

Nro. 29

**REVISTA
de la
FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLITICAS
UNIVERSIDAD CATOLICA
SANTA MARIA LA ANTIGUA
PANAMA**

No. 29

REVISTA
IUSTITIA
ET
PULCHRITUDO



Panamá
2015

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Víctor Delgado

Decano de la Facultad de Derecho y C. Políticas

Dra. Celis Caballero

Directora de la Escuela de Derecho y C. Políticas

Laurentino Díaz López

Director de la Revista

La Universidad Católica Santa María La Antigua no se hace responsable de las ideas, opiniones y doctrinas expuestas por los autores de los trabajos publicados.

Quedan reservados todos los derechos de propiedad intelectual sobre lo publicado en esta revista.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua
Editorial La Antigua
ISSN 1607-4319
Imprenta USMA

INDICE

EL DEBIDO PROCESO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ:

JAIME J. JOVANÉ BURGOS.....5

CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL RÉGIMEN DE ACCIONES AL PORTADOR EN PANAMÁ:

ADÁN ABEL ARAÚZ P.....43

RETOS DEONTOLÓGICOS DEL EJERCICIO COLECTIVO DE LA ABOGACÍA: LA NECESIDAD DE ADOPTAR CÓDIGOS DE CONDUCTA

DR. DARÍO SANDOVAL SHAIK71

DUALIDAD CONCEPTUAL DE LAS MARCAS COMO SIGNOS DISTINTIVOS Y BIENES MUEBLES INTANGIBLES DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA.

ERNESTO J. NICOLAU.....87

EL RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS: LAS DOCTRINAS LATINOAMERICANAS Y LA PRÁCTICA PANAMEÑA

ALONSO E. ILLUECA109

APLICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO FISCAL DE CUENTAS EXTRANJERAS (FATCA) EN PANAMÁ:

JOHANNA CASTILLO127

**EL ÁMBITO MERCANTIL DEL DERECHO
DE AUTOR Y SU NUEVA LEGISLACIÓN**

ERICK RUIZ149

**EL EDICTO DE MILÁN: FUNDAMENTO DEL DERECHO
A LA LIBERTAD RELIGIOSA**

BENITO CAÑATE RÍOS177

EL AMICUS CURIAE

HAYDÉE MÉNDEZ ILLUECA193

**SIMULACIÓN Y DISIMULACIÓN:
ASPECTOS FORENSES**

ALEJANDRO PÉREZ MÉNDEZ199

**INSTRUCCIONES GENERALES
DE PUBLICACIÓN PARA
LOS COLABORADORES**

.....209

**EL DEBIDO PROCESO
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ:**

JAIME J. JOVANÉ BURGOS

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Santa María la Antigua. Apartado Postal 0819-08550, Panamá, República de Panamá.

Director del Centro de Investigación Jurídica, Universidad Santa María La Antigua. Apartado Postal 0819-08550, Panamá, República de Panamá.

Autor para correspondencia. E-mail: jjovane@usma.ac.pa

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá (2002); Master en Derecho Público por la Universitat Pompeu Fabra, en Barcelona, España (Noviembre de 2004); Diploma de Estudios Avanzados de investigación (Diciembre de 2004); Postgrado en Docencia Superior en la Universidad de Panamá (2006); curso de especialización en derecho administrativo en el XXII curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España (2008); curso de especialización en derecho constitucional en el XXIII curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca (2008); curso de especialización en derecho del trabajo en el XXIV curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca (2009); curso de especialización en derecho penal en el XXVI curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca (2010); y Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, España (2009).

Profesor de las asignaturas de derecho constitucional I y II, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua; Profesor de la asignatura de metodología de la investigación en las maestrías de derecho, Coordinador del Centro de Investigación Jurídica de la U.S.M.A.; Profesor de licenciatura de la asignatura de Derecho Laboral en la Universidad de Panamá.

Entre sus principales obras figuran las siguientes: Estudios contemporáneos sobre derecho laboral; Metodología de la investigación jurídica: un enfoque hacia la elaboración de la tesis doctoral; Manual de derecho constitucional panameño, Tomo I; Manual de derecho constitucional panameño, Tomo II; El abuso del derecho; Manual de derecho del trabajo panameño, Tomo I; Manual de derecho del trabajo panameño, Tomo II, Derecho administrativo, Tomo I; Tribunales o Cortes Constitucionales en Europa; Instituciones procesales para la protección de los derechos constitucionales; Extractos jurisprudenciales en materia contenciosa administrativa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Años 2001-2002); Extractos jurisprudenciales en materia contenciosa administrativa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Año 2000).

Sumario de temas:

1.- **Resumen/Summary**; 2.- **Palabras claves/Key Words**; 3.- **Introducción**; 4.- **Descripción metodológica**; 5.- **El debido proceso**; 5.1.- Definición del Debido Proceso; 5.2.- Circunstancias en las que existe de acuerdo con el máximo intérprete de la Constitución, violaciones al debido proceso; 5.2.1.- Afectaciones generales en torno al debido proceso por parte del juzgador; 5.2.1.1.- El desconocimiento de la ley por parte del juzgador en el proceso; 5.2.1.2.- Falta de un adecuado traslado de la demanda al sujeto demandado dentro de un proceso; 5.2.1.3.- La denegatoria en cuanto a la presentación de pruebas, contrapruebas, excepciones y medios de impugnación; 5.2.1.4.- La prohibición al sometimiento de dilaciones injustificadas en el proceso; 5.2.1.5.- La vulneración de las garantías procesales afecta el cumplimiento del debido proceso; 5.2.1.6.- La falta de competencia; 5.2.1.7.- La prohibición de ser juzgado más de una vez por la misma causa; 5.2.1.7.1.- Excepciones a la interpretación del principio del non bis in ídem; 5.2.1.8.- La imposibilidad de hacer uso de los medios de impugnación establecidos por Ley; 5.2.1.8.1.- Excepciones al principio de doble instancia, como consecuencia de la existencia de procesos de instancia única; 5.2.1.9.- La falta de notificación personal de la sentencia que ponga fin al proceso en primera instancia; 5.3.- Valoración constitucional del debido proceso en materia probatoria; 5.3.1.- La presentación de pruebas como garantía por el respeto del debido proceso; 5.3.2.- Situaciones excepcionales con relación a la valoración de la fase de presentación de pruebas; 5.4.- Afectación del debido proceso como consecuencia de la vulneración del principio de legalidad; 5.4.1.- La existencia de un procedimiento establecido con anterioridad; 5.5.- La satisfacción de los trámites procedimentales garantiza el cumplimiento del debido proceso, y evita cualquier situación de indefensión; 5.6.- Las sentencias en las cuales se dictamine una decisión de fondo diferente a lo que se demandó inicialmente, produce una lesión al debido proceso; 5.7.- La falta de adecuada motivación de las decisiones afectan el correcto desarrollo del debido proceso; **6.- La tutela judicial efectiva, como vertiente del debido proceso**; 6.1.- La tutela judicial efectiva y la no imposición de formalismos; 6.2.- La tutela judicial efectiva y el libre acceso al proceso; 6.3.- La tutela judicial efectiva y el derecho de defensa como limitante para se pueda producir una indefensión; **7.- Elementos que conforman el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia constitucional panameña**; 8.- **Ámbito de aplicación del debido proceso**; 9.- **Consecuencias o sanciones que genera la afectación del debido proceso**; 10.- **Conclusiones**; 11.- **Bibliografía**.

1.- Resumen/Summary:

- Castellano:

A través del presente ensayo procuraremos abordar el análisis o el estudio en torno a una temática tan importante como lo es el debido proceso, pero que en la práctica es bastante limitado o restringido su desarrollo, toda vez que se torna bastante complejo el poder acceder a informaciones que puntualicen el contenido de esta temática bajo objeto de estudio.

Se observarán aquellas conductas por parte de los administradores de justicia que puedan poner en peligro el desarrollo del debido proceso en la jurisdicción o en la vía de la legalidad, y que afecten el correcto resultado o decisión proferida a través de una sentencia.

También se observarán aspectos relativos a la valoración de las pruebas dentro de la esfera de la legalidad, y los criterios que sobre éste aspecto se han indicado o señalado a partir de la interpretación constitucional.

Con la finalidad de hacer un tanto más atractivo y práctico el estudio del debido proceso en el medio jurídico panameño, hemos considerado prudente efectuar un análisis de aquellas sentencias, fallos o dictámenes a la luz de la jurisprudencia constitucional panameña que abordan puntualmente el tema del debido proceso. También estudiaremos los criterios que establecen la doctrina nacional y extranjera sobre esta concepción en particular.

Para concluir, se examinarán temáticas relacionadas como la tutela judicial efectiva y su más que estrecha vinculación con el debido proceso. De igual manera observaremos los elementos que conforman el debido proceso para la jurisprudencia panameña, y las consecuencias que puede acarrear la afectación del incumplimiento del debido proceso.

- Inglés:

Through this trial we will try to approach the analysis or study about such an important subject as is the due process, but which in practice is quite limited or restricted their development, since it becomes quite complex power access refine the information content of this subject under study object.

Those behaviors were observed by the administrators of justice that could jeopardize the development of due process in the jurisdiction or in the path of legality, and which affect the correct result or decision issued by a sentence.

Aspects related to the assessment of the evidence within the sphere of legality, and the criteria on this aspect indicated or drawn from the constitutional interpretation is also observed.

In order to make a much more attractive and practical study of due process in the Panamanian legal environment, we considered it prudent to make an analysis of those judgments, judgments or opinions in light of Panama's constitutional jurisprudence that promptly address the issue of due process. We will also study the criteria that establish national and foreign doctrine on this concept in particular.

To conclude, they will examine issues related as effective judicial protection and more closely linked to due process. Likewise we observe the elements of due process for the Panamanian law, and the consequences that may result in the impairment of breach of due process.

2.- Palabras claves/Key Words:

Debido proceso, garantías procesales, pruebas, nulidad constitucional, proceso legal.

Due process, fair trial, testing, constitutional invalidity, legal process.

3.- Introducción:

El estudio del debido proceso a simple vista pareciera no tener suma preponderancia. Pero no es sino hasta el momento en que nos sumergimos dentro de ésta tan importante temática, cuando procedemos a valorar el grado de trascendencia que tiene su estudio.

Por tal motivo, el presente ensayo se circunscribirá a efectuar un estudio y análisis en relación a los pronunciamientos que ha tenido el juez o magistrado de lo constitucional a nivel del Pleno de la Corte Suprema de Justicia. En especial se observarán los distintos fallos que sobre este tópico ha tenido la oportunidad de esbozar nuestro máximo órgano encargado de la tutela de la Carta Magna.

El estudio relacionado con la configuración constitucional del debido proceso es necesario, debido a que por lo general la doctrina y la

jurisprudencia tienden a establecer que el respeto por el debido proceso se deberá de generar o producir más en el ámbito de la legalidad, que el de la constitucionalidad. Por eso es importante llevar a cabo una revisión del pronunciamiento de estas garantías jurisdiccionales pero desde la visión constitucional.

De hecho, el debido proceso viene a nuestro juicio a constituirse en el mecanismo o la vía a partir de la cual todo juicio o proceso ya sea judicial, administrativo o de policía permitirá luego de cumplir con sus respectivas pautas determinar la verdad material de los hechos o sucesos que son objeto de demanda ante los juzgadores.

Tal como lo abordaremos con posterioridad, el debido proceso garantiza una serie de principios básicos o mínimos que deberán ser cumplidos por parte de la persona a la cual se someta el conocimiento de un juicio o caso, lo que brindará para ambas partes en conflicto una satisfacción o garantía de imparcialidad y objetividad al momento de desarrollar el proceso y que el dictamen o sentencia finalmente pronunciada se haya ajustado durante todas las fases de su transitar, dentro de la legalidad y del marco del derecho fundamental o constitucional. Lo anteriormente señalado, se ajusta a lo que dentro del debido proceso se conocería como el cumplimiento de las **garantías procesales**.

No podemos concluir la presente introducción relativa a esta temática tan importante, sin antes no haber indicado que el estudio al debido proceso tiene distintas o diversas vertientes básicas y fundamentales dentro de las que podemos encontrar las siguientes: derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a acceder libremente al proceso, derecho a obtener una sentencia justa y apegada a derecho, el derecho al acceso de los recursos legales, etc. Ahora bien, es importante señalar que por ejemplo, en los procesos penales se deberán de garantizar muchos más principios ligados con el debido proceso, como consecuencia de lo sensitivo de este tipo de procedimiento; a diferencia de otros juicios que se celebren en otras jurisdicciones.

4.- Descripción metodológica:

La metodología que se empleará dentro del desarrollo de la presente investigación será en primera fase de carácter exploratoria, con la finalidad de ver las decisiones que se han dictado por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en materia del Debido Proceso.

En otra segunda fase, procederemos a efectuar una labor descriptiva y analítica respecto de los pronunciamientos propios sobre la temática relacionada con el Debido Proceso.

De igual manera, es muy importante indicar que el estudio de la jurisprudencia que se lleve a cabo, se hará específicamente entre los años comprendidos de 2005 a 2006, sobre los fallos dictados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

5.- El debido proceso:

Con la finalidad de llevar a cabo un estudio pormenorizado de los pronunciamientos que ha esbozado la Corte Suprema de Justicia respecto de la institución del **debido proceso**, consideramos pertinente estructurar por temas el estudio de tan importante garantía fundamental del proceso.

Consideramos oportuno indicar sobre la evolución que ha tenido la institución del debido proceso en la República de Panamá que: *“La garantía constitucional que estudiamos ha experimentado una evolución a lo largo de nuestra vida republicana que se inicia en 1903. De una garantía originalmente restringida a procesos de tipo penal se ha expandido a través de los años hasta cubrir en la actualidad todo tipo de procesos.”*¹

5.1.- Definición del Debido Proceso:

Consideramos apropiado antes de adentrarnos en el estudio del Debido Proceso, iniciar definiendo cuál es la noción o el concepto de lo que debemos entender sobre el mismo.

El Diccionario Jurídico Elemental, define el concepto del debido proceso legal de la siguiente manera: *“Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas.”*²

Como podemos ver, el concepto del debido proceso se encuentra estrechamente ligado al criterio que los sujetos dentro del juicio que se lleve celebre, puedan hacer uso de los derechos que así lo estimen convenientes para garantizar su derecho a la defensa y la presentación de

¹ HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO (2009). *El debido proceso: una introducción doctrinal, jurisprudencial y de derecho comparado*. Panamá: Editorial Cultural Portobelo, página 47.

² CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO (2000). Debido proceso legal. Dentro del *Diccionario Jurídico Elemental*. Decimocuarta edición. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L., página 111.

las pruebas dentro del proceso, con el objetivo que el juzgador pueda tomar una decisión final luego de haber valorado las pruebas aportadas.

En tanto que la Enciclopedia Libre Wikipedia, conceptualiza el debido proceso de la siguiente manera: *“El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez.”*³

De acuerdo a la definición anteriormente transcrita, podemos determinar una serie de ideas interesantes, dentro de las cuales se desprende las siguientes: El debido proceso es un principio que si bien es cierto, forma parte del derecho fundamental; el mismo tiene plena aplicabilidad dentro del marco de los **derechos legales**.

Por su parte, los juristas ARTURO HOYOS y CARLOS ARTURO HOYOS definen el concepto del debido proceso como: *“(...) una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso-legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas-oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y de las manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de manera que las partes puedan defender efectivamente sus derechos.”*⁴

El ejercicio del derecho del debido proceso tiene su configuración aplicable únicamente dentro de un juicio o proceso, ya que éste busca el establecimiento de garantías mínimas, con la finalidad que el margen de actuación del juzgador se apegue a la obtención de un resultado o de una sentencia justa y equitativa, dentro de la valoración del juicio o proceso.

También el debido proceso deberá permitir que las partes involucradas dentro de un juicio tengan la oportunidad de ser escuchados, de forma tal que puedan hacer valer sus derechos y pretensiones ante el administrador de justicia.

³ Debido Proceso. Dentro de la *Enciclopedia libre Wikipedia*. Recuperado el día 16 de marzo de 2015, desde: http://es.wikipedia.org/wiki/Debido_proceso

⁴ HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., páginas 21-22.

Consideramos pertinente dentro de este apartado señalar que la expresión debido proceso en el derecho anglosajón es conocido con la expresión **rule of law**. Ahora bien, como hecho histórico debemos indicar que para el año 1354, se expide en Inglaterra por parte de Eduardo III, un estatuto que emplea por primera vez la expresión **due process (debido proceso)**, en el idioma inglés⁵.

La Constitución Federal de Estados Unidos, regula o establece el reconocimiento del debido proceso en sus enmiendas quinta y decimocuarta. De igual manera, la jurisprudencia norteamericana también ha tenido un importante impacto en el desarrollo de esta figura, a tal punto que reconoció un doble alcance a la misma, pudiendo encontrar una vertiente material o substancial, y la otra que es la procesal.

5.2.- Circunstancias en las que existe de acuerdo con el máximo intérprete de la Constitución, violaciones al debido proceso:

Antes que nada, debemos partir de la premisa mayor que todo proceso que se lleve a cabo, ya sea administrativo, correccional, de policía, civil, etc., necesariamente debe de estar revestido de una serie de garantías y de protecciones que le permitan a las partes dentro de un proceso sentirse que cuentan con una real defensa de sus derechos.

La sentencia del 17 de marzo de 2005, a nuestro criterio viene a constituir una pieza fundamental en cuanto el objeto de estudio, ya que detalla aquellos casos en los que pueden mediar violaciones al debido proceso. Por tal motivo, consideramos propicio extractar aquellos aspectos medulares de la misma que tienen directa relación a la institución del debido proceso.

En tal sentido, el aludido dictamen del Pleno de la Corte Suprema de Justicia estableció que: *“La Corte Suprema en diversas ocasiones ha indicado que las violaciones al debido proceso ocurren: cuando el juzgador por alguna causa, desconozca el procedimiento establecido por la ley para cada juicio; cuando no asegure un adecuado traslado de la demanda al demandado, para que el mismo cuente con un plazo razonable para comparecer al proceso; cuando niega el derecho a las partes a presentar pruebas y contrapruebas lícitas, al igual que excepciones y medios de*

⁵ El referido estatuto llegó a indicar lo siguiente: *“That no man of what estate or condition that he be, shall be put of land or tenement, nor taken, nor imprisoned (...) without being brought in answer by due process of law.”* (Que ningún hombre de cualquier estado o clase será privado de su tierra, ni será aprehendido ni apresado sin que sea llamado a responder mediante un debido proceso). (GALLIGAN, D.J. (1996). *Due process and Fair Procedures*. Clarendon Press, Oxford, pág. 173).

impugnación; así como también, cuando carece de competencia para conocer y decidir el proceso.”

Como podemos apreciar, existe un catálogo de actuaciones indebidas a partir de las cuales podemos ubicar violaciones al debido proceso, de acuerdo con la sentencia bajo estudio. Así las cosas, procederemos a analizar cada una de estas actuaciones indebidas.

5.2.1.- Afectaciones generales en torno al debido proceso por parte del juzgador:

En el presente apartado, estudiaremos aquellos casos a partir de los cuales existe una violación directa al debido proceso, cuando estas lesiones provienen directamente del juzgador que entra a conocer de un proceso o juicio. Por consiguiente, no se analizarán en esta sección aquellos comportamientos que pueden degenerar en la violación del debido proceso por las partes o sujetos dentro del juicio.

5.2.1.1.- El desconocimiento de la ley por parte del juzgador en el proceso:

Se procederá a generar una violación al debido proceso a partir del instante en el que la persona llamada a llevar las riendas o los causes del proceso, desconozca la forma como se deberá desenvolver el procedimiento establecido por la ley, para cada juicio en particular. Lo que nos lleva a pensar que a través del cumplimiento del debido proceso se reafirma el principio de *iura novit curia*.

Debemos entender entonces que no puede administrar justicia, aquella persona que no conozca de forma pormenorizada la manera como se desarrollarán todos y cada uno de los procesos judiciales y su respectiva tramitación a ella asignados por ministerio de la ley. No existiría de esta manera una garantía de objetividad e imparcialidad al momento del desenvolvimiento del proceso.

Entendemos entonces que la administración de justicia no puede quedar en manos de aquellas personas que desconozcan el procedimiento establecido por la ley para cada juicio, toda vez que se prevé que las partes dentro del proceso pueden quedar en algún estado de indefensión procesal.

5.2.1.2.- Falta de un adecuado traslado de la demanda al sujeto demandado dentro de un proceso:

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que existirá una violación al debido proceso a partir del instante en el que no se ejecuta un correcto o adecuado traslado de la demanda al sujeto o la parte demandada dentro de un juicio, lo que por lógica no permite que el sujeto demandado pueda contar con un plazo razonable para poder apersonarse dentro del proceso y poder conocer las particularidades del expediente, así como también el interponer los escritos, documentos o contestaciones correspondientes.

En este caso, la falta de traslado es vista como una omisión al correcto desarrollo del debido proceso, toda vez que la parte demandada tiene derecho de poder presentar los escritos o documentos que considere o estime oportunos dentro del proceso, fundamentalmente dentro del término establecido por ley. Por consiguiente, a aquella persona que no se le notifique dentro del plazo oportuno, y opere la caducidad de instancia para haber podido presentar la contestación de la demanda, podría interpretarse por parte del juzgador como un indicio en contra del acusado; cuando en realidad fue debido a un incorrecto desenvolvimiento del debido proceso, que la parte demandada no pudo haber hecho uso de los instrumentos o recursos legales establecidos dentro del proceso a tiempo.

En este mismo orden de ideas, debemos entender que el derecho a defensa se materializa a partir del momento en el que tanto el demandado como el demandante tienen un plazo o lapso de tiempo razonable para poder trazar su estrategia dentro del proceso, y así lograr el reconocimiento de los derechos sustantivos establecidos por ley.

En igual sentido también se ha pronunciado la sentencia del 1 de noviembre de 2006, dictada por parte de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que la falta de un correcto traslado y falta de notificación personal de la demanda, **vicia el juicio y afecta el debido proceso**. Claro está que ante la imposibilidad de varios intentos de poder notificar a una de las partes, se deberán de emplear otros mecanismos establecidos por ley, con la finalidad de no dilatar el proceso⁶. Cabe destacar que este mismo

⁶ El Pleno de la Corte Suprema de Justicia destacó sobre este particular que: “(...) si bien el traslado de la demanda debe ser notificado personalmente, ante la imposibilidad de notificación personal y directa del representante legal de la empresa demandada, la Junta de Conciliación y Decisión puede auxiliarse, ante el vacío legal de la ley N° 7 de 1975 sobre la materia, en lo normado en el artículo 562 del Código de Trabajo antes comentado, el cual establece que cuando se ignore el paradero de quien deba ser notificado personalmente, y tal circunstancia sea acreditada en escrito presentado por persona interesada que solicite el emplazamiento de la parte demandada, se emplazará mediante

criterio es seguido por el Tribunal Constitucional español, así como la doctrina jurídica española⁷.

Sobre el tema de las notificaciones y el derecho a ser escuchado, los juristas HOYOS nos comentan que es necesario que la persona o las personas dentro de un proceso se les notifique adecuadamente para que puedan defenderse, ya que de lo contrario cualquier actuación hecha a sus espaldas es nula y podría traer como consecuencia el archivo del correspondiente juicio o proceso finalmente⁸.

edicto que permanecerá fijado en lugar visible de la Secretaría del Tribunal por el término de cinco (5) días.”

(...) “Por tanto, el sólo darle traslado de la demanda y de la fecha de audiencia a los demandados en dos ocasiones tal como consta a folios 8 y 11 del expediente laboral, (se hace la aclaración que éstos ignoraban el proceso que se les seguía), vulnera el debido proceso al no garantizarles la oportunidad conforme lo prevé la Ley, de tener conocimiento de acciones instauradas en su contra, por lo que previo a proceder a la notificación por vía de emplazamiento tenían que agotarse los intentos de notificación personal, logrando en primer término, la dirección exacta de los demandados, los cuales evidentemente no se realizó.”

⁷ En este sentido debemos establecer sobre el particular lo siguiente: “(...) Por lo mismo, el Juez de la Constitución entiende que la citación edictal con publicación de la cédula en el <<Boletín Oficial>> de la provincia, **aún no siendo una modalidad de emplazamiento contraria al ordenamiento vigente**, debe ser utilizada cuando no sea posible recurrir a otros medios más efectivos y, en concreto, cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser emplazada o se ignore su paradero. Pero, en cualquier caso, es necesario que el acuerdo o resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero se halle fundado en criterios de razonabilidad que lleven a la condición o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación. En resumen, la notificación por edictos, a juicio del Tribunal (SSTC 234/1988, de 2 de diciembre y 216/1992, de 1 de diciembre), es un procedimiento que puede ser utilizado sólo en último lugar, en defecto de los demás medios que aseguran en mayor grado la recepción de la comunicación.” (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (2006). *El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español*. Chile: Red Ius et Praxis, página 74).

⁸ Debemos indicar sobre el tema del derecho a ser escuchado y las notificaciones que: “Integra esta garantía constitucional un derecho elemental de las personas de ser oídas por el tribunal que conoce del caso antes de que éste sea decidido mediante sentencia.

Para que una persona pueda ser escuchada en un proceso constituye un requisito preliminar que ella se entere de que se ha entablado este proceso o de que se va a aplicar una diligencia dentro del mismo o de sucesos de relevancia en el proceso. Para ello se requiere entonces que la persona sea debidamente notificada con anticipación razonable de tal manera que se le coloque en posición de defenderse.” (HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., página 57).

5.2.1.3.- La Denegatoria en cuanto a la presentación de pruebas, contrapruebas, excepciones y medios de impugnación:

No puede establecerse que dentro de un proceso exista el derecho de argumentar o contraargumentar, si la persona ante la cual se ha sometido a su consideración la posibilidad de dilucidar un conflicto que existe entre dos (2) o más partes, independientemente del tipo de proceso que se trate; puedan cada una de ellas aportar dentro del proceso sus pruebas, documentos, testimonios, certificaciones pertinentes.

De igual manera, este principio de prohibición de la denegatoria de presentar pruebas y contrapruebas no sólo aplica para una de las partes o sujetos de la relación procesal dentro del juicio, sino que éste se extiende para todas aquellas personas que tengan afectación o algún tipo de interés dentro del proceso.

En otros países la posibilidad de presentar pruebas por todos los sujetos intervinientes dentro de la relación procesal se denomina el *derecho de igualdad de armas*, de forma tal que las partes dentro del proceso podrán presentar todas las evidencias que les permitan aclarar sus puntos de vista o de defensa dentro de un juicio, y salvo que las mismas no sean idóneas o pertinentes dentro del proceso, no existe ningún tipo de fundamentación jurídica o fáctica que imposibilite su respecta aportación dentro del caso que se ventila.

