiva, armar su defensa.

Artículo 23. Impugnación.

La doble instancia en un principio consagrado en todos los procesos judiciales. Todas las personas tendrán el derecho y el acceso a que un superior revise las actuaciones de un juez inferior, precisamente para verificar si algún elemento de relevancia fue omitido, que, de haber estado, hubiera podido causar una decisión muy diferente. Por ello, tal cual lo establecí en los párrafos anteriores, la motivación se reviste de especial relevancia para los efectos de las impugnaciones, porque permite al Juez Ad Quem, verificar todo lo que sucedió en la primera instancia, para así poder determinar si hubo o no alguna causal de anulación o de casación respecto del proceso, eso sí, siempre tomando en cuenta que no puede desmejorar o agravar la situación del sentenciado.

Artículo 24.

Investigación objetiva.

Este artículo es destinado en exclusiva para el Ministerio Público, en su rol de ente investigador. Como se diría de forma coloquial: hay que investigar lo bueno, lo malo y lo feo, dicho en otras palabras, lo que conviene y no conviene a la teoría del caso, porque de la investigación y lo minuciosa que sea, se extraerán las pruebas que serán llevadas al juicio, las que, a su vez, deberán ser valoradas por los jueces, a fin de que se emita la correspondiente sentencia. Ninguna prueba que sea receptada de forma contraria a la Carta Magna, las leyes, los tratados y los convenios internacionales, deberá entrar al proceso.

Artículo 25.

Control judicial de la pena.

Con el SPA se procura que la pena cumpla su real fin: la resocialización bajo el paraguas del respeto a los derechos humanos y al debido proceso en cualesquiera de las solicitudes que realicen los sancionados.

En virtud de ello, los Jueces de Cumplimiento, tienen un papel

preponderante dentro del sistema, considerando que son ellos quienes tienen a su cargo, velar porque los sancionados no solo cumplan la pena que les fue impuesta por su participación en un delito, sino que la pena sea cumplida bajo los parámetros del respeto a la dignidad humana, es decir, en condiciones que permitan un buen desarrollo de quien se encuentre sometido a la sanción. Sin embargo, es preciso indicar que este trabajo, también conlleva ayuda de otras instituciones, como el Sistema Penitenciario, el Ministerio de Gobierno, la Policía, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Ministerio de Salud entre otros, que son en la mayor parte de los casos los entes que se encuentran relacionados de forma más directa, con aquellas personas privadas de libertad.

Dicho en otras palabras, el Estado más que garantizar el cumplimiento de una pena extensa para quien haya cometido delito, debe asegurarle a la sociedad, tal cual lo destaca Abello (2021), lo siguiente:

[...] toda persona (...) será procesado (sic) y judicializado (sic) en el menor tiempo posible, y una vez condenado, tendrá un tratamiento carcelario necesario, que garantice, que si el individuo sale de prisión algún día, salga mejor de lo que entró (...) pero si esta persona sale, por cumplimiento de la condena, (...) sin tener un tratamiento penitenciario dirigido a su resocialización o rehabilitación, al momento de retornar a la sociedad seguirá representando el mismo peligro o incluso mayor, de cuando ingresó al centro carcelario (pág. 194).

Artículo 26.

Solución del conflicto.

El Derecho Penal debe ser la última ratio para la solución de los conflictos. Ello, en virtud que, se procura y así deben indicarlo los Jueces desde el momento en que comienza su audiencia o su juicio, que toda controversia sea resuelta a través de los métodos alternos como mediación, acuerdos de pena, suspensión condicional del proceso sujeto a término, desistimientos, retiro de la acusación

entre otros, precisamente para lograr la restauración de la armonía y la paz social, pues, al fin y al cabo, la pena es la medida más extrema para la consecución de dichos fines.

Una explicación del tema, la brinda Meini (2020), indicando lo siguiente:

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la pena no previene el delito (la pena "llega tarde") y que la reincidencia demuestra que en el encierro, por sí solo, no tiene capacidad resocializadora. La idea del derecho penal mínimo reconoce que la capacidad que tiene para corregir comportamientos desviados es muy limitada, y que si el sistema de control social-derecho penal incluido no se articula hacia la preservación de los comportamientos lesivos a los valores fundamentales para la vida en sociedad, la pena perderá toda posibilidad de resocializar y con ello cualquier posibilidad de utilidad social. La mejor prevención, por ende, es acudir más a los medios de control social pre-

ventivos y menos al represivo (derecho penal).

Artículo 27. Gratuidad.

Todo el proceso penal es gratis. Si la persona no cuenta con los recursos necesarios para costear un abogado, el Estado le proveerá de uno. Con la oralidad, no es necesario sacar copias de un expediente de varios tomos y como quiera que las notificaciones son por correo electrónicos, por CCJ o de forma personal en cada audiencia o juicio que se realice, los costos se reducen al mínimo cuando se trata de procesos penales.

De hecho, el Órgano Judicial de Panamá, desde el 2011 adoptó el Acuerdo No. 244 (2011) a través del cual deja sentado este principio. Veamos:

Artículo 20. Derecho a la comparecencia menos onerosa posible. Todas las personas tienen derecho a que su comparecencia personal le resulte lo menos onerosa posible.

A tal fin, su comparecencia personal sólo (sic) podrá exigirse cuando resulte imprescindible, de acuerdo con la ley aplicable, y se

Los jueces deben ser cuidadosos y respetuosos en cuanto a la cultura de quienes intervengan en el proceso penal.



procurará la concentración en un solo día de todas las actuaciones que deban entenderse o practicarse con la persona interesada.

Artículo 28. Diversidad cultural.

Los jueces deben ser cuidadosos y respetuosos en cuanto a la cultura de quienes intervengan en el proceso penal. No se trata de manejar el juicio diferente, cuando se está ante una persona perteneciente a una minoría, sino de respetar, por ejemplo, su forma de expresarse o de transmitir lo que percibió a través de sus sentidos. De igual forma, la vestimenta de las personas no puede ser óbice para que no sean recibidas dentro de los estrados del Tribunal, considerando que la propia Corte Suprema de Justicia ha indicado que la indumentaria que llevan las personas al ingresar a cualquier instalación dentro de un juzgado, no le impedirá el acceso a la justicia en ninguna circunstancia.

CONCLUSIÓN

El buen desarrollo del proceso penal depende de la participación activa de cada una de las partes, impregnada del respeto a los derechos y garantías fundamentales de todos los intervinientes: es la premisa que hoy por hoy, a 6 años

de implementado el Sistema Penal Acusatorio en la Provincia de Panamá, se ha procurado en cada una de las causas que han sido tratadas.

De allí entonces, deviene la importancia del seguimiento imperativo de los principios del Sistema Penal Acusatorio, los cuales permiten no solo el debido proceso, sino también proporcionar a la sociedad la salvaguarda de la paz colectiva, un factor que permite el buen desarrollo de las comunidades, considerando, tal cual y como se dijo en líneas precedentes que el Derecho es la última ratio.

Por ello, definitivamente, estar al día con los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos es más que una tarea para los jueces y magistrados, es un imperativo laboral, a fin de desplegar a favor de la sociedad, una mejor actividad judicial, lo que a su vez tiene como consecuencia inmediata la preservación de los derechos y garantías fundamentales de toda persona, considerando que el Derecho Penal, tiene como principal norte la solución de los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abello, J. 2021. *Autoría y participación en el Derecho Penal*. Uniacademia Leyer.
- Baytelman, A. y Duce, M. 2016. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Grupo Editorial Ibañez.
- Código Procesal Penal de la República de Panamá*. 2018. Sistemas Jurídicos S.A.
- Compendio de acuerdos de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sobre el acceso a la justicia de las poblaciones en condición de vulnerabilidad*. 2017. Órgano Judicial de la República de Panamá.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Ley No. 15 de 28 de octubre de 1978.
- Constitución Política de la República de Panamá*. 2017. Defensoría del Pueblo de la República de Panamá.
- Duce, M. 2014. *La prueba pericial*. Ediciones Didot.
- Fierro-Méndez, H. 2012. *Prueba ilícita. Interceptación de comunicaciones y registro de computadores*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Fierro-Méndez, H. 2015. *Prueba de referencia en precedentes*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Lorenzo, L. 2012. *Manual de litigación*. Ediciones Didot.
- Medina, R. 2017. *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado*. Editorial Universidad del Rosario.
- Meini, I. 2020. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito. De conformidad con la Ley 14 de 2007, que adopta el Código Penal de Panamá*. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) y Órgano Judicial de Panamá.
- Muñoz, M. 2019. *El estándar probatorio penal y su motivación. Una propuesta de interpretación a partir de la concepción racionalista de la prueba*. Grupo Editorial Ibañez.
- Resolución No. 60/147 de la Organización de las Naciones Unidas*. 2005. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation> (recuperado el 26 de octubre de 2022).
- Rodríguez, O. 2015. *Presunción de inocencia*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.



* Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Magister en Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Diplomado en Prevención y Análisis de Riesgos Financieros en el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, Universidad Latina de Panamá y Certificación Internacional en Prevención del Lavado de Activos y Delitos (CIPLAD). Actualmente es Vicepresidenta de la Comisión de Cumplimiento Normativo (2019-2023) y Magistrada Suplente (2019-2023) del Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados, del cual también fue Secretaria Titular (2019-2021) y Vicepresidenta (2021-2022). Adicionalmente, fungió como Presidenta del Comité de Profesionales del Derecho del Capítulo de Panamá de la World Compliance Association (2020-2022). Al presente, es Directora de Cumplimiento de la Empresa Autorizada por la Superintendencia de Sujetos No Financieros, Éticos Compliance, Inc.

Las nuevas obligaciones derivadas del Decreto Ejecutivo 35 de 2022 para los sujetos obligados no financieros

LIC. ALEJANDRA CHACÓN M.*

SUMARIO

El 6 de septiembre de 2022 fue publicado el Decreto Ejecutivo 35 de misma fecha en la cual se subroga el Decreto Ejecutivo 363 de 13 de agosto de 2015 que reglamentaba la Ley 23 de 27 de abril de 2015 sobre prevención en Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de Armas de Proliferación Masiva en Panamá.

Este nuevo Decreto Ejecutivo incorpora algunas precisiones y obligaciones importantes a efectos de la reglamentación en la prevención de Blanqueo de Capitales. En este artículo explicaremos alguna de estas nuevas obligaciones y sus implicancias para los sujetos obligados no financieros, sector al cual pertenecen los agentes residentes, actividad que solo pueden ejercer abogados o firmas de abogados idóneos en la República de Panamá.

PALABRAS CLAVES

Cumplimiento, Sujetos obligados no Financieros, Reglamento, Prevención en Blanqueo de Capitales, Debida Diligencia, Agentes Residentes.

INTRODUCCIÓN

La Ley 23 del 27 de abril de 2015 sobre prevención en Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de Armas de Proliferación Masiva en Panamá, fue reglamentada vía Decreto Ejecutivo 363 del 13 de agosto de dicho año. Este Decreto establecía algunos parámetros a tomar en cuenta a la hora de la aplicación de dicha Ley, sobre todo en términos de determinación de la Debida Diligencia, las definiciones de perfiles financieros y transaccional, la identificación y verificación de los Beneficiarios Finales (en su artículo 8) y los reportes que se deben hacer ante la Unidad de Análisis Financiero.

Este Decreto Ejecutivo, también establecía en su artículo 13 algunas especificaciones que debían cumplir las Empresas de Cumplimiento para apoyar en la Debida Diligencia a los sujetos obligados; y finalmente, hacía un detalle de las facultades de los organismos supervisores y las sanciones ad-

ministrativas aplicables a los sujetos obligados.

Sin embargo, a raíz de las modificaciones efectuadas a la Ley 23 de 2015, específicamente a través de la Ley 254 del 11 de noviembre de 2021, fue necesario hacer una adecuación que terminó en la publicación de este nuevo Decreto Ejecutivo que subroga el Decreto anterior.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DECRETO EJECUTIVO 35 DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2022

El ámbito de aplicación de este Decreto Ejecutivo se refiere a todos los sujetos obligados tanto financieros como no financieros regidos por la Ley 23 de 2015.

En este sentido, dicha Ley establece en su artículo segundo lo siguiente:

“Ámbito de aplicación. Esta Ley aplica a:

1. La Comisión Nacional contra el Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

2. La Unidad de Análisis Financiero para la prevención del Blanqueo de Capitales y Financiamiento del Terrorismo.

3. Los organismos de supervisión.

4. Los sujetos obligados no financieros, actividades realizadas por profesionales sujetas a supervisión, así como sujetos obligados financieros, sus sucursales, subsidiarias y filiales de propiedad mayoritaria del grupo financiero”.

Como bien se refleja en la norma, aparte de los sujetos obligados, la Ley también establece su ámbito de aplicación para la Comisión Nacional de Blanqueo de Capitales, la Unidad de Análisis financiero y los organismos de supervisión de cada sector.

Cabe recordar que de acuerdo con la Ley 23 de 2015, existen varios organismos de supervisión como, por ejemplo, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia del Mercado de Valores, la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá, la Superintendencia de Sujetos no Financieros, el Instituto Panameño Autónomo Cooperativo y cualquier

otra institución pública que se determine por ley.

ACTUALIZACIÓN DE DEFINICIONES

El Decreto Ejecutivo 35 de 6 de septiembre de 2022 introduce y actualiza algunas definiciones importantes para efectos de la reglamentación.

CONCEPTO DE DIRECCIÓN O DOMICILIO

En primer lugar, define en su artículo segundo numeral 2, un concepto que hasta ahora no había sido desarrollado en la ley ni en la reglamentación anterior, pero que resulta muy importante a la hora de la identificación y verificación de la debida diligencia, que se refiere a la dirección o domicilio, ya sea del cliente o del Beneficiario Final, de la siguiente forma:

“Dirección: aquella ubicación física en donde la persona natural tenga su domicilio declarado o donde la persona jurídica ejerza la actividad principal y desde la cual se

lleven regularmente sus gestiones de administración considerando uno o varios de los factores, según aplique, el lugar donde realice las operaciones que generen sus mayores ingresos; donde se tomen las decisiones corporativas relevantes o donde mantenga la mayoría de sus activos en caso de no ser comercial”.

En este sentido, la determinación del domicilio de la persona física o jurídica a quienes debemos hacerle debida diligencia se aclara al explicar que se refiere al lugar donde tenga sus actividades comerciales, gestiones de administración o ingresos o donde se tomen las decisiones corporativas o mantenga sus activos.

Cabe entender que esta información puede que no sea equivalente a donde la persona tenga su residencia fiscal, la cual también debe ser acreditada a efectos de llevar a cabo la debida diligencia.

Esta información debe estar recogida en formularios elaborados para este fin o dentro del expediente del cliente con la consiguiente documentación que

permita la verificación de la información proporcionada.

DEFINICIONES DE PERFIL FINANCIERO Y TRANSACCIONAL

La definición de estos conceptos se podía encontrar en la reglamentación anterior, es decir Decreto Ejecutivo 363 de 2015, el cual en su artículo 5, establecía lo siguiente:

“Art. 5. Perfil financiero y perfil transaccional. Los sujetos obligados financieros deberán considerar para la determinación del perfil financiero y perfil transaccional, los siguientes criterios:

1. Perfil financiero: Debería contener como mínimo lo concerniente a los Ingresos Fijos y Variables del cliente; la frecuencia en que dichos ingresos se reciben durante un período base mensual; la forma en que dichos ingresos son recibidos por el cliente (Efectivo, Cuasi-efectivo, Cheques o Transferencia); el origen de los fondos, es decir la procedencia de dichos ingresos, así como la ubicación de dicha procedencia (local o extranjero).

Igualmente, es necesario determinar el perfil financiero de salida de dinero.

2. El Perfil transaccional: Deberá estar vinculado al tipo de producto o servicio que utilizará el cliente; el análisis de los productos y servicios debe definir el comportamiento usual esperado.

Los sujetos obligados no financieros analizarán el perfil financiero y transaccional atendiendo a la importancia relativa y al riesgo identificado o de acuerdo a lo que la Intendencia de Supervisión y Regulación de Sujetos no Financieros determine en función del Análisis Nacional de Riesgo”.

En este artículo, quedaba reflejado que realizar un perfil financiero y transaccional se aplicaba a los sujetos obligados financieros tomando en cuenta los ingresos fijos y variables del cliente, su frecuencia, forma de obtenerlos, origen de los fondos, entre otras consideraciones; a la vez que, el perfil transaccional se refería a las transacciones de acuerdo con los productos o servicios que el cliente mantenía con el sujeto obligado.

En el caso de los sujetos obligados no financieros, se especificaba que debía aplicarse de acuerdo con el riesgo identificado, por lo que dejaba abierta la necesidad de establecer dicho perfil en los casos en que el riesgo lo ameritara.

La Ley 254 de 2021, que modificó la Ley 23 de 2015, introdujo un cambio con relación a cómo debían establecerse estos perfiles adicionando el artículo 26B que dice lo siguiente:

“Perfil financiero y transaccional. Los sujetos obligados no financieros deberán obtener información y documentación relacionada con el perfil financiero y transaccional de sus clientes, conforme al riesgo identificado.

El Órgano Ejecutivo reglamentará esta materia y la Superintendencia de Sujetos no Financieros regulará esta materia”.

De acuerdo con lo señalado en este nuevo artículo, los sujetos obligados no financieros deben establecer perfiles financiero y transaccional para sus clientes, lo

En el caso de los sujetos obligados no financieros, se especificaba que debía aplicarse de acuerdo con el riesgo identificado, por lo que dejaba abierta la necesidad de establecer dicho perfil en los casos en que el riesgo lo ameritara.



que permite que el Decreto Ejecutivo 35 de 2022, haga una definición más precisa con relación a lo que debe entenderse por perfil financiero y transaccional, en su artículo segundo, numerales 4 y 5 de la siguiente manera:

“4. Perfil financiero: el resultado del escrutinio y análisis de un conjunto de características y variables socioeconómicas y demográficas que presente el cliente y que deberán ser verificadas por los sujetos obligados al inicio de la relación de negocios, mediante información y documentación que sea requerida al cliente para tal fin, que permita definir sus capacidades financieras en términos del monto de sus ingresos, del volumen de sus activos y de su patrimonio, así como de las actividades que desarrolla para generar tales ingresos, activos y construir su patrimonio, el cual deberá enriquecerse con información actualizada e histórica a lo largo de la relación de negocio.

5. Perfil transaccional: el resultado del escrutinio y análisis de las transacciones reales y efectivas de

un cliente a lo largo de la relación contractual, profesional o de negocios, que debe ser consistentes con la naturaleza del negocio y el perfil financiero determinado y que serán objeto de monitoreo continuo por los sujetos obligados durante la relación contractual, profesional o de negocios”.

Con relación al perfil financiero, no solo establece que debe requerirse información para entender la capacidad financiera del cliente, sino que debe documentarse y enriquecerse a lo largo de la relación de negocios. Esto significa que cada vez que se haga una actualización del perfil del cliente, debe dejarse documentado en el expediente si el perfil ha variado o se mantiene igual a la evaluación hecha con anterioridad.

En el caso del perfil transaccional, este también debe mantenerse durante toda la relación de negocios y establece el monitoreo continuo del cliente en los términos de la relación contractual que se mantenga con el mismo. Este monitoreo, permitirá conocer si el cliente se mantiene dentro de los

márgenes del perfil determinado, en caso contrario, se debe solicitar información y documentación adicional que permita entender cualquier razón por la cual el cliente se hubiese salido del parámetro en el que se le había ubicado.

De igual manera, este Decreto Ejecutivo, manifiesta una diferencia en la determinación de dichos perfiles en relación con los tipos de sujetos obligados. En el caso de los sujetos obligados no financieros, el artículo 9 establece lo siguiente:

“Art. 9. Perfil financiero y perfil transaccional–Sujetos Obligados no Financieros. *Sin perjuicio de lo que el respectivo organismo de supervisión regule, para la debida verificación de la información, los sujetos obligados no financieros requerirán de su cliente documentación que valide los datos financieros, incluyendo, entre otros, sin limitar, cartas de trabajo, talonario de pago, estados de cuenta bancarios, declaración de renta, estados financieros, así como la documentación soporte de*



Imagen de Turnisu en Pixabay.

la transacción realizada por el cliente durante la relación contractual, profesional y/o de negocios, como correspondencia comercial, contratos, recibos de pago, facturas.

Los sujetos obligados no financieros deberán capacitar específica y continuamente a sus empleados para que tengan las competencias que les permitan levantar el perfil financiero y el perfil transaccional del cliente, según aplique”.