Cualquier tipo de actuación dentro de un proceso por parte de un juzgador que imposibilite o impida la facultad de cualquiera de las dos (2) partes de poder presentar dentro del proceso excepciones o incidentes conllevaría una afectación al debido proceso. Claro está que los mismos (incidentes y excepciones) deberán ser justificados y debidamente motivados, debido a que de lo contrario entonces se podría incurrir en la figura del abuso del ejercicio del derecho de litigar, porque se ralentizaría el fin o el objeto del proceso.

También ha entendido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que se produce violación al debido proceso a partir del momento en que un juzgador inadmite o rechaza las pruebas testimoniales aducidas oportunamente por alguna de las partes dentro del proceso, sin emitir un dictamen o pronunciamiento justificado al respecto. Para ello puede consultarse la sentencia del 27 de junio de 2005⁹.

⁹ La sentencia previamente indicada, ha señalado respecto de la inadmisión de las pruebas testimoniales dentro del término establecido por ley lo siguiente: “(...) en el acto de audiencia, la Junta de Conciliación y Decisión N°. 6 dejó de practicar pruebas testimoniales aducidas oportunamente tanto por el demandante como por la demandada, sin emitir previamente un pronunciamiento en cuanto a su admisibilidad.

5.2.1.4.- La prohibición al sometimiento de dilaciones injustificadas en el proceso:

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que atenta contra el desarrollo adecuado del debido proceso dentro de un juicio, el hecho que un proceso se pueda extender o dilatar más allá de los términos establecidos dentro de la propia ley. Por consiguiente, cualquier prolongación indebida o no justificada, puede acarrear afectaciones dentro de la ejecución del desenvolvimiento adecuado de un proceso o juicio.

Sobre esta temática en particular, puede consultarse la sentencia del 1 de junio de 2005¹⁰, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

La práctica que algunas Juntas de Conciliación y Decisión siguen manteniendo, en el sentido de no emitir decisión sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas, y dejar de practicar algunas pruebas testimoniales oportunamente aducidas, por considerar que se encuentran “suficientemente ilustradas” sobre la causa es antijurídica e infringe el derecho constitucional de defensa.

(...) Por tanto, en los procesos que se surten ante las Juntas de Conciliación y Decisión conforme a la Ley N°. 7 de 1975, el tribunal tiene el ineludible deber de pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas aducidas por las partes, y la decisión que adopte al respecto debe consignarse expresamente en el acta de audiencia.

(...) Una vez proferida la decisión sobre admisibilidad, las Juntas tienen la obligación de evacuar todos los testimonios que hayan admitido, siempre que al momento de llamar a declarar a un testigo, éste se encuentre presente en el tribunal. Como se ha expuesto, la práctica de declararse el tribunal “suficientemente ilustrado” sobre el mérito de la causa no tiene basamento en la ley y por el contrario resulta antijurídica.

En consecuencia, este tribunal constitucional formula un llamado de atención a las Juntas de Conciliación y Decisión, para que en el acto de audiencia garantice el derecho de las partes a las pruebas como derivación del principio del debido proceso.”

¹⁰ El mencionado dictamen ha establecido lo siguiente respecto de las dilaciones injustificadas: “La garantía del debido proceso consagrada en el artículo 32 de la Carta Fundamental, la Corte ha expresado, de forma reiterada, que “dicha garantía según lo ha señalado la Corte en diversas sentencias, es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas – oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defender sus derechos (Cfr. Sentencias de 24 de mayo de 2002 y 12 de marzo de 1991, entre otras).”

5.2.1.5.- La vulneración de las garantías procesales afecta el cumplimiento del debido proceso:

Dentro de cualquier proceso, toda autoridad judicial o administrativa está en la obligación de garantizar el cumplimiento de las garantías procesales establecidas dentro del proceso. Por consiguiente, si una de las partes no puede acudir al proceso y presenta un certificado médico de incapacidad, el impartidor de justicia está en la obligación de aceptar el mismo y respetar todas las garantías procesales.

El hecho de no acoger un certificado médico y continuar con el desarrollo del proceso puede comprometer a una de las partes, ya que esta se puede situar en un estado de indefensión, lo que traerá como consecuencia que no existe un equilibrio proporcional para ejercer la adecuada defensa, lo que producirá una afectación a la garantía procesal del ejercicio de igualdad de defensa para las partes dentro de un proceso. Al respecto puede consultarse la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 1 de junio de 2005¹¹.

5.2.1.6.- La falta de competencia:

Existirá violación del debido proceso a partir del momento o del instante en que una persona encargada de administrar justicia, o un funcionario público conoce de un problema o proceso sometido a su consideración, cuando ésta persona en realidad adolece de la competencia para poder emitir un dictamen justo y apegado a sus conocimientos.

Sobre esta temática en particular, no podemos dejar pasar por alto, que el artículo # 32 de nuestra Constitución Política¹² exige precisamente que **la persona que juzgue sea la idónea o competente**, para poder someterse un caso o proceso a su consideración.

Por consiguiente, la falta de competencia dentro de un proceso administrativo o legal puede traer como resultado o consecuencia final la

¹¹ El aludido fallo destacó que: “*Las Juntas de Conciliación y Decisión como parte de la Jurisdicción Especial de Trabajo están llamadas a acatar los preceptos constitucionales y legales, a delimitar sus actuaciones dentro del debido proceso otorgándole a las partes todas las garantías procesales.*”

Si la audiencia apenas iniciaba la Junta debió admitir el certificado médico de incapacidad y suspender la audiencia. Al no hacerlo colocó en indefensión a la parte demandada e infringió el debido proceso.”

¹² Artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá: “*Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.*”

declaratoria de nulidad debido a que la persona que tramitó o le dio proceso al juicio no era la competente para emitir un dictamen o sentencia valorativa de los hechos.

El tema de la competencia también se encuentra estrechamente vinculado al de la jurisdicción, es por ello que debemos recordar que: “(...) *el derecho a la jurisdicción significa igualmente responsabilidad del estado de velar porque ese derecho y esa función se satisfaga y en este aspecto, es encargado del Estado establecer el Órgano deliberante de estas controversias, asignarle jurisdicción y competencia y dictar las normas de procedimiento.*”¹³

5.2.1.7.- La prohibición de ser juzgado más de una vez por la misma causa:

El máximo intérprete del derecho constitucional ha dispuesto que está totalmente prohibido que a una determinada persona se le juzgue más de una misma vez por el mismo hecho o circunstancia, toda vez que se constituiría en una violación del debido proceso. Este principio se reconoce en la doctrina como el *non bis in ídem* (no dos veces lo mismo).

No podemos negar que este principio básico y clave se encuentra taxativa y directamente contemplado dentro del artículo 32 de la Carta Magna panameña, y el mismo es de obligatoria observancia y cumplimiento. De igual manera, consideramos oportuno indicar en relación a este principio en el que una persona no puede ser juzgada más de una vez por la misma causa, que producto de la reforma sufrida a la Constitución Política en el año 2004, quedó redactada de mantra que una persona no podía ser juzgada más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria¹⁴.

¹³ HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., páginas 54-55.

¹⁴ Sobre esta temática podemos indicar que: “*La garantía del juicio singular, o sea, la prohibición del doble juzgamiento por la misma causa queda circunscrita a los asuntos penales, policivos y correccionales (...).*” (HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., página 52).

Ahora bien, es importante señalar que la Carta Magna en el año 2004, sufre reformas y se introduce también la posibilidad que una persona no sea juzgada también dos veces por la misma falta cuando nos encontremos frente a la **jurisdicción administrativa**. Antiguamente tal como comentábamos con anterioridad, no se contemplaban los procesos administrativos dentro de nuestra Constitución Política.

En este mismo orden de ideas, también compartimos el criterio que: “*La reforma constitucional del año 2004 introdujo un cambio al artículo 32 constitucional, que ahora dispone que nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria. El cambio consistió en añadir que tampoco se permite el doble juzgamiento en nuestro país por causas administrativas y es de suponer que esto se refiere a causas*

De hecho, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha establecido dentro de la sentencia del 22 de diciembre de 2006¹⁵, que la prohibición de no ser juzgado más de una vez por la misma causa pretende garantizar los preceptos de certeza y seguridad jurídica que tienen todos los ciudadanos; y que todos ellos buscan garantizar el cumplimiento del **principio de cosa juzgada**.

5.2.1.7.1.- Excepciones a la interpretación del principio del *non bis in ídem*:

Ahora bien, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha llegado a señalar que el principio del *non bis in ídem* no se ve afectado con el establecimiento de más de una sanción prevista por la ley penal. Fundamentalmente de lo que se desprende de este dictamen parece establecerse que esta medida **en materia penal se aplica cuando estamos frente a una pena principal y una pena accesoria**, ya que recordemos que los códigos penales pueden establecer diversas penas para un mismo delito.

Sobre este tema tan discutido y controversial dentro de la doctrina jurídica, puede consultarse la sentencia del 18 de abril de 2005¹⁶, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

administrativas distintas a las disciplinarias que ya estaban contempladas en la versión original de dicha norma.” (HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., páginas 79-80).

¹⁵ La aludida sentencia o decisión dictaminó en relación a la prohibición de juzgarse a una persona dos (2) veces por la misma circunstancia lo siguiente: “(...) *y la prohibición de ser juzgado más de una vez por la misma causa, que se traduce en aquel principio garantizador de la certeza y seguridad jurídicas que debe otorgar el proceso, conocido como cosa juzgada.*”

¹⁶ Una de las partes importantes del fallo en mención ha establecido respecto de las limitaciones a la interpretación del principio del *non bis in ídem* que: “(...) *Sencillamente, la correcta interpretación de esa norma de conformidad con el texto constitucional significa que el delito que tipifica el artículo contenido de la frase puede ser penado con más de una sanción prevista por la Ley penal para el hecho cometido. Esto no es ajeno a los Códigos Penales modernos que suelen establecer diversas penas para un mismo hecho punible, esencialmente clasificadas como principales y accesorias, tal cual hace nuestra normativa penal vigente en su artículo 46.*

Carece de sustancia lógica la alegación del acto cuando afirma que lo que él denomina “doble penalidad” importa un doble juicio y ello viola el non bis in ídem; ya que la posibilidad de aplicación de más de una sanción penal legalmente establecida por la comisión de un mismo hecho es ajeno y distinto a que un ilícito penal sea debatido ante la autoridad jurisdiccional, sentenciado y adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material. Si con posterioridad se pretendiera juzgar al sujeto activo por el mismo hecho, si estaríamos frente a un supuesto de vulneración del principio comentado.”

5.2.1.8.- La imposibilidad de hacer uso de los medios de impugnación establecidos por Ley:

Se garantiza el ejercicio del cumplimiento del debido proceso en la medida en la que a las partes que tienen legitimidad dentro de un proceso, ya sea este judicial o administrativo, se les permita poder emplear los distintos tipos de medios de impugnación o recursos¹⁷ que están regulados dentro de la Ley, como consecuencia de alguna resolución ya sea administrativa o judicial que se haya dictado por parte de un servidor público dentro de algún proceso.

Sólo a través del empleo o la utilización de los diversos **medios de impugnación** es posible que las personas o partes dentro de un proceso (administrativo o judicial) puedan defender sus pretensiones o derechos. La naturaleza jurídica de los recursos judiciales viene marcada por dos (2) características, siendo éstas la función de servir de garantía procesal a favor del ciudadano y también como un medio, mecanismo o instrumento de control interno de la organización judicial¹⁸.

Nos interesa destacar que el fallo del 15 de marzo de 2006, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia nos indica en relación al derecho a impugnación lo siguiente: *“De manera que, debe quedar claro que el derecho a impugnar no es exclusivo para quienes hayan tenido la condición de partes en un proceso, por el contrario, se extiende a todo aquel que considere que una resolución jurisdiccional le causa agravios.”*

De la idea previamente transcrita debemos entender entonces que cualquier persona, tiene derecho a poder presentar los respectivos recursos que estime pertinentes, siempre y cuando considere que una determinada decisión jurisdiccional le puede causar agravios. Por consiguiente, no se requiere que la persona adquiera necesariamente el grado de legitimada o afectada directamente para que se le admitan dentro de un proceso los respectivos medios de impugnación. Solo basta que la persona tenga algún vínculo ya sea en mayor o menor grado con el juicio o proceso que se ventila ante las instancias judiciales.

¹⁷ Como medios de impugnación contra las resoluciones judiciales podemos mencionar los clásicos recursos de reconsideración, apelación, de hecho. Existen otros tipos de instrumentos procesales de impugnación más complejos como el recurso de casación y recurso de revisión.

¹⁸ De hecho, los recursos legales vienen a constituirse en una prosecución del proceso, al igual que mecanismos de revisión del juicio, caso o proceso por parte de una instancia superior, que deberá de decidir conforme a lo alegado por las partes y al derecho.

Sobre esta temática, los juristas HOYOS nos indican que: “*El derecho a hacer uso de los recursos contra resoluciones judiciales previstos en la ley constituye, claramente, un elemento de la garantía constitucional del debido proceso legal y, por tanto, serán violatorias de dicha garantía los actos administrativos o resoluciones judiciales que arbitrariamente impidan o nieguen a una persona la utilización de los medios de impugnación consagrados por la ley contra sentencias, autos u otras resoluciones judiciales.*”¹⁹

En otro orden de ideas, es importante destacar que la violación al debido proceso no necesariamente se puede generar o acontecer dentro de la esfera jurisdiccional o de los tribunales de justicia, al no poder presentarse los respectivos medios de impugnación, sino también la afectación al debido proceso puede generarse dentro de un **proceso administrativo, por el mero hecho de no pronunciarse sobre un recurso de revisión administrativo**²⁰.

Finalmente es importante señalar que la imposibilidad de poder presentar dentro del juicio los diversos medios o instrumentos de impugnación también podría afectar directamente el **principio de doble instancia**, el cual también forma parte del debido proceso. En este sentido, es importante reiterar que a partir del momento que no se permite que una o ambas partes puedan presentar sus respectivos recursos legales que le permite la Ley, inmediatamente se estaría afectando la posibilidad que otro juzgador o repartidor de justicia examine de forma independiente la decisión que se emitió anteriormente, con la finalidad de determinar si la misma se ajusta o no a derecho (y así confirmarla o revocarla).

¹⁹ HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., página 75.

²⁰ La sentencia del 15 de marzo de 2006, ha señalado en relación a la no valoración de los medios de impugnación dentro de un proceso administrativo que: “*En ese sentido, el Pleno observa que el A-quo, al momento al dictar la sentencia impugnada, tomo en consideración que la resolución censurada por vía del amparo de derechos constitucionales, aún cuando no constituye estrictamente una orden de hacer o de no hacer que imponga obligaciones a las partes del proceso, constituye un acto jurisdiccional que desconoce el derecho constitucional del debido proceso previsto en el artículo 32 de la Constitución Nacional, por cuanto el funcionario demandado no atendió el recurso de revisión administrativa interpuesto, al no pronunciarse sobre su admisibilidad, circunstancia que el impidió a la sociedad (...) someter ante la autoridad investida de jurisdicción y competencia la resolución de sus posibles agravios, denegándosele justicia, lo que constituye, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal de Amparo, un daño grave e inminente que lesiona uno de los derechos fundamentales que otorga la Constitución a todas las personas, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva.*”

5.2.1.8.1.- Excepciones al principio de doble instancia, como consecuencia de la existencia de procesos de instancia única:

La jurisdicción constitucional panameña, ha establecido a través de las sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia que aquellos procesos en los que existe sólo una única instancia, no existirá vulneración o afectación del principio de doble instancia. Así las cosas, en nuestro país aquellos juicios o procesos que tienen una única instancia no afectarán o violarán los preceptos de la doble instancia. En este mismo orden de ideas, puede examinarse la sentencia del 10 de octubre de 2005²¹ del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

5.2.1.9.- La falta de notificación personal de la sentencia que ponga fin al proceso en primera instancia:

Ha señalado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que se configura una violación o una afectación al debido proceso, cuando el juzgador no procede a notificar de manera personal aquella sentencia que ponga fin al proceso, siempre y cuando éste se haya llevado a cabo dentro de la primera instancia, y ponga fin a dicha etapa.

Por consiguiente es obligación del juzgador de primera instancia, poner en conocimiento de forma personal cualquier sentencia final o

²¹ Un extracto importante de este fallo en mención resaltó lo siguiente: “(...) Dicha consideración ha sido objeto de estudio por parte del Magistrado Arturo Hoyos, quien a su vez hace alusión al criterio de esta Corporación de Justicia; al respecto indica el prenombrado magistrado: “Cabe preguntarse entonces si el principio de la doble instancia tiene carácter constitucional en nuestro país, es decir, si en todo proceso debe existir necesariamente, por lo menos dos instancias. Hasta ahora, la posición que ha tomado la Corte Suprema de Justicia sobre este punto parece negativa, o sea, que la Corte ha dado una respuesta negativa a la interrogante sobre la existencia del principio de la doble instancia como integrante de nuestro ordenamiento constitucional.

Así, la C.S.J. en sentencia de 24, V, 1977, publicada en la Gaceta Oficial, núm. 18.433, al resolver advertencia de inconstitucionalidad planteada por las sociedades Depcon Panamá International Corp. Y Kraft Construction, entre otros, sobre el art. 12 de la Ley 7ª de 1975 que señalaba que las decisiones dictadas por las juntas tenían carácter definitivo, no admitían recurso alguno y producían el efecto de cosa juzgada, sostuvo la Corte que dicha norma no era inconstitucional y que las resoluciones de la junta constituían “una verdad legal irrecurrible”.

De acuerdo con el criterio de la Corte, pues, los procesos de instancia única no violan la garantía constitucional del debido proceso legal ya que dentro de este concepto no está integrado el principio de la doble instancia necesaria en todo proceso (el fallo de la Corte confrontó el art. 12 de la Ley 7ª de 1975 con el art. 31 de la Constitución y el art. 192 de la misma equivalente al art. 207 de la numeración actual anteriormente citados)....” (HOYOS, Arturo. *El debido Proceso*. Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, 1996. P. 73).”

definitiva que se haya dictado en dicha etapa del proceso. Sobre el particular puede consultarse la sentencia del dos (2) de mayo de 2006²².

5.3.- Valoración constitucional del debido proceso en materia probatoria:

El tribunal colegiado en nuestro medio panameño encargado de la guarda, tutela y protección de la Constitución es el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, le competará a éste organismo interpretar las normas de derecho constitucional en relación a su aplicación.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia u organismo que hace las veces de Tribunal Constitucional ha reiterado en las sentencias del 5 de junio de 1998 y 28 de abril de 2005, que el único competente para llevar a cabo la valoración de las pruebas es el juez o tribunal natural en vía de la legalidad que está conociendo de un proceso, y que no es competencia del magistrado o juez de lo constitucional entrar a valorar las pruebas debido a que este último sólo se limita a examinar las violaciones a las garantías constitucionales.

Ligada con esta temática, la sentencia del 28 de abril de 2005, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: *“(...) El amparo, como acción independiente, tiende a reparar violaciones directas a los derechos constitucionales infringidos, razón por la cual no puede convertirse en una instancia adicional para valorar circunstancias propias de la apreciación del juzgador al examinar los elementos de convicción que se allegan al proceso, lo que se realiza conforme a la sana razón y al conocimiento experimental de Juez. A la Corte no le es dable en consecuencia, contrariar por vía extraordinaria al amparo de garantías constitucionales la evaluación objetiva del juez.”*

²² Sobre la notificación personal en torno a la sentencia de primera instancia, debemos destacar que: *“Es por ello que el Pleno coincide con la actora en que la nota de 25 de octubre de 2005 emitida por la Junta de Conciliación y Decisión N°. 1 (f. 44), en que este Tribunal tripartido advierte o se percata que “dicha sentencia es apelable”, por lo que lo procedente es “la notificación personal de la parte demandada”, viola el debido trámite legal surtido y anteriormente explicado en casos de no comparecencia de alguna de las partes al acto de audiencia oral y la forma de notificación de la decisión de fondo a las partes que corresponde, en tal circunstancia.*

En un caso similar al ahora planteado, el Pleno de la Corte ha reconocido la especialidad de la Ley 7 de 1975 en materia de notificación de la sentencia “sobre la general, representada por el Código de Trabajo”, o sea el artículo 877, numeral 1, lit., b, que prevé la notificación personal de la sentencia o auto que “ponga fin al proceso en primera instancia”, forma que debe ceder ante el carácter específico del artículo 10 de la Ley 7 mencionada. (Cf. Registro Judicial, enero, p. 48).”

De la transcripción del extracto previamente citado, debemos entender que el único competente para llevar a cabo el proceso de valoración de las pruebas y cumplir con el debido proceso es el juez o magistrado que se encuentra ubicado dentro de la **esfera de la legalidad**, al que le compete la obligación de examinar, observar y practicar de forma adecuada todas y cada una de las pruebas que ante él se le presente. Por consiguiente, al juez o magistrado que se le asigna la misión de tutelar los derechos fundamentales (magistrado de la constitución), sólo ejercerá un papel de protector de éstos, y no es competente para la valoración, práctica o evacuación de las pruebas²³.

De la transcripción previamente expuesta, pareciera desprenderse que en virtud del cumplimiento del debido proceso, cada fase o etapa tiene destinado un período de tiempo fijo o determinado, por lo cual retrotraerse nuevamente a estas secciones del proceso podría alterar inclusive el correcto desarrollo del juicio o proceso.

Claro está, consideramos que podría haber una excepción sobre el particular en el supuesto que exista **una flagrante violación del proceso que genere como consecuencia una nulidad absoluta del mismo**. En estos casos, pensamos que el magistrado constitucional encargado de la tutela de los derechos fundamentales (juez de la constitución) deberá no valorar las pruebas, sino ordenar la nulidad de todo lo actuado, al igual que decretar nulo la valoración de pruebas efectuadas por el juez de la legalidad, ya que estimamos que ésta sería la única vía para poder ordenar desde un nivel jerárquico que se cumpla y garantice el debido proceso por parte del tribunal a quo.

5.3.1.- La presentación de pruebas como garantía por el respeto del debido proceso:

El Dr. ARTURO HOYOS ha señalado con relación a la garantía constitucional del debido proceso y la oportunidad de presentar pruebas y contrapruebas, que las partes tienen la facultad de: “(...) *aportar pruebas*”

²³ La sentencia del 18 de octubre de 2006 señaló en cuanto a la valoración exclusiva de las pruebas por parte del juez de la legalidad que: “(...) *la tutela constitucional se orienta hacia la protección del derecho efectivo de las partes de producir, aducir, contradecir pruebas y a practicarlas en un proceso (derecho de defensa). Sin embargo, la labor de ponderar el mérito o valor probatorio, sólo corresponde al juzgador de la causa de acuerdo a los principios de apreciación de las pruebas y no al Tribunal de Amparo, en un proceso de orden constitucional (Autos de 12 de febrero de 2003, 18 de febrero de 2004).*”

*lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte (...).*²⁴

Debemos entender que las partes tienen fundamentalmente derecho de presentar dentro del plano de la legalidad todas las pruebas que estimen pertinentes, siempre y cuando cumplan con los criterios de presentación de documentos o de pruebas que sean lícitas, que tengan que ver o que se relacionen directamente con el objeto del proceso, así como también se pueden presentar aquellas pruebas que permitan desvirtuar los hechos de la otra parte que alega algún derecho vulnerado o afectado²⁵.

En este mismo orden de ideas, es lógico pensar que las pruebas que se presenten o aporten dentro del proceso deberán de hacerse dentro del término oportuno, lo cual quiere decir que la posibilidad de interponer las evidencias, pruebas, testimonios, manifestaciones, declaraciones, certificaciones y demás documentos deberá de hacerse dentro de las fechas, días o etapas legalmente constituidos, ya que de lo contrario existirá caducidad de instancia para poder aducirlas dentro del proceso.

Es fundamental tener presente que la presentación y valoración de las pruebas se da dentro de la etapa de desarrollo legal del proceso, de lo cual parece inferirse que la presentación de las pruebas en la etapa de valoración del debido proceso en su vertiente constitucional, no es viable, **salvo que se logre demostrar claramente que el juzgador no valoró en su debido momento las pruebas presentadas en la etapa del desarrollo del proceso legal o judicial**²⁶. Esta presentación de pruebas deberá aportarse ante la esfera constitucional, de forma tal que el magistrado que conozca del amparo de garantías constitucionales pueda

²⁴ HOYOS, ARTURO (1987). La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal. Dentro del libro *Estudios De Derecho Constitucional Panameño*. Compilado por Jorge Fábrega. Panamá: Editorial Jurídica Panameña, página 388.

²⁵ La doctrina ha dispuesto en relación a la presentación y práctica de pruebas que: *“Este es un elemento esencial en la garantía constitucional (...), la posibilidad de las personas de defender sus derechos en un proceso descansa sobre la posibilidad de aportar pruebas al proceso y de contradecir las que la otra parte aduzca. En este sentido la posibilidad de concurrir a la audiencia donde se practican las pruebas, de examinar documentos y de objetarlos, de repreguntar a los testigos aducidos por la contraparte, al igual que a los peritos que se presenten en el proceso, integran parte de este derecho a la prueba que a su vez se inserta dentro de la garantía constitucional del debido proceso.”* (HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., página 70).

²⁶ De hecho, la sentencia del 16 de septiembre de 1982, llegó a señalar que: *“(...) el debate acerca del valor de las pruebas queda circunscrito a la interpretación y aplicación de las disposiciones legales pertinentes a las mismas... lo que ubica cualquier error jurídico en este caso en el ámbito de la legalidad. Sin que ello pueda trascender a la violación de normas constitucionales.”*

apreciar sin mucho esfuerzo que el juez de la legalidad actuó arbitrariamente a pesar de haberse presentado las pruebas idóneas y dentro del término oportuno establecido por ley en primera y segunda instancia del proceso legal.

Con respecto a la aportación de pruebas y el derecho de defensa, debemos aclarar que existirá **indefensión** a partir del momento en que el acto de valoración de las pruebas sea imputable exclusivamente al tribunal, de lo que se colige por lógica que no es imputable a ninguna de las partes la indebida valoración de las pruebas.

5.3.2.- Situaciones excepcionales con relación a la valoración de la fase de presentación de las pruebas:

En el supuesto que la práctica de las pruebas no se haya podido realizar o llevar a cabo dentro del término establecido por la Ley, la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que para celebrar la práctica de pruebas frente a una comparecencia ordinaria, y llevar a cabo el examen o valoración de las pruebas en otro período distinto de comparecencia, es necesario que el juez establezca límites a su facultad discrecional en materia probatoria (o sea luego de pasado el término de caducidad del período probatorio); por lo cual todo impartidor de justicia deberá observar privativamente lo siguiente para alterar el período probatorio:

- 1.- La imposibilidad de recibir la prueba de forma completa.
- 2.- Que el objeto del proceso conlleve una cuantía litigiosa importante o el fin y la naturaleza del juicio sea trascendental.

De lo anterior se puede determinar que para extender más allá de lo establecido por ley el periodo de práctica y ejecución de las pruebas, el juzgador deberá de cumplir los criterios o reglas previamente establecidas a través de la jurisprudencia, ya que de lo contrario se produciría una afectación directa del debido proceso, como consecuencia de su actuación arbitraria. Sobre esta temática en particular se ha pronunciado la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, del 2 de octubre de 2006²⁷.

²⁷ El referido dictamen dentro de sus considerandos ha indicado en relación a la valoración de un período extemporáneo de práctica de las pruebas lo siguiente: “*La norma otorga al juzgador una discrecionalidad limitada y no arbitraria, porque para disponer de una tercera comparecencia de recepción de pruebas, éste debe someterse a la ley y verificar que se cumplan las condiciones exigidas en ella, a saber: que las partes hayan sido verdaderamente diligentes y a pesar de ello no se hubiese podido receptor el material probatorio en asuntos importantes por la cuantía o por la naturaleza del objeto del proceso. En esta labor discrecional de concretización casuística el juez también está*”

5.4.- Afectación del debido proceso como consecuencia de la vulneración del principio de legalidad:

Ha sostenido la jurisprudencia panameña que la actuación por medio del cual un servidor público que se le asigna la labor de decidir sobre un determinado caso o asunto sometido a su consideración, necesariamente deberá resolver el caso o proceso ante él planteado, pero observando estrictamente lo contemplado dentro de la Ley.

Así las cosas, la autoridad que dentro de un proceso judicial o administrativo dictamine una resolución **aplicando criterios o fórmulas de solución que no sean estrictamente las contempladas dentro de la ley**, entiende nuestro máximo tribunal de justicia que a través de ésta acción se estaría **violando el principio de legalidad** y por consiguiente ello traería como efecto secundario la afectación del debido o correcto proceso, ya que todos los ciudadanos debemos entender que el actuar del poder judicial o de la administración pública deberá hacerse en función de lo contenido dentro de las normas o del procedimiento escrito.

Al respecto se puede consultar la sentencia proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de mayo de 2005²⁸.

sometido a los principios constitucionales, ya que frente a las normas que conceden discrecionalidad, debe decidir de conformidad con lo que estatuye el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluidas las normas de la Constitución, tal como lo señala el artículo 210, según el cual: “Los Magistrados y Jueces... no están sometidos más que a la Constitución y a la Ley...”

(...) “Existen, tal como se explicó, procesos en los que abunda la prueba o su práctica es compleja, al extremo que, la comparecencia ordinaria establecida por ley para su presentación y práctica no es suficiente, por ello la norma en comento ha previsto que en algunos de ellos, en que converjan ciertas circunstancias, el juez a discreción amplíe la comparecencia a una tercera.

Se reitera, que ha querido el legislador que el juez, antes de decidir discrecionalmente la ocurrencia de esta tercera comparecencia, verifique si existen dos circunstancias específicas (límites a la facultad discrecional del juez): 1. Que no pudo recibirse la prueba completa, aún cuando la parte haya sido verdaderamente diligente; y 2. Que se trate de “asuntos importantes por cuantía de la cosa litigiosa o por la naturaleza objeto del proceso.”

²⁸ Un extracto medular de la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 13 de mayo de 2005, ha señalado respecto del principio de legalidad y el debido proceso que: *“En efecto, se desconoce el derecho a tutela judicial efectiva, y por tanto se conculca el debido proceso, cuando en un proceso judicial o administrativo la autoridad emite decisión aplicando criterios o fórmulas de solución al margen de las previstas en la Ley, pues al hacerlo así se produce una desvinculación del sistema de fuentes establecido por el ordenamiento jurídico, que hace arbitraria la actuación.”*

5.4.1.- La existencia de un procedimiento establecido con anterioridad:

Estrechamente ligado con el principio de legalidad encontramos también la necesidad que se encuentre previamente establecido o constituido dentro de la Ley el proceso o procedimiento que se va a emplear para juzgar a una determinada persona. Este procedimiento debe de existir mucho antes de iniciarse el juzgamiento ante la autoridad competente.

Claro está que la regulación sobre la existencia previa de un proceso busca frenar cualquier tipo de arbitrariedad o subjetividad por parte de cualquier juzgador, y así evitar la interpretación desfavorable en contra de las partes dentro del proceso.

5.5.- La satisfacción de los trámites procedimentales garantiza el cumplimiento del debido proceso, y evita cualquier situación de indefensión:

De igual manera, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en varias sentencias, dentro de las cuales podemos destacar la del 2 de septiembre de 2005 que obliga a que los tribunales antes de emitir su dictamen o sentencia, deberán obligatoriamente **satisfacer los trámites procesales relacionados con el derecho a la defensa procesal**, a fin de evitar que cualquiera de las partes pueda situarse en un estado de indefensión²⁹ (violación de los principios de contradicción y bilateralidad³⁰).

²⁹ El fallo del 2 de septiembre de 2005, ha señalado que: “(...) *Forma también parte del núcleo del debido proceso el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales que sean esenciales que propicien el ejercicio pleno del derecho a la defensa procesal, es decir, en adición a aquellos que ya han sido destacados, los que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión, por lesionar los principios de contradicción y bilateralidad procesales.*”

³⁰ Consideramos oportuno transcribir un extracto de la sentencia del 14 de julio de 2006, que desarrolla los aspectos relacionados con los principios de contradicción y bilateralidad que establece en torno a los mismos lo siguiente: “(...) *La citación a los testigos para rendir declaración en días distintos a la fecha fijada para la audiencia oral, que fue debidamente notificada a las partes, constituye una violación al debido proceso, porque se llaman a estos testigos y peritos sin previa notificación a las partes, lo cual impide a ésta hacer uso del derecho de contradicción. La resolución que sí fue notificada señala como fecha de audiencia un solo día (el 7 de septiembre de 2004 para la principal y el 27 de septiembre de 2004 para la alterna). Por ello, no existe una resolución que sustente las citaciones para días distintos a la fecha de celebración de las audiencias de fondo, en circunstancias en que las partes tienen derecho a conocer las fechas y horas en que se ordena a los testigos y peritos comparecer al tribunal para la evacuación de pruebas. Sólo cuando la*

En relación a la contradicción, es importante tener presente que este derecho permite que las partes puedan presentar afirmaciones o defensas en cuanto a los señalamientos del otro sujeto dentro de la relación procesal³¹.

El principio de bilateralidad se encuentra relacionado directamente con el derecho de igualdad que es inclusive reconocido a nivel de rango constitucional³². De igual manera, no debemos olvidar que los preceptos de bilateralidad y defensa se encuentran amparados en virtud del principio “*nemine damnatur sine audiatur*” (nadie puede condenarse sin poder defenderse), el cual evidentemente se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales para su defensa.

5.6.- Las sentencias en las cuales se dictamine una decisión de fondo diferente a lo que se demandó inicialmente, produce una lesión al debido proceso:

La regla general en materia probatoria implica que el juzgador o impartidor de justicia dentro de un proceso deberá atenerse exclusivamente a lo que las partes le soliciten. Por consiguiente ha sostenido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que cualquier decisión

práctica de las pruebas se efectúa en las fechas previamente fijadas en resolución debidamente notificadas a todas las partes se cumple con el principio de bilateralidad y contradicción.”

³¹ Los juristas ARTURO HOYOS y CARLOS ARTURO HOYOS nos comentan respecto de la contradicción que: “(...) *el proceso debe desarrollarse de tal forma que cada una de las partes tenga oportunidad razonable de tomar posición, de pronunciarse, de contradecir, las afirmaciones, pretensiones o pruebas presentadas por la contraparte (...).*” HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., página 67.

En este mismo orden de ideas, también compartimos el criterio que: “*Es obvio que para que una parte tenga oportunidad de tomar posición respecto de las manifestaciones, pretensiones o pruebas de la contraparte todas éstas deben ser puestas en conocimiento de aquélla de tal forma que se haga posible el contradictorio y se respete así la garantía constitucional del debido proceso legal.*” (Ibídem., página 69).

³² Sobre la bilateralidad debemos tener presente que: “*La bilateralidad de la audiencia no es más que un elemento de la garantía constitucional del debido proceso que es consecuencia del principio de igualdad ante la ley previstas en el artículo 20 de la Constitución Nacional. Las partes en el proceso, pues, tienen iguales derechos y oportunidades para defenderse, lo cual excluye, según el artículo 19 de la Constitución Nacional, los fueros o privilegios personales o cualquier discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas. Ahora bien, esto no excluye que pueda darse distinto tratamiento procesal a los desiguales y, en este sentido, encontramos algunas desigualdades procesales en el derecho procesal del trabajo que obedece a las diferentes situaciones y supuestos de hecho en que se encuentran el empleador y el trabajador.*” (ÍDEM).

que se aparte de los deseos demandados o peticionados por las partes incurriría en una sentencia extra-petita o incongruencia entre lo pedido y lo fallado³³.

En este mismo orden de ideas, la doctrina constitucional española ha señalado respecto a la obligación de los tribunales de pronunciarse en cuanto al fondo de la pretensión de la demanda que las resoluciones dictadas deberán de pronunciarse estrictamente sobre el asunto sometido al juzgado, independientemente si se tenga o no la razón y el derecho³⁴.

En el dictamen emitido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 13 de mayo de 2005³⁵, se señaló que cualquier decisión que no se limite o se circunscriba a los parámetros estrictos de lo demandado o solicitado por las partes se cataloga como una arbitrariedad, toda vez que no existirá en realidad un derecho de defensa justo, legal y equitativo, y la sentencia que se dicte no se apegará al fin o al objetivo real del proceso.

³³ Por ejemplo, en la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 28 de marzo de 2005, se llegó a señalar en relación a una actuación más allá de lo solicitado o lo pedido lo siguiente: “(...) *Considera el Pleno que, de la lectura de la Sentencia del Tribunal de Segunda Instancia, “prima facie”, se desprende que el “Ad-quem” entró a considerar aspectos distintos de lo pedido por el apelante en el proceso laboral, ya que al MODIFICAR la sentencia de la Junta de Conciliación y Decisión numero Dos, redujo la suma de los salarios caídos, lo cual fue objeto de impugnación por el apelante, incurriendo en una falta al principio procesal de CONGRUENCIA.*

(...) *“Al confrontar las distintas posibilidades que se pueden dar según el anterior análisis jurídico, con lo resuelto en la Sentencia de Segunda Instancia cuestionada, queda expuesto que ninguno de estos supuestos es fundamento legal aplicable a la decisión emitida por el Tribunal de Segunda Instancia en el caso que nos ocupa, pues modificó un punto del fallo de primera instancia que no fue apelado, ni tampoco estaba obligado el Primer Tribunal Superior de Trabajo a entrar a conocerlo.”*

(...) *Por lo tanto el juez no puede resolver ni más ni menos de lo pedido, como tampoco sobre cosa distinta, pues todos estos vicios constituyen incongruencia en el fallo (minus petita, ultra petita o extra petita)...*”

³⁴ *“El derecho a la tutela judicial efectiva, como ya hemos señalado, no comprende el derecho a obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución fundada en Derecho en la que el Tribunal normalmente se pronuncie sobre el fondo del asunto que le ha sido sometido, con independencia ya de que ese pronunciamiento sea o no favorable a las pretensiones aducidas (...).”* (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Ob. Cit., página 75).

³⁵ El aludido fallo ha señalado respecto de las sentencias con decisiones incongruentes en las que se falla más allá de lo pedido que: *“El tratamiento de este tema da a este tribunal constitucional la oportunidad de señalar, “obiter dicta”, que la garantía fundamental del debido proceso se lesiona también cuando en un proceso administrativo o judicial se profiere decisión de fondo con incongruencia “extra-petita”, en forma tal que conlleve una completa modificación del marco del debate procesal planteado inicialmente por las partes al trabarse la relación jurídico-procesal, puesto que esto configura una arbitrariedad que desconoce el derecho de defensa.”*

En este mismo orden de ideas, también el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en la sentencia del 8 de marzo de 2006, que no es válido excederse en una decisión o dictamen, más allá de lo sometido a consideración a un Tribunal de Justicia³⁶.

5.7.- La falta de adecuada motivación de las decisiones afectan el correcto desarrollo del debido proceso:

Cualquier resolución o decisión ya sea que se emita por la vía administrativa o judicial, a partir de la cual no conlleve una justa y adecuada motivación de los hechos, razones o circunstancias que influyeron sobre el administrador de justicia para emitir una decisión, puede ser considerada la falta de motivación, lo que evidentemente incurriría en una afectación al debido proceso.

La motivación de las sentencias es de vital importancia, a tal punto que permite entender con exactitud los fundamentos que llevaron al juzgador a adoptar una determinada decisión, lo que hace que tal dictamen responda a una interpretación del derecho³⁷. Es importante recordar que la motivación se encuentra estrechamente vinculada al principio de la congruencia.

³⁶ El fallo antes indicado, llegó a establecer que: “*Del estudio realizado hasta ahora, todo parece indicar que el Segundo Tribunal Superior se excedió al resolver sobre puntos que no fueron sometidos a su consideración en los recursos de apelación promovidos, en vista de la revocación total del auto apelado. Si bien existe una facultad saneadora, recordemos son atribuciones o errores que deben ser subsanados por el juzgador de instancia o de la causa, toda vez que el saneamiento contemplado para el trámite de la apelación y de la consulta, por lo menos, en este caso en particular, encuentra una limitante.*”

³⁷ Sobre la motivación de las sentencias en materia penal, la doctrina jurídica española ha reiterado lo siguiente: “*En las sentencias penales, el requisito de la motivación impone al juzgador la relación de un doble juicio: de una parte, la existencia de una motivación fáctica o antecedentes de hecho, inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberán consignarse (...) los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. De otra parte, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados.*

(...) “*Ahora bien, la exigencia de que las Sentencias penales contengan una expresa declaración de hechos probados no impide que el Juez o Tribunal pueda realizar en los fundamentos de Derecho las deducciones e inferencias necesarias respecto de los hechos para subsumirlos en unas concretas normas jurídico-penales, pues ello es propio de la función de juzgar y únicamente podría llevarse a cabo el control de su constitucionalidad cuando las deducciones o inferencias sean injustificadas por su irracionalidad o cuando introdujeran nuevos hechos relevantes para la calificación jurídica y éstos no hayan sido consignados entre los hechos declarados probados.*” (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Ob. Cit., página 77).

Sobre esta temática en particular la sentencia del 13 de mayo de 2005, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que: *“Igualmente, se infringe el debido proceso, en la medida en que afecta el derecho a tutela judicial efectiva, la decisión administrativa o judicial cuya motivación es manifiestamente arbitraria, por auto-contradictoria, cuando de la motivación no se desprende lógicamente lo resuelto, esto es, cuando no existe un nexo lógico entre la decisión que se toma y la argumentación que le sirve de sostén.”*

6.- La Tutela Judicial Efectiva, como vertiente del debido proceso:

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha llegado a establecer a través de sus sentencias que la Tutela Judicial Efectiva forma parte dentro del contenido del debido proceso. Por tanto, podríamos decir que el debido proceso es el concepto general, y la tutela judicial efectiva forma parte de la especie.

La tutela judicial efectiva aspira a garantizar que las partes dentro del proceso cuenten con todos los instrumentos, mecanismos y medios para proteger sus intereses legítimos y derechos³⁸.

Sobre esta temática debemos señalar que: *“En Panamá la Constitución no recoge la distinción que puede observarse en el artículo 24 de la Constitución española entre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso legal. La Corte Suprema ha sostenido que el artículo 32 de la Constitución contiene el derecho de las personas de acudir a los tribunales de justicia, si lo consideran conveniente, a fin de obtener la tutela de sus derechos.”*³⁹

Como podemos observar, en nuestra normativa constitucional si bien es cierto no aparece taxativamente establecido el principio de la tutela judicial efectiva, nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido que a través de la disposición que reconoce el debido proceso, pueden las

³⁸ El autor JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN define el concepto de tutela judicial efectiva de la siguiente manera: *“El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso.”* (SILGUERO ESTAGNAN, JOAQUÍN (1995). *La Tutela Jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid (España): Editorial Dykinson, páginas 85-86).

³⁹ HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO. Ob. Cit., página 77.

personas acudir a los tribunales de justicia con la finalidad de obtener la tutela de sus derechos.

De acuerdo con el derecho español, el concepto de la tutela judicial efectiva conlleva a que ninguna de las partes pueda sentirse en estado de indefensión⁴⁰ dentro de un proceso. De igual forma, la tutela judicial efectiva conlleva a que las partes tienen el derecho de que los juzgue el Magistrado o juez que está predeterminado por la Ley.

6.1.- La tutela judicial efectiva y la no imposición de formalismos:

Es interesante destacar que a los ojos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha llegado a señalar que el ejercicio de la tutela judicial efectiva no se puede ver limitado o restringido como consecuencia de la imposición de extremos formalismos o la interpretación o aplicación de normas que redunden en limitaciones de tipo formal.

En pocas palabras, la tutela judicial efectiva conlleva la aplicación del principio antiformalista, lo cual implica que no podemos sacrificar el debido proceso o el cumplimiento de las garantías procesales dentro del proceso, so pretexto de alegar la falta de observancia de formalismos o tecnicismos procesales⁴¹. En la práctica, esta realidad se vive a partir del momento en el cual se rechazan de forma injustificada la posibilidad de presentar los recursos legales que correspondan como consecuencia de excesivos formalismos⁴².

⁴⁰ Sobre el aspecto relacionado con la indefensión dentro del proceso, el catedrático español FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO ha señalado sobre este criterio, y tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español que: “(...) *la idea de <<indefensión>> contiene, enunciada de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, que en su esencia supone el empleo de los medios ilícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica que sea debatida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). En suma, entendida en un sentido amplio, la interdicción de la defensión constituye prima facie una especie de cláusula o fórmula de cierre del derecho a la jurisdicción.*” (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, Ob. Cit., página 65).

⁴¹ Nos comenta el catedrático FERNÁNDEZ SEGADO sobre esta temática puntual que: “(...) *El derecho a obtener la tutela judicial de Jueces y Tribunales – ha dicho el Juez de la Constitucionalidad (SSTC 57/1984, de 8 de mayo y 117/1986, de 13 de octubre) – no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones de las normas que regulan las exigencias formales del proceso claramente desviadas del sentido propio de tales exigencias o requisitos, interpretados a la luz del art. 24.1.*” (Ibídem, página 69).

⁴² La sentencia del Tribunal Constitucional español STC 87/1986, del 27 de junio ha señalado particularmente sobre este aspecto en particular lo siguiente: “(...) *cuando las exigencias formales (desde luego, legalmente más intensas en materia de recursos), obstaculicen de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, o bien hayan perdido esos requisitos su finalidad, o su incumplimiento pueda*

6.2.- La tutela judicial efectiva y el libre acceso al proceso:

Uno de las principales características que conlleva la tutela judicial efectiva recae precisamente en que se debe permitir que se le facilite el libre acceso a las partes a los tribunales de justicia y por consiguiente al proceso. En este mismo orden de ideas, ha entendido el Tribunal Constitucional español⁴³ que este derecho del libre acceso al proceso se puede dividir o conceptualizar en dos (2) derechos conexos que serían:

- 1.- El derecho de escoger la vía judicial que se estime más adecuada para la defensa de los derechos e intereses legítimos.
- 2.- El derecho de indicar a las personas que serían los sujetos demandados o pasivos dentro de la relación procesal.

6.3.- La tutela judicial efectiva y el derecho de defensa como limitante para que se pueda producir una indefensión:

Tal como apuntábamos con anterioridad, el derecho de defensa implica que las partes puedan hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos. Recordemos que el estado de indefensión dentro del proceso, sólo deberá de provenir del órgano judicial, el cual como consecuencia de su propia naturaleza es el llamado a administrar el curso del proceso.

Como característica de la indefensión debemos indicar que: “(...) se caracteriza por entrañar una privación o una limitación del derecho de defensa que cuando se produce por actos de los órganos judiciales supone una mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto.”⁴⁴

De lo anteriormente analizado podemos arribar a la conclusión que la tutela judicial efectiva al igual que el debido proceso serían concepciones bastante similares a partir de las cuales se pretende o busca que ninguna de las partes queden en estado de indefensión dentro del proceso.

convertirse en una falta subsanable, entonces, la inadmisión de un recurso puede resultar desmesurada o vulneradora del derecho fundamental en juego, o lo que es igual, del derecho a obtener una resolución de fondo de la instancia revisora.”

⁴³ Como referencia puede consultar el dictamen STC 90/1985, del 22 de julio, proferido por el Tribunal Constitucional español.

⁴⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Ob. Cit., página 73.

7.- Elementos que conforman el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia constitucional panameña:

De acuerdo a lo que se desprende de lo establecido dentro de la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de marzo de 2005, los elementos que a juicio de este Alto Tribunal encargado de la guarda e integridad de la Constitución, conforman el debido proceso serían básicamente los siguientes:

- 1.- Derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, independiente y competente de acuerdo a lo establecido por Ley.
- 2.- Garantía de los principios de bilateralidad y contradicción.
- 3.- Poder aportar pruebas dentro del proceso.
- 4.- La satisfacción adecuada de los trámites procedimentales establecidos por Ley, por parte del Tribunal.
- 5.- Obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones de las partes.
- 6.- Utilizar los medios de impugnación legalmente establecidos.
- 7.- La ejecución de la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada⁴⁵.

El respeto por el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos previamente enumerados o enlistados garantiza que se lleve a cabo correctamente la garantía y ejecución del debido proceso.

Nos interesa de igual manera destacar que por ejemplo, el Tribunal Constitucional español también ha mantenido en sentencias tales como la STC 32/1982, de 7 de junio y 102/1984, del 12 de noviembre que el debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva se compone de los mismos

⁴⁵ Sobre el tema relacionado con la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones judiciales, la doctrina española ha indicado que: *“El derecho a la tutela judicial efectiva exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea puesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario, como bien dice el Juez de la Constitución (STC 32/1982, de 7 de junio), sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.”* (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Ob. Cit., página 79).

En otras palabras, lo que se solicita con el tema de la ejecución de las resoluciones en firme radica en que se exige que las resoluciones con carácter de cosa juzgada queden en firme y se hagan cumplir, lo contrario a que éstas queden sin efecto alguno. En este orden de ideas, concordamos con la doctrina jurídica española, la cual propone el siguiente enunciado: *“La conclusión es evidente: en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidio del amparo constitucional- un nuevo procedimiento, y si así se hiciera, se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme (STC 159/1987, de 26 de octubre).”* (Ibídem., página 82).

elementos anteriormente señalados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y de la doctrina panameña⁴⁶.

8.- Ámbito de aplicación del Debido Proceso:

Lo primero que hay que establecer en relación al debido proceso es que podrán ejercitar ésta acción aquellas personas que sean titulares o legitimados aunque lo sea de forma indirecta, para poder solicitar el cumplimiento del mismo.

La regulación del principio del debido proceso tanto en la esfera constitucional como legal, tiene un ámbito de aplicación a asuntos o materias de carácter penal, civil, laboral, administrativo y otras más. En este sentido, la sentencia del 18 de abril de 2005 ha llegado a establecer que:

(...) “Se observa que el impugnante esgrime la infracción del artículo 32 constitucional sobre el debido proceso, por lo que es menester señalar brevemente que esta garantía abarca todos los procesos regulados en el derecho panameño, sean éstos de índole penal, civil, laboral, administrativo u otros. Los trámites de estos procesos, por regla, deben estar establecidos mediante ley (...).”

De acuerdo a la transcripción anteriormente indicada, la aplicación del principio del debido proceso se extiende a varios tipos o clases de procesos que regule el Estado, dentro de su potestad de administrar justicia, por lo que su aplicación no es exclusiva a una sola rama o área del derecho.

⁴⁶ En este sentido consideramos oportuno citar lo siguiente: “*El derecho que nos ocupa presenta un contenido complejo que puede ser sistematizado (...) del modo siguiente: a/ Un derecho de libre acceso al proceso, a los Tribunales. b/ Un derecho a la articulación del proceso debido, revistiendo especialísima relevancia el derecho a la defensa ante esos mismos Tribunales de la perspectiva pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, gozando de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunidad y admisibles, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. (...) c/ Un derecho a la obtención de una resolución de fondo fundada en Derecho, salvo cuando exista alguna causa impeditiva prevista por la Ley que no se oponga al contenido esencial del derecho. d/ Un derecho a la ejecución de las Sentencias y resoluciones firmes (...). e/ Un derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos.*” (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, ob. Cit., páginas 67-68).

9.- Consecuencias o sanciones que genera la afectación del debido proceso:

El resultado que puede producirse como consecuencia de la afectación o la lesión al debido proceso se constituirá automáticamente en la declaratoria de la nulidad constitucional como consecuencia de la falta de observación y cuidado en las actuaciones que se han generado dentro de un determinado proceso.

En este mismo orden de ideas, el jurista ARTURO HOYOS ha dispuesto que la consecuencia o el resultado de la violación al debido proceso traerá aparejada consecuentemente la inmediata sanción de nulidad constitucional⁴⁷.

Por lógica, es imposible que una sentencia o una decisión que se dicte prescindiendo de los trámites y de las formalidades legales pueda o deba de ser acatada por las partes que formen parte del proceso, toda vez que dicho dictamen no llegaría a cumplir con las reglas trazadas por igual para todos los ciudadanos que acudan a un juicio ya sea por la vía administrativa o judicial, para reclamar justicia.

10.- Conclusiones:

- A través del debido proceso se garantiza el cumplimiento de principios básicos o garantías procesales, lo que le brindará a las partes dentro del proceso la satisfacción de aspectos imparciales y objetivos en cuanto al desarrollo del juicio y el cumplimiento de derechos procesales.
- El ámbito de actuación y ejercicio del debido proceso se circunscribe en su gran mayoría al cumplimiento del principio de legalidad.
- Todo proceso que se ventile en las esferas policivas, administrativas, correccionales, civiles y demás jurisdicciones, deberá siempre atender al cumplimiento del debido proceso.