Este artículo nos deja dos premisas significativas:

1. El tipo de documentación que puede solicitarse, dando por entendido que los sujetos obligados no financieros de acuerdo a la reglamentación anterior solamente establecían este tipo de perfiles de acuerdo al riesgo, por lo que no tenían precisión de cuáles podrían ser los documentos necesarios para sustentar el perfil.
2. La necesidad de la capacitación continua de los colaboradores del sujeto obligado que deban realizar este tipo de trabajo.

Lo anterior nos refleja la impor-

tancia que se da en la Ley y el reglamento el tener claridad sobre cuál es la capacidad económica del cliente, incluyendo el origen de sus fondos y sus activos y la frecuencia transaccional que tenga de acuerdo con los productos y servicios que le solicite al sujeto obligado.

En el caso de los sujetos obligados financieros, establecer este tipo de perfiles era parte de su trabajo diario, sin embargo, en el caso de los no financieros esto no ocurría tan frecuentemente, por tanto, comprender esta obligación se torna de suma relevancia para

poder completar las medidas de debida diligencia.

CONTROL EFECTIVO FINAL

Otra definición que introduce este Decreto Ejecutivo tiene que ver con el criterio de control efectivo final para determinar el Beneficiario Final de una persona o estructura jurídica. Este criterio es muy relevante, ya que se hace necesario conocer la identidad del Beneficiario Final para efectos de prevención en Blanqueo de Capitales, así como permitir a la autoridad competente responder en tiempo oportuno a investigaciones o solicitudes de cooperación.

Esto también está en consonancia con la Recomendación 24 del GAFI (GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL) que establece la necesidad de identificar y verificar la identidad de los Beneficiarios Finales y determinar si poseen participación accionaria, controlan y/o tienen una influencia significativa sobre una persona o estructura jurídica.

En relación con lo anterior, el Decreto Ejecutivo 35 de 2022 nos

da la siguiente definición de control efectivo final en el caso de una persona o estructura jurídica:

“Situaciones en las que la titularidad o control se ejerce mediante una cadena de titularidad o través de otros medios de control que no sean un control directo”.

Esta definición nos resume los tres elementos fundamentales que se necesitan para identificar un Beneficiario Final:

1. Si existe titularidad o participación accionaria (de acuerdo con el umbral establecido por la Ley);
2. Si hay control directo; o,
3. Si se ejerce control indirecto o por otros medios.

El artículo 3 del Decreto Ejecutivo 35, enumera cuáles son los criterios para establecer cualquiera de las categorías anteriores:

“Art. 3. Criterios para determinar la posesión, control o influencia significativa. Los su-

jetos obligados identificarán y tomarán medidas razonables para verificar la identidad de su cliente y beneficiario final utilizando fuentes abiertas, independientes y confiables, atendiendo a los siguientes criterios:

1. *La(s) persona(s) natural(es) que en última instancia posee(n) o controla(n), directa o indirectamente, el diez por ciento (10%) o más de las acciones, participaciones o derechos de voto en la persona jurídica para los sujetos obligados financieros y el veinticinco (25%) o más para los sujetos obligados no financieros, salvo aquellas que estén listadas en una bolsa de valores en Panamá o de una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores o de propiedad de un organismo internacional, multilateral o de un Estado; y*
2. *La(s) persona(s) natural(es) que ejerce(n) el control efectivo final de la persona jurídica a través de otros medios.*
3. *Excepcionalmente, en la medida que no se identifique a una persona natural bajo el criterio de los numerales 1 o 2 anterior-*

res, se debe identificar en lugar de uno u otro a la persona natural que de otra forma ocupa el cargo administrativo superior.

4. Tratándose de fundaciones de interés privado, la persona natural que perciba beneficios económicos directos o indirectos de la fundación de interés privado y cualquier otra persona natural que ejerza el control eficaz final sobre la fundación.

5. En el caso que se encuentre en la estructura corporativa, estructuras jurídicas tratándose de fideicomisos, la identidad del fideicomitente, el fiduciario, el protector (de haber alguno), los beneficiarios y cualquier otra persona natural que ejerza el control efectivo final sobre el fideicomiso; en caso de otros tipos de estructuras jurídicas, la identidad de las personas en posiciones equivalentes o similares.

6. En el caso de una persona jurídica en liquidación, quiebra o concurso de acreedores, la persona natural que es nombrado liquidador o curador de la persona jurídica;

7. En caso de fallecimiento del

accionista o socio de la persona jurídica que de otro modo sería un beneficiario final, la persona natural que actúe como albacea o un representante personal del patrimonio del fallecido; y,

8. En cualquier otro supuesto no previsto en los literales anteriores, la(s) persona(s) natural(es) que finalmente, directa o indirectamente posee(n), controla(n) y/o ejerce(n) influencia significativa sobre el cliente o la relación de cuenta o la relación contractual y/o de negocio, o la persona o personas naturales en cuyo nombre o beneficio se realiza una transacción”.

Es importante tomar en cuenta que es importante que el sujeto obligado esté convencido de la identidad del Beneficiario Final, tal como lo establece la recomendación 10 sobre las medidas de debida diligencia¹ del GAFI que dice lo siguiente:

¹ Lo establecido en la Recomendación 10 del GAFI también es aplicable a los sujetos no financieros a través de la Recomendación 22.

*Es importante
que el sujeto obligado
esté convencido
de la identidad
del Beneficiario Final, tal
como lo establece
la recomendación 10
sobre las medidas
de debida diligencia
del GAFI...*



“Las medidas de DDC a tomar son las siguientes:

...Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y de control del cliente...”.
(GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA)

Estas medidas razonables implican que el sujeto obligado debe entender cuál es la estructura de titularidad o control de la persona jurídica y debe estar convencido y satisfecho con dicha identificación. Por ello, es sumamente relevante que la definición de control esté claramente definida en la Ley y sus reglamentos.

En este sentido, a modo de apoyo y para precisar estas definiciones, la Superintendencia de Sujetos No financieros de Pana-

má ha elaborado una Guía para la identificación del Beneficiario Final para los Sujetos Obligados no Financieros (SUPERINTENDENCIA DE SUJETOS NO FINANCIEROS) en la cual se detallan cómo identificar los criterios por control.

Esta Guía presenta varios ejemplos que pueden servir para la identificación del Beneficiario Final más allá de la participación accionaria, como puede ser, la verificación de los acuerdos y contratos entre socios, los poderes que se han otorgado por parte de los accionistas, personas que pueden ejercer el poder a través de conexiones personales, participar en el financiamiento de la sociedad, o debido a relaciones familiares. También menciona ejemplos de personas que puedan tomar decisiones estratégicas que afecten las prácticas comerciales o personas que ejercen control administrativo sobre los asuntos diarios y regulares de una persona jurídica. (SUPERINTENDENCIA DE SUJETOS NO FINANCIEROS).

MEDIDAS DE DEBIDA DILIGENCIA

El Decreto Ejecutivo 35 de 2022 se explaya ampliamente en sus artículos 11, 12, 13, 14, 15 y 16 con relación a las medidas de debida diligencia que deben ser tomadas en cuenta por el sujeto obligado cuando inicia una relación comercial.

El tipo de debida diligencia ya sea básica, simplificada, o ampliada o reforzada debe hacerse de acuerdo con un enfoque basado en riesgo del cliente que se está evaluando, y de acuerdo a ese nivel de riesgo, es que se debe proceder a realizar la solicitud de información y documentación de sustento para la identificación y verificación adecuada y razonable del cliente.

En el caso de las personas naturales, el artículo 17 del Decreto Ejecutivo establece el tipo de documentación que puede ser solicitada, a saber:

“Art. 17. Verificación razonable y documentación–Personas Naturales. En el proceso de verificación de la identidad del cliente persona natural, ter-

zero que actúe en nombre del cliente y/o del beneficiario final, según aplique, los sujetos obligados deberán solicitar copia de cédula de identidad personal o pasaporte cuando se trate de un extranjero, así como datos de contacto de una persona natural o persona jurídica que pueda brindar referencias bancarias y/o comerciales y la documentación escrita que contenga dichas referencias bancarias y/o comerciales. Adicionalmente, deberá solicitarse copia de algún documento donde conste el domicilio, ya sea recibos de servicios públicos, contratos de compraventa o arrendamiento, cartas de administradores de propiedades horizontales, entre otros.

En todo caso, a efectos de la debida verificación de la información suministrada, los sujetos obligados deberán consultar fuentes abiertas, independientes y confiables”.

Cabe destacar, que este artículo nos aclara con mayor precisión cuál es la documentación que debe requerirse, a diferencia de

la reglamentación anterior que lo dejaba bastante abierto. En este sentido, habla de “documentación escrita” en caso de referencias bancarias o comerciales, lo cual indica que debe haber un respaldo documental de dicha referencia. Lo mismo ocurre con el comprobante de domicilio, que enumera un sin número de maneras de acreditación de domicilio, más allá del recibo de servicios públicos, e incluso lo deja más abierto aún. Recordemos que el concepto de domicilio o dirección se define en este Decreto Ejecutivo, tal como explicamos en la sección tercera de este artículo.

Otro punto interesante es la invitación a consultar “fuentes abiertas, independientes y confiables”, cónsono con lo establecido en la Ley 23 de 2015, pero que no aparecía en el reglamento anterior. La importancia de este tipo de consulta es el hecho de no quedarse solamente con la información y documentación, sino constatar e investigar un poco más si la información es veraz y verificable. La fuente confiable, la debe determinar el propio suje-

to obligado, pero esta investigación debe quedar documentada y, adicionalmente, debe quedar satisfecho con los resultados de modo que quede convencido de la información recibida, en consonancia con lo que piden las Recomendaciones 10 y 22 del GAFI y la misma Ley 23 de 2015.

Con relación a la verificación de la Debida Diligencia de un cliente Persona Jurídica, el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 35 establece lo siguiente:

“Art. 18. Verificación razonable y documentación–Personas Jurídicas. *En el proceso de verificación de la identidad del beneficiario final de las personas jurídicas, el sujeto obligado deberá requerir información y documentación tanto de la(s) persona(s) natural(es) que es última instancia posee o controla, directa o indirectamente, acciones, participaciones o derechos de voto de la persona jurídica, como de la(s) persona(s) natural(es) que ejerce(n) el control efectivo final de las personas jurídicas a través de otros medios.*

A efectos de determinar y verificar la participación accionaria, los sujetos obligados deberán requerir copia del registro de acciones o participaciones de los respectivos certificados de acciones vigentes o documentación similar que sustenten la titularidad de la persona natural.

Así mismo, los sujetos obligados deberán solicitar copia de los documentos constitutivos, reglamentos, contratos, poderes, actas, certificaciones, según aplique, o, en ausencia de las anteriores, declaraciones juradas debidamente suscritas por los representantes o personas autorizadas de la persona jurídica y/o cualesquiera otros documentos similares donde se detalle(n) el o las persona(s) natural(es) que, directa o indirectamente, controla(n) y/o ejerce(n) influencia significativa sobre el cliente o la relación de cuenta o la relación contractual y/o de negocio, o la(s) persona(s) natural(es) en cuyo nombre o beneficio se realiza una transacción, incluyendo la(s) persona(s) que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica.

Con carácter excepcional y a manera de salvaguardia, cuando no se logre identificar al beneficiario final a través de la participación accionaria y el control por otros medios, se deberá verificar la identidad de la(s) persona(s) natural(es) que ocupa(n) el cargo administrativo superior.

En el caso de personas jurídicas listadas en una bolsa de valores de Panamá o en una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores o de propiedad de un organismo internacional, multilateral o de un Estado, deberá requerirse documentación soporte donde conste tal condición, que incluya, al menos, el país y la bolsa de valores donde cotiza.

En todo caso, a efectos de la debida verificación de la información suministrada, los sujetos obligados deberán consultar fuentes abiertas, independientes y confiables”.

En este caso, se hace énfasis nuevamente en la identificación del Beneficiario Final para apoyar el proceso de debida diligencia. En este sentido, se incluye la solici-

tud de documentación que pueda probar la participación accionaria y/o el ejercicio de influencia significativa para determinar el control, pudiendo requerir “copia de los documentos constitutivos, reglamentos, contratos, poderes, actas, certificaciones, según aplique, o, en ausencia de las anteriores, declaraciones juradas debidamente suscritas por los representantes o personas autorizadas de la persona jurídica y/o cualesquiera otros documentos”.

No era común para los sujetos obligados no financieros solicitar este tipo de documentación, sin embargo, se hace necesario, y así la ley lo estima, para lograr el suficiente convencimiento por parte del sujeto obligado de la determinación del Beneficiario Final de una persona o estructura jurídica. Cabe destacar, que una declaración jurada suscrita por representantes o personas autorizadas en caso de que fuese difícil hacer una identificación plena de los beneficiarios finales, ya existía en la reglamentación anterior. Lo que se podría desprender de este párrafo, es que este tipo de



Imagen de Gerd Altmann en Pixabay.

declaración debiera solicitarse solamente en ausencia de documentación corporativa clara que permita determinar los Beneficiarios Finales del cliente persona o estructura jurídica.

Por otra parte, este Decreto Ejecutivo también establece la verificación de las actividades declaradas por el cliente en su artículo 19:

“En el proceso de verificación de las actividades declaradas por el cliente persona natural o jurídica para conocer la naturaleza del negocio, los sujetos obligados

deberán requerir mínimamente copia de la licencia comercial, aviso de operación o documento similar emitido por autoridad competente en donde consta la actividad principal a la que se dedica el cliente y la jurisdicción(es) donde opera, así como el certificado del contribuyente emitido por autoridad competente o documento similar”.

Este artículo nos deja dos temas relevantes que se deben tomar en cuenta en el proceso de debida diligencia:

1. Verificar la actividad y naturaleza del negocio a través de documentación oficial, al mismo tiempo de saber cuál es la jurisdicción donde opera.
2. Y solicitar un certificado de contribuyente o documento similar, que permita identificar la jurisdicción de la cual el cliente es contribuyente; y/o donde realiza su declaración de renta o mantiene su domicilio fiscal, según aplique.

Lo anterior, permitiría conocer información que pudiera ser

requerida por la autoridad competente, por un lado; y por otro, verificar obligaciones adicionales con relación al cliente que puede tener el sujeto obligado, como el caso de los agentes residentes, en relación con la Ley 52 de 27 de octubre de 2016 y sus modificaciones sobre Registros Contables.

APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE DEBIDA DILIGENCIA POR EMPRESAS DE CUMPLIMIENTO

Como último tema para efectos de esta publicación, quisiera destacar el artículo 21 de este Decreto Ejecutivo que actualiza la función de las Empresas de Cumplimiento Autorizadas por la Superintendencia de Sujetos No Financieros:

“Los sujetos obligados no financieros podrán recurrir a Empresas de Cumplimiento para que, con un enfoque basado en riesgo, presten sus servicios de apoyo a la aplicación de las medidas de debida diligencia y asistan en la implementación de los procedi-

mientos de identificación y verificación del cliente y beneficiario final, la comprensión de la naturaleza del negocio y el seguimiento continuado de la relación contractual, profesional o de negocio, así como establecer el perfil financiero y perfil transaccional del cliente, según aplique.

Las medidas de debida diligencia aplicadas por las Empresas de Cumplimiento en nombre del sujeto obligado no financiero deberán considerar los mitigadores de riesgo definidos por estos según su propia evaluación de riesgo, de conformidad con lo establecido en el Manual de Prevención de blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva del sujeto obligado no financiero.

Solo podrán prestar estos servicios aquellas Empresas de Cumplimiento, domiciliadas y con presencia física en la República de Panamá, que hayan sido debidamente autorizadas y registradas ante la Superintendencia de Sujetos no Financieros, de

conformidad con los requisitos y criterios que esta establezca para tal propósito. Igualmente, la Superintendencia de Sujetos no Financieros podrá revocar la autorización y cancelar el riesgo a las Empresas de Cumplimiento que no cumplan con los estándares internacionales, ética, transparencia, idoneidad y/o especialización requerida en la materia de prevención del blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Tanto las Empresas de Cumplimiento como los sujetos obligados no financieros deberán mantener actualizados los registros que permitan a las autoridades competentes y al organismo de supervisión la reconstrucción de cualquier hecho, de manera tal que se ofrezca evidencia, de ser necesario, para el procesamiento de una actividad criminal o necesidad de constatar los controles adecuados para ofrecer el servicio.

El deber del resguardo de la información y documentación de la debida diligencia del cliente y

del beneficiario final para las Empresas de Cumplimiento será el mismo que se contempla para los sujetos obligados no financieros.

Sin perjuicio de los servicios prestados por las Empresas de Cumplimiento, los sujetos obligados no financieros serán, en última instancia, los responsables de las medidas de debida diligencia aplicadas al cliente y beneficiario final y, en consecuencia, responderán ante el respectivo organismo de supervisión por los incumplimientos de las obligaciones contemplados en la Ley”.

Este artículo precisa la función de apoyo que pueden brindar las Empresas de Cumplimiento para los Sujetos Obligados no Financieros en términos de la debida diligencia, identificación del Beneficiario Final, conocimiento de la naturaleza del negocio, monitoreo, y cualquier otro que se necesite en temas de cumplimiento, para ayudar al sujeto obligado a cumplir sus obligaciones. Sin embargo, hay dos puntos que son importantes destacar en este apartado:

1. El Sujeto Obligado siempre será responsable del cumplimiento de la Ley y la reglamentación, independientemente del apoyo que reciba de la Empresa de Cumplimiento.
2. Solo podrán prestar estos servicios aquellas Empresas de Cumplimiento, domiciliadas y con presencia física en la República de Panamá, que hayan sido debidamente autorizadas y registradas ante la Superintendencia de Sujetos no Financieros.

Esto va en consonancia con el artículo 21 de la Resolución JD-14-016 de 6 de diciembre 2016 que establece:

“La Intendencia de Supervisión y Regulación de Sujetos no Financieros podrá sancionar a los Sujetos Obligados no Financieros y a los Profesionales que realicen Actividades Sujetas a Supervisión, en el caso que utilicen empresas de cumplimiento que no se encuentren debidamente registradas y autorizadas por ésta, como

también personas naturales.

Esto incluye los procedimientos de identificación del cliente, identificación del beneficiario final, comprensión de la naturaleza comercial o transaccional del cliente, redacción de manuales de cumplimiento, manuales de riesgo, redacción de políticas de cumplimiento o cualquier otra actividad vinculada al cumplimiento de la Ley 23 de 27 de abril de 2015 y demás normas reglamentarias”.

Es importante recalcar, tal como lo dice la normativa, que, en el caso de los sujetos obligados no financieros, cualquier apoyo que deseen tercerizar en su gestión de cumplimiento, debe ser realizado a través de una Empresa de Cumplimiento autorizada por Superintendencia de Sujetos No Financieros, de lo contrario pueden ser sujetos de sanciones por parte de esta entidad.²

² En la página de la Superintendencia de Sujetos No Financieros se puede encontrar la lista de las Empresas Autorizadas por esa institución.

CONCLUSIONES

El Decreto Ejecutivo 35 de 6 de septiembre de 2022 viene a llenar un vacío y a actualizar algunos conceptos necesarios debido a la introducción de nuevas modificaciones a la Ley 23 de 2015 a través de la Ley 254 de 2021.

Dentro de los más destacables, está la precisión del concepto de Dirección, de Perfil Financiero y Transaccional sobre todo para los sujetos obligados no financieros, y la reiteración de cuáles deben ser los criterios para identificar a los Beneficiarios Finales de una estructura o persona jurídica.

Los sujetos obligados no financieros tienen nuevas obligaciones derivadas de la Ley y de este Decreto Ejecutivo que requieren su atención. La más importante viene derivada de la información y la documentación que se recibe al hacer la debida diligencia. Si no se verifica la información, no podremos cumplir con lo que nos pide mínimamente la Ley es que la información esté actualizada y sea veraz.

Es nuestro deber como sujeto obligado verificar la veracidad

de la información y estar lo suficientemente convencidos de que dicha información es cierta, y que así se refleje en nuestros expedientes de cumplimiento.

De esta manera, contribuimos a evitar que nuestros servicios como sujetos obligados se vean amenazados de ser utilizados

para el blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, a la vez que favorecemos un estilo de hacer negocios claros y transparentes tan necesarios para el desarrollo e inversión en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Ley 23 de 27 de abril de 2015

Ley 254 de 11 de noviembre de 2021

Decreto Ejecutivo 363 de 13 de agosto de 2015

Decreto Ejecutivo 35 de 6 de septiembre de 2022

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA. *Estándares Internacionales sobre la lucha contra el Lavado de activos, el Financiamiento del Terrorismo, y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva*. Informe. Buenos Aires: GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA, 2019. Documento.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DEL CARIBE GAFIC. 2020. Sitio Web. 27 de diciembre de 2022.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL. GUÍA SOBRE TRANSPARENCIA Y BENEFICIARIO FINAL. Informe. París: GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, 2014. Documento.