⁴⁷ El ilustrado jurista Arturo Hoyos ha señalado con relación a la vulneración del debido proceso y su consecuencia sancionadora que: “(...) si se viola alguno de dichos elementos de tal manera que se afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos (ya sea por violación del derecho a ser oído; por falta de la debida notificación, ausencia de bilateralidad o contradicción del derecho a aportar pruebas; de la posibilidad de hacer uso de los medios de impugnación contra resoluciones judiciales; falta total de motivación de éstas, tramitación de procesos no regulados mediante ley, pretermisión de una instancia; seguirse un trámite distinto al previsto en la ley proceso monitorio en vez de uno ordinario; ejecución de sentencia en vez de proceso ejecutivo; notificación por edicto cuando debe ser personal; sentencia arbitraria que, por ejemplo desconoce la cosa juzgada material) ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional.” (HOYOS, ARTURO (1995). *El debido proceso*. Santa Fé de Bogotá (Colombia): Editorial Temis, páginas 89-90).

- La violación al debido proceso puede suscitarse cuando el juzgador no cumpla el procedimiento establecido por ley para cada juicio; cuando no exista una correcta notificación o traslado de la demanda, cuando se niega el derecho a las partes de presentar pruebas y contrapruebas lícitas y medios de impugnación; y también en el supuesto que medie falta de competencia por parte del juzgador.
- El Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el juez encargado de aplicar la ley por la vía de la legalidad, es el único competente para poder valorar o examinar las pruebas dentro de un proceso, y no así el juez de la constitucionalidad o encargado de tutelar la Constitución. Ahora bien, pensamos que ante una flagrante violación del proceso, que da paso a una nulidad evidente, pensamos que el juez o el magistrado de lo constitucional, puede ordenar la nulidad de la valoración probatoria, y ordenar el cumplimiento de esta fase al juez de la legalidad, para garantizar el debido proceso; siempre y cuando no se hayan agotado todos los recursos legales.
- A las partes dentro del proceso, se les deberá permitir la posibilidad de aportar las pruebas que estimen convenientes, siempre que éstas sean lícitas y se establezcan dentro del término oportuno.
- Existirá indefensión dentro del proceso, a partir del instante en el que el acto de valoración de las pruebas no se realice correctamente por parte del Tribunal encargado de la aplicación de la ley o la legalidad.
- En el supuesto que un juzgador altere el periodo de recepción y práctica de pruebas, es necesario que se observen las siguientes razones:
 - 1.- La imposibilidad de recibir la prueba de forma completa.
 - 2.- Que el objeto del proceso conlleve una cuantía litigiosa importante o el fin y la naturaleza del juicio sea trascendental.
- Todo juzgador dentro de un proceso deberá de garantizar el cumplimiento de principios tales como: el de contradicción y de bilateralidad, para tutelar el derecho de defensa y no afectar el desenvolvimiento del debido proceso.
- Aquellas sentencias en las que el administrador de justicia falla o emite una sentencia mucho más allá del fin solicitado o peticionado por las partes, incurre en una violación del debido proceso, por existir una incongruencia entre lo pedido y lo fallado.
- Cualquier resolución, dictamen, decisión o sentencia a la cual le haga falta una correcta y debida motivación, en la que no exista un adecuado razonamiento lógico y jurídico por el cual se llega a una respuesta o decisión; fácilmente puede incurrirse por parte del administrador de justicia en una violación al debido proceso.
- Si bien es cierto, en nuestra Constitución Política panameña no se consagra taxativamente el precepto de la tutela judicial efectiva, ha sostenido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que este principio

se encuentra inmerso dentro del artículo constitucional que regula el debido proceso.

- Cualquier tipo de violación o afectación al debido proceso, traerá como consecuencia paralela la sanción de la nulidad constitucional de las actuaciones indebidas o ilegales; toda vez que deberán siempre respetarse y preservarse las normas constitucionales.

11.- Bibliografía:

- **Libros:**

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (2006). *El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español*. Chile: Red Ius et Praxis.

GALLIGAN, D.J. (1996). *Due process and Fair Procedures*. Clarendon Press, Oxford.

HOYOS, ARTURO (1987). La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal. Dentro del libro *Estudios De Derecho Constitucional Panameño*. Compilado por Jorge Fábrega. Panamá: Editorial Jurídica Panameña.

HOYOS, ARTURO (1995). *El debido proceso*. Santa Fé de Bogotá (Colombia): Editorial Temis.

HOYOS, ARTURO y HOYOS, CARLOS ARTURO (2009). *El debido proceso: una introducción doctrinal, jurisprudencial y de derecho comparado*. Panamá: Editorial Cultural Portobelo.

SILGUERO ESTAGNAN, JOAQUÍN (1995). *La Tutela Jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid (España): Editorial Dykinson.

- **Diccionarios y Enciclopedias:**

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO (2000). Debido proceso legal. Dentro del *Diccionario Jurídico Elemental*. Decimocuarta edición. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L.

Debido Proceso. Dentro de la *Enciclopedia libre Wikipedia*. Recuperado el día 16 de marzo de 2015, desde: http://es.wikipedia.org/wiki/Debido_proceso

**CONSECUENCIAS DE LA
IMPLEMENTACIÓN DEL RÉGIMEN DE
ACCIONES AL PORTADOR EN PANAMÁ:**

ADÁN ABEL ARAÚZ P.

Sumario de temas:

1.- **Introducción**; 2.- **Planteamiento del Problema**; 3.- **Hipótesis**; 4.- **Justificación**; 5.- **Objetivos del Proyecto de Investigación**; 5.1.- **Objetivos Generales**; 5.2.- **Objetivos Específicos**; 6.- **Materiales y Métodos de Investigación**; 7.- **Marco de Referencia**; 8.- **Marco Teórico o Desarrollo de la Investigación**; 8.1.- **Aspectos generales de la Sociedad Anónimas**; 8.2.- **Concepto y características**; 8.3.- **La Sociedad Anónima en Panamá**; 8.4.- **Régimen de acciones al portador en Panamá**; 8.5.- **Régimen de custodia a las acciones al portador en Panamá**; 8.6.- **Comparación entre Panamá y Estados Unidos sobre el cumplimiento del régimen de acciones al portador**; 9.- **Conclusiones**; 10.- **Bibliografía**.

1. INTRODUCCIÓN

Las acciones al portador son un tipo de títulos libremente transferibles, cuya sola posesión acredita la participación en una sociedad. En las acciones al portador no figura ningún nombre, sino que se reconoce como propietaria a cualquier persona que las tenga en su poder.

Mediante este trabajo trataremos de abordar las diversas consecuencias que traería la modificación del régimen de sociedades anónimas en Panamá. Haremos énfasis en lo que nuestro ordenamiento jurídico regula con respecto a las mismas, las posturas que mantienen diversos sectores de la sociedad con referente a este tema, y veremos algunos detalles particulares que enmarcan el proyecto de ley 568 que busca implementar un régimen de custodia de las acciones al portador y los distintos efectos que produciría esta medida en nuestro país y a nivel internacional.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La ley de sociedades anónimas en Panamá contempla a las acciones al portador como uno de los tipos de acciones de las cuales puedes estar formado el capital de las mismas. Siendo así, nuestro planteamiento del problema estaría enfocado en determinar las ventajas y desventajas que traería la entrada en vigencia de un régimen de custodia de las acciones al portador, como afectaría al sector económico, jurídico, social esta medida y que beneficios a nivel internacional traería la implementación de este régimen.

3. HIPÓTESIS

La implementación de una ley que establezca un custodio autorizado de los títulos emitidos por acciones al portador sería un instrumento idóneo para atacar el alto índice de los delitos de blanqueo de capitales y lavado de dinero, y promovería la transparencia a nivel internacional que buscan organismos como la Organización Mundial del Comercio y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

4. JUSTIFICACIÓN

La modificación del régimen de las sociedades anónimas en Panamá ha sido un tema que últimamente ha acaparado con gran auge varios gremios de la sociedad civil en general; por mencionar algunos están el gremio de abogados, la banca privada, ya que es un tema que en gran parte los involucra directamente a ellos.

En este sentido, nuestro trabajo de investigación va dirigido a señalar los aspectos que consideramos importantes sobre el régimen de sociedades anónimas en Panamá, más en detalle lo referente a las acciones al portador y los efectos que traería consigo implementar un régimen de custodia de acciones al portador en nuestro país.

5. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

5.1 Objetivos generales

- Determinar la influencia que traería la implementación de un custodio a las acciones emitidas al portador en nuestro régimen de sociedades anónimas.

5.2 Objetivos específicos

- Establecer las consecuencias positivas y negativas que traería la implementación de un custodio a las acciones emitidas al portador.
- Determinar los diversos aspectos que desarrolla el proyecto de ley que pretende establecer el régimen de custodia a las acciones emitidas al portador.
- Lograr establecer las posturas que mantienen diversos sectores de la sociedad con referente a la implementación de este régimen.

6.- MATERIALES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Los materiales que se emplearán para desarrollar la presente investigación se circunscribirán en primera instancia, al análisis de la legislación, así como de las disposiciones que tienen que ver con la constitución de las sociedades anónimas en nuestro medio; a efectos de estudiar con posterioridad la normativa legal que implementa en la República de Panamá el régimen de custodia de acciones al portador. También se incorporarán opiniones de juristas sobre la materia, así como también textos en el ámbito jurídico que aborden la temática objeto de estudio.

Los métodos a ser utilizados dentro del proyecto de investigación se circunscribirán en una primera fase a un ámbito exploratorio, y luego para adentrarnos al problema de la investigación, procederemos a efectuar un estudio descriptivo-explicativo de lo que ocurrirá en relación a la implementación del régimen de acciones. De igual manera, el tema en estudio permite realizar una investigación de carácter comparativo en relación con otros sistemas jurídicos extranjeros que han implantado esta modalidad del custodio de acciones al portador.

7. MARCO DE REFERENCIA

Hay que señalar que las sociedades anónimas en Panamá están reguladas mediante ley 32 de 1927 y más que todo lo referente a las acciones al portador en los artículos 28, 30, 31, 36 del citado cuerpo normativo. Como antecedentes a la modificación del régimen de sociedades anónimas, en 2009 el Diputado Miguel Alemán presentó un anteproyecto de Ley con la finalidad de derogar y modificar artículos relacionados con las acciones al Portador regulados en la Ley 32 de 1927.

Debemos mencionar que también se han dictado normas con la finalidad de atacar directamente el problema del blanqueo de capitales. Así tenemos la Ley 42 de 2000 que establece medidas para la prevención del delito de blanqueo de capitales, y la Ley 2 de 2011 que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá.

Existe un trabajo de investigación titulado “El Sistema de Sociedad de Panamá y las Acciones al Portador. Una Perspectiva Comparativa” el cual fue realizado por el Dr. Jason Sharman quien es Director del Centro de Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de Griffith, Australia. El Prof. Sharman es una reconocida autoridad mundial, experto en evasión fiscal internacional, lavado de dinero y cumplimiento de estándares internacionales en materia de transparencia fiscal. Siendo así, el Dr. Sharman realizó un Trabajo de investigación para la Facultad de Derecho

y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Hay que decir que el nombramiento de este asesor internacional tuvo el consentimiento del Presidente de la República, Ricardo Martinelli.

Actualmente, existe un Proyecto de Ley 568 titulado “QUE ADOPTA UN RÉGIMEN DE CUSTODIA APLICABLE A LAS ACCIONES EMITIDAS AL PORTADOR.” Presentado el 19 de febrero de 2013, por el Ministro de Economía y Finanzas, Frank de Lima.

8. MARCO TEORICO O DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

8.1 Aspectos generales de la Sociedad Anónimas

La sociedad anónima, conocida también como sociedad por acciones, es la forma más expresiva del fenómeno asociativo comercial que se produce cuando los esfuerzos de los individuos aislados resultan insuficientes para obtener determinados resultados. Es la sociedad anónima la mejor y mayor expresión de la empresa capitalista siendo, más que una unión de personas, una conjunción de capitales.

La característica esencial de esta sociedad es la completa despersonalización del capital. Por ello es por excelencia el caso típico de las llamadas sociedades de capitales. Siendo así, algunos autores sostienen que los accionistas son un órgano del empresario, que es la sociedad; no toman parte activa en la empresa y, generalmente, conocen muy poco o nada sobre su desarrollo.

Históricamente, su origen se remonta al siglo XVII en la existencia de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, origen que parece concretarse en la limitación de la responsabilidad (propia del Derecho Marítimo) a la fortuna que se hubiese comprometido en un viaje. Así, las primeras sociedades se constituyen y organizan como grandes empresas marítimas para comerciar y colonizar.

Si bien se suele ubicar su origen en la Compañía Holandesa del siglo XVII, la sociedad anónima alcanzó categoría de institución jurídica en el colegio napoleónico (Francia) de 1807, pues fue a partir de tal texto que la materia se reglamentó con carácter general; anteriormente a él toda compañía necesitaba ser sancionada por una ley especial que implicaba una concesión otorgada por el monarca.

A partir del Código Francés, los Países Bajos y el resto de Europa siguieron el ejemplo y se sintió la influencia de este tipo de sociedad. No obstante, en Alemania e Inglaterra las normas sobre ella adquirieron mayor originalidad, especialmente en Inglaterra, en donde el common law ha

conservado el principio de la creación de estas sociedades como una prerrogativa del Parlamento, si bien adquieren ellas su personalidad jurídica de acuerdo con los preceptos del sistema normativo. En Alemania el Código de Comercio de 1897 siguió el mencionado sistema.

El origen de la sociedad anónima en realidad es más antiguo de lo que suele creerse; otra cosa es que su tecnificación y su reglamentación sean recientes y que se hayan cumplido sólo al ritmo del desarrollo de la gran industria moderna. Este tipo de sociedad representa, en realidad, la culminación de un lento proceso de evolución de la responsabilidad de los socios que, partiendo del sistema de la sociedad colectiva y pasando por las formas comanditarias, va debilitando el intuitus pecunise (o consideración al capital), hasta llegar casi a prescindir del socio para reparar especialmente en el fondo social formado con los aportes.¹

8.2 Concepto y Características

La sociedad anónima es el elemento más adecuado, desde la perspectiva de la técnica jurídica, para los fines que busca realizar la ordenación capitalista, fines que están dirigidos a la formación de grandes empresas e instalaciones industriales a través de la concurrencia de infinitas sumas de capitales, aunque muchas veces no llegue a lograrse la creación de tales capitales.

Como tal elemento capitalista, la sociedad anónima presenta en nuestro Derecho las siguientes características:

1. **Es de naturaleza mercantil.**
2. **Tiene su capital dividido en acciones:** Es esta una de las fundamentales y típicas características de ella. Consiste en que la división de que es objeto el capital básico de la empresa y que se materializa en determinado número de partes, que pueden ser iguales o no. Pero en todas ellas los socios conservan su responsabilidad sólo hasta el monto de su aporte.

La acción es una parte del capital social, ya que por ella se ha dado un aporte que ha ido a parar al fondo social, con excepción de las llamadas acciones de disfrute y las acciones de trabajo.

Son las acciones, en consecuencia, las representaciones tangibles de un aporte patrimonial al fondo común social.

¹ Cfr. MIRANDA, FRANKLIN (2000). *Apuntes de Derecho Comercial I*. Editorial Universidad de Panamá. Panamá, p. 111.

Claro que la sociedad anónima no es el único tipo de sociedad con capital dividido en acciones; debemos recordar que las sociedades en comandita por acciones también lo tienen, aunque su régimen legal es diferente.

3. **No necesita razón social:** Recordemos que la razón social es la identificación de la sociedad formada con el nombre de sus socios o el de algunos de ellos y equivale a la firma de todos los socios. En las sociedades en que se utiliza necesariamente la razón social los socios responden personal y solidariamente de las deudas sociales, excepto en las de responsabilidad limitada.

Nuestra ley de sociedades anónimas no menciona la utilización de razón social, pues su artículo 2 dice que el pacto social deberá contener “(...) el nombre de la sociedad” y agrega “(...) la denominación incluirá una palabra, frase o abreviatura que indique que es una sociedad anónima y que la distinga de una persona natural o de una sociedad de otra naturaleza”².

4. **La responsabilidad de los socios es limitada:** En virtud de lo que dispone el artículo 39 de la ley de sociedades anónimas: *Los accionistas sólo responden de las deudas y obligaciones de la empresa hasta la suma que concuerde con la cantidad que adeuden a cuenta de sus acciones.*³ Es decir, el patrimonio personal de los socios no interviene en ningún momento como garante de las obligaciones de la sociedad; en esto se diferencia de las sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que en esta última existen casos excepcionales de responsabilidad más allá del aporte.
5. **Posibilidad de administradores no accionistas:** En las sociedades de personas el socio tiene derecho de administrar, que se justifica en razón de su responsabilidad personal por las operaciones sociales. Sin embargo, en las anónimas no hay tal derecho a menos que el pacto social estableciese otra cosa.

Ello porque, por una parte, la limitación de la responsabilidad tolera esa limitación en la gestión de los negocios y, por la otra, el carácter especial de esta forma de sociedad comercial está abierta a la suscripción de numerosas partes de su capital, lo cual facilita la formación de masas de accionistas a las

² MORENO PUJOL, JOSE MARTÍN (2011). *Código de Comercio de Panamá, Ley 32 de 1927 sobre Sociedades Anónimas*. Editorial Mizrachi & Pujols, S.A. Panamá, p.235.

³ *Ibíd.*, p.244.

que no podría reconocerse ese derecho sin que se alterase el orden y la seguridad de los negocios de la empresa.

En la sociedad anónima el accionista que no es director (o sea, administrador) sólo interviene en la gestión administrativa de un modo indirecto; esto es, sólo tiene derecho a elegir los directores y a trazar las pautas o reglas que estos deben seguir. Pero este derecho no lo puede ejercer individualmente sino en asamblea junto con los demás accionistas, como cuerpo colegiado.

Vistas las características más importantes de la sociedad anónima y sin olvidar que como sociedad mercantil también tiene características comunes a todas ellas en lo que sean contrarias a su naturaleza, es preciso elaborar un concepto de ella.

La ley no nos define a la sociedad anónima y es una lástima tal omisión pues con ella se ahorrarían muchas discusiones, las que algunas veces deforman la naturaleza misma de esta sociedad y sus características.

Hoy en día es muy discutido el concepto de sociedad anónima como un contrato, pero nuestra legislación la considera un contrato y como tal es tratada. Algunos autores tratan de asimilarla a la institución de la copropiedad, pero no debemos confundirla con ésta pues, en la comunidad o copropiedad existe una simple relación de condominio, una mera cotitularidad de bienes.

Un concepto que podríamos establecer sería que la misma es una “sociedad capitalista dedicada con capital propio, dividido en acciones y bajo el principio de la responsabilidad limitada de los socios frente a la sociedad, a la explotación de una actividad mercantil”⁴.

8.3 La Sociedad Anónima en Panamá

El Capítulo V del Código de Comercio adoptado en 1916 constituyó el primer conjunto de normas que reguló todo lo concerniente a las sociedades anónimas en la República de Panamá. En 1927 se aprobó la Ley como cuerpo normativo especializado de las sociedades anónimas; con ella se derogaron las disposiciones de Código de Comercio sobre la materia. Hasta la fecha, la misma es el marco legal que rige la constitución y estructura corporativa, administrativa y funcional de las sociedades anónimas panameñas, incluyendo sus órganos de gobierno y administración.

⁴ *Revista Iustitia Et Pulchritudo* (2010). *Editorial la Antigua USMA*. Panamá, p.170.

En realidad el Código de Comercio comprendía a las sociedades anónimas en forma más amplia y completa; mucho más que la ley 32 de actual vigencia. Esta última dispuso que todas las normas vigentes sobre este tipo de sociedad quedasen automáticamente derogadas. Ello fue lamentable porque existían normas que no sólo no se contraponían a la ley 32 sino que la complementaban.

El legislador patrio se dio cuenta de tal error y trató de subsanarlo restableciendo la vigencia de algunas normas que contenía el Código sobre la materia. Ello lo hizo mediante la Ley 9 de 3 de Julio de 1946. Pero este restablecimiento no fue gran solución ya que, en primer lugar, sólo fueron restablecidos algunos artículos del Código de Comercio con lo cual dejó de regularse sobre otros temas contemplados en los no restablecidos; en segundo lugar, las normas restablecidas lo fueron tal como estaban redactadas textualmente en el Código, con lo cual se crearon lagunas y contradicciones con toda la institución tal como la regula la Ley 32. En realidad lo que ameritaba, como se amerita, era reformar la ley 32 para hacerla más actual y más cónsona con nuestras necesidades prácticas⁵.

La ley 32 de 1927 tiene sus antecedentes en las Corporation Laws de los Estados Unidos (especialmente del Estado de Delaware) que a su vez habían tomado como patrón a la ley inglesa (Companies Act de 1829 reformada por la de 1848).

Sin embargo, nuestro legislador no tuvo la visual ni el tino de compaginar estas normas con otras de países latinoamericanos que también le sirvieron de modelo. Ello trajo como consecuencia la falta de concordancia entre las normas anglosajonas copiadas, las nuestras propias y las inserciones que hizo de otras legislaciones latinoamericanas.

Las sociedades anónimas panameñas son constituidas principalmente para adquirir bienes y mantener la confidencialidad en la identidad de sus propietarios; para limitar la responsabilidad personal de los accionistas o propietarios en la realización de inversiones o en la ejecución de operaciones comerciales que implican algún riesgo, o para estructurar operaciones o transacciones en el exterior, fuera del territorio de su propietario o accionistas, a reducir las cargas tributarias en el pago de impuestos. Así, las sociedades anónimas panameñas compran yates en el Mediterráneo y tanqueros en Asia; son propietarias de condominios en Panamá, Venezuela o España; abren cuentas bancarias en Suiza y Miami; compran mercancías en Oriente y constituyen fideicomisos sobre bienes situados en Egipto o Londres; participan en procesos de

⁵ Cfr. MIRANDA, FRANKLIN, *op.cit.*, p.116.

privatización en Colombia o Perú o hacen emisiones de valores por montos multimillonarios en New York. Con estos ejemplos queremos enfatizar los múltiples usos que se le dan a nuestras sociedades anónimas a nivel mundial y a la aceptación que tienen por parte de bancos, inversionistas y gobiernos en todas partes del mundo⁶.

Algunos de los beneficios que traen consigo la constitución de sociedades anónimas panameñas están:

- a) **Beneficios fiscales:** El sistema tributario panameño está basado en la fuente territorial del ingreso. En virtud del mismo, el Código Fiscal establece que no están sujetas a impuestos en Panamá las ganancias o rentas obtenidas, ya sea por personas naturales o jurídicas, en transacciones u operaciones realizadas o ejecutadas fuera de la República de Panamá.
- b) **Ausencia de control gubernamental:** En Panamá no existe ninguna superintendencia o entidad gubernamental que deba autorizar, aprobar o fiscalizar la constitución de una sociedad anónima, la modificación de su pacto social o el inicio de sus operaciones, así como tampoco la emisión de acciones o la transferencia de éstas, ni la modificación del capital social, la distribución de dividendos, la disolución de la sociedad, ni la venta de la misma.

Tampoco hay la obligación de presentar ningún tipo de declaración, informe o registro ante las autoridades fiscales de Panamá sobre las transacciones realizadas en el extranjero o sobre los ingresos o las rentas recibidas por la sociedad o sus accionistas. De igual manera, no es necesario registrar ni suministrar ante autoridad gubernamental alguna información confidencial o privada de la sociedad, tal como nombre de los accionistas, estados financieros, apoderados especiales o resoluciones adoptadas por la Junta Directiva o de Accionistas.

Una vez constituida la sociedad, ésta podrá dedicarse a realizar todos los negocios o actividades que sus accionistas o directores convengan, siempre que no sean contrarios a la ley.

No obstante la ausencia de control gubernamental, cabe destacar que en Panamá se han adoptado disposiciones legales que demandan de banqueros y abogados la adecuada identificación de los beneficiarios de las sociedades anónimas constituidas en

⁶ Cfr. FABREGAS POLLERI, JUAN PABLO (2005). *Sociedades Anónimas en Panamá*. Editorial Cultural Portobelo. Panamá, p.22.

Panamá, a fin de que no se utilicen las mismas, ni Panamá como plaza para la realización de operaciones extraterritoriales, en operaciones relacionadas con lavado de dinero, ni narcotráfico. Dichas disposiciones legales hacen que, al momento de constituirse una sociedad anónima o de efectuarse alguna transacción bancaria local, abogados y banqueros tengan que requerir, tanto de los accionistas, como de los dignatarios y apoderados o mandatarios, copia de sus pasaportes, información personal y referencias bancarias que permitan conocer adecuadamente al cliente. Esta información tiene el carácter de confidencial y la misma, no es entregada a las autoridades. Esta información debemos mantenerla bajo reserva en nuestros registros y archivos para ponerla a disposición de las autoridades en caso de investigaciones relacionadas con los delitos antes señalados⁷.

- c) **Capitalización:** La ley de sociedades anónimas panameñas no exige un capital social mínimo para que una sociedad pueda constituirse o para que, una vez constituida, pueda operar. Tampoco exige para ello que el capital social pactado esté totalmente pagado, cuando las acciones son emitidas en forma nominativas. Es decir, que no se requiere de un aporte inicial en efectivo por parte de los accionistas. Las acciones pueden ser emitidas sin que los suscriptores de las acciones hayan pagado el precio de las mismas. En la práctica, el capital social sólo es determinante para los efectos registrales, ya que con base en el mismo se determina el coste de inscripción del pacto social en el Registro Público, utilizándose como marco de referencia la tarifa establecida en el Código Fiscal. Para todo efecto práctico, el capital social determina el monto de inversión que puede adquirir la sociedad a través de la capitalización de la sociedad por medio de la venta de acciones, por lo que la determinación del capital social resulta ser irrelevante en las sociedades que se constituyen con fines personales. En consecuencia, para este tipo de sociedades se suele establecer el monto de capital social que paga menos impuesto de inscripción en el Registro Público.

c.1 **Acciones sin valor nominal o a la par:** El capital de una sociedad anónima puede estar constituido en moneda de cualquier país, dividido en acciones con valor nominal. También, el capital social de la sociedad puede estar representado por acciones sin valor nominal. Es decir, que el capital social autorizado de la sociedad dependerá del valor total pagado por la emisión de las acciones sin valor nominal. Para tales efectos, el precio de emisión

⁷ *Ibíd.*, p.24.

de las acciones es determinado libremente por la Junta Directiva al momento de su emisión. las acciones pueden ser pagadas en trabajo, en servicios o en bienes de cualquier clase, además de dinero.

c.2 **Acciones al portador:** Las acciones también pueden ser emitidas al portador, es decir, emitidas sin identificación del titular o tenedor de las acciones, siempre que su suscriptor haya pagado en principio, la totalidad del precio de dichas acciones, contrario de lo que ocurre con las acciones nominativas, las cuales pueden ser emitidas sin que se haya pagado su valor. Las acciones al portador se transfieren por su simple entrega, sin tener que endosarse, ni tener que notificar de dicho su traspaso o cesión a la sociedad, contrario a lo que ocurre con las acciones nominativas, las cuales sí se transfieren por el endoso del certificado de acción y consecuente notificación y registro del traspaso en el libro de registro de acciones de la sociedad. Como se puede apreciar, las acciones al portador constituyen una garantía para el accionista que desea mantener su anonimato, además de permitir el traspaso de la sociedad o de los bienes que se encuentran a nombre de ésta con la simple transferencia de las acciones, evitándose, así, el pago de impuestos por la transferencia de bienes o la ejecución de trámites burocráticos⁸.