SUPERINTENDENCIA DE SUJETOS NO FINANCIEROS. Guía para la identificación del Beneficiario Final para los Sujetos Obligados no Financieros. Guía. Panamá: SUPERINTENDENCIA DE SUJETOS NO FINANCIEROS, 2022. Documento.

Inhabilitación de una aseguradora como sustituto del contratista en virtud de un acuerdo suplementario

ANABELLE PADILLA LOZANO*



* Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, estudios de Especialización en Derecho Administrativo, en la Universidad Externado de Colombia, maestría en Derecho Procesal en la Universidad Interamericana y estudios de Postgrado en Derecho Administrativo y Financiero en la Universidad de Salamanca -España, docencia Universitaria en la Universidad de Santander-Colombia. Magistrada del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, profesora de la Universidad de Panamá, para la Maestría en Control Gubernamental, profesora del Diplomado de Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Interamericana de Panamá.

SUMARIO

Cada contrato que es refrendado por la Contraloría General de la República, nace a la vida jurídica generando múltiples derechos y obligaciones entre el contratista y la entidad contratante. En tal sentido, la Administración Pública para asegurar la ejecución de sus contratos en manos de los contratistas, exige un aseguramiento que en términos generales se materializa mediante un documento llamado *fianza de cumplimiento*.

PALABRAS CLAVES

Contrato, aseguramiento, fianza de cumplimiento, Contraloría General, contratista, entidad contratante, aseguradora, fianza de cumplimiento, ejecución, acuerdo suplementario.

INTRODUCCIÓN

Cada contrato que es refrendado por la Contraloría General de la República, nace a la vida jurídica generando múltiples derechos y obligaciones entre el contratista y la entidad contratante. En tal sentido, la

Administración Pública para asegurar la ejecución de sus contratos en manos de los contratistas, exige un aseguramiento que en términos generales se materializa mediante un documento llamado *fianza de cumplimiento*, cuyo porcentaje tasaré la entidad de conformidad con el Decreto de Fianzas que dicta la Contraloría General¹.

La encargada de emitir la fianza de cumplimiento a favor de la entidad contratante y la Contraloría General de la República, es una compañía aseguradora, para lo que previamente firma un contrato privado con el contratista. Es así entonces, como se respalda la ejecución de la obra, que, durante el trayecto, puede ser endosada frente a un equilibrio económico del contrato, aumento o disminución de la obra, así como para la extensión o reducción del período de ejecución.

Cuando el contratista de una obra del Estado, no cumple los porcentajes de avance, o bien las especificaciones técnicas acordadas, se incumplen en consecuencia, las cláusulas del contrato, hecho que motiva el inicio de un procedimiento de resolución administrativa por parte de la entidad, resultando en este primer plano, la disolución del contrato y la inhabilitación del contratista.

¹ Esto sin desconocer que existen otros instrumentos posibles como garantía de cumplimiento entre los que se encuentran el efectivo, títulos de crédito del Estado, garantías bancarias, cheque certificado o de gerencia, conforme lo dispone el artículo 120 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

ACUERDO SUPLEMENTARIO DE EJECUCIÓN DE FIANZA DE CUMPLIMIENTO

Una vez, notificada y ejecutoriada la resolución administrativa que resuelve el contrato o confirmado el acto administrativo de la entidad contratante por parte del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, *el contratista queda inhabilitado para participar en actos de selección y suscribir contratos con el Estado*. Por otra parte, la misma resolución administrativa ordena la ejecución de la fianza de cumplimiento, sin embargo, en este espacio, la norma relacionada a las contrataciones públicas otorga a la compañía aseguradora, la posibilidad de decidir si *cancela el importe de la fianza o se subroga en el contrato*, es decir, que se torna en el sustituto del contratista respecto a sus derechos y obligaciones, evitando en este último caso, el pago del monto afianzado, cuya pretensión es que, a través de un tercero ejecutor se culmine la obra.

La referida subrogación se formaliza por medio de la figura jurídica denominada **Acuerdo Suplementario de Ejecución de Fianza de Cumplimiento**, que el artículo 36 del Decreto Núm. 33 de 2020 sobre fianzas define como el acto que formaliza la sustitución de la fiadora en todos los derechos y obligaciones, **dimanantes del contrato**, y designa un tercero ejecutor que tenga la capacidad técnica y financiera a juicio de la entidad, a cuenta y riesgo de la fiadora.

Igualmente dicho artículo deja claro en 11 puntos, lo que debe contener dicho documento esencialmente, con lo cual no hay que repetir las cláusulas



las del contrato mismo, en el acuerdo debe ubicarse básicamente la declaración de subrogación como sustituto del contratista, nombre del tercero ejecutor y la cláusula de mutuo acuerdo de indemnización, que es lo que interesa al momento de su presentación ante la Dirección General de Ingresos, como elemento de prueba sobre la responsabilidad a la que se sometió la aseguradora. Si se incorporan nuevos montos y períodos de ejecución, también deben establecerse en la adenda que cuenta el histórico del contrato.

Si bien, el Acuerdo Suplementario no constituye una nueva relación contractual, se aparta de ser un solo documento respecto al contrato. Nótese que el Acuerdo posee un nombre propio **de ejecución de la fianza de cumplimiento**, lo que es así, previendo un nuevo incumplimiento ahora en manos de la compañía de seguros como sustituto fiador, dado que este es el documento para ejecutar en la jurisdicción

coactiva de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas junto a la indemnización **obligatoria** que debe pagar la aseguradora por daños.

El artículo 129 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 se reitera literalmente lo que debe contener un acuerdo de esta categoría:

“...En el evento de que la fiadora decida subrogarse, la entidad licitante y la fiadora deben suscribir un acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, en el cual la fiadora debe designar a un tercero ejecutor, que debe ser aprobado por la entidad licitante. Este acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento debe contar con el refrendo de la Contraloría General de la República. La entidad licitante podrá pactar dentro del acuerdo suplementario de ejecución

de fianza de cumplimiento una cláusula de mutuo acuerdo de indemnización con la fiadora...”

Queda clara la posibilidad de que se imponga una indemnización dentro del Acuerdo, sin embargo, abogamos por que sea introducida automáticamente, ya que el cobro de este rubro sería de carácter obligatorio frente al evento de un nuevo incumplimiento en la ejecución de la obra, ahora promovido por la compañía aseguradora como sustituto del contratista, conforme el artículo 39 del Decreto Leg. Núm. 33 de 2020 sobre fianzas.

Resulta sano incorporar a la discusión, además de lo estipulado en nuestra Ley de contrataciones y

Decreto de Fianzas, lo que en términos generales e históricamente ha significado Acuerdo Suplementario en nuestro país, advirtiendo que se encuentra íntimamente relacionado a los Tratados Internacionales.

De la práctica internacional se desprende que son documentos distintos, a la discusión podemos incorporar, ¿cómo? los antecedentes del llamado Acuerdo Suplementario fue variando históricamente en materia contractual nacional, para lo cual analizaremos un ejemplo de cómo se utilizó en los años 90 para lo que necesitamos poner de presente la Gaceta Oficial 22, 421 de jueves 25 de noviembre de 1993:

MINISTERIO DE HACIENDA Y TESORO
ACUERDO SUPLEMENTARIO N° 1 AL CONTRATO N° 9 DE 18 DE MARZO DE 1992
CONTRATO N° 13
(De 28 de septiembre de 1993)

Sobre la base de la adjudicación definitiva de la Licitación Pública No. 17-91, los suscritos, MARIO J. GALINDO H., varón, mayor de edad, casado, panameño, vecino de esta ciudad, portador de la cédula de identidad personal No. 8-79-375, en su calidad de Ministro de Hacienda y Tesoro, por una parte, quien en adelante se denominará EL ESTADO, y, por la otra, JOSÉ A. PEREZ A., varón, mayor de edad, panameño, vecino de esta ciudad, portador de la cédula de identidad personal No. 8-92-393, actuando en su condición de Presidente y Representante Legal de la Sociedad JAPA DE PANAMÁ, S.A., debidamente Inscrita en el Registro Público a la ficha 2491, rollo 90, imagen 976, Sección Mercantil, y con Certificado de Paz y Salvo Nacional de la Dirección General de Ingresos No. 92-347050-, válido hasta el 30 de septiembre de 1993, quien en lo sucesivo se llamará EL CONTRATISTA, han convenido en celebrar el Acuerdo Suplementario No. 1 que se contiene en las siguientes cláusulas:

PRIMERA: EL CONTRATISTA y EL ESTADO, por este medio, acuerdan en incluir, como parte del contrato No. 9 de 18 de marzo de 1992, los trabajos adicionales que a continuación se detallan, los cuales deberán terminarse satisfactoriamente:

•INHABILITACIÓN DE UNA ASEGURADORA COMO SUSTITUTO DEL CONTRATISTA•

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	P. UNITARIO	P. TOTAL
1. Material selecto sub-base	3,337.49 m.3	B/.20.00	B/.66,749.80
2. Material capa base piedra	1,593.88 m.3	39.00	60,211.32
3. Imprimación y primer sello	10,636.68 m.2	6.00	63,820.08
4. Segundo sello	10,292.18 m.2	3.00	30,876.54
5. Macatán	272.41 m.3	28.00	7,627.48
TOTAL DE EXTRAS			B/.229,285.22
DISMINUCIONES O CREDITOS			
1. Material base tosca	3,583.87m.32	B/20.00	B/.71,777.40
DIFERENCIA A FAVOR		TOTAL	B/.157,507.82

SEGUNDA: EL ESTADO reconoce y pagará AL CONTRATISTA por la construcción total de la obra adicional señalada en el presente Acuerdo Suplementario, la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SIETE BALBOAS CON 82/100 /B/.157,507.82), de conformidad con lo que resultó al multiplicar los precios unitarios estipulados en la propuesta presentada por EL CONTRATISTA, por las cantidades de trabajo que deban ser efectivamente ejecutadas y cuyo pago acepta recibir EL CONTRATISTA en efectivo con cargo a la partida 0.14.1.1.0.03.01.515 FEVIS.

TERCERA: Queda convenido y aceptado que EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar la totalidad de trabajos adicionales descritos en la cláusula Primera de este Acuerdo Suplementario en un término de sesenta (60) días calendarios, contados a partir de la fecha de vencimiento del contrato principal.

CUARTA: EL ESTADO declara que la garantía de cumplimiento No. 81B03769 de la Compañía de Seguros, S.A., presentada por EL CONTRATISTA para garantizar la ejecución completa y satisfactoria de las obras contempladas en el contrato No. 9 de 18 de marzo de 1992, ha sido modificada mediante Endoso No. 4 , con el objeto de garantizar, en su totalidad, la ejecución de los trabajos adicionales contemplados en el presente Acuerdo Suplementario.

QUINTA: Como garantía adicional de cumplimiento, EL ESTADO retendrá el diez por ciento (10 %) del valor total del trabajo ejecutado hasta la fecha de la cuenta final.

SEXTA: Se acepta y queda convenido que EL ESTADO deducirá, en concepto de multa, la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE BALBOAS CON 29/100 (B/.457.29), por cada día calendario que transcurra pasada la fecha de entrega de la obra completa sin que dicha entrega haya sido efectuada, a manera de compensación por los perjuicios ocasionados por la demora en cumplir el compromiso contraído.

SÉPTIMA: EL ESTADO y EL CONTRATISTA aceptan que para todos los efectos no regulados en el presente Acuerdo Suplementario, se mantendrán vigentes todas las cláusulas del Contrato No .9 de 18 de marzo de 1992.

OCTAVA: Al original de este contrato se le adhieren timbres por valor de CIENTO CINCUENTA Y SIETE BALBOAS CON 60/100 (B/.157.60), de conformidad con el artículo 967 del Código Fiscal y un timbre de Paz y Seguridad Social.

Para constancia se extiende y firma este Acuerdo Suplementano en la Ciudad de Panamá, a los trece (13) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

MARIO J. GALINDO H.
Céd. 8-79-373

JOSÉ A. PÉREZ A.
Céd. 8-92-393

REFRENDO:
RUBÉN D. CARLES
Contralor General de la República

REPÚBLICA DE PANAMÁ-ÓRGANO EJECUTIVO NACIONAL

Lo primero que podemos observar, es que el Contrato en realidad no era modificado, cambiando sus cláusulas como hoy día opera, sino que a través de este documento se hacían incorporaciones y luego entonces lo que en el Acuerdo Suplementario no se contuviera, debía ser ubicado en el contrato, esto se evidencia de la cláusula séptima del contrato ilustrado.

A partir de la Ley 56 de 1995, se incorporan las mismas reglas que se utilizan hoy día en cuanto a las modificaciones del contrato, dejando claro que era una sola relación, respecto a la normativa general de contrataciones públicas, aludiendo a modificaciones, pero sin mencionar el calificativo del documento, es decir, adenda, enmienda o acuerdo².

La Ley 1 de 6 de enero de 1999 “Por la cual se adiciona el artículo 12-A a la Ley 5 de 1988 sobre concesión administrativa”, cita particularmente las acepciones *adenda* y *Acuerdo Suplementario* en el numeral 4 del artículo 1, su importancia obedece a la aparición de la fórmula de modificación o enmiendas a los contratos de concesión para esta ley especial, que en esta ocasión consideramos, se tratan de similares.

En comparación al ejemplo que presentamos en perspectiva sobre el Contrato No. 9 de 18 de marzo de 1992, la redacción de las adendas actualmente basados en los documentos estandarizados, se indica: “Declaran “LAS PARTES”, **que las demás cláusulas del contrato** no mencionadas en esta adenda, se

mantienen vigentes tal cual fueron establecidas en el Contrato No...”, sin duda hay variaciones importantes en las lecturas.

En la actualidad, además del *Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento*, se hace necesario elaborar la adenda que describa lo acaecido dentro del contrato, resaltando que la compañía de seguros se ha subrogado el contrato, el nombre del tercer ejecutor entre otros detalles significativos. Dicha secuencia debe llevarse con tal ritualidad, por tratarse de instrumentos distintos, conforme se desprende del artículo 36 del Decreto Núm. 33 de 2020 sobre fianzas, en el que puntualiza al Acuerdo Suplementario, como el acto que formaliza los derechos y obligaciones, **dimanantes del contrato**, por lo que, sin lugar a duda, son diferentes figuras, se trata por una parte del contrato y por otra, el Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento.

Nótese que el Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento es solo uno y no suplanta al contrato, en el evento que haya una modificación de monto o tiempo, equilibrio económico, se hará mediante adendas enumeradas que sí forman el contrato integral³, no puede realizarse tal acción dentro de un instrumento que es en realidad la subrogación de los derechos y obligación en sustitución del contratista, mal puede efectuarse una adenda al Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, que no es el contrato sustancial.

² Cfr. artículos 98 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020.

³ Cfr. artículo 34 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020.

Luego de analizadas las posibilidades sobre que entender por Acuerdo Suplementario y cómo manejarlo, concluimos que la respuesta sencillamente se encuentra en su nombre tan específico, dado que este instrumento jurídico apunta directamente **a la ejecución de la fianza de cumplimiento** cuyo contenido debe incluir a nuestro juicio, la cláusula de mutuo acuerdo de intermediación.

Retomando el tema procedimental de la figura, de presentarse un nuevo incumplimiento en la ejecución de la obra, ahora por parte del tercero ejecutor o acciones impropias por parte de la compañía aseguradora, el procedimiento a seguir linealmente, es exigir el pago del importe de la fianza, junto a la indemnización que es de carácter obligatorio ante la Dirección General de Ingresos, cuya defensa podrá ser recurrida ante el Tribunal Tributario y agotada la vía gubernativa, ante la Sala Tercera de lo Contencioso, esto es así, ya que no existe legalmente la resolución administrativa de un Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, que ha pactado la subrogación y que no significa de ninguna manera, una cesión de contrato.

Es importante dejar sentado que la norma solo permite un Acuerdo Suplementario por contrato, en virtud de lo expuesto por el Artículo 39 del Decreto Leg. Núm. 33 de 2020 sobre fianzas, ya que de la redacción literal, pasa directamente del incumplimiento del sustituto a responder por daños y perjuicio, además de la ejecución de la fianza de cumplimiento, sin otra alternativa, cerrando la probabilidad de efectuar otro Acuerdo que incluya otro tercero ejecutor, lo que

en todo caso y de manera muy arriesgada para las entidades, sería la aceptación de **una cesión del contrato**, ahora sí para dar cabida a una persona jurídica que se traspase el contrato propiamente y sobre el cual se puede resolver por su incumplimiento, de ser el caso, iniciando nuevamente el ciclo en espiral.

Partiendo que no existe resolución administrativa de un Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, sino de los contratos, conforme lo establece el Texto Único y tratándose de dos documentos distintos, mal podría entremezclarse las disposiciones que aplican en el plano del contratista incumplidor frente al que se aplica a una compañía de seguros cuando se ha subrogado un contrato.

Si la intención de la norma es que fuese un solo documento, hubiese bastado con una adenda convencional omitiendo mencionar el Acuerdo Suplementario **de ejecución de fianza de cumplimiento**, para formalizar la subrogación del contrato y la designación de un tercero ejecutor, pero la Ley, instituyó la figura de Acuerdo Suplementario en aparte al contrato, hecho que cobra sentido porque no existe la resolución administrativa de este, pero sí la resolución que ordena la ejecución de fianza y el cobro de la indemnización, la cual está dirigida a la Dirección General de Ingresos.

Siendo que la resolución administrativa para inhabilitar, se dirige al contratista y el contrato⁴, como causa de la terminación del mismo, en virtud del incumplimiento de una de sus cláusulas, es imposible

4 Cfr. Párrafo final del artículo 142 Texto Único.

que rescinda el Acuerdo Suplementario que está suscrito por la aseguradora, pero no como contratista, según se corrobora en el glosario, su artículo 2 numeral 13 de nuestra legislación general sobre contrataciones, sino como sustituto de un contratista, en todo caso, para que una aseguradora sea contratista formalmente se requiere de una cesión del contrato, a lo que la norma no se dirige en ningún momento.

El derecho disciplinario y sancionatorio son derivaciones inmediatas del derecho penal, en el que se entiende, que, para la aplicación de una sanción a un sujeto, debe existir una conducta, tal como se conjugan a manera de ejemplos: el artículo 136 numeral 1, las acciones de reclamos y el artículo 146 del Texto Único. En el caso de la resolución administrativa, la pena sería la inhabilitación del contratista, por el incumplimiento de las cláusulas pactadas en el contrato, además de exigirse la ejecución de la fianza de cumplimiento, que es donde la Ley les da cabida a las aseguradoras para la subrogación.

La Ley general sobre contrataciones públicas, posee su propio tipo sancionador para el caso de las aseguradoras que han suscrito el Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, nos referimos a la situación que debe concurrir, para afrontar las consecuencias, lo cual se aborda en el artículo 131 del Texto Único, cuyo segundo párrafo contiene literalmente lo que procede:

(TU) Artículo 131. Ejecución del garante. Transcurrido el término al que hace referencia el artículo 129, sin que el garante pague el importe de la

fianza o sustituya al fiador o contratista, la entidad contratante emitirá una resolución que ordenará la ejecución de la fianza por medio de la jurisdicción coactiva de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

En el caso de que la fiadora se subroge con base en lo establecido en el acuerdo suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento y el tercero ejecutor que haya designado incumpla, sin que se haya pactado un mutuo acuerdo de indemnización, la entidad licitante expedirá la resolución con la suma líquida, la cual prestará mérito ejecutivo y será cobrada mediante el proceso de cobro coactivo de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

También se ejercerá la jurisdicción coactiva cuando el garante no cumpla con la responsabilidad de responder por vicios redhibitorios o por defecto de reconstrucción o de construcción de la obra o bien inmueble.

En el caso de los intermediarios financieros del Estado, la ejecución coactiva se hará de conformidad con el procedimiento de cobro coactivo y las sumas recuperadas ingresarán a su respectivo patrimonio.

La resolución emitida sobre la ejecución coactiva del garante agota la vía gubernativa.

Entonces, se ejecuta la fianza como lo indica el nombre del artículo y se cobra además la suma líquida de indemnización o la que se haya establecido en la cláusula de mutuo acuerdo de indemnización, que

...para aplicar sanciones, debe existir una conducta dirigida a un sujeto específico; las garantías fundamentales del Capítulo 1° de nuestra Constitución, protegen de igual manera a las personas jurídicas, que, si bien no se tratan de individuos, poseen el mismo derecho frente a los tribunales, de enfrentar situaciones legalmente establecidas...



son los dos elementos a describir en la resolución que se dirige a la Dirección General de Ingresos, por una parte la que ordena la ejecución de la fianza de cumplimiento derivada del Acuerdo Suplementario y por otra, el cobro de la indemnización obligatoria, esté o no dentro del mismo, lo contrario se constituye en una ilegalidad por omisión a la Ley, ya que es la fórmula que utiliza el Estado para que la aseguradora se responsabilice por el daño causado, ante la no obtención del objeto del contrato, esto resulta de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 39 del Decreto Leg. Núm. 33 de 2020 sobre fianzas:

“Si sustituido el contratista en todos sus derechos y obligaciones por la fiadora, de acuerdo con lo dispuesto en el presente reglamento, esta incumpliere sus obligaciones, la fiadora responderá de todos los daños y perjuicios que tal incumpliendo cause a la entidad estatal beneficiaria, con independencia del límite por el cual se constituyó la fianza de cumplimiento”.

Tal como se advierte, para aplicar sanciones, debe existir una conducta dirigida a un sujeto específico; las garantías fundamentales del Capítulo 1° de nuestra Constitución, protegen de igual manera a las personas jurídicas, que, si bien no se tratan de individuos, poseen el mismo derecho frente a los tribunales, de enfrentar situaciones legalmente establecidas con las consecuencias que para tal efecto correspondan, porque finalmente, estas a su vez, se componen de personas físicas.

Las aseguradoras no poseerán jamás la condición de contratista frente al Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento y de ninguna manera del contrato, considerando lo que es para la Ley un contratista:

ART.2 Núm. 13: Contratista. *Persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, domiciliado dentro o fuera del territorio de la República de Panamá, que goce de plena capacidad jurídica, vinculado por un contrato con el Estado, producto de ser adjudicatario de un procedimiento de selección de contratista o beneficiario de un procedimiento excepcional o de un procedimiento especial de contratación.*

La aseguradora no participó ni se adjudicó un acto público de obra, su posibilidad como un contratista del Estado, es para la venta de seguros/pólizas para servidores y bienes públicos.

La Ley general sobre contrataciones públicas, reconoce otra manera de constituirse legítimamente en contratista y es a partir de una **cesión del contrato**, cuyo artículo 96 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 contempla la figura, para lo cual es necesario la notificación de la cesión privada notariada entre partes a la Contraloría General de la República, pero que a su vez, debe contar con la Adenda que le hace explícitamente un contratista en toda su extensión, junto a la presentación de sus propias fianzas.

La inhabilitación que se aplica en base al artícu-

lo 142 del Texto Único va dirigido al **contratista** producto de la resolución administrativa del **contrato**, no de un Acuerdo Suplementario, considerando que son documentos distintos y tampoco se hace mención de la fiadora o garante, **ni siquiera se refiere al sustituto de un contratista:**

Artículo 142. Inhabilitación. *Dependiendo del monto del contrato u orden de compra, la inhabilitación se aplicará así:*

1. **En contratos** u órdenes de compra cuyos montos no excedan de cincuenta mil balboas (B/.50 000.00), de tres meses a un año.
2. **En contratos** u órdenes de compra cuyos montos excedan de cincuenta mil balboas (B/.50 000.00) y no superen los trescientos mil balboas (B/.300 000.00), de un año a dos años.
3. **En contratos** cuyos montos excedan de trescientos mil balboas (B/.300 000.00) y no superen los tres millones de balboas (B/.3 000 000.00), de dos a tres años
4. **En contratos** cuyos montos excedan de tres millones de balboas (B/.3 000 000.00) y no superen los diez millones de balboas (B/.10 000 000.00), de tres a cuatro años.
5. **En contratos** cuyos montos excedan de diez millones de balboas (B/.10 000 000.00), de cuatro a cinco años. Dentro de cada tramo, la duración de la inhabilitación será fijada tomando en cuenta la reincidencia y la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento.

Cuando concurran dos o más sanciones de in-

habilitación hacia un mismo contratista, se le aplicarán las sanciones en forma acumulativa, comenzando a regir la posterior sanción el día siguiente de la finalización de la sanción anterior.

El argumento basado, en que una aseguradora merece no asegurar más contratos del Estado, porque su tercer ejecutor incumplió o que ésta, no paga al tercer ejecutor los servicios que ha prestado, no es suficiente para sustentar ilegalmente el exceso de poder sancionador visibles en algunos casos que se han configurado, como sería inhabilitar una afianzadora como si fuese un contratista, además de ejecutarle la fianza y el pago de la indemnización que insistimos es obligatoria y no cobrarla, contraviene la Ley.

El Estado de Derecho debe cumplir y hacer cumplir el principio de legalidad, por cuanto de querer regular estas situaciones no previstas por el legislador, en las que el comportamiento de la aseguradora es cuestionable como la omisión del pago al tercer ejecutor, deben ser incorporadas mediante la dictación de una Ley que respalde la sanción de un sujeto, en virtud de una conducta, pero bajo la competencia de la autoridad que corresponde, es decir, a nuestro juicio, la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, tal como la misma interviene, cuando la compañía aseguradora pierde sus índices de aseguramiento o es intervenida judicialmente por un proceso de quiebra o entra en el proceso de regularización.

La afianzadora, jamás tendrá la condición de un contratista del Estado si es la garante de una obra, así como nunca lo será un tercer ejecutor. Las con-

secuencias de haber intentado la conclusión de una obra, es precisamente cobrarle el monto de aquella garantía, pero además el pago de indemnización por el daño causado al Estado en función de alargar la espera.

En síntesis, la diferencia entre las consecuencias que asume el contratista y la afianzadora en cada fase procedimental correspondiente, serían las siguientes:

- Para el contratista por incumplir, sea por las consideraciones del Texto Único o por una cesión de contrato, es la resolución administrativa del contrato con lo cual se le inhabilita y se le ejecuta la fianza. (Su conflicto se dirime en el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas)
- Para la afianzadora que ha suscrito un Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento, en el que incumple un tercero ejecutor, es la resolución de ejecución coactiva de la fianza de cumplimiento y de la suma líquida de indemnización o bien la acordada entre las partes dentro del Acuerdo Suplementario⁵.

En este último caso, en que la aseguradora es la garante de un contrato de obra, no puede inhabilitar-

⁵ Su conflicto se presenta ante la Dirección General de Ingresos y sus recursos son atendidos por el Tribunal Administrativo Tributario, luego entonces puede dirigirse a la Sala Tercera a dirimir el asunto de la ejecución e indemnización.

sele porque no es una contratista ni en razón de una cesión de contrato, ni por el Acuerdo Suplementario.

Al analizar en perspectiva la situación debemos preguntarnos ¿en qué sentido se les estaría imposibilitando a una aseguradora frente a la celebración de actos públicos y firmar contratos con el Estado?

- Para construir obra

Es imposible ya que no posee Junta Técnica, su aviso de operación no contiene dicha actividad, por lo que jamás participará en un acto público de obra ni firmará un contrato obra, pues no es su ejercicio comercial.

- Para la venta de pólizas y fianzas de aseguramiento

Para participar en un acto de selección de contratista en el que el Estado pretende adquirir pólizas, puede concurrir en su actividad habitual comercial en la que no ha incumplido por seguir pagando por los seguros de vida de las viudas de los estamentos de seguridad, sigue cubriendo los accidentes de la flota vehicular del Estado, etc., en igual medida al ganarse un acto puede firmar un contrato de aseguramiento con el Estado.

Sobre la imposibilidad de firmar contratos con el Estado, nos preguntamos ¿qué tipo de contratos se puede referir una inhabilitación? Si el contrato de aseguramiento de obra para el Estado es un contrato privado con un particular, sale de las competencias

de la Administración Pública en este plano, lo que puede suceder, es que la entidad no acepte la fianza, le comunique a la Contraloría General de la República su disconformidad, comunique a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros del mal comportamiento como sustituto de un contratista y en esta fase podría ser a nuestro juicio, la Contraloría General de la República, con base en el artículo 121 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020, la que limite la constitución y/o presentación de una fianza, y aun así, hay que tener claro que la garantía puede ser suficiente para cubrir la ejecución y mantener buenos índices de aseguramiento.

Al ejecutarle la fianza de cumplimiento a la compañía de seguros, ya ha cumplido con la responsabilidad que a ella correspondía, considerando que la cobertura se encuentra intacta desde el período incluso en el que se cubría el contratista, además, paga una indemnización por daños y perjuicios, y es que no hay que perder de vista que el Estado apostó igualmente por la extensión del tiempo para la culminación de la obra a través de un tercero, por cuanto también posee algún grado de responsabilidad.

La inhabilitación solo puede operar en el caso que la aseguradora vaya un acto público de pólizas y seguros, se le adjudique el acto, para lo cual entonces será un contratista, pero del rubro servicios, si esta incumple con el reconocimiento de los seguros de vida contratados para las viudas de los estamentos de seguridad, por ejemplo, o cuando se niegue a pagar por los accidentes de vehículos del Estado, entre otras más.



Imagen de rawpixel.com en Freepik.

Violar la posibilidad de ejercitar su derecho a la venta o alquiler de fianzas y/o pólizas que aseguran verbigracia a nuestros estamentos de seguridad (seguros de vida bomberos, policías) flota vehicular, bienes muebles de importancia para el Estado, repercute en el derecho de la persona jurídica y a su vez, en personas naturales que poseen derechos igualmente sobre el ejercicio del comercio.

Si se le está ejecutando la fianza que es la base de la relación existente y finalmente cubre el monto que se aseguró más una indemnización, no puede ser sancionado y es que justamente al ejecutarse la fianza se cancela su responsabilidad, tal como hubiese sido dentro de la fase en que el contratista incumplía, se le inhabilitaba y se ejecutaba la fianza, para la compañía de seguros es la ejecución de la fianza y el pago de la indemnización.

Como podemos observar no solo son las aseguradoras que pueden desaparecer del negocio de

obra, lo cual pierde importancia en una lógica básica, ya que no les interesa y tampoco puede construir, si es a lo que se refiere la inhabilitación, sino que el propio Estado perderá eventualmente la posibilidad de contar con estos servicios para la Administración Pública, creando un colapso en el sistema.

Ninguna aseguradora en un juicio objetivo querrá aventurarse asegurar la ejecución de una obra y perder por la culpa de un tercero ejecutor de ser el caso, considerando que el acuerdo suplementario solo es posible en una ocasión, la posibilidad de ejercer su rol convencional, que es la venta y alquiler de seguros y pólizas. Todo lo anterior raya en una ilegalidad en cuanto al procedimiento sancionatorio aplicado a un fiador sustituto del contrato, ocasionando vicios de inconstitucionalidad por violentar *la libertad de empresa y la seguridad jurídica*, como consecuencia de la flagrante violación a *la garantía del debido proceso*.

Cabe agregar a la discusión, que la autoridad encargada de monitorear la conducta de las aseguradoras es la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, que si bien no tiene competencia para cercenar el derecho a participar en un acto de selección de contratista y suscribir contratos de obra o en caso de venta de seguros al Estado, sí puede intervenir cuando se trate de sus calificaciones de riesgo con grado de inversión, índices de aseguramiento y los límites automáticos de emisión de fianzas. Mientras mantengan en orden estos aspectos, pueden continuar siendo garantes de contratos estatales.

Como se puede observar, este escenario nada tiene que ver con una inhabilitación desde la Ley de contrataciones públicas. Ahora bien, si la misma compañía aseguradora se encuentra intervenida judicialmente frente a la eminente quiebra, en un proceso de regularización, es aquella la que debe poner el alto a la actividad comercial de la aseguradora por la pérdida de la capacidad financiera/administrativa, para hacer frente a sus responsabilidades, con lo cual debe dar anuncio público de la situación legal de la aseguradora, no existe inhabilitación desde contrataciones públicas ante este hecho, sino que el cese, quiebra, insolvencia o incapacidad financiera de la aseguradora, lo que causará de inmediato la pérdida de suficiencia de las garantías que esta preste⁶, con lo que mal podría aceptarse entonces, que garantice otra obra, servicio o suministro.

6 Cfr. Artículo 1 del Decreto Núm. 33-LEG de 2021.

Razonar la figura no es tema fácil, sin embargo, en virtud de lo delicado de las consecuencias futuras y en nombre del buen derecho, es necesario diseccionar las normas que envuelven el tema y no solo desde la óptica de la Ley 22 de 2006 sino desde lo que establece el Decreto de Fianzas de la Contraloría General de la República, para una construcción lógica integral de las distintas figuras, sobre todo por tratarse de novedades, como lo es el caso objeto de discusión, así como el análisis que motiva la composición de la liquidación de los contratos.

Las consecuencias del raciocinio de hoy, inciden directamente en el futuro, no solo en el sistema de compras sino de la normativa complementaria como la operación del sistema de aseguramiento del Estado, ante la posibilidad de crear prácticas incompatibles no solo con la Ley sino con la realidad operativa de los sistemas que repercuten en contra de la propia Administración Pública y que de no encausarse podrían afectar a otras aseguradoras con la inhabilitación desde la perspectiva de contrataciones públicas, aun cuando se les sustraiga el monto asegurado, más un monto representativo en concepto de indemnización a consecuencia del fallo de un tercero ejecutor, por lo que nos preguntamos entonces que daño adicional se le puede hacer a una empresa que realmente no es contratista del Estado.

Por otra parte y no menos importante, es que si la pretensión es regular situaciones sobre el comportamiento poco ético de las aseguradoras como ejemplo: el impago al tercero ejecutor o en el caso extremo de asimilarlas a un contratista, deben ser

varias las modificaciones a la Ley sobre contrataciones públicas, iniciando con la definición de contratista, entre otras, en igual medida tendría que modificarse el Decreto de Fianzas y a su vez legislar puntualmente sobre la actuación del sujeto y su consecuencia, sin perder de vista la competencia de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS Y REASEGUROS sobre la conducta cuestionable de las compañías aseguradoras, además de fiscalizar sus márgenes de aseguramiento.

Finalmente en torno al tema, no podemos perder

de vista que a lo anteriormente mencionado habría que sumarle el pánico colectivo entre los servidores públicos frente a la posibilidad de ser destituidos ante la no ejecución de las fianzas por inconvenientes derivados de un Acuerdo Suplementario de ejecución de fianza de cumplimiento⁷, ejecución con la que nos encontramos en completo acuerdo si se presenta el incumplimiento del contratista o un sustituto fiador, pero bajo los parámetros que mandata la Ley textualmente, a un sujeto debido, la consecuencia que se produzca por su conducta.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de la República de Panamá.

Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Decreto Ejecutivo Núm.33-LEG de 8 de septiembre de 2020 "Por el cual se reglamentan las fianzas que se emi-

tan para garantizar las obligaciones contractuales del Estado, se establecen sus modelos y se derogan los Decreto Núm. 21-Leg. de 28 de marzo de 2018 y Núm. 43-Leg de 30 de julio de 2018".

Gaceta Oficial No.22,421 de jueves 25 de noviembre de 1993., de la República de Panamá.

⁷ Cfr. Núm.4 del artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Análisis sobre el Tratado Uribe Vargas-Ozores

ROSSEMERY SALAZAR G. | LUIS A. SPADAFORA | VOLDY I. WEDEMEYER Z.*



* ROSSEMERY SALAZAR GONZALEZ. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA), posee experiencia como Asistente de Presidencia, Vicepresidencia de Compras, Legal y Cumplimiento, Tesorería para reconocidas multinacionales con influencia en el ámbito global. Es amante del Derecho Internacional Público, Derecho Marítimo y Derecho de Propiedad Intelectual. Actualmente labora para Haleon, empresa de salud del consumidor con liderazgo en el plano nacional e internacional.



LUIS AARÓN SPADAFORA CÓRDOBA. Es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, realizó sus estudios universitarios en la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA), fue Vicepresidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la USMA (AEDUSMA). Actualmente sirve a su país laborando en el Ministerio Público. Es Amante del Derecho Internacional Público, Derecho Penal y Derecho Civil, y sobre todo amante de su País.



VOLDY IVOR WEDEMEYER ZAMORANO. Estudiante de último año de la carrera de Derecho en la Facultad de Derecho & Ciencias Políticas en la Universidad Santa María La Antigua, con cursos certificados en Coursera en Yale, Virginia, Pontificia Universidad Católica de Chile, UNAM y Universidad de Tokyo en temática en Historia, Economía y Ciencia Política. Con experiencia como pasante y como Asistente Legal en área de Civil, laboral, Migratorio y Marítimo.

RESUMEN

En 1979, los gobiernos de Panamá y Colombia firmaron lo que se conoce como el Tratado Uribe Vargas-Ozores, también llamado el Tratado de Montería.

Mediante este tratado, sin que existiese obligación legal (Pedreschi) que lo justificase, Panamá se compromete a conceder a Colombia, los mismos privilegios que el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, en su calidad de administrador del Canal de Panamá, otorgó a dicho país mediante el Tratado Urrutia-Thompson de 1914.

Los mencionados privilegios del Urrutia-Thompson consistían en el paso, por el Canal de Panamá, de las tropas, naves y materiales de guerra de Colombia, libres de todo pago de peajes (Linares, 691-708).

A varios años de su firma, el Tratado de Montería continúa siendo motivo de controversia, tanto por su contenido a perpetuidad, como por la particular forma en que fue ratificado por Panamá y por sus consecuencias económicas y políticas.

En el presente artículo, nos proponemos, como objetivo general, resaltar la problemática de determinar la validez de este tratado de 1979, así como la existencia o no de

beneficios para nuestro país, derivados del mismo.

Como objetivos específicos tenemos: señalar la gravedad de la situación actual; puntualizar el tema de la neutralidad permanente del Canal; y generar posibles soluciones al problema.

Todo lo anterior, a través de un análisis documental, de tipo longitudinal, ya que el estudio comprende desde los antecedentes de la Separación de Panamá de Colombia, en 1903, hasta la actualidad; abarcando a tres países, a saber: Estados Unidos, Colombia y Panamá.

Se ha utilizado un enfoque cualitativo, con un nivel de estudio exploratorio, descriptivo y explicativo, sin manipulación de variables.

PALABRAS CLAVES

Convenio de Viena de 1969, Tratado de Neutralidad, Acta de Contadora, Canal de Panamá, Tratado Uribe Vargas-Ozores, Tratado de Montería.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo investigativo analizaremos y explicaremos las circunstancias en las que el Tratado Uribe-Vargas Ozores (Tratado de Montería) de 1979, fue firmado y ratificado. Lo estudiamos porque es controversial y porque deseamos determinar si existió una causal de nulidad a la hora de las negociaciones que fueron llevadas para ratificar el Tratado. También, pretendemos explicar la razón por la cual planteamos que el Tratado tiene puntos antijurídicos que contradicen las leyes de la República de Panamá.

Adicionalmente, compartiremos ciertos criterios que consideramos pueden aplicarse para contrarrestar el tratado, o posiblemente rechazarlo, por medios legales internos o internacionales, a favor de Panamá.

Durante la investigación, pudimos constatar diversos acontecimientos que resultan importantes de señalar debido a que sirvieron como base al desenlace de esta investigación.

El Tratado del Canal de Panamá y el Tratado concerniente a la Neutralidad Permanente y al Funcionamiento del Canal de Panamá, mejor conocidos como los Tratados Torrijos-Carter, fueron firmados el 7 de septiembre de 1977 en la sede de la Organización de Estados Americanos (OEA), en los Estados Unidos, entre el General Omar Torrijos Herrera por Panamá y el presidente Jimmy Carter por los Estados Unidos.

En el artículo VI numeral 2, del Tratado de Neutralidad se señala que:

*"Mientras el gobierno de los Estados Unidos tenga la responsabilidad por la administración del Canal, a la República de Colombia se le podrá continuar otorgando el paso por el canal libre de peajes, tránsito de sus tropas, naves y materiales de guerra. Posteriormente, **la República de Panamá podrá** otorgarle a las Repúblicas tanto de Colombia como Costa Rica el derecho de tránsito libre de peajes." (Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente del Canal y al Fun-*

cionamiento del Canal de Panamá, 1977.) (El resaltado es nuestro).

Posteriormente, el 22 de agosto de 1979, se firma entre los Cancilleres de Panamá y Colombia, el Tratado de Montería.

Es muy cierto que el Tratado del Canal de Panamá, firmado en 1977, en su *artículo II sobre la Ratificación, Entrada en Vigor y Duración*, tiene fecha de caducidad al mediodía del 31 de diciembre de 1999 (Gaceta Oficial No. 18,451 de 1 noviembre de 1977); fecha en que las bases militares de los Estados Unidos abandonaron el suelo patrio y, simultáneamente, empezó la administración del Canal de Panamá a manos panameñas. Sin embargo, la neutralización del canal abogaba más por un derecho de intervención a perpetuidad y por el otro lado, a la exclusividad de tránsito libre de peajes, para los estados limítrofes con Panamá. Con el Tratado de Montería se da inicio a una serie de controversias en cuanto a la ratificación del mismo. Existen distintas teorías que plasman dudas acerca de la intención, la veracidad, y el objetivo por el

cual fue creado. Entre los mitos que rodean a este tratado se encuentra el de una imposición, por parte del gobierno de Los Estados Unidos, al momento de la firma del Tratado de Neutralidad Permanente.