- d) **Inaplicabilidad del principio alter ego o de responsabilidad:** El accionista no resulta responsable por las obligaciones de la sociedad. Aquel sólo responde frente a los acreedores de la sociedad por el valor de las acciones que le adeude a ésta. De igual forma, la sociedad no se hace responsable por las obligaciones personales del accionista.
- e) **Accionistas:** Los accionistas, reunidos en asamblea general, constituyen el poder supremo de la sociedad anónima. Estos no tienen que ser panameños ni estar domiciliados en Panamá. Para todos los propósitos legales, será accionista de una sociedad anónima panameña la persona que aparezca inscrita en el libro de registro de acciones, en caso de que las acciones sean nominativas, es decir, que hayan sido emitidas a nombre de una persona específica. Si las acciones son emitidas al portador, basta con que el certificado de acciones así lo indique y que en el libro de registro de acciones también se haga constar dicha circunstancia, en cuyo caso, como ya indicamos anteriormente, la representación de la acción la tendrá su tenedor y la transferencia

⁸ *Ibíd.*, p.27

de las acciones se hará mediante su simple entrega, siendo considerado como accionista el tenedor del certificado de acciones. Todo accionista tiene derecho a protestar contra los acuerdos de la junta General de Accionistas cuando los mismos sean tomados en oposición a la ley o al pacto social, así como exigirle a la Junta Directiva la rendición de cuentas por el manejo de los negocios de la sociedad.

El traspaso y venta de acciones no está sujeta a reglamentación o aprobación por parte de entidad gubernamental alguna, así como tampoco a restricciones. No obstante, pueden establecerse en el pacto social derechos preferentes o especiales, así como restricciones para la cesión o para la adquisición de acciones. Si las acciones son nominativas, los traspasos de acciones deben inscribirse en el Libro de Registro de Acciones.

Los accionistas pueden, mediante una resolución adoptada en asamblea general, modificar el pacto social, nombrar directores, acordar la disolución o fusión de la sociedad o autorizar la venta o cesión de los bienes sociales u otorgarlos en garantía prendaria o hipotecaria para asegurar obligación de terceros, entre otras facultades previamente acordadas en el pacto social.

Al igual que los directores, los accionistas pueden renunciar al derecho de convocatoria y votar por medio de poder otorgado a cualquier persona, sea esta accionista o no de la sociedad. Y sus reuniones también pueden celebrarse en cualquier parte del mundo.

- f) **Libertad de movimiento de fondos y ausencia de convenios bilaterales sobre suministro de información:** En Panamá, no existen restricciones cambiarias, ni limitaciones en el movimiento de dinero o valores. Las sociedades anónimas panameñas pueden efectuar transferencias de fondos o valores y realizar cualquier tipo de transacción financiera con plena y amplia libertad, sin que existan en Panamá restricciones o controles. En caso de que las sociedades anónimas tuvieran depósitos o fondos en entidades financieras establecidas en Panamá, las sociedades deberán completar formularios bancarios cuando los montos involucrados sean superiores a los U\$10,000.00 a fin de identificar la transacción.

Panamá, no tiene tratados de naturaleza fiscal; de suministro de información, ni de colaboración con otros países por razón de investigaciones de naturaleza tributaria. Por tanto, cualquier acción por parte de alguna autoridad extranjera relacionada con delitos,

evasiones o investigaciones fiscales no tiene eficacia en nuestro país, por cuanto que en Panamá existe el deber de confidencialidad. Este deber de confidencialidad sólo tiene su excepción, en casos de delitos relacionados con drogas y lavado de dinero.

8.4 Régimen de acciones al portador en Panamá

La ley 32 de 1927 que regula el régimen de sociedad anónima en la República de Panamá, regula las acciones al portador en los artículos 28, 30, 31 y 36. Estos de manera taxativa disponen lo siguiente:

Art. 28. No se emitirán acciones al portador sino cuando hayan sido totalmente pagadas y liberadas.

Art. 30. La cesión de las acciones al portador se verificará por la sola tradición del título.

Art. 31. Nuestra legislación contempla el cambio de un tipo de acción a otro, cuando nos referimos a las acciones al portador podrán convertirse en nominativas y viceversa, pero solamente si esta facultad está contemplada en el pacto social.

Art. 36. Con respecto al libro de Registro de Acciones, nuestra norma estipula que cuando se trata de acciones al portador el registro de acciones indicará el número de acciones emitidas, la fecha de la emisión y que las acciones han sido totalmente pagadas y liberadas⁹.

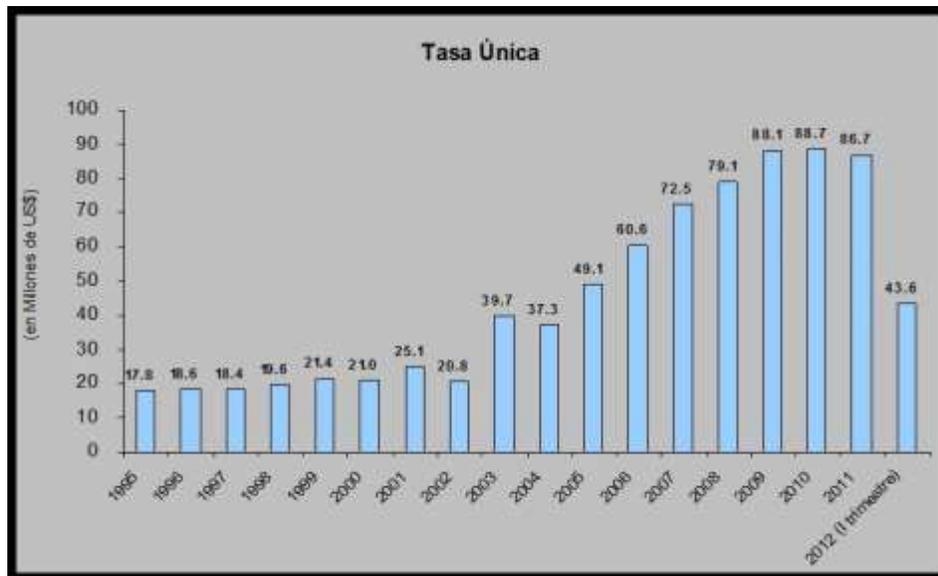
Algunas de las ventajas que podemos mencionar ofrece el régimen de acciones al portador en Panamá son las siguientes:

- Simplicidad y rapidez de transmisión: Resulta más sencillo traspasar una sociedad.
- Ahorro de costos. No hay que ir a notario; se ahorra en abogados y se ahorra en imprenta.
- Privacidad. Los propietarios permanecen en anonimato, lo cual es la esencia de una sociedad anónima.
- Se usa mucho en bienes muebles como barcos y aviones porque se pueden traspasar fácilmente y es muy utilizada en empresas familiares en donde a falta del dueño, sus herederos no tienen que formalizar procesos de sucesión, ya que con la sola presentación del título de la acción al portador, demuestran la propiedad.

A continuación presentaremos un grafico que muestra el total de ingresos al tesoro nacional de Panamá producto de las sociedades anónimas, ingresos que se computan desde el año de 1977 al primer

⁹ MORENO PUJOL, JOSE MARTÍN (2011). *Código de Comercio de Panamá, op.cit.*, pp. 242 y 244.

trimestre del 2012, lo cual asciende \$1,025,078 millones de balboas. (Estudio realizado por la Firma de Abogados Morgan & Morgan).



Países como México, Colombia y Chile no cuentan con la facultad de las sociedades anónimas para emitir acciones al portador. Países como España, cuentan con acciones al portador y las mismas pueden ser emitidas incluso sin la obligación de que sean pagadas en su totalidad. Podemos citar también, Antigua, Las Islas Marshall, Seychelles, Delaware en Estados Unidos.

Hoy en día Panamá está en el ojo de la tormenta por la discriminación que pretende ejercer la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (OCDE), Francia, Reino Unido y por las presiones de Estados Unidos, con el sólo objetivo de conseguir la modificación de la Ley 32 de 1927, para eliminar o depositar en custodia las acciones al portador, ya que según ellos las mismas se prestan para actividades ilegales, ocultando delincuentes y propiciando la evasión fiscal de los nacionales Estadounidenses¹⁰.

Panamá ha creado leyes con la finalidad de atacar los llamados delitos de blanqueo de capitales y evasión fiscal. Así, se promulgó la ley 42 de 2000 mediante la cual se establecieron medidas para la prevención del delito de blanqueo de capitales. De manera taxativa enunciaremos algunos artículos que señalan las medidas que establece esta ley:

¹⁰ Cfr. *Revista Iustitia Et Pulchritudo* (2010). *op.cit.*, p.171.

Artículo 1. Los bancos, empresas fiduciarias, casas de cambio o de remesas y personas naturales o jurídicas que ejerzan actividad de cambio o de remesa de moneda, sea o no como actividad principal, financieras, cooperativas de ahorro y préstamo, bolsas de valores, centrales de valores, casas de valores, corredores de valores y administradores de inversión, se encuentran obligados a mantener, en sus operaciones, la diligencia y el cuidado conducentes a impedir que dichas operaciones se lleven a cabo con fondos o sobre fondos provenientes de actividades relacionadas con el delito de blanqueo de capitales y a evitar su comisión¹¹.

Artículo 2. Se autoriza expresamente a la Superintendencia de Bancos y a los otros organismos de supervisión y control de cada actividad, lo mismo que a las personas obligadas, para colaborar con la Unidad de Análisis Financiero en el ejercicio de su competencia y para proporcionarle, a solicitud de ésta o por iniciativa propia, cualquier información de que dispongan, conducente a prevenir la realización del delito de blanqueo de capitales, a fin de que la Unidad de Análisis Financiero pueda examinar y analizar la información¹².

Otra ley que podemos citar que ha sido promulgada para atacar las situaciones y anomalías de las que hacen mención la OMC y la OCDE, es la ley 2 de 2011 mediante la cual se establecieron medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes. Algunos de los artículos que de manera taxativa podemos citar que desarrollan estas medidas son los siguientes:

Artículo 1. Esta Ley se aplicará a todo agente residente de entidades jurídicas constituidas o existentes de conformidad con las leyes de la República de Panamá, con el propósito de que, al cumplir con las medidas para conocer al cliente, pueda contribuir a la prevención de delitos de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y cualquiera otra actividad ilícita de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, así como de cumplir con las obligaciones establecidas en los tratados o convenios internacionales ratificados por la República de Panamá¹³.

¹¹ Ley 42 de 2000 que establece medidas para la prevención del Delito de Blanqueo de Capitales. Gaceta Oficial 24152-A. Panamá, p.1.

¹² *Ibíd.*, p.2.

¹³ MORENO PUJOL, JOSE MARTÍN (2011). *Código de Comercio. Ley 2 de 2011 que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá. Gaceta Oficial 26713-C. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Panamá, p.1048.*

Artículo 3. Para los propósitos de esta Ley, las medidas para conocer al cliente abarcan acciones para lograr lo siguiente:

1. Identificar al cliente y verificar su identidad con base en documentos, datos o información obtenida de fuentes confiables e independientes.

2. Obtener del cliente información sobre el propósito para el cual se crea la entidad jurídica.

3. Facilitar a las autoridades competentes la información requerida, en los términos establecidos en esta Ley, para combatir el blanqueo de capitales, el financiamiento de actividades terroristas y cualquiera otra actividad ilícita de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, mediante la identificación del cliente vinculado en la posible comisión de dichos delitos, y para cumplir las obligaciones establecidas en los tratados o convenios internacionales ratificados por la República de Panamá¹⁴.

Artículo 4. Las medidas para conocer al cliente deben adoptarse antes de la prestación del servicio al cliente. Sin embargo, podrán completarse dentro de los treinta días hábiles siguientes al inicio de la prestación del servicio cuando existan razones justificadas que impidan al cliente poner a disposición del agente residente la información y documentación requeridas de forma inmediata¹⁵.

8.5 Régimen de custodia a las acciones al portador en Panamá

En vista de las presiones provenientes de organismos internacionales como la OMC y la OCDE, el Gobierno Nacional busca mediante la implementación de una ley que imponga un régimen de custodia a las acciones al portador, resolver la disyuntiva de promover la transparencia internacional y disminución de delitos de lavado de dinero y blanqueo de capitales. En la exposición de motivos de este proyecto de ley 568 se dice que: *“Como consecuencia de los nuevos estándares internacionales en materia de transparencia, el uso de sociedades que puedan emitir acciones al portador resulta ineficaz dentro del sistema financiero local e internacional. Sin embargo, dada su importancia en las actividades corporativas y financieras no se considera conveniente eliminarlas como instrumentos de nuestro sistema corporativo*¹⁶”.

Uno de los artículos que llama la atención de este proyecto de ley 568, es el artículo 12 que habla de la transferencia de las acciones emitidas al portador. Modifica sustancialmente el artículo 30 de la ley 32 de 1927, ya que sostiene que la transferencia de las acciones emitidas al

¹⁴ *Ibíd.*, p.1049.

¹⁵ *Ibíd.*, p.1050.

¹⁶ *Proyecto de Ley 568. Que adopta un régimen de custodia aplicable a las acciones emitidas al portador.* Panamá, p.1.

portador se perfeccionará cuando el Custodio Autorizado sea formalmente notificado por escrito de tal transferencia por el propietario y que el adquirente entregue al Custodio Autorizado la declaración jurada en la que se detallan todos los datos que dispone este proyecto de ley debe contener para poder identificar al nuevo tenedor.

Otro artículo que también llama la atención es lo referente a la aplicación en el tiempo de la ley, ya que en su artículo 27 este proyecto 568, establece a partir de cuándo empezara a regir la ley, disponiendo que sea el día hábil siguiente luego de dos años computados transcurridos desde su promulgación. Con respecto a este tema, la Asociación Bancaria de Panamá que está a favor de este proyecto de ley 568 advirtió que cuando se apruebe la ley, esta debe entrar en vigencia a más tardar en tres meses, de lo contrario, Panamá podría ser incluida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en una lista de países no cooperantes con las normas que evitan el blanqueo de capitales.

Tenemos que señalar que ante lo importante que resulta este tema por su impacto en el desarrollo económico de nuestro país, al Presidente de la República de Panamá, Ricardo Martinelli, se le solicitó que se consultara a un asesor internacional reconocido para que el Presidente pudiera tomar la decisión correcta. Él lo aceptó y por eso la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá comisionó al Dr. Jason Sharman para que analizara el tema.

En este sentido, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá comisionó un estudio independiente sobre el tema al Profesor Jason Sharman, Director del Centro de Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de Griffith, Australia. El Prof. Sharman es una reconocida autoridad mundial, experto en evasión fiscal internacional, lavado de dinero y cumplimiento de estándares internacionales en materia de transparencia fiscal.

El Enfoque del estudio que realiza el Dr. Jason Sharman es el siguientes: “El cumplimiento de Panamá con las normas de participación accionarias se juzga en relación con las normas legales y con las prácticas reales existentes de los principales competidores de la OCDE, especialmente el Reino Unido y Estados Unidos. Asimismo, la justificación de este enfoque comparativo es de acuerdo con los principios de coherencia, equidad y objetividad, aprobados por el Foro Mundial, y refleja el hecho de que en un mundo de centros financieros de capitales móviles debe mantenerse la competitividad internacional, y a la vez satisfacer eficazmente las normas reglamentarias relevantes¹⁷”.

¹⁷ SHARMAN, JASON (2012). *El Sistema de Sociedades de Panamá y las Acciones al Portador (Una Perspectiva Comparativa)*. Universidad de Panamá. Panamá, p.2.

El primer hallazgo importante de este informe es que una clara mayoría de los Estados miembros de la OCDE (20 de 34) permite acciones al portador, y pocos han tomado medidas para inmovilizarlas. Así las cosas, el hecho de que Panamá también permite acciones al portador y no las ha inmovilizado es consistente con la práctica típica de la OCDE¹⁸.

Estados de la OCDE que permiten Acciones al Portador u Opciones de Acciones al Portador

Austria	Francia	Israel	Portugal	Suiza
Canadá	Alemania	Corea	Eslovaquia	Holanda
República Checa	Grecia	Luxemburgo	Eslovenia	Turquía
Dinamarca	Irlanda	Polonia	España	Reino Unido

Como se aprecia de la tabla anterior, una clara mayoría de los miembros de la OCDE (20 de 34) permiten acciones al portador u opciones de acciones al portador. De la información suministrada en el Informe de Cooperación Fiscal de 2010, pocos de estos países han inmovilizado sus acciones al portador. Las restricciones que hay sobre este tipo de instrumento parecen aplicar solamente a las compañías que se cotizan públicamente. Sin embargo, dicha restricción no toma en cuenta que son las compañías que no se cotizan de tal forma las que presentan el riesgo mucho mayor en lo que se refiere a evasión fiscal y otras clases de delito financiero.

La reglamentación de las acciones al portador es importante para asegurar la transparencia de las empresas. Sin embargo, los estudios sobre la práctica indican claramente que los Proveedores de Servicios Corporativos (PSC) panameños cumplen en mayor medida con los estándares internacionales que sus contrapartes en Estados Unidos, el centro financiero más importante y la jurisdicción más grande en incorporaciones. Una revisión de la propuesta de Ley de Transparencia en las Incorporaciones y Asistencia en la Ejecución de la Ley de Estados Unidos apoya la conclusión de que las sociedades nominales que no se

¹⁸ *Ibid.*, p.3.

pueden rastrear son más comunes en ese país que en Panamá. En conclusión, una consideración objetiva del cumplimiento legal y material de Panamá con las normas de identificación de los propietarios de acciones de sociedades, indica que su cumplimiento es superior al del Reino Unido y Estados Unidos, aun teniendo las sociedades panameñas acciones al portador¹⁹.

La adecuada regulación de las sociedades es de vital importancia en la lucha contra la evasión fiscal, blanqueo de capitales, la corrupción, y una amplia gama de otros delitos financieros. Cuando las sociedades no pueden vincularse nuevamente a la persona real o individuos que la controlan (el beneficiario), pueden ser utilizadas por los delincuentes como un velo corporativo, para separar, cubrir y ocultar flujos financieros ilícitos (según dispone la OCDE en 2001). Una variedad de informes detallados de las organizaciones internacionales, gobiernos nacionales y organizaciones no gubernamentales han insistido en repetidas ocasiones sobre los peligros de las sociedades imposibles de rastrear o anónimas que no pueden vincularse de nuevo. El G- 20 ha otorgado recientemente una alta prioridad a la mejora del acceso a la información sobre el beneficiario efectivo.

En principio, la OCDE ha especificado tres rutas para obtener información sobre tenedores beneficiados: en el registro corporativo, a través de un Proveedor de Servicios Corporativos (PSC), o a través de amplias facultades policivas (según la OCDE en 2001). Lo último ha sido identificado como la opción menos prometedor toda vez que, por amplios que sean los poderes de investigación de las agencias policivas, si no se recaba información sobre los tenedores beneficiarios al momento de establecerse la compañía, no hay nada que atrapar, especialmente en el caso de clientes extranjeros.

La información retenida por registros corporativos tiende a suministrar un primer puerto de entrada para los reguladores e investigadores que buscan mayor información sobre los dueños de una compañía. Sin embargo, dichos registros no ofrecen una solución en cuanto a establecer tenencia beneficiaria, en vez de legal, de compañías. Los registros normalmente funcionan como archivos pasivos. En pocos países, si es que los hay, el registro tiene la facultad o la voluntad de guardar y verificar documentación sobre la identidad del verdadero dueño de cualquier compañía. Miembros prominentes de la GAFI, incluyendo Estados Unidos, han expresado su fuerte oposición a cualquier requisito por el cual los registros tengan que llevar un record de los tenedores beneficiarios.

¹⁹ *Ibid.*, p.3.

En general, la tercera opción, hacer cumplir el principio de Conocer al Cliente a los intermediarios profesionales que forman y mantienen las compañías, es la que se considera como la vía más prometedora para asegurar la disponibilidad de la información sobre los tenedores beneficiarios. Por su parte, imponer esta obligación de Conocer al Cliente requiere que dichos Proveedores de Servicios Corporativos sean regulados y autorizados. Panamá logra este objetivo al restringir la facultad de formar compañías a abogados y firmas de abogados, e imponerles un requisito de Conocer al Cliente. Muchos países prominentes de la OCDE omiten regular a sus Proveedores de Servicios Corporativos, entre ellos Estados Unidos y aquellos que si los regulan omiten imponerles el deber de conocer a los dueños beneficiarios de las compañías que establecen dichos proveedores²⁰.

En resumen, a juzgar por las leyes de la mayoría de los miembros de la OCDE, la presencia de las acciones al portador es totalmente común y es un arreglo relativamente típico. Prácticamente ninguno de estos países de la OCDE han tratado de inmovilizar estas acciones al portador. En vista de lo anterior y del objetivo comúnmente expresado de la OCDE y el Foro Global, debe explicarse por qué la OCDE halla la presencia de las acciones al portador panameñas tan objetables frente a aquéllas emitidas por los 20 países antes enumerados. En ausencia de dicha explicación, la presión sobre Panamá para que elimine o inmovilice sus acciones al portador pareciera una incidencia conspicua de un doble estándar y una desviación sustancial de los principios de justicia, consistencia, universalidad y objetividad con los que el Foro dice estar comprometido.

8.6 Comparación entre Panamá y Estados Unidos sobre el cumplimiento del régimen de acciones al portador

En esta sección se hace una breve comparación entre el cumplimiento de Panamá y el de Estados Unidos. Se considera que, si bien las acciones al portador en Estados Unidos fueron abolidas en 2007, no han mejorado sustancialmente los pobres resultados de este país en relación con la OCDE y las normas de la GAFI sobre la propiedad que, medidos con los mismos estándares, sigue siendo notablemente inferior a la actuación de Panamá.

¿Por qué es relevante la comparación con Estados Unidos? Estados Unidos es el centro económico y financiero más grande del mundo, así como también el mercado más grande de drogas ilícitas. Aproximadamente dos millones de compañías de diversos tipos se forman en ese país cada año (en comparación con aproximadamente 40 mil

²⁰ *Ibid.*, p.8.

anuales en Panamá), muchas de extranjeros. Dada la enorme escala de su actividad económica general y la creación de compañías, en la medida en que Estados Unidos no cumpla con los estándares internacionales en la materia, los esfuerzos de otros países serán irrelevantes. Estados Unidos es el país más importante en la determinación de si las normas internacionales de propiedad son efectivas o no.

En el 2006, dos jubilados norteamericanos, funcionarios del IRS (Internal Revenue Service - Servicios de Impuestos Internos), Michael McDonald y Steven Smith, decidieron probar directamente los requisitos de incorporación en Estados Unidos y en Panamá. McDonald y Smith utilizaron un CSP (Proveedor de Servicios) de Nevada para crear una compañía en Nueva York y otra en Florida; luego, por Internet, abrieron cuentas bancarias para cada una, sin necesidad de prueba de identidad o de número de Seguro Social y en ambas usaron el nombre de una mascota (un perro) para uno de los oficiales de la compañía. Después usaron una PSC (Proveedores de servicios corporativos) panameña para establecer una sociedad nominal en Panamá, con una cuenta de banco asociada. En contraste con la experiencia de Smith y McDonald en Estados Unidos, en Panamá tuvieron que proporcionar copias notariadas de las páginas con la fotografía en sus pasaportes así como también de las licencias de conducir²¹.

Luego hicieron transferencias electrónicas entre las tres cuentas de banco de las compañías, que eran, en efecto, imposibles de rastrear debido a la falta de la diligencia debida del proveedor en Estados Unidos. Los ex funcionarios del IRS señalaron, explícitamente, lo relajado de los estándares de Estados Unidos en relación a los de Panamá.

El ejemplo anterior podría ser descartado como un incidente único y aislado; sin embargo, un poco obsoleto a la fecha. Existe, no obstante, un volumen considerable, más reciente y más sistemático, que evidencia la continua relevancia de este caso. El propio gobierno de Estados Unidos ha aportado una gran cantidad de evidencias convincentes de que las sociedades nominales norteamericanas están rutinariamente involucradas en importantes crímenes financieros tanto localmente como en el extranjero.

Esto se extiende a terroristas internacionales; importantes carteles de la droga, y corruptos oficiales de importancia de países en vías de desarrollo (Senado de Estados Unidos). Rutinariamente Estados Unidos recibe solicitudes de funcionarios de gobiernos extranjeros sobre los propietarios beneficiarios de corporaciones norteamericanas y con frecuencia, sus autoridades son incapaces de proporcionar la información.

²¹ Ibid., p.15.

Un informe reciente del World Bank/Oficina de las Naciones Unidas Contra drogas y Recuperación de Activos Robados (STAR) señala que las corporaciones norteamericanas están siendo usadas para blanquear productos de la corrupción, más que en cualquiera de los otros países.

En términos generales, este último estudio reveló que referente a las regulaciones de las sociedades nominales: Estados Unidos es, por mucho, el que peor desempeño tiene. De los 27 Proveedores de Servicios Corporativos estadounidenses que dieron una respuesta válida, únicamente tres respondieron que necesitaban algún tipo de identificación, los otros 24 estaban listos para incorporar compañías sin que mediara ningún proceso de diligencia debida

En marcado contraste, los Proveedores de Servicios Corporativos panameños contactados cumplieron con los estándares internacionales insistiendo, antes de formar una sociedad nominal, en obtener copias notariadas de documentos de identidad fotográficas expedidos por el gobierno.

Mientras que el reporte de Recuperación de Activos Robados y varias publicaciones del Gobierno americano han sido muy enérgicos en sus críticas a Estados Unidos en materia de sociedades nominales, el Foro Global ha sido notablemente más deferente en ignorar o minimizar estas graves fallas. Esta actitud indulgente es particularmente evidente en lo que respecta a la decisión de permitir una revisión combinada de la Fase 1 y la Fase 2 para Estados Unidos, en agudo contraste con el progreso escalonado y condicional entre la Fase 1 y la Fase 2 impuesto sobre Panamá y otros países menos poderosos.