Durante el desarrollo de este análisis, surgieron algunos planteamientos, producto de la investigación realizada a lo largo de la historia, con base en documentos escritos que pudimos leer y que realzan lo que la historia no ha podido cambiar.

Como estudiosos del derecho y la ley, nos resulta importante compartir los hallazgos al realizar este análisis, porque encontramos algunas discrepancias en el Tratado de Montería que permitirían alegar una nulidad por antijuricidad. Presentaremos nuestras hipótesis sobre este planteamiento. Igualmente, expondremos la posibilidad de someterlo a una negociación dirigida a un objetivo específico, relacionado con asuntos o acuerdos de interés que puedan contribuir al fortalecimiento de las relaciones bilaterales, tales como aspectos socioeconómicos entre ambas naciones.

ANTECEDENTES DEL TRATADO

El Acta de Contadora, suscrita por los cuatro mandatarios, de los países de Colombia, Costa Rica, Panamá y Venezuela, el 24 de marzo de 1975, contiene como preámbulo:

“apoyo a Panamá en favor del ejercicio de sus derechos inalienables como soberano territorial en toda la extensión geográfica, comprendida entre sus límites con la república de Colombia y la república de Costa Rica, reconociendo que el canal de Panamá se encuentra sujeto a los riesgos y peligros que se derivarían de una guerra nuclear en caso de conflagración internacional, lo cual expone a los tres países a sufrir sus consecuencias; y la importancia de la integración de América Latina, para acelerar el desarrollo económico de los países y mejorar los niveles de vida y bienestar de los pueblos.”

“Durante las negociaciones de Contadora, los Gobiernos de Panamá, Colombia, Costa Rica y Venezuela, convienen en otorgar

especial prioridad a la concertación y promoción de programas de desarrollo de sus áreas fronterizas, con la mira de acelerar el desarrollo económico de sus países y mejorar los niveles de vida y bienestar de sus pueblos, y con el apoyo de los gobiernos a las justas aspiraciones panameñas en la cuestión del Canal de Panamá. Acuerdan dirigirse a todos los gobiernos latinoamericanos con el fin de invitarlos a que desarrollen nuevos esfuerzos, para materializar el apoyo ofrecido a Panamá en sus gestiones para concertar un nuevo tratado del Canal con los Estados Unidos de América, que elimine las causas de conflicto entre los dos países, en armonía con los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados." (Uribe Vargas y Sánchez 156-168).

Con el Acta de Contadora se derogaron todos los tratados anteriores relacionados al canal. Con ello, se abrió el camino a dos nuevos tratados: el Torrijos-Carter de 1977 y el Uribe Vargas-Ozores de 1979.



Imagen de schliff en Pixabay.

Hemos de recordar que existía una deuda política, que tenía los Estados Unidos con Colombia por las acciones llevadas durante la separación de Panamá de Colombia, y que fueron resueltas para los Estados Unidos, en el Tratado Urrutia-Thompson de 1914, que concedió unos derechos exclusivos para nuestro país vecino, en lo concerniente al paso, libre de todo gravamen o peaje, de buques y tropas militares en las viejas esclusas del canal de Panamá. Se añadía, también, que en caso de que Estados Unidos construyera un canal interoceánico en suelo panameño este le otorgaría similares beneficios a Colombia.

“Un Gobierno panameño comprometido con el interés nacional hubiese rechazado contundentemente las atrevidas pretensiones del Gobierno colombiano, por ser lesivas a la soberanía panameña y contrarias a la neutralidad del Canal, causas históricas de la Nación istmeña. Pero en vez de enfrentar con firmeza las demandas bogotanas..., Torrijos acordó con Alfonso López Michelsen —según

nos explicó Ritter Domingo— que los privilegios colombianos no se incluyeran en los tratados de 1977 a cambio de que una vez recuperado el Canal le fueran reconocidos por Panamá, en un arreglo aparte”. (Guevara Mann, La Prensa, 24 de julio de 2007).

El Dr. Carlos Bolívar Pedreschi, en su obra Panamá: Visión política y testimonial de su drama (1993), señala lo siguiente:

“Es conocido que la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos no quería aprobar el Tratado de Montería, al extremo que dejó expirar su período ordinario de sesiones sin considerar siquiera dicho tratado. Pero, así mismo, es conocido todo el asedio de que fue objeto la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos por parte del poder militar; no obstante el claro e inmediato parentesco que la une a esa institución, para violar la intimidad de sus verdaderos sentimientos políticos y obligarla, con el despliegue de fuerza que el país pudo

observar por prensa y televisión, a convocar, primero, a una sesión extraordinaria para tratar lo que no quiso tratar en sus sesiones ordinarias y conminarla, luego, a que finalmente consintiera en lo que no quería consentir: la aprobación del Tratado de Montería”. (Pedreschi).

Ante tales circunstancias, la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento aprueba el Tratado de Montería, pero agrega un Documento Aclaratorio que dice así:

“La Asamblea de Representantes de Corregimientos al momento de aprobar el Tratado entre la República de Panamá y la República de Colombia, suscrito por los Ministros de Relaciones Exteriores de los respectivos países, en la ciudad de Montería, el 2 de agosto de 1979, lo hace en el entendimiento de que los derechos y privilegios que le otorgan a la República de Colombia se refieren al actual canal de esclusas sin que puedan aplicarse a otra vía interoceánica, que en futuro

se construya por territorio panameño. Esta declaración deberá comunicársele a la República de Colombia y se dejará constancia expresa de su texto en los instrumentos de ratificación cuyo canje se hará en la ciudad de Panamá.” (Dada en el Palacio Legislativo Justo Arosemena, en la Ciudad de Panamá, a los doce días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta. (Gaceta Oficial, 19.211 del viernes 5 de diciembre de 1980, pág. 1).

Por su parte, un grupo de la Cámara de Representantes de Colombia, al ratificar el Tratado de Montería, dejó por fuera, la constancia del Documento Aclaratorio antes mencionado, que desde luego no les convenía que fuese incluido como parte de la ley correspondiente, de la siguiente manera:

“Los suscritos representantes a la Cámara de Colombia, al votarse el tratado entre la República de Colombia y la República de Panamá, denominado como Tratado Uribe Vargas-Ozores,

dejamos expresa constancia de que al hacerlo entendemos que al cuerpo de dicho convenio no queda incorporada la declaración de la Asamblea de Representantes de los Corregimientos de Panamá, que no fue motivo de negociación entre las partes y que, en consecuencia, no modifica el contenido esencial del referido tratado de Montería que desarrolla fielmente el Acta de Contadora”. (Uribe Vargas y Sánchez, 156-161).

Después de ratificarse el tratado por los órganos legislativos correspondientes, los presidentes de Colombia y Panamá declararon lo siguiente:

El presidente Aristides Royo dijo:

“Registramos las expresiones del gobierno de Colombia sobre las razones que inspiraron al hermano país a ofrecer pleno apoyo a Panamá para el logro de sus reivindicaciones soberanas sobre el Canal de Panamá y la zona aledaña, las cuales describimos dentro del marco de la más auténtica solidaridad continental y

Por su parte, un grupo de la Cámara de Representantes de Colombia, al ratificar el Tratado de Montería, dejó por fuera, la constancia del Documento Aclaratorio...



las tradicionales relaciones amistosas de nuestros dos países”.

Y luego agregó:

“El gobierno de la República de Panamá ha tomado nota del interés de la República de Colombia en participar en los estudios de factibilidad de un nuevo canal a nivel que se proyecta adelantar con la cooperación de los países usuarios del canal, y expresa su complacencia por este hecho que está en armonía con los ideales de unidad e integración latinoamericanas que propician ambos Gobiernos”. (Ceremonia, Palacio de las Garzas, 12 de mayo de 1981).

A lo anterior, el presidente Turbay Ayala, de Colombia, respondió:

“El gobierno de Colombia ha registrado con satisfacción las declaraciones solemnes del gobierno panameño, en el sentido de que tanto el presente Canal como cualquier otra vía interoceánica que se construya en el

futuro, estarán abiertos al tránsito de embarcaciones de todas partes del mundo en condiciones de entera igualdad. Para Colombia, este hecho tiene especial significación por nuestra situación geográfica particular que necesariamente requiere la utilización de dicha vía por nuestras naves.” (Ceremonia, Palacio de las Garzas, 12 de mayo de 1981).

Con lo anterior se completa el círculo de intereses, en total irrespeto a lo declarado por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento de Panamá.

ANTI JURICIDAD FRENTE A LAS LEYES NACIONALES

Después de haber discutido y analizado varios puntos que consideramos importantes de resaltar en la lectura previa, planteamos a continuación, distintas hipótesis que hemos concluido a lo largo de la presente investigación:

EL TRATADO DE MONTERÍA

ES UNA VIOLACIÓN AL ART. 6, NUMERAL 2 DEL TRATADO DE NEUTRALIDAD

El Tratado de Neutralidad faculta a Panamá para otorgar a Colombia y Costa Rica el derecho de transitar por el Canal, exonerándolos de pagar “peajes” sobre su material de guerra, tropas y naves. Paralelamente, el Tratado de Montería también le otorga facultad de tránsito gratuito por el Canal a Colombia, pero incluyendo privilegios más allá de lo mencionado en el Tratado de Neutralidad. Explícitamente, se refiere a sus productos nacionales e industriales y a correos de sus ciudadanos nacionales, en igualdad con los mismos términos de los nacionales panameños.

ARTÍCULO I DEL TRATADO DE MONTERÍA: A partir del mediodía, hora de Panamá, del 31 de diciembre de 1999, la República de Panamá otorgará a la República de Colombia los siguientes beneficios:

- El tránsito por el Canal de

Panamá de los productos naturales e industriales de Colombia, así como de sus correos, libre de todo gravamen o derecho, salvo aquellos que en términos de igualdad se apliquen o pudieran aplicarse a los productos y correos de la República de Panamá.

- Los nacionales colombianos que transiten por la ruta interoceánica panameña, lo harán libres de la imposición de peajes, impuestos o contribuciones que no sean aplicables a los nacionales panameños, siempre que presenten prueba fehaciente de su nacionalidad.
- El Gobierno de la República de Colombia, podrá en todo tiempo, transportar por el canal de Panamá sus tropas, sus naves y materiales de guerra, sin pagar peaje alguno." (Gaceta Oficial, 19.211 del viernes 5 de diciembre de 1980, pág. 2).

Al razonar con objetividad el párrafo anterior, claramente observamos que existe una discre-

pancia entre las facultades que otorgaba cada Tratado, ya que el beneficio de tránsito gratuito por el canal de Panamá es mayor en el Tratado de Montería que en el Tratado de Neutralidad Permanente.

El Tratado de Montería contradice el Artículo 5 de la Ley Orgánica de la ACP de 1997

La Ley Orgánica del Canal de Panamá, en su artículo 5 dice lo siguiente:

"Artículo 5:

El objeto fundamental de las funciones reconocidas a la Autoridad es que el canal siempre permanezca abierto al tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves de todos los Estados del mundo, sin discriminación, de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos en la Constitución Política, en los tratados internacionales, en esta Ley y en los reglamentos. Debido al carácter de servicio público internacional esencialísimo que

cumple el canal, su funcionamiento no podrá interrumpirse por causa alguna." (Lo subrayado es nuestro).

Del artículo 5 podemos deducir que no debe haber discriminación y que las cuotas deben ser equitativas y libres para todas las naciones, lo cual resulta totalmente contrario a lo establecido en el Tratado de Montería. También, hay que tener presente que la Ley Orgánica de la ACP es de fecha posterior, pero se encuentra inserta en una norma que es de rango constitucional, lo que deja entrever la posición de la entidad frente a la violación de la igualdad de trato entre los buques que transitan por el Canal de Panamá.

POSIBLE NULIDAD EN EL TRATADO URIBE VARGAS-OZORES

El planteamiento de la nulidad es un punto crítico. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, plantea acerca de la coacción que pueda existir sobre el representante de

un Estado y sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza, a la hora de celebrar un tratado. Que si hubo coacción al momento de la firma del Tratado de Montería no lo podemos saber, por los acontecimientos que se produjeron antes y después de la firma de los tratados concernientes al Canal de Panamá y al de la Neutralidad Permanente y al Funcionamiento del Canal de Panamá. Lo que conocemos por medio de la historia es que el Tratado de Montería surgió por discrepancias entre Estados Unidos y Colombia (por una causal que le favorecía a Panamá salir librado de este hecho). Las constantes luchas de los panameños para tener el control de la Zona del Canal, que se encontraba bajo la gestión del gobierno norteamericano desde 1903, pudieron provocar, de manera indirecta, la presión para que Panamá firmara el Tratado de Montería.

También, hay que resaltar que existieron muchas circunstancias especiales alrededor de la firma de este tratado. El Tratado de Montería sería tal vez lo que mencionaba el Dr. Carlos Bolívar Pe-

dreschi en su escrito titulado “El Tratado de Montería: Un Caso de Incesto Político” (Pedreschi, 23), donde señaló:

“El Tratado de Montería constituye más una concesión del Gobierno panameño al gobierno norteamericano, que una concesión del gobierno panameño al colombiano, pues Panamá no estaba obligada a otorgar a Colombia los derechos de tránsito sobre el Canal que EU les concedió con el Thompson-Urrutia”.

Bajo esta premisa, lo que nos viene a la mente son las polémicas que existieron entre Colombia y los Estados Unidos al momento de la separación de Colombia en 1903, por su activa intervención en dicha separación; pero con la ratificación del Tratado de Montería el gobierno estadounidense retomaría las buenas relaciones con este país.

La coacción que planteamos, tal vez, no haya sido directa pero sí pudo haber ocurrido bajo esta hipótesis de que los panameños necesitábamos obtener nuestra

“El Tratado de Montería constituye más una concesión del Gobierno panameño al gobierno norteamericano, que una concesión del gobierno panameño al colombiano...”

Dr. Carlos Bolívar Pedreschi



soberanía, aún a cambio de una imposición que no sólo perjudica a la neutralización expuesta en el Tratado de Neutralidad, sino que también se encuentra bajo el supuesto de una solicitud de revocación por nulidad de la norma interpuesta a perpetuidad. Esta era la oportunidad que los panameños estuvieron esperando por tanto tiempo desde la construcción del Canal y que finalmente se hacía realidad.

Sin embargo, una revisión actual de las circunstancias, desde un punto estrictamente legal, nos remite a otro artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Hablamos del artículo referente a la violación de normas internas fundamentales:

“El Artículo 46 numeral 1, dice: “el hecho de que el conocimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esta

violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969). (El subrayado es nuestro).

Consideramos que esta disposición nos resulta aplicable ya que, si no existió un plebiscito de consulta nacional aprobado por el Órgano Ejecutivo, tal como lo establecía el Art. 274 en la Constitución de 1972, vigente al momento de ratificarse el Tratado, entonces no podría el Tratado de Montería surtir efectos ya que nunca existió una consulta popular relativa al tránsito gratuito de Colombia por el canal. Este tema volveremos a plantearlo más adelante.

POSIBLES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL TRATADO DE MONTERÍA

Renegociar:

La renegociación del Tratado de Montería pudiera ser una opción muy factible y beneficiosa para el estado panameño, porque al poder negociar acuerdos basa-

dos sobre circunstancias socioeconómicas estaríamos impulsando la cooperación entre ambos estados (Panamá y Colombia). La pregunta es si Colombia estaría dispuesta a sentarse a la mesa de negociación de este tratado, bajo otras circunstancias diferentes a las fundamentadas en el Tratado de Neutralidad Permanente y Funcionamiento del Canal de Panamá. Es decir, cambiar el fundamento principal del tratado desde la exención en el pago de peajes y libre tránsito, a la de una negociación en actividades socioeconómicas que impulsen al desarrollo en ambos países. En este sentido, una alternativa eficaz sería que Panamá proporcione un concepto de *Sistema de Transporte Multimodal*, en el sentido de brindar a Colombia un servicio de acopio, traslado y distribución de carga a cambio de intercambios de comercio internacional, dado que es un tema muy importante porque el comercio internacional representa un gran porcentaje del producto interno bruto (PIB) y esto produce riqueza para los países; de la misma forma que produce

riqueza en el mundo. Esta idea nos surge ya que, a través de la globalización y sus efectos en el comercio internacional, se ha incrementado el índice de actividad comercial a nivel mundial.

Al igual que el intercambio comercial y de servicios entre ambos países, existen otras figuras que consideramos beneficiosas para ambas naciones en la renegociación del Tratado de Montevideo, como, por ejemplo: el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) cuenta con la realización de proyectos que están dirigidos a erradicar la pobreza, la implementación de buenas políticas y gobernanzas entre los países, remediar crisis y la preservación del medio ambiente. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo).

En cuanto a un enfoque medio-ambiental marítimo, se podrían implementar regulaciones laborales dirigidas a mejorar la calidad de vida de nacionales colombianos, especialmente, los que se dedican a la preservación y estudio de especies marinas, así como también a la conservación del me-

dio ambiente y otras profesiones similares, brindándoles la oportunidad de que puedan contar con estatus de residencia panameña o permiso especial para mejorar su situación migratoria. También, se podría brindar a los nacionales colombianos la oportunidad de laborar a bordo de buques de abanderamiento panameño.

Adicionalmente, a los nacionales colombianos que no se dedican a profesiones de preservación y estudio de especies marinas o conservación del medio ambiente, en especial para aquellas personas “apátridas” que logren demostrar que sus parientes son colombianos, se les podría conceder la aprobación para el proceso de estatus migratorio panameño conforme a los requerimientos de la ley, y quizás, otorgarles la nacionalidad panameña.

Apátrida: “persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación. De forma más sencilla, esto quiere decir que una persona apátrida no tiene la nacionalidad de ningún país” (ACNUR, La Agencia de la ONU para los Refugiados).

De la misma forma, podemos incluir muchas otras alternativas que pudieran formar parte de la renegociación para impulsar el desarrollo económico de ambas naciones. El enfoque socioeconómico nos brinda un criterio comercial para que ambos países ganen participación en la negociación de un futuro Tratado de reemplazo. El objetivo principal va dirigido hacia esta particularidad de ayuda y colaboración entre ambos estados. Así, nos deslindamos de esta historia de oportunismo y de intereses, que existieron en el pasado, y que marcaron la apertura de todo lo que sabemos.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 325 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

En la jerarquía de la Pirámide de Kelsen, donde la Constitución ocupa el lugar supremo de dicha jerarquía, podemos ver incluidos Tratados internacionales entre la normativa de nuestra constitución, en su mayoría sobre Derechos Humanos que, por principios del Bloque de Constitucionalidad, to-

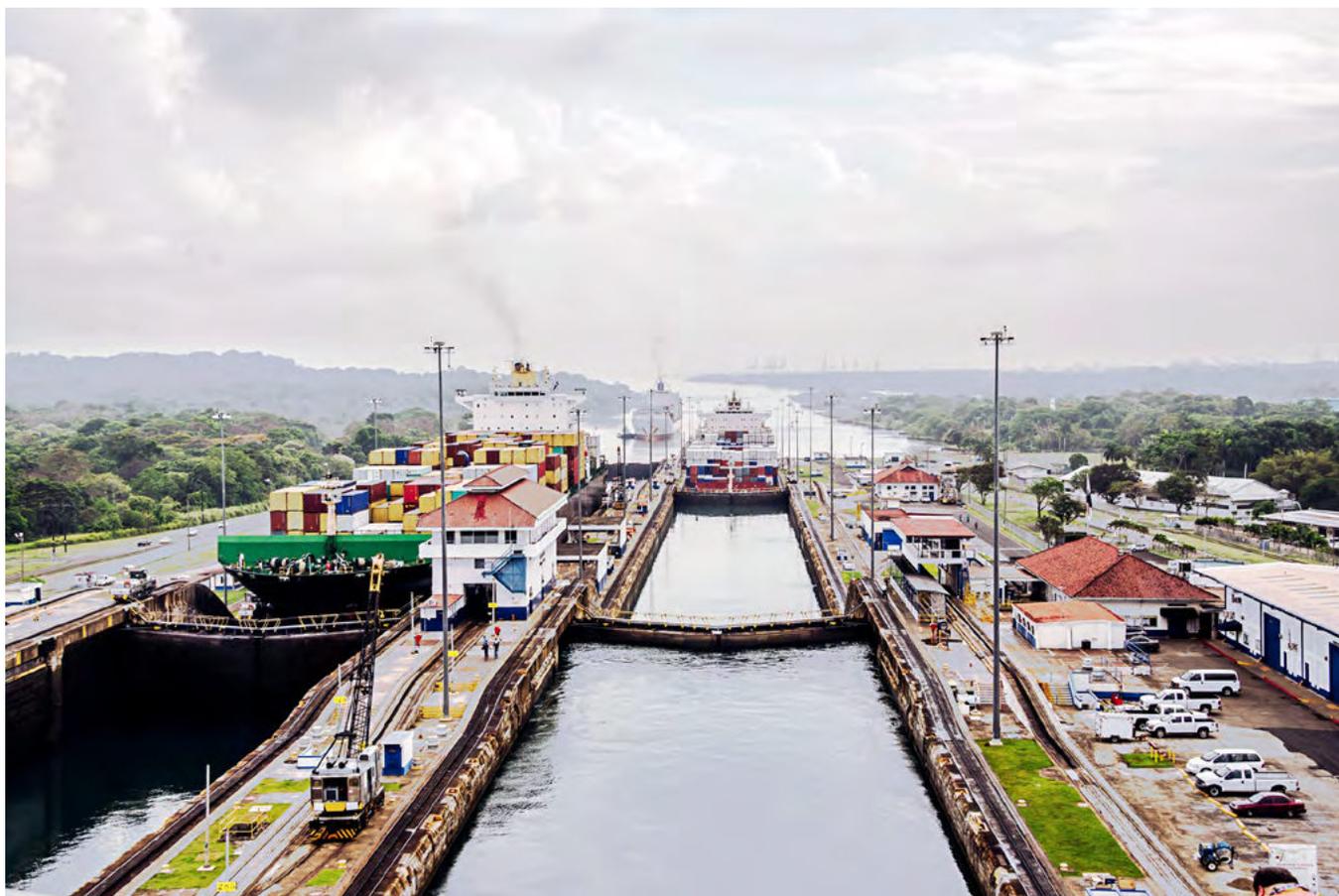


Imagen de artes2franco en Pixabay.

man rango constitucional. Ahora bien, el Tratado de Montería no cumple con esta característica, toda vez que no es un Tratado de Derechos Humanos, sino que es, simplemente, un Tratado bilateral con obligaciones unilaterales, por lo que, resulta una norma inferior a la norma constitucional.

Sobre este tema, el artículo 35 de la Ley 38 del 2000, ley administrativa panameña, dice lo siguiente:

“En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas,

el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos”.

Por lo anterior, podemos entender que la razón de ser de la norma citada es que no se violen o contradigan disposiciones y principios de una norma superior; y es por esta razón que entramos a analizar nuestra normativa constitucional.

Primeramente entraremos a analizar el Artículo 274 de la Constitución Política de Panamá en su

versión original, es decir, la versión de 1972, sin reforma alguna. Dicho artículo nos dice lo siguiente:

“Artículo 274: Los tratados que celebre el Órgano Ejecutivo sobre el Canal de esclusas, su zona adyacente y la protección de dicho Canal, lo mismo que para la construcción de un nuevo Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, se someterán a plebiscito nacional”.

Este artículo de la versión original de 1972 de la Constitución

Política de la República de Panamá, que entró en vigencia el 11 de octubre de 1972, contempla que todos los tratados internacionales concernientes al Canal de Esclusas (Canal de Panamá), que celebre el Órgano Ejecutivo debe ser sometido a plebiscito nacional. Esto nos quiere decir, que nuestra constitución pone un requisito para la obligatoriedad de los tratados concernientes al canal de esclusas muchos más allá de su ratificación como ley de la República.

Ahora bien, analizando los plebiscitos relativos a la disposición constitucional para la ratificación, y, por ende, la entrada en vigor de la obligatoriedad del tratado, tenemos que, en Panamá, solo se ha realizado un plebiscito concerniente al canal como originalmente se dispuso en la Constitución de 1972. Este plebiscito fue el de 1977, luego de ser firmados los Tratados Torrijos-Carter, el cual se convocó mediante la Ley 33 de 1977. Posteriormente, no se ha realizado ningún otro plebiscito, para la ratificación de un tratado internacional, ni bilateral ni multilateral, sobre temas del canal

de Panamá.

Lo antes expuesto nos permite ver una contradicción entre el proceso de ratificación y lo dispuesto en nuestra Constitución Nacional con su normativa vigente en aquel entonces; e inclusive, luego de varios actos de reformas constitucionales, la misma norma se mantiene en nuestro actual artículo 325, donde se dice lo siguiente:

Artículo 325 actual: "Los tratados o convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo sobre el Canal de esclusas, su zona adyacente y la protección de dicho Canal, así como la construcción de un Canal a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, deberán ser aprobados por el Órgano Legislativo y, luego de su aprobación, serán sometidos a referéndum nacional, que no podrá celebrarse antes de los tres meses siguientes a la aprobación legislativa. Ninguna enmienda, reserva o entendimiento que se refiera a dichos tratados o convenios tendrá validez, si no cumple con los requisitos de que trata el inciso anterior".

Vemos que en el paso del tiempo nuestra constitución mantiene e incluso, vuelve más estricta y rigurosa, la disposición sobre los tratados internacionales concernientes al canal. Es por esta razón, que una posible alternativa ante la situación planteada sería interponer una demanda por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, por ser el Tratado De Montería contrario a nuestra Constitución Nacional.

Como confirmación de lo anteriormente expresado, vale la pena mencionar que la normativa de la sección 2 sobre la nulidad de los tratados, artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, específicamente el numeral 1, nos dice así:

"Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho inter-

no concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.

APLICACIÓN DE LA LEY DE RETORSIÓN

El mecanismo llevado a cabo por la Ley 48 de 26 de octubre del 2016, que reforma la Ley 58 de 12 de diciembre del 2002, conocida como Ley de Retorsión, tiene el objetivo de mantener una reciprocidad en los beneficios de aspecto comercial, en los tratados que Panamá celebre. Ya que, según lo expresa Diana Díaz en su artículo del 2019, Colombia ha tenido una ventaja deshonrosa respecto a su contraparte panameño, con el Tratado de Montería. La Zona Libre de Colón mantiene una deuda de millones de dólares, según informó el Ministro de Economía y Finanzas, Héctor Alexander, en 2019; y las restricciones comerciales a las importaciones de pro-

ductos de Panamá hacia Colombia, hacen evidente que no hay una reciprocidad. En otras palabras, es más fácil importar a Panamá que exportar hacia Colombia.

“Desde el 2013 Colombia ha impuesto aranceles a la carga de textiles y calzados provenientes de la Zona Libre de Colón.” (Diana Díaz V., Panamá América, 7 de noviembre de 2019).

Estas ventajas de Colombia, más el Tratado de Montería, revelan un trato desigual, ya que los panameños otorgamos unos privilegios a favor de Colombia, y lo menos que se esperaría sería una igualdad en competencia económica, pero la realidad ha sido otra para Panamá, por lo que Panamá debería reclamar por actos discriminatorios, y hacer uso de la Ley de Retorsión, para encontrar reciprocidad.

La retorsión es una opción, pero como se mencionó anteriormente, solo aplica para actos discriminatorios en materia comercial, por lo que hay opiniones como la de Leopoldo Benedetti, ex-gerente de la Zona Libre de Colón, quien dice que no ve que la me-

didada de retorsión sea la mejor opción pues:

“Es ilógico ya que Panamá está abriendo un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Colombia, lo que beneficiará al país, ya que abrirá más el mercado”. (Diana Díaz V., Panamá América, 12 de septiembre de 2013).

Aunque se firmó un Tratado de Libre Comercio en septiembre en 2013, Colombia mantiene su jurisdicción aduanera, aplicando ciertos aranceles que siguen perjudicando al comerciante panameño. Al respecto, se supone que en la doctrina liberal económica:

“La idea principal de Bastiat fue que el libre comercio era la llave del éxito, por lo que se opuso firmemente a las ideas del proteccionismo, a los aranceles y los controles estatales. Esas ideas aparecen plasmadas en su obra “Sofismas Económicos (1845)”. (Ricardo Labrada, 19 diciembre de 2019).

A pesar de ser la retorsión una medida un tanto agresiva,

en el fondo, el Tratado Uribe Vargas-Ozores, fue firmado como un pago político entre dos Estados ajenos a los intereses soberanos de Panamá. Por ello, el panameño merece, también, un trato igual ante sus vecinos, y la Ley de Retorsión es una forma de presión comercial a Colombia, para poder conseguir la colaboración necesaria para la firma de un nuevo tratado que deje inexistente al Tratado de Montería.

“Nosotros solicitamos que se busquen medidas que se puedan implementar, aunque sea de manera temporal para ayudar a aliviar la situación”. (Severo Sousa, de la Asociación de Usuarios de la Zona Libre, 12 de septiembre de 2013.)

Aunque hablamos de un contrapeso al Tratado de Montería, hay que decir que esta medida puede ser contraproducente ya que puede producir efectos negativos en la economía, en la que las dos naciones pueden salir perjudicadas, si es que la situación escala a mayor intensidad. Por ello, se tiene que manejar con cuidado la aplicación de la retorsión ya que

Si fuesen tiempos en los que las relaciones se encuentren más relajadas, [...] entonces, la reacción internacional sería positiva ya que el mundo entendería que estamos hablando de eliminar unos privilegios a un país que se ha beneficiado de ellos...



el objetivo no es indisponer sino obtener una respuesta en compensación a una acción discriminatoria en contra de Panamá.

REACCIÓN INTERNACIONAL

Si se llegase a aplicar alguna de las medidas propuestas, estaríamos poniendo un “Cheque a Balance” al Tratado de Montería. La reacción internacional podría favorecer o podría estar en contra de Panamá, dependiendo de cómo esté el mercado internacional y, sobre todo, el eje geopolítico, ya que podría también resultar contraproducente. Si fuesen tiempos en los que las relaciones se encuentren más relajadas, con un mercado estable y la atención geopolítica a nuestro favor, entonces, la reacción internacional sería positiva ya que el mundo entendería que estamos hablando de eliminar unos privilegios a un país que se ha beneficiado de ellos, mientras que los demás países sí cumplen las normativas de igualdad propias de un régimen de Neutralidad Permanente del Canal.

Se debe actuar de una manera ordenada y pacífica, con fundamentación jurídica, para que la reacción internacional sea positiva, al constatar que se generaría el control pleno en la administración del tránsito por el canal, para ser utilizado por los buques provenientes de todos los países en verdadera igualdad y sin privilegios; lo que hoy en día no puede ser así por la concesión interpuesta en el Tratado de Montería.

Actualmente, existe una guerra entre dos países europeos y este tránsito gratuito, de exclusividad, inserto en el Tratado de Montería, podría provocar alguna situación que no pueda estar bajo el control de Panamá y esto a su vez podría mal interpretarse y poner en tela de duda nuestra integridad como país neutral.

CONCLUSIONES

- Con base a lo expuesto con anterioridad, podemos enfatizar, primeramente, que, en efecto, existe una clara y flagrante violación a nuestra normativa constitucional, pues desde sus

inicios, el proceso del Tratado de Montería no estuvo amparado bajo el cumplimiento de las disposiciones constitucionales en la materia, pues no se sometió a un plebiscito. Por lo tanto, la validez de la obligatoriedad del cumplimiento del Tratado de Montería se ve afectada, por el incumplimiento de los requisitos para su ratificación, por lo que Panamá no tiene obligación alguna con Colombia con respecto al Tratado de Montería.

- Respecto a la antijuricidad de unos artículos del tratado frente a la Ley Orgánica de la ACP, en la justa doctrina jurídica del positivismo, se pone en aplicación la jerarquía de la pirámide de Kelsen, en donde los tratados internacionales tienen más peso que las leyes internas, pero a pesar de esto, el tratado Torrijos-Carter, contradiciéndose a sí mismo, al hablar sobre la neutralidad del canal, establece que no deben existir privilegios, con lo cual entra en conflicto con los artículos del Tratado de Montería. En el mismo sentido, en el

artículo VI numeral 2 del Tratado de Neutralidad se menciona que “Panamá podrá conceder a Colombia y Costa Rica tránsito por el Canal libres de peaje”, pero ello no quiere decir que tengan derecho a tales privilegios, ya que se habla de una mera posibilidad, al utilizar el verbo “podrá” y, como se mencionó antes, ningún país neutral debe conceder privilegios, sino que debe existir igualdad entre todos los usuarios.

- La ratificación del Tratado de Montería, desde un punto de vista objetivo, se llevó a cabo bajo la influencia de muchas discrepancias entre el gobierno de los Estados Unidos y el gobierno de Colombia.
- Al final, lo que deseaba el gobierno de Panamá, era obtener su soberanía sobre el canal, a cualquier costo.
- La renegociación del Tratado de Montería sería lo que muchos panameños anhelamos. Debe replantearse, en base a esa neutralidad, que nuestro país invoca ante la vista internacional, y que ayuda, en gran escala, a

un significativo aporte a nuestra economía. Así se reconocería, en todo el mundo, que, a través del Canal, Panamá se mantiene como país neutral ante cualquier circunstancia entre países extranjeros, para mantener la paz y hacer prevalecer las buenas relaciones entre todas las naciones del mundo.

- Con la presentación de este trabajo deseamos que el lector analice si la soberanía de un país debe tener un precio. Nosotros consideramos que no; pero lo que sí podemos admitir es que, si se unen la sociedad civil, distintos tratadistas nacionales e internacionales, y organismos internacionales, para que sirvan como intermediarios en la realización de un posible intento de renegociación, Panamá podrá garantizar ese derecho de neutralidad absoluta, que alguna vez soñaron tantos panameños que dieron sus vidas en tantas luchas. La perseverancia nos garantizó la plena administración de la Zona del Canal para los panameños, puesta al servicio de

todo el mundo. Sólo nos queda enmendar este Tratado de Montería para retomar nuestra administración absoluta dentro de la vía interoceánica más importante hoy día.

Observación: El tratado similar con Costa Rica, Tratado de San José, tiene fecha de caducidad, por lo cual hemos optado por no incluirlo en este artículo.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos de Revista

Linares, J., "Del Tratado Thompson-Urrutia al Tratado de Montería". *Humanitas Digital*, No. 21, septiembre de 2021, pp. 691-08, humanitas.uanl.mx/index.php/ah/article/view/1230.

Libros

Morales, O. Sanclemente, Marroquín, *El Liberalismo y Panamá*. Santafé de Bogotá: Stamato Editores, 1998. Pp. 512-528. Impreso.

Pedreschi, Carlos B., *El Tratado de Montería: Un caso de incesto político*. Panamá: Impresora Siglo XXI, 1981. 23. Impreso.

Ritter, J.E. *Los secretos de la Nunciatura. Drama y comedia de un país invadido*. Editorial Planeta. Bogotá, 1990. Pág. 8. Impreso.

Uribe, Diego, Sánchez, Ricardo Á. *Los últimos derechos de Colombia en el Canal de Panamá: El Tratado Uribe-Vargas Ozores*. Imprenta de la Universidad Nacional de Colombia. 1993. Pp. 156-168. Impreso.

Legislación nacional e internacional

Constitución Política de la República de Panamá (1972). *Legispan*, 1972. Gaceta Oficial, www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/1970/1972/1972_028_2256.pdf. . Accedido 12 mayo 2022.

Carrillo Pujol, José A., ed. *Constitución Política de la República de Panamá, Reformada por los Actos Reformatorios de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos No. 1 y No. 2 de 1994 y el Acto Legislativo No. 1 de 2004*. Panamá: Jurídica Pujol, S.A., 2019. Impreso.

"Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena 23 de mayo de 1969.

- www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/conven-
cion_viena.pdf. Accedido 23 mayo 2022.
- Gaceta Oficial, *Tratado del Canal de Panamá*, No. 14,851, p.6. Órgano del Estado, 1977. Impreso.
- Gaceta Oficial, *Tratado Uribe Vargas-Ozores*, No. 19,211, p. 1. Órgano del Estado, 1979. Impreso.
- “Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente del Canal y al Funcionamiento del Canal de Panamá. 2011. Mi Canal de Panamá, micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2011/12/acp-plan-ref-tratado.pdf
- Tratado entre la República de Colombia y la República de Panamá (Tratado de Montería).
- Gaceta Oficial, *Tratado entre la República de Colombia y la República de Panamá*, No. 19,211, Convenio. Órgano del Estado, 1980. Impreso.
- Publicaciones**
- Asilo y Migración, www.acnur.org/asilo-y-migracion.html. Accedido 21 mayo 2022.
- ¿Qué es la apatridia?, www.unhcr.org/ibelong/es/que-es-la-apatridia/, Accedido 9 mayo 2022.
- Díaz V., D. “Zona Libre de Colón ha sufrido por años las consecuencias de actos ilícitos cometidos en Colombia”. 7 nov. 2019. www.panamaamerica.com.pa/economia/zona-libre-de-colon-ha-sufrido-por-anos-las-consecuencias-de-actos-ilicitos-cometidos-en. Accedido 18 abril 2022.
- Díaz V. D., “Crisis en Zona Libre de Colón deja pérdidas de 1000 empleos”. 12 sep. 2013. www.panamaamerica.com.pa/nacion/crisis-en-zona-libre-de-colon-deja-perdida-de-1000-empleos-898719. Accedido 2 mayo 2022.
- “El proyecto: Enciclopedia Jurídica, 2020”, www.encyclopedia-juridica.com/i/index-p.htm. Accedido 3 mayo 2022.
- Coll Morales, Francisco. *Intercambio comercial*. Economipedia, 25 mayo. 2020, www.economipedia.com/definiciones/intercambio-comercial.html. Accedido 19 mayo 2022.
- Ginebra. “Tratados del Canal no permiten a EU intervenir”. Panamá América, 5 Sep. 2002, www.panamaamerica.com.pa/nacion/tratados-del-canal-no-permiten-eu-intervenir-99569. Accedido 5 abril 2022.
- Guevara Mann, C., “López Michelsen y el Tratado de Montería”. 25 jul. 2007 www.prensa.com/imprensa/opinion/Lopez-Michelsen-Tratado_monteria_0_2071293056.html. Accedido 18 abril 2022
- Meléndez, J. “Las deudas de Venezuela amenazan al segundo puerto libre del mundo”. 3 nov. 2013. www.elpais.com/internacional/2013/10/24/actualidad/1382569737_745809.html. Accedido 15 abril 2022.
- Morales De Gómez, T. “El Tratado Urrutia-Thompson”. sep. 2003 www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-165/el-tratado-urrutia-thompson. Accedido 10 mayo 2022.
- “60 contribuciones de las Naciones Unidas para un mundo mejor”, www.un.org/es/un60/60ways/eco.shtml. Accedido 18 mayo 2022.
- Lambrada, R. “Las ideas de Claude-Frédéric Bastiat a favor del mercado libre”, 26 dec. 2019, www.deportescineyotros.com/2019/12/26/la-clarividencia-de-claude-frederic-bastiat-a-favor-del-mercado-libre/. Accedido 5 mayo 2022.
- Linares, Julio. “Tratado Thompson-Urrutia al Tratado de Montería”. Universidad Autónoma de Nuevo León. 1980. Humanitas, www.humanitas.uanl.mx/index.php/ah/article/view/1230/1133. Accedido 8 de mayo.
- Redacción, Ministerio de la Presidencia. “Gobierno Nacional hará frente a deuda de Zona Libre de Colón”, 5 nov. 2019, www.presidencia.gob.pa/Noticias/Gobierno-Nacional-hara-frente-a-deuda-de-Zona-Libre-de-Colon. Accedido 15 mayo 2022.
- Tirado Mejía, Álvaro. *Derechos de Colombia, Panamá y Estados Unidos en el Canal*, sep. 2003, www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-165. Accedido 15 mayo 2022.
- Transeop. “Transporte multimodal: ¿Qué es y en qué consiste?”. *El Blog del Transporte de Mercancías y Logística*. www.transeop.com/blog/transporte-multimodal/29/. 23 de septiembre de 2022.
- Entrevista**
- Johnson, Montgomery, 13 abril 2022. *Conversatorio y aportes*. Reunión en Microsoft Teams. U.S.M.A., Panamá.

Algunas consideraciones en torno al poder

MANUEL SALVADOR OBERTO SOLANILLA*

SUMARIO

En este trabajo estudiaremos el tema del poder que se les otorga a los abogados para representar a una o varias personas naturales o jurídicas en un determinado proceso. Iniciaremos este artículo dando una pequeña introducción acerca de la capacidad de las partes y la legitimación en la causa para comprender quienes son las personas facultadas para otorgar poder y ser parte en el proceso, ya sea como parte actora o demandada.