Otro estudio más largo y reciente valida contundentemente la conclusión de que los estándares regulatorios para las corporaciones panameñas son significativamente más altos que los estándares de Estados Unidos con relación al beneficiario final. El estudio se basó en hacerse pasar por 21 personajes ficticios, representando figuras que incurrían en obvios actos de corrupción, blanqueo de capitales y riesgo de financiamiento de actividades terroristas y solicitándoles a las Proveedoras de Servicios Corporativas la formación de sociedades nominales. Utilizando estas identidades falsas los autores realizaron 7,466 intentos con 3,773 de estas compañías en 182 países, con el objetivo de determinar cuán fácil era obtener una sociedad nominal sin tener que proveer documentos de identidad, es decir, con qué facilidad se podía obtener una sociedad nominal imposible de rastrear infringiendo los estándares globales.

Las Proveedoras de Servicios Corporativos panameñas no solamente requirieron documentos de identidad con mucha más frecuencia que las contactadas en Estados Unidos, sino que también

tuvieron significativamente un mayor grado de cumplimiento que las del Reino Unido, Australia y Canadá. Aún en los casos donde los clientes representaban un riesgo obvio de financiamiento de terrorismo, 32 de las 90 respuestas recibidas de PSC en Estados Unidos estuvieron preparadas y dispuestas a vender las sociedades nominales mientras obviaron totalmente el procedimiento de debida diligencia al cliente. De las 115 respuestas recibidas para casos muy obvios de corrupción, 54 nuevamente ofrecieron para la venta sociedades similares e imposibles de rastrear.

En conclusión, el país más importante del sistema financiero global, Estados Unidos, es sin duda alguna inferior a Panamá en materia de regulación sobre la información del beneficiario final. El hecho de que Estados Unidos no tiene acciones al portador es realmente irrelevante, ya que sociedades nominales y difíciles de rastrear existen en la práctica y están fácilmente disponibles por parte de CPS (Proveedores de Servicios) americanas.

Diferencias fundamentales entre Panamá y Estados Unidos en cuando al régimen de sociedades

PANAMÁ	ESTADOS UNIDOS
<ul style="list-style-type: none"> • Solo pueden ser incorporadas y vendidas por abogados idóneos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Pueden ser incorporadas y vendidas por cualquier persona.
<ul style="list-style-type: none"> • Abogado tiene la obligación legal de conocer a su cliente – beneficiario final. 	<ul style="list-style-type: none"> • No hay ley que exija la obligación de conocer a su cliente – beneficiario final.
<ul style="list-style-type: none"> • Todas las sociedades deben ser registradas en un Registro Público. 	<ul style="list-style-type: none"> • No existe un Registro Público.
<ul style="list-style-type: none"> • De darse un proceso legal, el abogado tiene la obligación de colaborar con las autoridades 	<ul style="list-style-type: none"> • De darse un proceso legal, no hay manera de rastrear al beneficiario final.

9. CONCLUSIONES

Una vez que hemos analizado los diferentes aspectos que brinda el régimen de sociedades anónimas en la República de Panamá, quedan bien marcados los beneficios y bondades que brinda la regulación de nuestro ordenamiento jurídico para el desarrollo de las sociedades anónimas en nuestro país. Producto de lo antes mencionado, hay un marcado éxito que se evidencia con el hecho de que al presente se encuentran inscritas y activas más de 500,000 sociedades anónimas

cuyos dueños o beneficiarios, en su inmensa mayoría, son personas extranjeras no residentes en Panamá y que no realizan operaciones comerciales en nuestro país.

Modificar el régimen societario en Panamá traería consigo las siguientes consecuencias:

- Sería un gravísimo error con consecuencias económicas no medidas en la economía panameña.
- Nuestra ley es de aplicación para los negocios dentro y fuera del país.
- Modificar la ley sólo viendo el negocio offshore demuestra miopía e ignorancia de nuestra economía de servicios.

Ante estas situaciones, el citado proyecto de ley 568 de febrero de 2013 que busca imponer un régimen de custodia a las acciones al portador, no solo afectará la prestación de servicios financieros internacionales de Panamá, sino que además afectará el régimen societario interno del país utilizado por miles de empresarios y ciudadanos panameños para organizar sus negocios y estructuras sucesorias, encareciendo las mismas y haciéndolas más gravosas, siendo ello totalmente innecesario, toda vez que Panamá cuenta en la actualidad con leyes que le exigen a los abogados y firmas de abogados que incorporan sociedades anónimas conocer a sus clientes, bajo estándares mucho más exigentes que aquellos de muchos de sus competidores, lo que garantiza que Panamá cumpla con los estándares internacionales de transparencia requeridos por los convenios internacionales suscritos con otros Estados.

El estudio realizado por el Dr. Jason Sharman a favor de la facultad de Derecho de la Universidad de Panamá sobre las Sociedades Anónimas en Panamá y el sistema de acciones al portador, pone en manifiesto que existen medidas paliativas y mucho menos onerosas que, sin trastocar el régimen interno societario panameño ni afectar la competitividad del país, pueden fortalecer aún más la normativa patria que vela porque Panamá mantenga altos estándares de transparencia para evitar que su plataforma de servicios internacionales sea indebidamente utilizada para fines ilícitos, como lo es la legalización de la práctica comercial ya adoptada por la mayoría de los bancos de la plaza de no abrir cuentas bancarias si el cuentahabiente es una persona jurídica con acciones al portador. Una de las sugerencias que se podrían implementar en el país para solidificar el régimen societario, sería proponer una Ley que prohíba a los bancos del país la apertura de cuentas bancarias cuando el cuentahabiente es una persona jurídica que posee acciones al portador.

Como resultado de las investigaciones realizadas por el Dr. Jason Sharman se pone en manifiesto que nuestra hipótesis planteada desde un principio de imponer una ley que establezca un régimen de custodia a la

acciones al portador para disminuir los índices de delitos de blanqueo de capitales y evasión fiscal para cumplir con los índices de transparencia y cooperación que promulgan la OMC y la OCDE, no es la solución viable.

Tenemos que señalar que en reiteradas ocasiones la OCDE ha manifestado su compromiso con un proceso justo, transparente y objetivo en la aplicación universal y consistente de los estándares de transparencia asociados al intercambio de información. Este compromiso aplica tanto a los estándares incluidos en la ley como a la verdadera implementación y cumplimiento de estos estándares en la práctica cotidiana. Pocos estándares asociados a la transparencia e intercambio de información son más importantes que los que se relacionan con la información acerca de la identidad de los beneficiarios finales de las corporaciones.

En este contexto, no queda claro el por qué el hecho de que Panamá no elimine o no inmovilice las acciones al portador es en sí un problema. En términos legales, la mayoría de los países de la OCDE igualmente permiten acciones al portador y no las han inmovilizado, incluyendo centros financieros de gran importancia como el Reino Unido. En la práctica, la evidencia sugiere fuertemente que Panamá cumple significativamente con los estándares internacionales del beneficiario final y en mayor medida que muchos de los países de la OCDE, especialmente Estados Unidos. En vista de esta evidencia, se hace difícil darle valor al compromiso de la OCDE con los antes mencionados principios de justicia, consistencia y objetividad, en su manejo de las acciones al portador panameñas.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Libros

FABREGAS POLLERI, JUAN PABLO (2005): *Sociedades Anónimas en Panamá*. (4ª Ed.). Panamá: Editorial Portobelo.

MIRANDA, FRANKLIN (2000): *Apuntes de Derecho Comercial I* (2ª Ed.). Panamá: Editorial Universidad de Panamá.

MORENO PUJOL, JOSE MARTÍN (2011): *Código de Comercio de Panamá, Ley 32 de 1927 sobre Sociedades Anónimas - Gaceta Oficial 5067* (14ª Ed.). Panamá: Editorial Mizrachi & Pujols, S.A.

MORENO PUJOL, JOSE MARTÍN (2011): *Código de Comercio. Ley 2 de 2011 que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá*. (14ª Ed.). Panamá: Editorial Mizrachi & Pujol, S.A.

- Leyes

Ley 42 de 2000 “Que establece medidas para la prevención del Delito de Blanqueo de Capitales”. Gaceta Oficial 24152-A. Panamá.
Proyecto de Ley 568 de 19 de Febrero de 2013 “Que adopta un régimen de custodia aplicable a las acciones emitidas al portador”. Panamá.

- Revistas

DÍAZ LÓPEZ, LAURENTINO. (2010) Sociedades Anónimas: Análisis de las Acciones al Portador. *Revista Iustitia Et Pulchritudo*. N°.24, 167-173.

SHARMAN, JASON (2012). *El Sistema de Sociedades de Panamá y las Acciones al Portador (Una Perspectiva Comparativa)*. Panamá: Universidad de Panamá.

**RETOS DEONTOLÓGICOS DEL
EJERCICIO COLECTIVO
DE LA ABOGACÍA:
LA NECESIDAD DE ADOPTAR
CÓDIGOS DE CONDUCTA**

DARÍO SANDOVAL SHAIK

Sumario de temas:

1.- **Introducción**; 2.- **Planteamiento del Problema**; 3.- **Hipótesis**; 4.- **Justificación**; 5.- **Objetivos del Proyecto de Investigación**; 5.1.- **Objetivos Generales**; 5.2.- **Objetivos Específicos**; 6.- **Materiales y Métodos de Investigación**; 7.- **Marco de Referencia**; 8.- **Marco Teórico o Desarrollo de la Investigación**; 8.1.- **Aspectos generales de la Sociedad Anónimas**; 8.2.- **Concepto y características**; 8.3.- **La Sociedad Anónima en Panamá**; 8.4.- **Régimen de acciones al portador en Panamá**; 8.5.- **Régimen de custodia a las acciones al portador en Panamá**; 8.6.- **Comparación entre Panamá y Estados Unidos sobre el cumplimiento del régimen de acciones al portador**; 9.- **Conclusiones**; 10.- **Bibliografía**.

Palabras clave:

Conducta moral, Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado, Colegio Nacional de Abogados, ejercicio colectivo de la abogacía, firmas de abogados, Código de Conducta.

I. **Del origen y cometido de los Códigos de Ética Profesional.**

Al margen del creciente nivel de descrédito que pueda estar enfrentando la profesión de abogado¹, no es de recibo ignorar que el alto nivel de organización que han alcanzado los juristas y la trascendencia de su función social a lo largo de los últimos siglos ha provocado que este colectivo fomente el correcto actuar de sus miembros a través de Códigos de Ética adoptados en una gran cantidad de países, con el fin de orientar y regir la conducta moral de los abogados en el desempeño de sus funciones, realidad de la que no escapa la República de Panamá.

Para encontrar el más antiguo precursor de los actuales Códigos de Ética Profesional (aunque no podría considerarse un código en el sentido contemporáneo del vocablo), debemos remontarnos al siglo V antes de Cristo con el “Juramento de Hipócrates”, que constituye el más lejano antecedente de las normas a las que debe ajustarse la conducta moral de quienes ejercen un oficio, arte o profesión, en ese caso la de médico. En la actualidad, el juramento hipocrático es un juramento público de carácter

¹ Para Julio Fidel Macías Hernández “son muy constantes y sonantes los eventos que deslucen la vigencia de la abogacía en la República de Panamá”, lo que según el autor “...nos lleva a reflexionar sobre las circunstancias fácticas responsables de esta situación”. Vid. J. F. MACÍAS HERNÁNDEZ, *Ética del Abogado: ensayo sobre la situación actual de la abogacía en Panamá*, Panamá, Cultural Portobelo, 2008, p. 5.

ético que pronuncian ante la comunidad aquellas personas que van a empezar sus prácticas con pacientes o se gradúan en disciplinas de la sanidad como medicina, veterinaria, tecnología médica, fisioterapia, logopedia, odontología y enfermería.

Hoy, todo Código de Ética Profesional puede ser definido como “la ordenación sistemática de principios, normas y reglas establecidos por un grupo profesional o cuasi-profesional, para su propia vida, con el fin de regular y dirigir la conducta moral de sus miembros o sus relaciones mutuas”². Así, podemos hacer alusión a los Códigos de Ética Profesional de los Abogados, de los Trabajadores Sociales, de los Periodistas, y muchos más. El denominador común de la definición es la existencia de dos conceptos básicos:

- 1) El de “**grupo profesional**”, entendiéndose que “profesional” alude de forma amplia a quien ejerce una ciencia, arte, ocupación de tipo no manual u oficio, con un nivel avanzado de especialización, de autonomía técnica y de fundamentos teóricos, producto de una extensa preparación y una competencia en un campo específico que posibilita la independencia, al menos relativa, en la ejecución de sus funciones³. Como consecuencia, la vigencia de un Código de Ética implica la existencia previa de un grupo de profesionales cohesionado y suficientemente sólido, dispuesto a acatarlo y sostenerlo⁴; y
- 2) El de “**conducta moral**”, que no es otra cosa que el cometido del Código, que busca regular y dirigir la actividad profesional hacia la rectitud y la justicia. En atención a esa conducta que debe ser, se persigue asegurar que los medios empleados para alcanzar los fines en el ejercicio profesional sean convenientes no sólo para el que la realiza, sino también para la sociedad o público en cuyo interés ha sido conferido un permiso, licencia o idoneidad profesional. De esta forma, se establece una clara diferencia entre el “saber hacer” del profesional, que incluye el conocimiento, la aptitud y la eficacia técnica, de su “conducta moral”, que le obliga a hacer las cosas de forma tal que se ciña a la consideración y

² H. P. FAIRCHILD (Ed.), *Diccionario de Sociología*, México, FCE, 1963.

³ Una profesión tal como se conoce desde el siglo XIX, es “un conjunto de conocimientos teóricos y prácticos, aplicados dentro de una estructura o actividades con funciones determinadas. Los conocimientos y actividades de una profesión se distinguen perfectamente de los de otras, y esta profesión tiende a organizarse para obtener mejor status y ventajas para sus miembros.” (B. OTTONI VIEIRA, *Servicio Social, procesos e técnicas*, Río de Janeiro, Agir Editora, 1969, p. 335).

⁴ Vid. L. GRAZZIOSI, *Códigos de Ética del Servicio Social*, Buenos Aires, Editorial Hvmantas, 1978, p. 21.

respeto debidos a los demás. Sin ir más lejos, la buena conducta moral del abogado sería transgredida, por ejemplo, si traiciona el secreto profesional.

II. Principios rectores contenidos en el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado.

Habiendo hecho una breve aproximación al origen y cometido de los Códigos de Ética Profesional, que permite concluir que existe una ética general aplicable a cualquier profesión, como disciplina que aborda los deberes y los derechos profesionales de cada quehacer humano, al mismo tiempo coexiste una ética singular a cada profesión por separado.

En el caso concreto de la ética forense (piedra angular de este breve ensayo), la misma hace referencia a un catálogo de principios y reglas que definen el campo en que ha de desenvolverse la conducta de toda persona que ejerce la abogacía.

En Panamá se han definido los principios rectores de la ética en el ejercicio profesional de la abogacía a través del Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado⁵. Sus postulados tienen una importante función frente al ejercicio profesional, ya que delimitan las conductas tipificadas como faltas a la ética del abogado que están consagradas en el artículo 37 del Código de Ética. Pasemos revista a los mencionados principios:

► **Imperio de la Ley y de los Derechos Humanos:** Según el cual el abogado debe ser activo defensor de los Derechos Humanos y propulsor del principio del Imperio de la Ley, como base necesaria para el logro y preservación de una sociedad libre y justa.

► **Función Social del Abogado:** Es necesario aclarar que la función social del abogado no es una concepción aislada, es decir, no se trata de asumir ocasionalmente algún poder sin remuneración a favor de una persona de escasos recursos. Asumir gratuitamente la defensa de un determinado caso no es sinónimo de cumplir con la función social del abogado. Si bien dicha situación es parte del aspecto social y revela el lado caritativo del jurista, también es cierto que la función social no sólo abarca ese punto. Tampoco consiste únicamente en ser competente y diligente en la gestión de los negocios jurídicos encomendados. Esto es apenas el punto de partida, entendiendo que el desenvolvimiento de los

⁵Aprobado en Asamblea General Plenaria en el marco del X Congreso Nacional de Abogados, el 27 de enero de 2011. Publicado en la Gaceta Oficial No. 26796, de 31 de mayo de 2011.

abogados va más allá de la defensa de intereses que están envueltos en los casos que le han sido apoderados. Debe existir algo más, ese factor que completa éticamente la labor ya descrita y que hace al abogado partícipe necesario del desarrollo del Estado de Derecho y del bienestar común. Ese “algo” es precisamente su función social.

En resumidas cuentas, la función social del abogado consiste en colaborar no sólo con los clientes, sino con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del Estado y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia. También se basa en cooperar con una fluida interacción social, procurando el desarrollo económico y social del país. Por lo tanto, el abogado está llamado no sólo a conocer el ordenamiento jurídico sino a propiciar su ejecución y cumplimiento. Igualmente debe ser un ente promotor de los derechos de todos los ciudadanos, ya que vive en una sociedad con multitud de problemas que requieren soluciones colectivas. Por todas estas razones, el abogado debe difundir el conocimiento de la Constitución y la Ley en todos los escenarios, con la finalidad de que los ciudadanos conozcan a plenitud sus derechos, deberes y limitaciones a la autonomía de la voluntad impuestas por las normas de orden público. En ese sentido es necesario que sea crítico de las normas vigentes y promueva reformas legales cuando advierta situaciones que ameriten mejores escenarios de regulación.

► **Solidaridad Profesional:** De acuerdo a este principio, es deber esencial del abogado prestar con entusiasmo y dedicación su concurso personal para el mejor éxito de las asociaciones del abogado, en cuyo seno se fortalezca el sentido de solidaridad profesional tanto para la adecuada protección de los intereses de los abogados como para el más eficaz desempeño colectivo de las obligaciones sociales del gremio. También deberá estar siempre al día con las obligaciones que resulten de su relación con el Colegio Nacional de Abogados, tales como el pago de cuotas y de cargos que resulten del uso de las facilidades y servicios del Colegio⁶.

► **Sobre el ejercicio profesional:** Establece el deber del abogado de actuar con irreprochable dignidad en el ejercicio de la profesión, y el deber de cuidar con todo esmero su honor, eludiendo cuanto pueda afectar su independencia económica, comprometer su decoro o disminuir la

⁶ La vinculación al Colegio Nacional de Abogados no es un requisito indispensable para el ejercicio de la profesión. Cabe recordar que hace más de veinte años la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 24 de junio de 1994, declaró inconstitucional la condición establecida en el artículo 1 de la Ley No. 9 de 18 de abril de 1984, por la cual se regula el ejercicio de la Abogacía, consistente en ser miembro del Colegio Nacional de Abogados de Panamá como uno de los requerimientos para ejercer la profesión de abogado en nuestro país (Magistrado Ponente: Arturo Hoyos).

consideración general que debe siempre merecer. Igualmente el abogado deberá abstenerse de ofrecer dádivas a los funcionarios, y, especialmente, en *pro* de la defensa del decoro, no hará regalos de naturaleza alguna a los miembros del Órgano Judicial ni del Ministerio Público, tenga o no en sus respectivos despachos negocios en tramitación. De acuerdo a este principio, el abogado también debe respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para ejercer la profesión y abstenerse de desempeñar cargos y ocupaciones incompatibles con el espíritu de las mismas. Adicionalmente, el abogado debe reconocer su responsabilidad cuando resultare de negligencia, error inexcusable o dolo, allanándose a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados⁷.

► **El abogado y la administración de justicia:** Entraña la necesidad de aclarar aquel viejo tópico de que la justicia está en crisis debido a la demora en que los jueces resuelven los casos. Esa es una inexactitud repetida una y otra vez sobre el sistema de justicia, ya que los abogados conocen de la problemática, pero no tienen conciencia de la urgencia de solucionarla, ni salen bien librados de ella si se tiene en cuenta que el proceso judicial se ha convertido en un tinglado donde resulta vencedor, no el que abriga la razón en las pruebas y en los alegatos, sino el que más resistencia tenga frente a las arremetidas procesales de la contraparte. Por lo tanto, la función que realiza el abogado en el ejercicio de su profesión y en defensa de su cliente debe contribuir activamente a mejorar e incrementar la calidad de la justicia, para alcanzar una justicia más temprana y eficaz, y para esto es necesario modernizar y humanizar el proceso de formación de la profesión de abogado como instrumento colaborador de la administración de justicia⁸.

► **El abogado y la clientela:** A mi juicio, incluye una serie de deberes que no están siendo suficientemente inculcados en las Facultades de Derecho, lo que trae como consecuencia lógica que un elevado porcentaje de las denuncias que investiga el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados provengan precisamente de clientes que perciben que sus representantes no han cumplido a cabalidad sus deberes éticos en la relación de patrocinio judicial o de debido asesoramiento técnico.

⁷ El abogado debe entregarse a la defensa del asunto con la máxima dedicación y celo, ateniéndose a las exigencias técnicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto. Por lo tanto, es preciso recordar que los abogados en el ejercicio de la profesión están sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda, y que de acuerdo con la llamada *lex artis*, corresponderá a los tribunales de justicia y/o al Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados, dependiendo del tipo de responsabilidad de que se trate, delimitar aquellos supuestos en los que el abogado no ha actuado con la diligencia debida.

⁸ Cfr. J. F. MACÍAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 17.

La abogacía es una profesión liberal y como tal, el abogado es libre de asumir o no la atención de un negocio jurídico, cualquiera que sea su opinión personal sobre los méritos del mismo, pero si la asume, debe emplear en ella todos los medios lícitos.

Dice una conocida frase que *lo que mal empieza mal acaba*, y la misma suele tener cabida cuando la relación abogado-cliente inicia con defectos de información y documentación, relacionados con el incumplimiento del deber del abogado de especificar y documentar una propuesta de honorarios y gastos para que el cliente a su vez tenga la posibilidad de dar su consentimiento informado.

► **El secreto profesional:** Determina que es un deber del abogado guardar los secretos y confidencias de su cliente. Este deber perdura aún después de la terminación de los servicios y se extiende a los empleados y colaboradores del abogado y ni éste ni aquellos podrán ser forzados a revelar tales confidencias, salvo que ello sea autorizado por el cliente. El abogado que sea objeto de una acusación por parte de su cliente, puede revelar el secreto profesional que su acusador le hubiere confiado, si es necesario para su defensa⁹.

► **Obigatoriedad de cumplir con el mandato asumido:** Que impele al abogado a atender todo trámite hasta su finalización, a menos que se le revoque el poder o que renuncie al mismo por causas justificadas, tales como razones de honor y de decoro; la persistencia por parte del cliente en una gestión inmoral; la insistencia del cliente en la prestación de una defensa baladí; el incumplimiento unilateral injustificado por el cliente de un convenio u obligación con respecto al abogado; la incompetencia o conflicto de intereses que le impidan proseguir su gestión o efectividad; y otras causas que admitan la debida justificación. En todo caso, el abogado debe dar aviso de su renuncia al cliente con razonable anticipación a fin de que el cliente pueda obtener los servicios de otro abogado.

Con respecto a la renuncia al poder por el incumplimiento en el pago de honorarios, en ocasiones el abogado que toma el relevo omite su deber de solidaridad para con el colega, en el sentido de que asume la

⁹ Este principio ha venido perdiendo terreno y admite excepciones, ya que el artículo 3.3 de la Ley No. 2 de 1 de febrero de 2011, que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, impone a los abogados la obligación de facilitar a las autoridades competentes (Ministerio Público, Órgano Judicial y DGI) la información requerida para combatir el blanqueo de capitales, el financiamiento de actividades terroristas y cualquiera otra actividad ilícita, mediante la identificación del cliente vinculado en la posible comisión de dichos delitos y para cumplir las obligaciones establecidas en los tratados o convenios internacionales ratificados por la República de Panamá.

representación del cliente a sabiendas de que su antecesor no ha visto satisfecho el pago de sus honorarios profesionales.

► **Honorarios profesionales:** Alude al respeto y apego a la Tarifa Mínima de Honorarios Profesionales de los Abogados en la República de Panamá, aprobada en la Asamblea General Plenaria del Colegio Nacional de Abogados celebrada el 19 de febrero de 2000 y establecida mediante Acuerdo No. 49 de 24 de abril de 2001, de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, como es lógico, la conducta de competencia desleal y de falta a la ética consiste en convenir honorarios por una cifra inferior a los mínimos fijados en la tarifa.

► **Conflicto de intereses:** Indica este principio rector el deber indeclinable del abogado, antes de aceptar el poder, de revelar al cliente todas las circunstancias que existen en sus relaciones con las partes y cualquier interés que tenga en la controversia y que pueda determinar el ánimo del cliente respecto del escogimiento de su apoderado.

Asimismo, el abogado no deberá asesorar, patrocinar o representar, simultánea o sucesivamente a quienes tengan intereses contrapuestos en un caso particular, sin perjuicio de que pueda realizar con el consentimiento de todas las partes interesadas las gestiones que redunden en provecho común.

Cuando se presente el conflicto de intereses, el abogado debe declinar la prestación del servicio o renunciar a la representación de una de las partes.

► **Relaciones con los colegas y con la contraparte:** Señala que cuando los abogados que estén asociados en una causa no puedan ponerse de acuerdo sobre un asunto de interés vital para el cliente, la diferencia de opiniones debe exponerse con toda franqueza a éste, para que decida. La decisión del cliente deberá ser aceptada, a menos que la naturaleza de la diferencia sea tal que impida al abogado cuya opinión ha sido adversada seguir cooperando eficazmente. En este último caso, es deber del abogado separarse del cargo.

Entre los abogados debe haber una cordialidad que enaltezca la profesión, respetándose recíprocamente, sin dejarse influir por la antipatía o resentimiento que exista entre las partes. Igualmente los abogados se deberán abstener de proferirse entre sí expresiones malévolas o injuriosas y de aludir a antecedentes personales, ideológicos, políticos o de otra naturaleza.

El abogado también debe tratar siempre a la contraparte y a los testigos con ecuanimidad, guardando el debido respeto y consideración para con ellos.

No debe comunicarse directamente con la contraparte que ya está representada por abogado. En el caso de que sea posible negociar o llegar a un arreglo sobre el asunto en litigio, debe tratar solamente con el apoderado de dicha parte. Tampoco puede inducir a la contraparte a sustituir el poder para llegar a una transacción.

Por último, el abogado se abstendrá de: a) Realizar directamente o por interpuesta persona y en cualquier forma gestiones encaminadas a desplazar o sustituir a un colega en asunto profesional; b) Ofrecer sus servicios o prestarlos a menor precio, para impedir que se encargue de él otro abogado, y c) Propiciar la elusión o el retardo del pago de los honorarios debidos a un colega.

► **Publicidad de sus actuaciones y promoción de los servicios que presta:** El abogado debe evitar cualquier declaración o publicación en los medios de comunicación en relación con litigios pendientes o futuros, salvo que la contraparte no cumpla con este precepto; siempre que lo haga ejerciendo su derecho de aclaración o de réplica, cuando en un medio de comunicación se refieran a la causa o litigio en cuestión tergiversando los hechos. Lamentablemente, los medios de comunicación social se han convertido en una especie de pasarela de abogados litigantes, que acuden a ellos un día sí y otro también para hacer declaraciones sobre sus litigios pendientes, en flagrante violación a la ética profesional. Por esta razón se hace necesario dotar al Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados de Panamá de la facultad de actuar de oficio cuando se percate de la existencia de una posible falta a la ética del abogado, para que en tal caso inicie la causa correspondiente¹⁰.

Finalmente, el abogado debe abstenerse de toda publicidad engañosa o excesiva, entendiéndose por publicidad engañosa aquella que hace referencia a características o información relacionada con algún servicio

¹⁰ A la fecha de redacción de este artículo, la Corte Suprema de Justicia promovía la presentación ante la Asamblea Nacional del Anteproyecto de Ley que modifica la Ley No. 9 de 18 de abril de 1984, por la cual se regula el ejercicio de la Abogacía. Una de las principales reformas incorporadas en el Anteproyecto de Ley consiste en modificar el artículo 21 de la precitada Ley de la Abogacía, a fin de dotar al Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados con la facultad de actuar de oficio cuando se percate de la existencia de una posible falta a la ética del abogado, para que en tal caso inicie la causa correspondiente. Esta medida fue propuesta por el Colegio Nacional de Abogados ante las constantes declaraciones que hacen los abogados en los medios de comunicación social en relación con sus litigios pendientes.

que induce a error o confusión por la forma inexacta, limitada, falsa, exagerada, parcial o tendenciosa en que se presenta.

III. La escasa regulación deontológica del ejercicio colectivo de la abogacía.

Los principios y deberes éticos de los abogados descritos previamente regulan una serie de actividades en el marco de la asesoría, la representación judicial o administrativa. No obstante, prácticamente todos se concentran en el ejercicio del profesional del derecho cuando se desenvuelve de manera individual, pasando por alto que esa no es la única realidad que conoce la abogacía panameña.

Al momento de la elaboración de este ensayo, la Sala IV de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia había otorgado alrededor de veintitres mil (23,000) certificados de idoneidad para el ejercicio de la profesión de abogado. De ellos, un importante número de juristas desempeña sus funciones desde una perspectiva colectiva, es decir, como miembro de una de las muchas firmas de abogados constituidas bajo la forma jurídica de Sociedad Civil¹¹, en las que se producen situaciones prácticas que no están contempladas dentro de los parámetros de regulación del Código de Ética¹².

Veamos algunos supuestos relacionados al ejercicio colectivo de la abogacía que no están regulados en nuestro Código de Ética. A continuación, el tratamiento que reciben en el Código Deontológico de la Abogacía Española (en adelante CDAE) y en el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante EGAE):

- A) El ejercicio de la **libertad de defensa**: El derecho de defensa corresponde a todos los abogados, con independencia de la función que realicen. Por lo tanto, el abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes. Igualmente tiene plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de

¹¹Atendiendo a los distintos organigramas de las firmas de abogados panameñas, los deberes éticos atribuibles individualmente a sus miembros son impuestos por el Código de Ética y Responsabilidad Profesional sin distinción de la nomenclatura de sus cargos, ya sea que se trate de un socio fundador, socio director, socio administrador, socio senior, socio, asociado senior, asociado, asociado internacional senior, asociado internacional, abogado senior, abogado, asistente legal, asesor, consultor, consejero senior, consejero o cualquier otro tipo de cargo que se desempeñe en ejercicio de la idoneidad profesional conferida por la Sala IV de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

¹² Con la honrosa excepción del Secreto Profesional, que se extiende a los empleados y colaboradores del abogado.

justificar su decisión. De acuerdo al artículo 28.5 del EGAE, **la libertad de defensa se extiende a cada uno de los miembros de un despacho colectivo**, al señalar que *“los abogados miembros de un despacho tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna.”*

- B) **Diligencia:** Supongamos que el abogado “Miranda”, socio Director de una firma de abogados, tiene contratados a tres jóvenes licenciados que recién han obtenido sus idoneidades. Uno de ellos, llamado “Fernández”, se va de vacaciones y no informa sobre el vencimiento de un término dentro de un proceso dirigido por “Miranda”, por lo que no se presenta un recurso de apelación de uno de los clientes de la firma. Frente a una demanda de responsabilidad civil presentada por dicho cliente ¿quién responde?: “Fernández” personalmente, al estar ya ejerciendo como abogado idóneo?; o responderá siempre “Miranda” por su calidad de Representante Legal?; o acaso responderá personalmente “Miranda”, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda corresponder a “Fernández”?; es que responderán tanto el titular de la firma de abogados como los tres colaboradores, al tratarse de una responsabilidad solidaria en aras de la protección del cliente? Aplicando el artículo 13.10 del CDAE, la responsabilidad sería asumida individualmente por el abogado que dirija el asunto, incluso por las actuaciones de pasantes y colaboradores que hayan intervenido, sin perjuicio de la facultad de repetir la responsabilidad si procediera y sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda corresponder directamente a éstos. En el caso del ejercicio colectivo de la abogacía todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente de forma personal, solidaria e ilimitada de acuerdo con el artículo 28.7 del EGAE, así como, en su caso, la propia sociedad profesional.

IV. Los Códigos de Conducta y su adopción voluntaria por parte de las firmas de abogados.

Tal como ha quedado patente con algunos ejemplos, diversas actuaciones relacionadas al ejercicio colectivo de la abogacía se traducen en auténticos vacíos en el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado. Ante esta situación, algunas firmas de abogados han considerado oportuno y necesario dotar a todos sus abogados y colaboradores de un manual que establezca los fundamentos y directrices

que deben guiar su desempeño profesional, así como las reglas éticas que deben implementar en el cumplimiento de las gestiones asignadas a cada uno de ellos, en complemento de las disposiciones del Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado.

El propósito de la adopción voluntaria de estos Códigos de Conducta es que cada integrante de la firma al adherirse a éstos, tenga el deber inexcusable de mantener una conducta digna y honorable, y de ejercer su oficio con criterio profesional, en defensa de los mejores intereses de la firma y sus clientes.

El ámbito de aplicación de los referidos Códigos suele alcanzar a todos los abogados y colaboradores que se desempeñen en la firma y sus empresas filiales, de forma remunerada o no, los cuales quedan supeditados a la observancia de todo lo establecido en el Código de Conducta. Las personas que realizan pasantías o prácticas profesionales, en adición a lo anterior, también quedan sujetas a los convenios o acuerdos de cooperación que para tales fines haya suscrito la firma.

Algunos de los principios orientadores de los deberes de los abogados y colaboradores comúnmente incorporados a estos Códigos de Conducta son los siguientes:

► **Integridad:** Actuar con probidad, exteriorizando una conducta honesta que no pueda ser objeto de reproche, y procurando el uso correcto de los recursos de la firma, evitando cualquier beneficio o ventaja personal.

► **Prudencia:** Actuar con pleno conocimiento de los asuntos sometidos a su gestión, y con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes. Su conducta debe inspirar confianza en los clientes, tanto en las actuaciones como en la veracidad de las comunicaciones propias de la firma.

► **Equidad:** Todo abogado y colaborador de la firma debe tener permanente disposición y lealtad para el cumplimiento de sus funciones, reconociendo a cada uno lo que le es debido, tanto en sus relaciones con el Estado y sus funcionarios, como con el cliente, sus superiores y subordinados.

► **Comedimiento:** En todo momento se deben desarrollar las funciones y labores con el respeto y la sobriedad que distinguen a los auxiliares de la justicia en el cumplimiento de su deber.

► **Idoneidad y Capacitación:** Deben entenderse como la aptitud técnica y el mejoramiento de los conocimientos y destrezas que faciliten el cumplimiento de los objetivos de la firma.

► **Confidencialidad:** Debe guardarse reserva y abstenerse de difundir toda información, hechos y asuntos de la firma y de los clientes, con los límites consagrados por la normativa de prevención de los delitos de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo. Tampoco deberá utilizarse la información confidencial para beneficio personal.

► **Igualdad de Trato:** Ningún abogado ni colaborador de la firma debe realizar actos discriminatorios en su relación con los clientes o con sus compañeros de trabajo.

► **Uso adecuado de los activos de la firma:** Los abogados y colaboradores deben salvaguardar los bienes de la firma y utilizar de forma racional aquellos bienes que le fueran asignados para el ejercicio de sus funciones, evitando su abuso, dilapidación o desaprovechamiento. Tampoco pueden emplearlos para uso particular o fines distintos para los que fueron destinados, excluyéndose de tal concepto las actividades que por razones de protocolo o capacitación se deban realizar fuera del horario o lugar habituales de desarrollo de sus funciones.

► **Solidaridad:** Ante situaciones de contingencia, se debe asistir a los colaboradores en la realización de tareas que por sus características no sean las estrictamente relacionadas a un cargo, en caso de que resulte imprescindible para superar dificultades y lograr los objetivos que la firma persigue.

► **Debida diligencia:** Cada abogado debe cumplir con los requisitos y procedimientos del Manual Conozca a su Cliente, si es que la firma tiene adoptado uno.

► **Gestión eficiente:** Todas las gestiones y transacciones serán anotadas y sustentadas documentalmente en los libros y registros de la firma, utilizando para ello los principios de contabilidad generalmente aceptados.

► **Conflicto de intereses:** Ante la existencia o posibilidad de un conflicto de intereses, los abogados y colaboradores deberán revelarlo formalmente a la administración de la firma, expresando motivadamente los detalles de la situación. La firma no podrá representar a un cliente que tenga un conflicto de intereses con otro cliente de la firma.

► **De las relaciones con el gremio jurídico:** La firma no debe permitir que sus servicios profesionales sean utilizados para hacer posible el ejercicio de la abogacía a personas no idóneas, sean éstas naturales o jurídicas. La firma acepta competir respetando la cordialidad que debe enaltecer la profesión de abogado, dentro de un marco profesional, ético y

de tolerancia a la sana competencia. Los abogados y colaboradores se abstendrán de realizar gestiones encaminadas a desplazar o sustituir a un colega en asunto profesional, u ofrecer sus servicios o prestarlos a menor precio, para impedir que se encargue de él otro abogado. También se abstendrán de propiciar la elusión o el retardo del pago de los honorarios debidos a un colega.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y ensayos

ARTO DE PRADO, M.: *Manual CTO de Derecho. Deontología Profesional*, Madrid, 2012.

FAIRCHILD, H. P.(Ed.): *Diccionario de Sociología*, México, FCE, 1963.

GRAZZIOSI, L.: *Códigos de Ética del Servicio Social*, Buenos Aires, Editorial Hvmánitas, 1978.

MACÍAS HERNÁNDEZ, J. F.: *Ética del Abogado: ensayo sobre la situación actual de la abogacía en Panamá*, Panamá, Cultural Portobelo, 2008.

MENÉNDEZ, A.: *Ética Profesional*, México, Editores Herrero, 1962.

OTTONI VIEIRA, B.: *Servicio Social, procesos e técnicas*, Río de Janeiro, Agir Editora, 1969.

Normativa nacional e internacional

CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (CDAE), aprobado en 2002 por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española.

CÓDIGO DE ÉTICA Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO, Aprobado en Asamblea General Plenaria en el marco del X Congreso Nacional de Abogados, el 27 de enero de 2011. Publicado en Gaceta Oficial No. 26796, de 31 de mayo de 2011.

ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (EGAE), aprobado por el Real Decreto 658/2001.

Ley No. 9 de 18 de abril de 1984, por la cual se regula el ejercicio de la Abogacía. Publicada en Gaceta Oficial No. 20,045 de 27 de abril de 1984 (Reformada por la Ley No. 8 de 16 de abril de 1993).

Ley No. 2 de 1 de febrero de 2011, que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá. Publicada en Gaceta Oficial No. 26713-Cde 1 de febrero de 2011.

Jurisprudencia

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de 24 de junio de 1994 (Magistrado Ponente: Arturo Hoyos).

**DUALIDAD CONCEPTUAL
DE LAS MARCAS
COMO SIGNOS DISTINTIVOS
Y BIENES MUEBLES INTANGIBLES
DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN
PANAMEÑA.**

ERNESTO J. NICOLAU

Sumario de Temas:

Introducción; Marco conceptual; 1.- Dualidad conceptual de la marca: signo distintivo y bien mueble; 2.- Las marcas como bienes intangibles; 3.- El derecho de propiedad marcaria y su diferencia en el derecho de los consumidores; Conclusiones; Recomendaciones; Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo hemos realizado un estudio relacionado a la novedad jurídica de las marcas como bienes que desarrolla la Ley 61 de 2012, que adiciona y reforma en parte la Ley 35 de 1996.

De allí damos paso a elaborar la dualidad conceptual que existe para las marcas explicadas mediante la teoría de los signos distintivos para adquirir el dominio o derecho de propiedad de la marca y una vez obtenido el registro desarrollamos el concepto de bien mueble intangible y la observancia y protección del certificado de registro de la marca con arreglo al derecho de propiedad.

Finalmente, demostramos en este trabajo que las marcas son derechos de propiedad que son ajenos a los derechos de los consumidores pese a que una de las funciones marcarias es la protección al consumidor y debe darse un trato independiente un derecho del otro pese a que hoy día se cometen muchas confusiones sobre el particular.

MARCO REFERENCIAL

Marco conceptual.

La ley 35 de 1996, en su artículo 89, define la marca como todo signo, palabra, combinación de estos elementos que sean susceptibles de individualizar un producto o servicio en el comercio.

Por otro lado, la ley 35 de 1996, en su artículo 96, define la propiedad marcaria como el derecho de uso exclusivo adquirido por su registro.

El artículo 129 de la Ley 61 de 2012, considera la marca como un bien y los derechos dimanante del registro podrán cederse o transferirse, darse en garantía, opciones de compra, secuestros, embargos, para todos o parte de los productos o servicios para los cuales estén registradas o solicitadas.

En ese sentido observamos una dualidad de conceptos: los signos distintivos y los bienes con el derecho de propiedad. Se aprecia con claridad que la marca debe tener una función distintiva con capacidad de darle al consumidor la información que necesita y al titular de la marca una capacidad de individualizarse de los competidores del mercado.

Según McCarthy, J. T. (2004) define las marcas como:

(1) A word, slogan, design, picture, or any other symbol used to identify and distinguish goods (2) Any identifying symbol, including a word, design, or shape of a product container, which qualifies for legal status as a trademark, service mark, collective mark, certification mark, trade name or trade dress.

Para McCarthy, la marca tiene dos acepciones una de naturaleza legal y otra de naturaleza comercial o económica o de mercado.

Dual Meaning of Trademark. The term "trademark" is often used in two different senses, one broad and one narrow. In its broader meaning, trademark or trademark law is an expansive term used to indicate the whole field of protection of all forms of indications of origins, including marks use on goods

Por otro lado Víctor D. López (2014) define marca como:

Trademarks and service marks protect the names, symbols and devices used by businesses to

distinguish their goods and services from the goods and services manufactured, sold or provided by others.

La marca en su acepción comercial lo definen Gordon V. Smith and Susan M. Riche (2013) as:

we will define a brand as an aggregation of attributes that buyers have come to associate with a particular product or service or organization. The brand terminology is used by those in the marketing field perhaps because brand attributes attempt to describe the characteristics of the intersection of a product or service with the marketplace.

De lo dicho anteriormente, una vez que el signo distintivo queda registrado se convierte en marca y su uso en el mercado le crea una función distintiva frente al consumidor y una individualización del empresario en el comercio lo que representa para la empresa un valor económico tanto en los bienes que ampara la marca como en los derechos exclusivos que se derivan de la propiedad de la marca.

Para Gordon V. Smith and Susan M. Riche (2013), las empresas tienen tres tipos de bienes: los monetarios (activos corrientes y líquidos), los tangibles y los intangibles. Para nuestro estudio se hace necesario definir los bienes intangibles que es el segmento que corresponde a las marcas.

Los bienes intangibles son definidos por Gordon V. Smith and Susan M. Riche (2013) así: "The Financial Accounting Standards Board (FASB), in its Accounting Standards Codification, defines intangible assets as: "Assets (not including financial assets) that lack physical substance."2

The same source defines goodwill as an "asset representing the future economic benefits arising from other assets acquired in a business combination."3

Finalmente, nuestro Código Civil define bienes en sus artículos 326 y 327. El artículo 326 se define bien mueble como los bienes susceptibles de apropiación que se pueden transportar de un lugar a otro sin afectar su esencia y en el artículo 327 el bien mueble incluyen los derechos y las obligaciones. Esta clasificación clásica del derecho civil indica que los productos que ampara la marca son bienes muebles y para el caso de los servicios que la marca ampara y los derechos de propiedad derivados del registro marcario son bienes muebles en su categoría de derechos y obligaciones.

Marco Teórico

Esta investigación se sustenta en la teoría general de los signos distintivos (Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, 2014) como fundamento para adquirir la propiedad marcaria. Esta teoría delimita que signos distintivos son de interés para el derecho de propiedad industrial y, específicamente para este estudio, qué signos pueden ser marcas, tomando en consideración los límites y las prohibiciones que nuestra Ley 35 de 1996, modificada por la Ley 61 de 2012 le impone a los signos para que califiquen como signos distintivos marcarios.

La otra teoría de este trabajo es la teoría de la valoración marcaria (Gordon V. Smith and Susan M. Riche 2013), mediante la cual se desarrolla el concepto de los bienes intangibles, que dentro su clasificación incluye los derechos industriales, entre ellos las marcas y el valor monetario y/o económico de los derechos exclusivos derivados del certificado de registro de una marca y el valor económico de los productos o servicios que ampara la marca.

CONTENIDO

1. Dualidad conceptual de la marca: signo distintivo y bien mueble.

En Panamá nuestra ley de Propiedad Industrial contempla una dualidad de conceptos de lo que debe entenderse como marca: signos distintivos y bienes.

La Ley 35 de 1996 conceptualiza la marca como:

Artículo 89. *Para los efectos de la presente Ley, se entiende por marca, todo signo, palabra, combinación de estos elementos o cualquier otro medio que, por sus caracteres, sea susceptible de individualizar un producto o servicio en el comercio*

La Ley 61 de 2012, considera a la marca como:

Artículo 129. *Para los efectos de esta Ley las marcas tendrán la consideración de bienes, y los derechos dimanantes de un registro podrán cederse o transferirse a una o varias personas, darse en garantía, opciones de compra, secuestros, embargos u otras medidas judiciales, que resulten del proceso de ejecución, de acuerdo con lo que establezca la legislación común, para todos o en parte de los productos o servicios para los cuales estén registradas o solicitadas.*

Por las definiciones anteriores las marcas son signos distintivos y bienes de acuerdo a la ley de propiedad industrial panameña. Sin embargo, para que el derecho marcario nazca se hace indispensable el registro. Aunado a ello, los derechos derivados del registro a favor del titular de la marca son derechos exclusivos de propiedad privada que consisten en el uso, goce, disfrute y libre disposición de derechos marcarios.

La Ley 35 de 1996 señala:

Artículo 96. *El derecho al registro de una marca se adquiere por su uso. El derecho a su uso exclusivo se adquiere por su registro. Los efectos y alcances de los derechos conferidos por el registro, están determinados por la presente Ley.*

Vemos en consecuencias que la marca no solo tiene como concepto ser un signo distintivo sino también es un derecho de propiedad sobre bienes muebles de naturaleza intangible que se adquieren por el registro.

El artículo 96 y el artículo 129 antes citados, dan paso a la teoría de la valoración marcaria que desarrolla Nuñez Martínez M. y Velázquez S. (2009), quienes sostienen lo siguiente:

En los bienes inmateriales el corpus mysticum, que es la idea debe exteriorizarse en un soporte material que es el corpus mechanicum que nos permite su identificación, visualización, conocimiento y utilización. La creación intelectual no se limita a la cosa a través de la cual se exterioriza, sino que va más allá por lo que es susceptible de varias exteriorizaciones, lo que no agota su sustancia ni impide que su titular continúe recibiendo beneficios. El titular tiene un derecho de propiedad, que en este caso no se agota, sino que al contrario encuentra la potenciación de su función en la posibilidad de repetición.

Por otro lado, otros autores, como Breuer Moreno (1946), conceptualiza la marca a través de la teoría de los signos distintivos: “*el signo característico con el que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola*”, tesis recogida en el artículo 89 antes citado.

Como se observa, hay una dualidad de teorías que se aplican al concepto de marca. La primera es la teoría de los signos distintivos contenido en el Capítulo I, de las Marcas en General (artículo 89) y la segunda teoría es la valoración marcaria y el derecho de propiedad de bienes muebles intangibles contenidos en el Capítulo II, de la Propiedad de las Marcas (artículo 96).

La teoría de los signos distintivos aplica para el solicitante de un registro de marca quien debe someterse a una evaluación de signos distintivos para poder adquirir el registro.

En este caso el examinador de marcas de la Dirección General de la Propiedad Industrial, del Ministerio de Comercio e Industrias debe realizar una valoración del signo que se le ha presentado para su registro con fundamento en la teoría de los signos distintivos.

El artículo 91, numeral 9, es la base del análisis de los signos distintivos que citamos a continuación:

Artículo 9. No pueden registrarse como marcas, ni como elementos de éstas:

9. *Las que sean idénticas, semejantes o parecidas, en el aspecto ortográfico, gráfico, fonético, visual o conceptual, a otra marca usada, conocida, registrada o en trámite de registro por otra persona, para distinguir productos o servicios iguales, de la misma clase o similares a los que se desea amparar con la nueva marca, siempre que esa semejanza o identidad, de una y otra, sea susceptible de provocar en la mente del público, errores, confusiones, equivocaciones o engaños, respecto a esos productos o servicios, o a su procedencia.*

Salvo se soliciten con la autorización expresa del titular de la marca registrada. Los bienes o servicios no se considerarán como similares entre sí, únicamente sobre la base de que en cualquier registro o publicación se clasifiquen en la misma clase del Sistema de Clasificación de Niza. Los bienes o servicios no se considerarán disímiles entre sí, únicamente sobre la base de que en cualquier registro o publicación se clasifiquen en distintas clases del Sistema de Clasificación de Niza. En el caso de bienes o servicios conexos, la persona que se sienta afectada podrá oponerse al registro, con base en lo indicado en este numeral.

Ann Carrington (2013), considera que el examinador debe analizar una serie de factores llamados polaroid para que un signo distintivo o espécimen califique como marca, de acuerdo a la teoría de los signos distintivos:

Under the Polaroid case, it found eight factors for evaluating likelihood of confusion between non-identical goods or services:

1. Strength of plaintiff's trademark
2. Degree of similarity between plaintiff's and defendant's marks" "Analysis: (a) Similarity of appearance – usually dealing with picture or design marks" "(b) Similarity of sound – focuses on how the mark sounds phonetically" "(c) Similarity of meaning"
3. "Proximity of the products or services"
4. "Likelihood that plaintiff will bridge the gap"
5. "Evidence of actual confusion. Analysis: It is not necessary to prove that the defendant's use causes a likelihood of confusion"
6. "Defendant's good faith in adopting the mark"

7. Quality of defendant's product or service; Analysis: If both parties use their marks on the same or related types of services, then there is a greater likelihood of confusion.

8. Sophistication of the buyers. Analysis: Ask; what is the market of consumers? The more sophisticated the potential purchasers and the more costly the goods.

Una vez que la marca queda registrada le aplica la teoría del derecho de propiedad sobre un bien mueble de naturaleza intangible contenido en el artículo 99 de la Ley 35 de 1996, que reconoce un derecho de prohibición de uso a terceros y un derecho de exclusividad a favor del titular de la marca en su

artículo 99:

Artículo 99: El titular del registro de una marca tiene el derecho de impedir que terceros realicen, sin su autorización, cualquiera de los actos siguientes:

1. *Fabricar, imprimir o reproducir etiquetas, membretes, envases, envolturas y otros medios similares de identificación, empaquetado o acondicionamiento, que ostenten la marca o un signo distintivo idéntico, cuando fuera evidente que tales medios están destinados a usarse con relación a los productos o servicios para los cuales está registrada la marca, o productos o servicios conexos, así como vender u ofrecer en venta esos medios;*

2. *Aplicar, adherir o, de cualquier otra manera, fijar la marca o un signo distintivo idéntico o que se le asemeje, al punto de inducir al público a error sobre productos para los cuales está registrada la marca, sobre los envases, envolturas, empaques o acondicionamiento de tales productos; sobre productos que han sido elaborados, modificados o tratados mediante servicios para los cuales está registrada la marca, o sobre artículos que se emplean para proporcionar tales servicios al público;*

3. *Usar un signo distintivo idéntico o similar a la marca registrada, para identificar los mismos productos o servicios para los cuales está registrada la marca, o para productos relacionados con éstos;*

4. *Utilizar un signo distintivo idéntico o similar a la marca registrada, para identificar productos o servicios distintos de aquellos para los cuales está registrada la marca, cuando el uso de ese signo respecto a tales productos o servicios, pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con la marca registrada;*

5. Emplear en el comercio un signo distintivo idéntico o similar a la marca registrada, sin justa causa y en condiciones que puedan ocasionar un perjuicio al propietario de la marca, en particular cuando tal uso pudiera diluir o destruir la fuerza distintiva o el valor comercial de la marca;

6. Usar, con respecto a una determinada marca, términos de comparación con otra marca cuyos productos o servicios sean similares o idénticos, con el solo propósito de diluir o destruir la fuerza distintiva o el valor comercial de una marca, causando con ello un perjuicio a su propietario.

Adicionalmente, la Ley 61 de 2012, reconoce a las marcas como bienes, dándoles de esta forma una valorización monetaria a los derechos marcarios y a los bienes en que la marca va a ser exteriorizada, una vez se haya adquirido el registro.

2. Las marcas como bienes intangibles.

En nuestro sistema de derecho tradicionalmente existe el derecho de bienes que estudia los derechos derivados de las cosas apropiables. En ese sentido, todas las cosas apropiables son bienes y todos los bienes son objeto de protección del derecho constitucional de la propiedad privada.

El Código Civil, en su artículo 324, conceptualiza bienes así: “*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes, muebles o inmuebles.*”

De igual forma, el Código Civil desarrolla la clasificación tradicional de los bienes inmuebles y muebles citados a continuación:

Artículo 325: Se reputan bienes inmuebles:...

Artículo 326: Se reputarán bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el Capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuviesen unidos.