Igualmente trataremos el tema de la estructura técnica del poder, y explicaremos cada una de las facultades que deben ir expresadas en el mismo, pues sin ellas el apoderado no podrá ejercerlas. Se debe dejar claro que el apoderado no puede actuar más allá de las facultades determinadas en el poder.

PALABRAS CLAVES

Allanarse, Capacidad Procesal, Comprometer, Desistir, Legitimatío ad causam, Poder, Poder General, Poder Especial, Recibir, Transigir.

ABSTRACT

The power of attorney (POA) or letter of attorney is a document that expresses an authorization to represent a person in private affairs or



* Licenciado en Derecho por la Universidad Santa María La Antigua. Posee una Maestría en Derecho Procesal. Doctor en Derecho con énfasis en Derecho Civil. Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

legal matters. This article begins with a brief introduction of the requisites that the grantor must have to give a power to an attorney and of the locus standi which is the ability of a party to demonstrate to the court sufficient connection to and harm from the law or action challenged to support that party's participation in the case.

In addition, the article explains the technical structure of the power and every one of the authorities granted to the agent.

It should be clear that the attorney cannot act beyond the faculties specified in the power.

KEY WORDS

Acceptance of the claim, Capacity, Compromise, Desist, General Power, Locus Santi, Power of Attorney, Specific Power, Receive.

INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a definir lo qué es un poder, debemos tener claro quiénes son las personas capaces de otorgarlo y de ser parte en un proceso. La capacidad procesal es la que se le reconoce a los sujetos con capacidad de obrar civil, como aptitud para comprender la trascendencia de los actos procesales y para hacerse cargo de sus consecuencias, como también para realizarlos válidamente cuando a esto se ex-

tienda¹. La falta de la capacidad procesal se traduce en la nulidad de lo actuado.

El Código judicial en su Libro Segundo (Procedimiento Civil) establece quienes tienen capacidad para ser parte en el proceso en su artículo 585, estas personas son:

Las personas naturales, las personas físicas y el Estado, los municipios, las entidades autónomas, semiautónomas y descentralizadas. Los que no tengan capacidad procesal comparecerán al proceso mediante sus representantes legales o de los que deben suplir su incapacidad conforme a derecho; los ausentes serán representados por medio de un defensor de ausente que el tribunal asigne.

Actualmente mediante la propuesta del proyecto de Ley No.935 que adopta el Código Procesal Civil de la República de Panamá, específicamente en el artículo 88, relativo a la capacidad procesal, se propone y enlista a quienes tienen capacidad para ser parte en un proceso civil, teniendo como tal a:

1. Las personas naturales.
2. Las personas jurídicas.
3. El Estado, los municipios y las entidades autónomas, semiautónomas y descentralizadas.
4. Las entidades sin personería jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.
5. Las masas patrimoniales o los patrimonios separados sin titular con facultad de disposición y administración.

1 PRIETO CASTRO, Leonardo. *Manual de Derecho Procesal Civil*.

6. Las asociaciones de usuarios, consumidores o afectados debidamente organizados en las acciones colectivas o, en su defecto, sus integrantes siempre que puedan ser determinados o determinables.
7. El Ministerio Público en los procesos en que deba intervenir por disposición expresa de la ley.
8. Los demás entes a las cuales la ley atribuya capacidad procesal.

En comparación a la norma vigente, se desprende que la disposición que se pretende implementar es más amplia y a la vez específica en considerar a todo aquel que pueda ser parte en un proceso civil. Valorando en todo momento o adecuando las situaciones o supuestos que se presentan hoy día concerniente a grupos o asociaciones que pueden ser parte dentro un proceso civil. De hecho, en los artículos siguientes del 87 al 96 del Proyecto de Ley No.935, se detalla, desglosa, y contempla todas esas nuevas situaciones y la forma en cómo pueden comparecer y ser parte en un proceso civil.

Ahora bien, en la disposición vigente cuando el demandante o demandado sea un incapaz y se hallare sin la representación de sus padres o tutor, el Juez le nombrará un curador ad litem o podrá confirmar el que el incapaz designó, siempre y cuando este sea idóneo. El curador elegido lo representará en todo el transcurso del proceso hasta que concurra a él la persona a quien corresponda la representación. Asimismo, se nombrará curador ad litem cuando haya proceso de herencia yacente y ninguno

de los herederos haya comparecido al tribunal luego del emplazamiento.

Los curadores ad litem solo podrán ser abogados, salvo que en la sede del tribunal no haya abogado que ejerza, dicho curador podrá ser removido por causa justificada.

En el Proyecto de Ley No.935, se mantiene el mismo principio de que las personas sin capacidad procesal sean representadas por un tutor, defensor o curador ad litem, según sea el caso; y se adiciona o contempla el supuesto de cuando no exista acuerdo entre los padres, guardadores o personas que ostenten la tutela de un pupilo, sea el Juez el que decida.

Así el artículo 97, párrafo tercero del Proyecto de Ley No.935, propone:

Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieran en desacuerdo sobre la representación judicial del hijo o hija, o cuando haya varios guardadores de un mismo pupilo que estén en desacuerdo, el juez designará y requerirá la presencia de quien ostente la representación y, en su defecto, de un curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

En igual sentido, se agrega el “Derecho a ser oído” que tiene todo niño, niña o adolescente que es parte en un proceso, siguiendo la normativa en Derecho de Familia, que a su vez garantiza y recoge los preceptos de la Declaración Universal de los Derechos de los niños, donde a propósito Panamá es Parte y recientemente aprobó —mediante Ley de No.285 de 2022— el Sistema de Garantías y Protec-

ción Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia y dicta otras disposiciones.

Así el artículo 97, párrafo cuarto del Proyecto de Ley No.935, propone:

En los procesos en que sea parte un niño, niña, adolescente o persona que no goce plena capacidad para ejercer derechos y obligaciones, esta tendrá derecho a ser escuchada y que se tome en cuenta su opinión en las actuaciones que diriman sus derechos, con las medidas necesarias que salvaguarden su dignidad.

En la norma vigente, el Estado comparecerá al proceso por medio de sus representantes autorizados, conforme a la ley, las personas jurídicas de derecho privado comparecerán por medio de sus representantes con arreglo a lo que disponga el pacto constitutivo, los estatutos y la ley. Los interesados y sus representantes deberán presentarse al proceso por medio de apoderados con poder suficiente, excepto en los casos que pueda comparecer personalmente o en los casos que conforme a ley no sea necesaria tal exigencia. Las sociedades o corporaciones extranjeras con domicilio en el extranjero y con negocios y establecimientos permanentes en Panamá deberán constituir apoderados o agentes con capacidad para representarlos en todos asuntos u operaciones, esto deberán hacerlo mediante un documento protocolizado ante Notaria de Circuito e inscrito en el Registro Público.

Como explicamos, la capacidad constituye los

Las sociedades o corporaciones extranjeras con domicilio en el extranjero y con negocios y establecimientos permanentes en Panamá deberán constituir apoderados o agentes con capacidad para representarlos en todos asuntos u operaciones...



requisitos mínimos (mayoría de edad, goce de sus facultades mentales, libre disposición de sus derechos) que debe cumplir aquella persona que desee ser parte en un proceso para que sus actuaciones procesales sean válidas y eficaces.

Otro de los requisitos que debe tener una persona para comparecer al proceso es estar legitimado, o sea, tener legitimación en la causa (*legitimatio ad causam*) que es la condición que debe tener una persona según la ley sustantiva para lograr que el Juez se pronuncie respecto a las pretensiones formuladas en las demandas en relación con una concreta y particular relación jurídica. Desde el momento en que una persona se identifica con la hipótesis abstracta reconocida en la ley sustantiva (demuestra que es heredera, acreedora, cesionaria, etc...) se puede indicar que tiene legitimación y; por tal razón, tiene derecho a que se dicte sentencia respecto a una concreta relación jurídica que afecta a sus intereses. La falta de legitimación sustantiva es motivo de sentencia absolutoria².

La legitimación en la causa es la reunión de los requisitos necesarios para ser parte activa o pasiva dentro del proceso, sea actuando por sí mismo o por medio de apoderado judicial; es el *nexum* de causalidad jurídico de lo que se pretende solicitar y quien lo solicita.

De esto podemos deducir que la legitimación en la causa es la cualidad de demandar y contradecir, es tener derecho, interés y calidad.

La *legitimatio ad causam* no se debe confundir o identificar con la *legitimatio ad processum* que es la capacidad procesal o la capacidad de estar en juicio y realizar actos procesales con efectos jurídicos. La inexistencia de dicha legitimación conlleva a que la parte opuesta pueda excepcionar por falta de personería o personalidad, esto se produce por la ausencia de la capacidad que anteriormente explicamos y por la falta, defecto o insuficiencia de la representación legal o convencional.

La *legitimatio ad causam* es un vínculo de las partes con el litigio³ o conflicto objeto del proceso y tiende a asegurar que se desenvuelva entre las verdaderas partes. Puede ser activa o pasiva, según atañe a los actores o a los demandados. La regla es que actúa en juicio el sujeto del interés en litigio.

La legitimación activa es la reunión por una persona de los requisitos necesarios para ser actora en un juicio determinado, en función de las pretensiones que se formulen en la correspondiente demanda. Ciertas pretensiones pueden ser en sí mismas válidas, pero no ser el actor la persona calificada para plantearlas procesalmente, —p.ej., por no ser parte de las relaciones jurídicas de que surjan esas pretensiones—, faltando en tal caso a ese actor la llamada legitimación activa⁴.

El que está legitimado activamente es pues, quien, por afirmar la titularidad, directa o indirecta, de un derecho subjetivo o de crédito, de un bien o

2 FÁBREGA PONCE, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*.

3 SIERRA BRISEÑO, Humberto. *Derecho Procesal*.

4 CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*.



Imagen de pressfoto en Freepik.

interés jurídico, deduce una pretensión y se convierte en parte demandante en el proceso.

La legitimación pasiva es la parte que deba cumplir con una obligación o soportar las consecuencias jurídicas de la pretensión, por lo que le incumbe la carga procesal de comparecer en el proceso como parte demandada.

Para Devis Echandía la legitimación en la causa radica en la relación de las personas que ostentan la pretensión procesal, condición para que se examine la misma pretensión o para la sentencia de fondo, afirma que la legitimación no es condición ni presupuesto de la acción, es una condición del éxito de la pretensión que no basta para la sentencia favorable y que debe ser examinada antes de entrar a resolver sobre la existencia de derechos y obligaciones

materiales. Solo quien tiene interés para obrar y legitimación en la causa puede recibir sentencia de fondo que resuelva sobre la existencia o inexistencia del derecho material y de la relación de que se pretende ser titular. Si falta legitimación en la causa no puede haber sentencia favorable.

EL PODER

El poder es el acto o instrumento en que se consta la facultad que una persona confiere a otra para que, en lugar suyo y representándola, pueda ejercer un derecho o ejecutar alguna cosa⁵. El poder es el

⁵ CASADO, Laura. *Diccionario Jurídico*.

negocio jurídico con el que se confiere la representación en juicio a una de las partes del proceso.

Es la herramienta procesal del litigante, siendo este el nexo de causalidad que existe entre la pretensión y las partes. El profesional de derecho, con idoneidad profesional, es quien asume la representación técnica, pues estos son los únicos que pueden ser apoderados judiciales, así sea como persona natural o persona jurídica, o sea, una sociedad civil de abogados.

El Código Judicial en su artículo 620 señala que:

Solo puede ser apoderado judicial la persona que posea certificado de idoneidad para ejercer la abogacía expedido por la Corte Suprema de Justicia.

Ninguna sociedad, comunidad o compañía puede ser apoderado judicial. Se exceptúan las sociedades civiles de personas, integradas únicamente por abogados idóneos para el ejercicio de la abogacía, las cuales podrán ejercer poderes, una vez sean registradas en la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, previa inscripción en el Registro Público.

Para tal efecto, presentarán sus estatutos y una lista actualizada de los abogados que tengan derecho al uso de la firma social, así como cualquier cambio que se dé al respecto⁶.

El planteamiento del nuevo Código de Procedimiento Civil es fundamentalmente lo mismo. El artículo 130, concerniente a la calidad de Apoderado Judicial, contempla iguales requisitos y parámetros para ser idóneo en el ejercicio de la abogacía y representar a una persona.

Según el artículo 621 de Código Judicial, los servidores públicos en ejercicio de sus funciones no puede ser apoderados judiciales en ningún tipo de proceso, solo pueden sustituir y revocar los poderes siempre y cuando hayan sido otorgados antes de su nombramiento, pero quedarán completamente desvinculados de la representación, aunque se encuentren suspendidos temporalmente no pueden ejercer la abogacía.

Se exceptúan a esta prohibición los catedráticos universitarios y los servidores que, sin mando y jurisdicción, presten servicios meramente técnicos o profesionales como abogados consultores, y asesores legales, siempre que no gestionen ante la oficina o despacho al cual están adscritos.

Respecto a la prohibición de los servidores públicos para ejercer la abogacía el proyecto No.935, que adopta el Código de Procedimiento Civil, establece como sanción la pérdida del empleo para el servidor público; y, para la persona que confiere Poder se establece multa de B/.100.00 a B/.600.00 balboas.

El Código Judicial adicionalmente establece que por regla general nadie puede representar a otro en proceso, sin el debido poder que así lo exprese, sin embargo, para notificarse de la demanda, contes-

⁶ Modificado por el artículo 43 de la Ley 75 de 18 de diciembre de 2015; *Gaceta Oficial* No. 27,931-B/Dic./2015.

*Poder general:
Es aquel que comprende todos
los negocios jurídicos
que puede realizar
el mandatario
dentro de los límites
de su administración.*



tarla o promover incidente o recurso, cuando de no hacerlo pueda la parte sufrir gran perjuicio, no se necesita poder, dando la caución al juez de que la parte por quien se habla aprobará todo lo actuado. También pueden comparecer al proceso sin necesidad de poder, la mujer por su marido y este por aquella, el pariente por los suyos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y el condueño de un mismo inmueble.

El apoderado no se hace responsable de los desenlaces del proceso, sino ha acordado nada al respecto con el poderdante, no obstante, el poderdante queda obligado a reembolsar todos los gastos en que hubiere incurrido el apoderado para continuar con el proceso.

CLASIFICACIÓN DEL PODER

PODER GENERAL

Es aquel que comprende todos los negocios jurídicos que puede realizar el mandatario dentro de los límites de su administración.

Es el que se otorga para todos los procesos en que tenga que intervenir el poderdante o que se interponga en su contra.

Se puede decir que es una transmutación de la personalidad en otra, es una sustitución de la persona en todas las actuaciones y facultades comprende todos los negocios jurídicos que puede realizar el mandante dentro de los límites de su administración. Dentro de un poder general puede que se otorgue

una facultad especial, como sería la de transmitir el dominio de un bien.

Antes de la modificación del artículo 580A del Código de Comercio el poder general debía estar inscrito en el Registro Público para que tuviera efectos ante terceros, actualmente esto pasó a ser optativo. Su valor jurídico es intrínseco, no requiere ser inscrito.

Artículo 580-A: El mandato, general o especial otorgado por escritura pública o por documento privado con fecha cierta surtirá efectos respecto de terceros desde la fecha de su otorgamiento y podrá ser inscrito en el Registro Público a opción del interesado. Sin embargo, deberá inscribirse en el Registro Público la revocatoria del mandato que haya sido previamente inscrito salvo que se disponga lo contrario en el mismo documento o de que se trate de un mandato a término o para el cumplimiento de un acto o evento determinado.

Al modificarse las normas de mandato del Código de Comercio se entendió, por analogía, modificado el poder; pues lo que se entiende por mandato en Derecho Comercial es poder en el Derecho Civil.

Los notarios han ido creando la noción que cada vez que se utiliza un poder no inscrito habrá que protocolizarlo al final. Muchas personas hacen esto en vez de inscribirlo en el Registro Público.

Si el poder general es otorgado por tiempo definido, el apoderado no podrá promover más procesos luego de vencido el término del poder, sin embargo, debe continuar aquellos procesos en que

este presentada o notificada la demanda, según se trate del demandante o demandado.

PODER ESPECIAL

Es aquel otorgado para la realización de determinados negocios jurídicos, es conferido para un proceso o una gestión dentro de él.

Es como un mandato, es específico. El poder especial se otorga únicamente para situaciones concretas, este es el que se le otorga a los abogados. Muchos lo llaman poder para pleito, además de ser una denominación poco atractiva, también es inapropiada, ya que no todos los procesos son pleitos o se da una contraposición de las prestaciones, si así fuera dejaríamos de lado los procesos "voluntarios", aquellos que la doctrina denomina procesos no contenciosos.

Los poderes especiales pueden otorgarse por medio de escritura pública, por un memorial presentado ante el Secretario del Juez de la causa y cuando no sea posible esta última opción será por un memorial presentado ante un Juez Municipal o de Circuito, o ante el Notario Público, la cual es la práctica más común, y a su pie pondrá el funcionario a quien se le presenta, una nota en que se exprese que dicho memorial fue presentado en persona por el poderdante.

El artículo 625 del Código Judicial respecto los poderes especiales señala: Los poderes especiales para un proceso determinado solo pueden otorgarse por uno de los modos siguientes:

POR ESCRITURA PÚBLICA

Por medio de un memorial que el poderdante en persona presentará ante la unidad del servicio común de Registro Único de Entrada que da servicio al tribunal que conoce o ha de conocer de las causas, en las circunscripciones e instancias en que haya sido creada o, en su defecto, ante el secretario judicial del respectivo tribunal.

El requisito de presentación personal del poder se tendrá por cumplido mediante la anotación de la fecha de presentación personal en el respectivo poder.

El memorial contendrá la designación del juez al que se dirige; el nombre y apellido del poderdante y el número de su cédula de identidad, si es persona natural y la tiene; y en otro caso, su nombre y el de su representante.

En ambos casos, debe expresarse la provincia, distrito, corregimiento, vecindad, calle y número de habitación, oficina o lugar de negocio y, si no los tiene, las señas para su ubicación, así como el número de teléfono, fax y dirección de correo electrónico, si los tiene. En el mismo escrito, deberá señalarse también el nombre, vecindad, domicilio y cédula del apoderado, así como el número de teléfono, fax y dirección de correo electrónico, si los tiene, y la determinación de la pretensión o proceso para el cual se otorga el poder.

Con iguales requisitos a los que se expresan en este numeral, podrá hacerse el nombramiento de apoderado en el escrito de demanda, en la contestación, en el escrito o memorial en el proceso principal, o mediante acta ante el juez del conocimiento.

Cuando no sea posible presentar el memorial en la forma a que alude el numeral anterior, se hará ante cualquiera unidad de servicio común de Registro Único de Entrada o, en su defecto, ante el secretario judicial de un juzgado municipal o de circuito, si se encuentra en una cabecera de circuito, o ante el Notario del Circuito, o ante funcionario diplomático o consular de Panamá o de una nación amiga si reside en el exterior, y a su pie pondrá el funcionario a quien se le presenta, una nota en que se exprese que dicho memorial fue presentado en persona por el poderdante, sin perjuicio de lo que establece la Ley de informatización de los procesos judiciales⁷.

En la propuesta del nuevo Código de Procedimiento Civil se hace énfasis en los datos generales lo más completos posibles, incluyendo correos electrónicos para posibles notificaciones, tomando en cuenta que hoy día existe el expediente electrónico y se está en una transición a la era digital de los expedientes y procesos en general.

Así, el artículo 132, relativo al Poder Especial de Representación Judicial, contemplaría las siguientes formas para conferir u otorgar Poder Especial:

1. Por escritura pública.
2. Por medio de un memorial que el poderdante en persona presente ante la unidad de servicio común de Registro Único de Entrada que ofrece servicio al tribunal que conoce o ha de

⁷ Modificado por el artículo 44 de la Ley 75 de 18 de diciembre de 2015; *Gaceta Oficial* No. 27,931-B/Dic./2015.

conocer de las causas o, en su defecto, ante el secretario judicial del respectivo tribunal.

El requisito de presentación personal se tendrá por cumplido mediante la anotación de la fecha de presentación personal en el respectivo poder.

El memorial contendrá la designación del tribunal al cual se dirige, el nombre y apellido del poderdante y el número de su cédula de identidad si es persona natural. Si no tiene, el nombre y cédula de su presentante. En ambos casos, debe expresarse la provincia, distrito, corregimiento, vecindad, calle y número de habitación, oficina o lugar de negocio y, si no los tiene, las señas para su ubicación, así como el número de teléfono y dirección de correo electrónico, si los tiene. En el mismo escrito, deberá señalarse también el nombre, vecindad, domicilio y cédula del apoderado, así como el número de teléfono y dirección de correo electrónico, así como la determinación de la pretensión o proceso para el cual se otorga el poder.

Con iguales requisitos a los que se expresan en este numeral, podrá hacerse el nombramiento de apoderado en el escrito de demanda, en la contestación, en el escrito de interposición o de formalización de un recurso, o en cualquier otro escrito o memorial en el proceso principal, o mediante acta ante el tribunal del conocimiento.

3. Cuando no sea posible presentar el memorial conforme a lo dispuesto en el numeral ante-

rior, se podrá efectuar la presentación personal ante un Juez Municipal o de Circuito si se encuentra en una cabecera de circuito o ante el Notario del Circuito, o ante el Secretario del Consejo Municipal o ante funcionario diplomático o consular de Panamá o de una nación amiga si reside en el exterior, y a su pie pondrá el funcionario a quien se le presenta, una nota en que se exprese que dicho memorial fue presentado en persona por el poderdante.

4. Mediante documento firmado electrónicamente por su poderdante.

Según el artículo 626, del actual Código Judicial, una vez constituido un apoderado especial en un proceso, se entenderá que lo es también para los procesos accesorios, incidencias, medidas, diligencias, y recursos que surjan del proceso, aun cuando la ejerza antes de entablar la principal. También se considerará apoderado especial, sin necesidad de un nuevo poder, cuando el que haya sido constituido apoderado en cualquier asunto o proceso administrativo o policivo continúe, recurra o demande ante la vía jurisdiccional. Bastará para acreditar el carácter de apoderado judicial, la presentación de copia de poder o certificación en tal sentido.

De igual manera el apoderado queda expresamente facultado para representar al poderdante en caso de que este sea el demandante y contra él existiere una demanda de reconvenición, el apoderado está obligado a contestar dicha demanda. También podrá el apoderado, sin necesidad de otro poder,

solicitar la ejecución de la resolución en proceso separado, siempre que se solicite dentro de los dos años siguientes de la respectiva resolución.

Cuando se trate de que el profesional del derecho va a representar una pluralidad de sujetos en un mismo proceso puede otorgarse un solo poder para la tramitación del mismo, no obstante, esto sólo se da en procesos civiles, de familia y comerciales, en los procesos de trabajo y penales, los trabajadores o los investigados deben cada uno otorgarle poder al abogado ya que no vale la presentación de un solo poder que los represente a todos.

PODERES OTORGADOS EN EL EXTRANJERO

Para que un poder otorgado en el extranjero surta efectos jurídicos en Panamá este debe cumplir con las formalidades exigidas por las autoridades del lugar donde se concedió el poder, asimismo debe venir autenticado por un funcionario diplomático o consular de Panamá, y a falta de este por el cónsul o jefe de misión diplomática de una nación amiga, en caso de no cumplir con estos requisitos no se acreditará la representación judicial.

Cuando sea conferido el poder para representar una sociedad extranjera que no requiera licencia para operar en el territorio panameño, esta deberá acreditar su existencia mediante una certificación expedida conforme a las leyes del país de origen y el poder deberá ser acompañado por un certificado, en el que se exprese que quien actúa por ella está debidamente facultado para dicho acto.

REVOCACIÓN Y RENUNCIA DEL PODER

El apoderado está obligado a seguir con el proceso hasta el final a menos que se revoque el poder, si el apoderado abandonara el proceso sin revocación alguna por parte del poderdante, el primero deberá responder por los perjuicios ocasionados al último.

La revocación es un acto jurídico que deja sin efectos otro anterior por la voluntad del otorgante. El poderdante está libremente facultado para revocar el poder cuando quiera durante el proceso y nombrar un nuevo apoderado, sin embargo, este debe pagarle todos los honorarios pendientes al apoderado sustituido.

La revocación de un poder general deberá hacerse por escritura pública e inscribirse en el Registro Público, siempre que haya sido previamente inscrito. La revocación de un poder especial se hace mediante escritura pública o memorial, presentado en los mismos términos que aquel por el cual se constituyó el poder.

La renuncia es la dimisión de algo que se posee o el derecho a ello, se realiza por medio de una nota o documento que expresa los motivos de la dejación. El apoderado que renuncie debe comunicar al poderdante y al funcionario de conocimiento, quien fijará un término razonable para que el poderdante nombre otro apoderado.

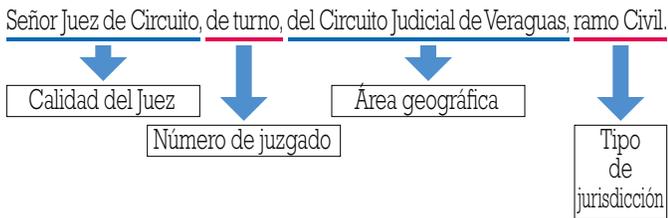
CONFORMACIÓN TÉCNICA DEL PODER

Para fines estrictamente didácticos, no tangibles, el poder cuenta con tres partes que son:

PARTE ENUNCIATIVA

Se señala el tipo de proceso, el tribunal y las partes. Se debe realizar de la siguiente forma:

PODER	JUAN PÉREZ
	(Vs) o (Y)
Proceso Ordinario de	Margarita Morales
Mayor Cuantía	



Si se trata del Juzgado 8, 9, sería ramo comercial. En su totalidad existen 16 juzgados, 14 son civiles y 2 comerciales.

Si se trata de un proceso de la jurisdicción de Derecho de Familia o de Derecho de Trabajo, sería ante los Juzgados Seccionales de Familia, Juzgados Seccionales de Niñez y Adolescencia, y los Juzgados Seccionales de Trabajo, se le denominan seccionales porque se trata de derechos sociales elevados a la categoría de Derechos Humanos, razón de la nomenclatura internacional.

El demandado al momento de contestar la demanda no tiene que colocar “de turno”, pues ya ha sido notificado y tiene conocimiento a qué tribunal se debe dirigir.

Tratándose de un proceso voluntario, no se colocaría Vs sino Y.

PARTE DESCRIPTIVA

Se señalan las generales (nombre, cédula o pasaporte, nacionalidad, domicilio tanto laboral como el de vivienda, profesión, estado civil) del poderdante, el apoderado y del demandado. La necesidad de señalar el estado civil surge para conocer los efectos jurídicos que el proceso puede producir sobre bienes, patrimonio, etc...

Lo trascendental en la parte descriptiva es colocar los domicilios del demandado y del abogado de forma clara y precisa.

A manera de ejemplo, se colocaría de la siguiente forma:

Yo, Juan Pérez, ciudadano panameño mayor de edad, con cédula de identidad personal..., de estado civil..., arquitecto de profesión, con domicilio en... concuro a este despacho con la finalidad de otorgar poder amplio y suficiente, al licenciado José Cárdenas... **(generales)**, con domicilio en ..., donde recibe notificaciones judiciales y legales; para que interponga formal demanda de ... **(negocio, proceso)**, contra Margarita Morales... **(generales)**, con domicilio en ... **(bien detallado)**, hasta la concurrencia de ... **(cuantía, que debe colocarse en números y letras. En caso de que no exista concordancia entre los números y letras, siempre se tomará como referencia las letras)**.



Imagen de pch.vector en Freepik

PARTE FACULTATIVA

Se señalan las facultades que se deben colocar en el poder, pues en caso contrario se entenderá que el apoderado no está facultado para ello. Sin embargo, hay facultades que están intrínsecas en el poder y que no deben colocarse.

Artículo 634. Los poderes generales para pleitos otorgan al apoderado las facultades necesarias para entablar y seguir el proceso hasta su conclusión, como si fuere el poderdante, pudiendo reconvenir y ejercer todos los derechos otorgados a éste, en su calidad de litigante.

Pero para recibir, comprometer, allanarse a la pre-

tensión del actor, desistir del proceso y terminarlo por transacción o celebrar convenios que impliquen disposiciones de derechos en litigio, se requiere que el apoderado principal o sustituto designado por la parte esté autorizado para ello mediante facultad expresa.

Las Facultades que deben señalarse expresamente son:

RECIBIR

Esto alude a recibir la pretensión, o sea, el dinero o las expensas de la pretensión, puede darse luego del proceso o de una transacción.

Esta facultad ha ido mutando a lo largo del tiempo, actualmente se realiza el pago de la pretensión mediante un certificado de garantía expedido por el Banco Na-

cional, el cual está endosado al nombre del cliente, algunos poderdantes le otorgan facultad a su apoderado de poder cambiar dicho certificado de garantía.

DESISTIR

Es la declaración o voluntad de la parte en el sentido de no proseguir con el proceso, con un recurso, una impugnación u oposición que inició. La respectiva resolución extingue el proceso o el recurso sin que se haya de decidir sobre el mismo⁸.

El desistimiento es el acto de renunciar a un derecho de cualquier naturaleza; esta circunstancia se da cuando, una vez puesto en movimiento el ejercicio de este, se abandona la prosecución de los actos que habrían de hacerlo efectivo.

Esta facultad comprende dos tipos de desistimiento:

- Desistimiento de la Acción: la acción es el derecho a ser oído, es el vehículo en movimiento que lleva la demanda. Si se desiste de la acción, se está desistiendo de la demanda en un determinado momento, esto quiere decir que la demanda se puede volver a interponer en otro momento.

El desistimiento de la acción o de la demanda consiste en la pérdida de la instancia, de los efectos tanto del derecho procesal como de derecho civil⁹.

Esta clase de desistimiento pone fin al proceso sin que se dicte una sentencia de fondo respecto a las pretensiones. Esto solo conlleva al abandono del proceso y a dejar sin efectos los actos procesales ya realizados, más el actor puede volver a interponer proceso con las mismas pretensiones y utilizar las mismas pruebas que incorporó en el proceso anterior.

La jurisprudencia se ha pronunciado varias veces acerca de esta clase de desistimiento y afirma que: "El desistimiento del proceso no afecta los derechos del demandante ni impide nueva interposición de la demanda por la misma o por otra vía".

- Desistimiento de la Pretensión: la pretensión es la exigencia de subordinación de un interés ajeno a un interés propio. El desistimiento de la pretensión implica olvidar o perdonar la deuda u obligación, esto implica que no se puede volver a presentar una demanda con la misma pretensión.

El desistimiento de la pretensión no solo produce la pérdida de la instancia, sino la renuncia de los derechos que el actor hizo valer contra el demandado, renuncia definitiva e irrevocable¹⁰.

Siempre que se desiste se debe realizar un escrito, ambas partes deben concurrir ante el juzgado para afirmar que se renuncia a todo daño y perjuicio que pueda producirse por no seguir adelante con el proce-

8 FÁBREGA PONCE, Jorge y CUESTAS, Carlos H. *Diccionario de Derecho Procesal Civil y Penal*.

9 PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*.

10 *Ibidem*.

so; este documento es el *Finiquito De No Reclamación*.

En materia penal, los delitos perseguibles de oficio no admiten desistimiento, ello es porque se trata de delitos de instancia pública, en donde el Estado en razón de la vindicta pública, debe continuar el proceso hasta culminar con la sentencia. Por otro lado, en los delitos de instancia privada, se habla de desistimiento de la querrela y desistimiento de la pretensión punitiva, misma que puede ser realizada por el ofendido, los herederos y el representante legal.

El desistimiento no es igual al retiro de la demanda, esta es única y exclusiva antes de que se trabé la Litis, de que se haya ejecutado las medidas cautelares y de que se haya inscrito provisionalmente la demanda.

TRANSIGIR

Se entiende que es la negociación para llegar a acuerdos, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, para la terminación del proceso.

Es hacer concesiones en lo que es objeto de litigio o de contienda, para llegar a un acuerdo, a un arreglo, o transacción.

El juez antes de emitir el auto debe aprobar la transacción, ello en función de que la autonomía de la voluntad de las partes, no puede estar por encima del procedimiento. Generalmente el desistimiento va de la mano de la facultad de transigir. En todo caso, puede transarse, negociar, siempre y cuando no sea contrario a ley, la moral o el orden público.

La transacción tiene efecto de cosa juzgada; debemos señalar que en todo caso que exista transac-

ción puede presentarse una excepción de previo y especial pronunciamiento.

Allanarse: es el acto procesal que expresa la voluntad del demandado de someterse o aceptar, sin debate judicial, la pretensión deducida por el demandante, reconociendo la legitimidad de esta.

El demandado acepta la pretensión del demandante, tal y como este la presenta. El allanamiento produce una sentencia favorable.

El allanarse implica un beneficio procesal contemplado en el artículo 1071, mismo que es aplicado a discreción del juez. Cada vez que se allana a la pretensión, el juez podrá eximir y descontar las costas procesales, ya que se actúa de buena fe.

Las costas son el trabajo invertido por el litigante o su apoderado en la secuela del proceso, el trabajo en derecho, ya sea verbal o escrito, los gastos que ocasionan la práctica de ciertas diligencias, como los honorarios de peritos y secuestros, indemnización de los testigos por el tiempo que pierden y otros semejantes, y el valor de los certificados y copias que se aduzcan como pruebas.

¿Cómo allanarse a la pretensión? Se redacta un escrito de Allanamiento a la Pretensión que debe ser de la siguiente manera:

Yo Pedro Pérez, en nombre y Representación de Margarita Morales le solicito que (exima, descuenta... las costas toda vez que ha actuado de buena fe) en virtud del artículo 1017 del Código Judicial.

Es necesario resaltar que el requisito indispensable, es que debe actuarse de "buena fe", y con esto nos referimos a no presentar ninguna acción, incidente o excepción con fines de dilatar el proceso,

pues estos son considerados actos de mala fe.

En los procesos laborales y de familia no puede darse el allanamiento, dado que se trata de derechos sociales elevados a la categoría de Derechos Humanos, por lo que se puede dar el caso de que el juez condene *minus petita*, *extra petita* o *ultra petita*.

COMPROMETER

Se refiere a que la facultad que tiene el apoderado de extraer el proceso de la vía ordinaria o jurisdiccional y llevarlo ante árbitros y arbitradores. Debemos diferenciar entre árbitros y arbitradores:

Los árbitros son las personas que tienen conocimientos o preparación en derecho (abogados).

Los arbitradores son aquellos que utilizan y se basan en la equidad para decidir sobre un asunto. No son expertos en Derecho, son jueces lego, o sea, sin conocimientos en Derecho.

En el artículo 146 del Proyecto de Ley No.935, respecto a los alcances del Poder General, se adiciona como facultad expresa que debe contener todo poder para poder ejercitarla la de "confesar o reconocer pretensiones".

El párrafo segundo del referido artículo está redactado de la siguiente forma:

Pero para recibir, comprometer, allanarse a la pretensión del actor, confesar o reconocer pretensiones, desistir del proceso y terminarlo por transacción, acuerdos o celebrar convenios que impliquen disposiciones de derechos en litigio, se requiere que el apoderado principal o sustituto designado

por la parte esté autorizado para ello mediante facultad expresa.

Las Facultades que no deben colocarse en el poder son:

Sustituir: de acuerdo al artículo 629 del Código Judicial, el apoderado puede sustituir el poder aunque éste no se le haya otorgado facultad especial para ello, excepto los curadores *ad litem* y los defensores de ausente que no tienen derecho de sustituir. Para sustituir un poder no es necesario que el apoderado lo acepte, este puede revocar las sustituciones y volver a ejercer o sustituir el poder.

Reasumir: el artículo 629 del Código Judicial establece que quien sustituye un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual no quedará revocada la sustitución, salvo que se haga manifestación expresa en contrario.

Representar: en un poder no se autentican las firmas, sino que se certifica que el apoderado concurre ante el Notario.

Ratificar: esto es la confirmación de actos, escritos, pedidos, etc..., dándolos por ciertos y válidos. Esta facultad era típica de los procesos de divorcio, pues en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento se tiene que esperar dos meses para que las partes ratifiquen su firme decisión de disolver el vínculo matrimonial.

En la práctica se colocaba "ratificar" (propio del cónyuge) para que el abogado reafirmara, este presentaba escrito y los divorciaba, sin que las partes ratificaran. Actualmente la ratificación podrá ser

personal o por medio de declaración notarial.

Diferir el juramento: esta facultad tuvo vigencia desde 1917 hasta 1946. El Código Judicial de 1917 exigía que cada vez que se presentaba una demanda se jurara, se ponía la mano en la biblia y se afirmada acerca de:

- La veracidad de su relato,
- Se comprometía a probarlo.

Esta era una facultad de carácter solemne que consistía en que el apoderado cumpliera con la formalidad, y jurara en nombre y representación del poderdante.

Estas son solo unas cuantas facultades que no deben ir en un poder, sin embargo, esto no significa que en la práctica los abogados sólo se limiten a utilizar estas, hemos visto a lo largo de nuestro trayecto en el ejercicio de la profesión que muchos profesionales del derecho colocan erróneamente otras facultades como notificarse, apelar, reconsiderar, sacar copias, entre otras.

En el Sistema Inquisitivo es muy común la presentación de poderes por escrito, en su defecto en oralidad no existe una limitante para la designación de un abogado para varios imputados o el número de abogados sustitutos...



OTRAS CONSIDERACIONES EN CUANTO AL PODER EN EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En cuanto a la interrogante de los poderes en el Sistema Inquisitivo o Mixto y el Sistema Penal Acusatorio debemos hacer ciertas anotaciones:

En el Sistema Inquisitivo por mantenerse la formalidad escrita es muy común la presentación de poderes

por escrito, en su defecto en oralidad durante la indagatoria o en celebración de actos de audiencia preliminar u ordinaria. No existe una limitante para la designación de un abogado para varios imputados o el número de abogados sustitutos, sólo se mantiene la regla que la notificación hecha a cualquiera de ellos valida las actuaciones procesales. Incluso, toca al Juez aclarar a las partes que sólo una podrá participar de la diligencia por igualdad de las partes, ya que estaría en desventaja la contraparte con un solo abogado actuante.

En el Sistema Penal Acusatorio al prevalecer la oralidad sobre la escritura es muy raro aceptar un poder por escrito, solamente se aceptan cuando existen solicitudes que deben ser ventiladas ante

el Juez de Cumplimiento. Al igual que el Sistema Inquisitivo o Mixto se permite la representación de un abogado para varios imputados y la notificación hecha a él vale para todos sus representados de acuerdo a lo que establece el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal; es más, tomando en cuenta que este sistema se basa en los principios de continuidad y concentración, para evitar dilaciones el Tribunal puede requerir la presencia desde el inicio de un abogado suplente para no dejar en indefensión al investigado y garantizar el respeto al debido proceso como se encuentra descrito en el artículo 373 del mencionado Código.

No obstante lo anterior, debemos tener claro que para que un abogado en materia penal sustituya a otro debe estar debidamente facultado para ello cosa que no sucede en materia civil, que es una facultad que se encuentra intrínseco en el poder.

CONCLUSIONES

El poder es, finalmente, un documento por el cual se le otorga al apoderado las facultades para que represente legalmente en uno o varios procesos al poderdante, como ya vimos este poder puede ser general o especial. Podemos concluir que el poder es una de las herramientas procesales esenciales para que el litigante pueda concurrir al proceso.

La regla general es que a los abogados se le otorgue poder especial para un determinado caso o proceso, estableciendo solo las facultades que deben ir expresas en él, pues es innecesario llenar

lo de facultades extras que se sobreentienden que están intrínsecas en el mismo, realizar esto denota ignorancia por parte del actor.

Debemos resaltar que uno de los puntos más importantes en el otorgamiento del poder es la capacidad que tengan las partes al momento de constituirlo, pues a falta de esta, todo lo actuado por ella se considera nulo. De igual forma es importante la legitimación en la causa que es un requisito de validez para ser parte en el proceso, ya sea activa (demandante) o pasiva (demandado), pues a falta de esta no puede haber ni sentencia de fondo que resuelva las pretensiones ni sentencia favorable.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Judicial de Panamá.
Cabanellas De Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1953-1954.
Sierra Briseño, Humberto. *Derecho Procesal*. Cali: Biblioteca Jurídica Diké, 1993.
Jorge Fábrega Ponce, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I. Panamá: Editora Jurídica Panameña, 1998.
Jorge Fábrega Ponce, Jorge y Cuestas, Carlos H. *Diccionario de Derecho Procesal Civil y Penal*. Bogotá: Plaza & Janés Editores, 2004.
Pietro Castro y Ferrándiz, Leonardo. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1973.
Casado, Laura Casado. *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2011.
Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
Pallares, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1981.
Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1983.



COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS DE PANAMÁ

Calle República de Bolivia y calle 38 Este
Apartado Postal (P.O. Box) 0814-03373
Panamá, República de Panamá

Teléfonos:

(507) 225-6371 | 225-7466 | 227-8841 • Fax: (507) 225-0113

Correo electrónico:

admin@panamacna.com | asistente4@panamacna.com | asistente1@panamacna.com
www.panamacna.com



COLEGIO NACIONAL
DE ABOGADOS



PanamaCNA



@PanamaCNA



@PanamaCNA