Artículo 327: Se reputan también bienes muebles los derechos y las obligaciones, y acciones aunque sean hipotecarias, que tienen por objeto sumas de dinero o efectos muebles; las acciones o cuotas de participación en compañías mercantiles o civiles aun cuando las mismas posean inmuebles, y las rentas y pensiones.

De los artículos citados se desprende con claridad que el concepto de bienes intangibles no está definido como tales en la clasificación tradicional; sin embargo; la Ley 129 de 2013, que regula la hipoteca de bien mueble, introduce una novedad jurídica al incluir a las marcas como bienes muebles en su artículo 5

Artículo 5. En adición a aquellos bienes muebles definidos en los artículos 326 y 327 del Código Civil, se podrá constituir en hipoteca de bien mueble para garantizar obligaciones presentes y futuras del garante sobre los siguientes bienes muebles:

1.

2. Derechos sobre bienes que constituyen propiedad intelectual, así como los derechos patrimoniales derivados de estos

De esta forma podemos decir que son bienes: 1. los derechos sobre los bienes que constituyen la propiedad intelectual, es decir, en el derecho de autor y propiedad industrial y 2. los derechos derivados de la propiedad que generan los registros de propiedad intelectual.

Esta nueva modalidad de bienes muebles incluye el bien y los derechos derivados del registro que se conocen como bienes intangibles.

Gordon V. Smith and Susan M. Riche (2013), definen los bienes intangibles como:

We define intangible assets as all the elements of a business enterprise that exist beyond monetary and tangible assets. They are the elements, after working capital and fixed assets that make the business work and contribute to the earning power of the enterprise. Their existence is dependent on the presence, or expectation, of earnings. They usually appear last in the development of a business and most often disappear first in its demise. We categorize intangible assets as: Rights, Relationships, Undefined Intangibles, and Intellectual Property.

The final element of the intangible asset category is intellectual property. This classification of property includes trademarks, patents, copyrights, and trade secrets or know-how.

Como se observa en la definición anterior la doctrina clasifica cuatro tipos diferentes de bienes intangibles: los contratos, las relaciones comerciales, el buen nombre de la empresa y la propiedad intelectual. En este trabajo nos hemos limitado a estudiar solo las marcas dentro de los

derechos de propiedad industrial que es una de las ramas de la propiedad intelectual.

En Panamá nuestra ley de propiedad industrial, en su artículo 1, reconoce los bienes de propiedad industrial los cuales son: primero: las marcas, nombres comerciales y expresiones o señales de propaganda, como el grupo de los signos distintivos; segundo: las patentes y los modelos de utilidad, como el grupo de las invenciones; tercero: modelos industriales como artes aplicados a artículos útiles; los secretos industriales o comerciales que componen el grupo de la propiedad de la tecnología industrial o comercial. Señala el artículo 1 de la Ley 61 de 2012 lo siguiente:

Artículo 1. *La presente Ley tiene por objeto proteger la invención, los modelos de utilidad, los modelos y dibujos industriales, los secretos industriales y comerciales, las marcas de los productos y servicios, las marcas colectivas y de garantía, indicaciones geográficas, las indicaciones de procedencia, las denominaciones de origen, los nombres comerciales y las expresiones y señales de propaganda.*

Del artículo antes citado se desprende un grupo más de derechos industriales los cuales son las indicaciones geográficas, indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen, grupo que refiere al usufructo del uso de un nombre de una región en sus productos. Pese a que la Ley 29 de 2013, se refiere a que los derechos de propiedad intelectual son bienes muebles, consideramos que este grupo de derechos no puede ser considerado como bienes muebles ya que los titulares de estos derechos son solo usufructuarios de un nombre derivado de una región donde fabrican sus productos y por lo tanto no pueden ejercer de forma excluyente los derechos de propiedad ni tampoco pueden enajenar o disponer del derecho ejercido en usufructo.

Para Nuñez Martínez, M y Velásquez S (2009), los bienes intangibles tienen una serie de elementos a saber:

Los bienes inmateriales tienen ciertas características especiales, las que Gómez Segade resume de la siguiente forma:

- No tienen los límites definidos; al contrario son difusos.
- Se trata de derechos temporales, particular que puede provenir de la Ley o de una situación de hecho.
- El derecho sobre un bien inmaterial se obtiene por la creación material de su titular.

A pesar de estas características peculiares, esta clase de bienes presenta mucha afinidad con los derechos reales en temas como: contenido patrimonial y la posibilidad de ser transmitidos mediante contrato de licencia o cesión; y, finalmente, por otorgar a su titular un derecho absoluto de exclusiva que tiene efectos erga omnes.

Las marcas son otorgadas mediante un certificado de registro que contiene varios elementos, a saber: 1. La etiqueta 2. Los productos que ampara de acuerdo a la clasificación internacional de Niza, y 3. Una declaración jurada de uso actual o del uso futuro que se le da a la marca.

La etiqueta de la marca es el bien intangible, es decir, es una propiedad difusa por no agotarse como el caso de los bienes tangibles, donde su ventaja económica radica en su capacidad de reproducción. Sin embargo, el certificado de la marca permite que el bien intelectual pueda solo reproducirse en específicos bienes reivindicados en el registro.

De esta forma el bien intelectual se percibe como incorporal en una etiqueta que se va a exteriorizar en productos que ampara la Clasificación Internacional de Niza. Ejemplos:



En el caso de la marca **ESTRELLA AZUL**, la misma se encuentra recogida en la Clase 29 para productos lácteos; sin embargo, el certificado debe especificar los bienes en que este derecho se va a exteriorizar.

Clase 29. Carne, pescado, carne de ave y carne de caza; extractos de carne; frutas y verduras, hortalizas y legumbres en conserva, congeladas, secas y cocidas; jaleas, confituras, compotas; huevos; leche y productos lácteos; aceites y grasas comestibles.

Como se aprecia, en Panamá la marca **ESTRELLA AZUL** es muy notoria en el segmento de lácteos. Sin embargo, la Clase 29 comprende otros productos relacionados con los lácteos que no están amparados por la marca **ESTRELLA AZUL**; tal es el caso de la carne, pescado, carne de ave y carne de caza, extractos de carne, entre otros.

En el caso de la marca **LIPTON** la misma se clasifica en la clase 32:

Clase 32. Cervezas; aguas minerales y gaseosas, y otras bebidas sin alcohol; bebidas de frutas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para elaborar bebidas.

Para el caso de la marca **SNICKERS** la misma se encuentra recogida en la clase 30:

Clase 30. Café, té, cacao y sucedáneos del café; arroz; tapioca y sagú; harinas y preparaciones a base de cereales; pan, productos de pastelería y confitería; helados; azúcar, miel, jarabe de melaza; levadura, polvos de hornear; sal; mostaza; vinagre, salsas (condimentos); especias; hielo.

De las marcas antes citadas podemos decir que el titular de la marca no agota su bien intelectual que se representa en una etiqueta si NO más bien tiene el derecho a reproducirlo sin límites en su beneficio.

Sin embargo, los lácteos **ESTRELLA AZUL**, el te frio **LIPTON** o el chocolate de barra **SNICKER**, exteriorizados como productos, se agotan una vez puestos a disposición del público consumidor y como bienes muebles propiamente dichos, tienen un valor propio y se agotan pero se encuentran ligados a la marca que es el bien intangible.

El producto marcado lleva consigo una información de origen, calidad, estatus, garantía, fabricante que al ser visto, olido o escuchado por el consumidor le da una referencia de publicidad inmediata del comerciante que lo induce al consumo, siendo esto lo que se conoce como la función marcaria.

Luís Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas en su obra "*Derecho de Marcas: Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales*" señalan las siguientes funciones de las marcas:

Función distintiva.

Es la función básica que debe cumplir una marca pues ésta tiene necesariamente que identificar un producto o servicio

Función de identificación del origen de los bienes y servicios.

Ésta función de las marcas tuvo en su oportunidad el carácter de esencial pues existía una relación estrecha entre origen y calidad. Este carácter ha cambiado con el paso del tiempo pues hoy en día se considera que ésta es consecuencia de la función distintiva de las marcas,

incluso, es perfectamente posible que los consumidores conozcan y estén familiarizados con una marca y, sin embargo, desconozcan la identidad de la empresa.

Función de garantía de calidad.

Esta función tiene un carácter secundario en relación a la condición esencial de las mismas que es la de distinguir bienes y servicios. El derecho marcario no otorga valor jurídico directo a la función de garantía de calidad.

Función publicitaria e informativa.

La publicidad no se reduce a una formulación de las condiciones que contienen en sí los productos o servicios de una determinada marca sino que tiende, además, a crear un impulso en los consumidores de adquirir los bienes y servicios publicitados

Función competitiva.

En lo que tiene que ver con las empresas, dicha competencia se da a través de distintos elementos, tales como precio, calidad, servicio, financiamiento, entre otros. Para que esto funcione adecuadamente es imperioso que el consumidor asocie los elementos indicados con los productos o servicios ofrecidos, lo que se logra a través de las marcas.

Función de la protección del titular de la marca.

La marca es el signo a través del cual un producto o servicio es conocido y acreditado ante el público; su régimen legal forma parte de un conjunto de normas que tienen por objeto regular las relaciones de competencia para el funcionamiento de mercados de bienes y servicios. Si consideramos que la marca, puede proteger a su titular de algunas conductas de la competencia que puede ocasionarle una pérdida de posición en los mercados de sus productos o servicios, resulta lógico pensar que esta protección tiene una repercusión económica importante que debe ser considerada al momento de establecer el valor de ella.

Función de protección del consumidor.

El sistema marcario protege no sólo al titular del signo distintivo sino al público en general que puede tener una garantía relacionada a la calidad y características de productos o servicios en base a la identificación de éstos con una marca. Esta sensación de seguridad que transmite la marca al consumidor incide en su proceso de escogimiento de productos y servicios para satisfacer

sus necesidades, siendo muchas veces un factor decisivo en la elección que realiza el consumidor. La selección de un producto o servicio por parte del público tiene una significación económica directa pues representa ingresos económicos reales para el empresario.

Las siete funciones de las marcas le dan la categoría a la marca de un bien intangible que se exterioriza en un bien mueble específico para lo cual fue registrado. Estas siete funciones se pueden considerar como las características de este bien mueble intangible marcario. Mediante la marca el titular tiene cautivo un mercado consumidor.

De esta forma la etiqueta de una marca es lo que representa el bien intangible resulta ser un derecho de reproducción de un signo y puede ser equiparado a un bien mueble de derechos y obligaciones. Esto significa que una vez que el registro está otorgado existe un derecho de hacer ciertos productos con una específica marca y su valor en el mercado dependerá de la función marcaria que tenga el signo.

De todo lo antes expuesto podemos indicar que la marca para que nazca debe conceptualizarse como un signo distintivo y una vez el registro está otorgado la marca constituye un bien mueble de naturaleza intangible que se exterioriza con los productos para los cuales la marca ha sido registrada y se encuentra protegido por el derecho de propiedad. De esta forma, el derecho a reproducir la marca puede ser vendido, licenciado, enajenado, hipotecado como cualquier otro derecho comercial de naturaleza mueble tal como los certificados de acciones de una sociedad.

3. El derecho de propiedad marcaria y su diferencia en el derecho de los consumidores.

En Panamá existe una confusión concreta en pensar que las marcas responden a los consumidores y que el Estado debe proteger a los consumidores por violaciones de derechos marcarios, lo cual es incorrecto ya que se trata de dos leyes diferentes con objetos de protección distintos. La Ley 45 de 2007, de protección al consumidor en su artículo 1 señala:

Artículo 1. Objeto. *La presente Ley tiene por objeto proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para preservar el interés superior del consumidor.*

Por su parte la Ley 35 de 1996, modificada y adicionada por la Ley 61 de 2012 señala en su artículo 1:

Artículo 1. *La presente Ley tiene por objeto proteger la invención, los modelos de utilidad, los modelos y dibujos industriales, los secretos industriales y comerciales, las marcas de los productos y servicios, las marcas colectivas y de garantía, indicaciones geográficas, las indicaciones de procedencia, las denominaciones de origen, los nombres comerciales y las expresiones y señales de propaganda.*

De las normas antes transcritas se aprecia con claridad que el objeto de la Ley de los consumidores es el consumidor y el objeto de la Ley de Propiedad Industrial son los derechos industriales que se encuentran registrados a favor de su titular que en este trabajo está dirigido a las marcas en especial.

La confusión radica principalmente en una de las funciones de la marca la cual es la función de protección al consumidor por medio de la marca que guarda relación con el artículo 49 de la Constitución.

ARTICULO 49. *El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos.*

Para Guinard, L (2013), el derecho de la protección a los consumidores ha tenido un fuerte impacto con los derechos de los titulares de las marcas, pero sostiene que son derechos distintos cuando señala:

Es indudable la creciente fuerza que ha adquirido el derecho del consumidor. Sin embargo, es importante determinar hasta dónde puede el derecho del consumidor interferir en otras áreas del derecho sin trastocar los principios básicos de éstas. Tal es el caso del derecho de marcas. La doctrina tradicional nos ha indicado que una de las principales funciones del derecho de marcas es la protección de los titulares. La doctrina tradicional también acepta que una función del

derecho de marcas es la protección del consumidor. Sin embargo para esta línea de pensamiento, esa protección del consumidor se da como una consecuencia más que como un fin. En efecto, el consumidor se ve protegido debido a que al establecerse una protección en favor del titular de una marca al impedirse el registro y uso de otra similar, el consumidor se ve protegido, si se quiere, por rebote.

Esto tiene su asidero jurídico en el conflicto de dos normas constitucionales que son: la propiedad privada y la protección al consumidor. Con respecto a esta diferencia la marca es una forma dentro de muchas formas de protección al consumidor para que éste conozca qué compra, el precio, garantía, calidad, estatus, fabricante, que es el derecho del consumidor de estar informado.

El derecho marcario es autónomo y descansa bajo la protección constitucional de la propiedad privada una vez se otorga el registro marcario. Sin embargo, antes que el signo distintivo sea considerado marca registrada, el mismo deberá pasar por un examen de signos distintivos para determinar o no si el signo cumple con las siete funciones marcarias para que nazca a la vida jurídica y entre una de esas funciones es la protección al consumidor desde la perspectiva del derecho de marcas, razón por la cual el derecho al consumidor no puede interferir con la observancia y protección de los derechos de propiedad derivados de un registro de marcas.

La confusión al público consumidor en materia de marcas es orientado a marcas idénticas, parecidas o similares con marcas ya registradas que generan un riesgo de confusión y de asociación entre dos empresas que compiten en un mismo segmento de productos o servicios.

CONCLUSIONES

1. Las marcas son signos distintivos que tienen importancia para el derecho una vez se les otorgue el registro.
2. Los signos distintivos para que sean considerados como marcas deberán cumplir las siete funciones marcarias a saber: distintividad, garantía y calidad, publicidad e información, competitividad, protección del titular de la marca y protección al consumidor de la marca, que serán evaluados mediante la teoría de los signos distintivos.
3. El registro marcario otorga a su titular un derecho de propiedad sobre bienes muebles de naturaleza intangible.
4. Los bienes muebles intangibles corresponden a una categoría de bienes que no se agota con su uso sino que tiene una fuerza potencial de reproducción exclusiva que se exterioriza en los productos que corresponden al registro.
5. Las marcas admiten una dualidad conceptual. La primera es la valoración del signo para que nazca a la vida jurídica como marca de acuerdo a la teoría de los signos distintivos y la segunda un concepto de propiedad privada sobre los derechos derivados del registro del bien mueble intangible para los productos especificados en el registro.
6. La confusión al público consumidor y su protección no pueden interferir con el derecho de propiedad privada del titular de la marca porque son dos derechos distintos.

RECOMENDACIONES

La ley de propiedad industrial padece un parche jurídico ya que la Ley 35 de 1996 ha sido reformada y adicionada por la Ley 61 de 2012, lo cual deja serias lagunas en los dos capítulos concretos de estudio de este trabajo: La primera es la teoría de los signos distintivos contenidos en el Capítulo I, de las Marcas en General (artículo 89) y la segunda teoría es la valoración marcaria y el derecho de propiedad de bienes muebles intangibles contenidos en el Capítulo II, de la Propiedad de las Marcas (artículo 96). En ese caso debería modificarse el Capítulo I, de las Marcas en General, por Capítulo I Los Signos Distintivos y Formas de Adquirir el Dominio, y Capítulo II El Derecho de Propiedad de las Marcas y reemplazar las dos leyes existentes por un texto único de propiedad industrial.

La otra recomendación sugerida es que la ley debe diferenciar con claridad la independencia del derecho de propiedad industrial de la ley de protección al consumidor ya que el consumidor por medio de las marcas se beneficia en obtener una información; sin embargo, el titular marcario tiene un derecho de propiedad que es inalienable y que debe ser reconocido por el Estado distinto al derecho del consumidor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carrington Ann (2013), *Trademark Protection and Prosecution*, California, United States of America, published by Aauvi House Publishing Group, 2013, pages 131 to 135.

MacCarthy Thomas J. (2004), *Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, Washington DC, United States of America, published by The Bureau of National Affairs, Inc., Third Edition, 2004, page 608.

Nuques Martínez, María Isabel y Velázquez Velázquez, Santiago (2009) *Valoración Marcaria* Guayaquil, Ecuador Revista Jurídica de Propiedad Intelectual, editorial Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009, páginas 199, 201, 202, 205.

Smith Gordon V. and Richey Susan M. (2013), *Trademark Valuation*, Hoboken New Jersey, United States of America, published by John Wiley & Sons, Inc., 2013, pages 61-62; 131-132; 137, 139-140, 161.

Leyes Consultadas: Ley 35 de 1996, Ley 61 de 2012, Ley 129 de 2013, Código Civil y Constitución Política de Panamá.

**EL RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS:
LAS DOCTRINAS LATINOAMERICANAS
Y LA PRÁCTICA PANAMEÑA**

ALONSO E. ILLUECA

Abogado y Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Santa María La Antigua y la Universidad del Istmo. Posee una Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua, *Magna Cum Laude*, y una Especialización (Postgrado) en Docencia Superior de la Universidad del Istmo, *Summa Cum Laude*. En el año 2014, culminó exitosamente el Programa en Derecho Internacional Público de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, en La Haya, Países Bajos. Trabajó en la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos con sede en Washington D.C., Estados Unidos de América. Trabaja como asociado en la firma de abogados Bufete Illueca. Es autor de diversos artículos académicos y de opinión en temas relacionados al Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Actualmente cursa una maestría en Derecho Internacional en la Universidad de Columbia con sede en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América.

Sumario de Temas:

El principio de no intervención, los derechos humanos y el surgimiento de un gobierno de facto; Sobre el carácter de reconocimiento; Estados que reconocen únicamente a Estados y no a Gobiernos; Sobre el carácter de reconocimiento de Estados; Teoría declarativa; La teoría constitutiva; Sobre el reconocimiento de gobiernos; Rechazo a la práctica del no reconocimiento de Gobiernos; Doctrina Estrada; El no reconocimiento de Gobiernos de facto; Doctrina Tobar; Doctrina Larreta; La Doctrina Betancourt; La práctica panameña; Conclusión.

El Derecho Internacional, tal como explica el Profesor Vaughan Lowe de la Universidad de Oxford, es una herramienta de utilidad definida y éxito limitado. Esta rama del derecho no es un código de amplio alcance, pues existen ciertas cuestiones que no pueden ser explicadas en un lenguaje afín a ella. Tal es el caso de los cambios de gobierno o regímenes, en particular cuando los mismos se llevan a cabo como resultado de la ruptura del orden constitucional, surgiendo los denominados gobiernos *de facto*.

Si bien la calificación de un nuevo gobierno, es decir si éste es *de jure* o *de facto*, corresponde al derecho interno, mediante su ordenamiento jurídico constitucional, las implicaciones que conlleva para el Estado un cambio ilegítimo o legítimo de gobierno genera consideraciones internacionales que el presente estudio pretende analizar.

En un Estado preexistente, se producen distintos cambios de gobierno a través de un proceso establecido en el orden constitucional. Normalmente, este tipo de cambios no genera ningún problema en el reconocimiento por otros Estados; esto se debe a que la continuidad de los Estados, a nivel internacional, no se ve afectada por un cambio de gobierno.¹ Tal como explica Charles Rousseau, el problema del reconocimiento de gobiernos se plantea cuando aparece un gobierno formado por la vía revolucionaria y establecido mediante procedimientos extrajurídicos, que, cualesquiera que sea la denominación que se le dé (golpe de Estado, revolución, insurrección, pronunciamiento, etc.), constituyen un procedimiento de fuerza.²

¹ Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público* (México: Fondo de Cultura Económica, 1973) pág. 279.

² Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1957) págs. 293-294.

El presente estudio tiene por objeto ofrecen al lector una perspectiva amplia de cual debe ser la posición de la República de Panamá en caso del surgimiento de un gobierno *de facto*, enfocándose de forma exclusiva en lo relativo a su reconocimiento. Para tal fin, considero pertinente establecer si un gobierno de facto obliga internacionalmente al Estado de acuerdo con el derecho internacional y si existe alguna obligación a nivel internacional o regional de no reconocerlo. De igual forma, sustentaremos nuestra posición en doctrina, casos concretos y jurisprudencia. Concluiremos explicando las distintas teorías de reconocimiento de gobiernos que nos ofrece la doctrina latinoamericana, sustentada por la amplia práctica que existe al respecto en nuestra región.

El principio de no intervención, los derechos humanos y el surgimiento de un gobierno de facto

La Corte Internacional de Justicia, en adelante C.I.J., en 1986, en una de sus decisiones más controvertidas, relativa a las 'Actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua' expresó que "Todo Estado tiene el derecho fundamental de elegir e implementar sus propios sistemas políticos, económicos y sociales sin injerencia externa". Lo anterior ha sido desarrollado de forma amplia y reiterada por distintos instrumentos internacionales³ y constituye una mera reformulación del principio de no intervención en los asuntos internos⁴, uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa el concepto de soberanía en el Derecho Internacional.

En el mismo caso, la Corte, al analizar la calificación hecha por el Congreso de los Estados Unidos de América relativa a que los pasos tomados por el Gobierno Sandinista, en ese entonces, estaban dirigidos al establecimiento de una "dictadura comunista totalitaria", expresó: "la adherencia de un Estado a una doctrina en particular, no constituye una violación del derecho internacional consuetudinario; sostener lo contrario, dejaría sin sentido el principio fundamental de la soberanía del Estado, principio sobre el cual descansa la totalidad del derecho internacional, así

³ Declaración sobre la Inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, O.N.U. Doc. A.G. Res. 2131 (XX) [1965], párr. 5: "Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado". Declaración sobre los Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, O.N.U. Doc. A.G. Res. 2625 (XXV), [1970], principio III: "Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado.

⁴ Carta de las Naciones Unidas, artículo 2.7; Pacto de la Sociedad de Naciones, artículo 15.8

como la libertad de elección de sistemas político, social, económico y cultural que tiene un Estado. En consecuencia, las opiniones vertidas sobre la política interna de Nicaragua, aún suponiendo que corresponden con la descripción dada por el Congreso, no pueden justificar en el plano jurídico las diversas acciones llevadas a cabo por el demandado”.⁵

De acuerdo con lo expresado por la Corte, todo Estado puede decidir libremente su sistema político sin injerencia externa, sin importar la doctrina o forma de gobierno a la que se adhiera. Esto quiere decir que a nivel internacional un cambio de Gobierno, sea este *de jure* o *de facto*, no presupone una ilegalidad.

Por otra parte, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en sus comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, expresa que “un gobierno de facto constituye un aparato del Estado, en sustitución del que existía previamente. La conducta de los órganos de dicho Gobierno se contemplan en el artículo 4 y no el artículo 9 del presente proyecto de artículos”. El mencionado artículo 4 trata sobre las conductas de los órganos del Estado que acarrear la responsabilidad internacional del mismo, concluyendo la Comisión de Derecho Internacional que un gobierno de facto obliga internacionalmente al Estado. La Comisión nos ofrece como sustento jurídico para esta posición el arbitraje de William Howard Taft en el *Caso Tinoco*⁶.

Conforme a lo expuesto podríamos concluir que no existen elementos legales para negar la capacidad internacional que, en teoría, posee un gobierno de facto. A pesar de esto, considero oportuno hacer referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP, uno de los instrumentos internacionales que conforma la Carta Internacional de Derechos Humanos, en particular a su artículo 25, que establece:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas,*

⁵ Actividades Militares y Paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua (*Nicaragua v. Estados Unidos de América*) [1986] C.I.J. § 263.

⁶ *Caso Tinoco* (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte v. Costa Rica), 18 de octubre de 1923, Arbitro William H. Taft, págs. 381-382 (Versión en inglés).

realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
c) *Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

A la fecha, el PIDCP cuenta con 168 Estados parte, entre los cuales se encuentra Panamá, así como 31 de los 34 Estados miembros activos de la Organización de Estados Americanos.⁷

En adición a lo que establece el artículo 25 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante su Comentario General 25 sobre el artículo 25 del PIDCP establece en el párrafo 21, lo siguiente: “*aunque el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto, cualquier sistema operativo de un Estado Parte debe ser compatible con los derechos protegidos por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de voluntad de los electores*”.

La referencia expresa que se realiza al Comentario General del Comité de Derechos Humanos se debe a que, tal como expresó la C.I.J. en el Caso Diallo,⁸ se le debe atribuir gran importancia a la interpretación adoptada por este organismo independiente que se creó específicamente para supervisar la aplicación de ese tratado. Todos los Estados miembros del Comité tienen el deber de presentar informes sobre las medidas que están tomando para dar efecto a los derechos reconocidos en el PIDCP, así como los progresos realizados en el disfrute de dichos derechos. Tal como expresa el Profesor Thomas Franck,⁹ el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no es un organismo judicial, pero sí tiene la autoridad para cuestionar dichos informes. En ese entonces, en 1992, el Profesor Franck de la Universidad de Nueva York, argumentó la formación de un derecho a la gobernabilidad democrática.

Si realizamos un análisis extensivo del artículo mencionado y el subsecuente comentario del Comité, podríamos argumentar que, en un Estado parte del PIDCP, cualquier gobierno instaurado en contravención a un orden constitucional que reconoce los derechos mencionados en el artículo 25, estaría actuando en contravención con el Pacto y las

⁷ Para los efectos del presente artículo se realizó la siguiente distinción: Estados miembros activos e inactivos, constituyendo Cuba el único integrante del último grupo mencionado. Cuba es miembro de la O.E.A., su suspensión se dejó sin efecto mediante la resolución 2438 de la Asamblea General de la Organización, adoptada en San Pedro Sula, Honduras. Dicha Resolución estableció que la participación de Cuba en la Organización sería el resultado de un proceso de diálogo iniciado por Cuba, que hasta la fecha no se ha realizado.

⁸ Ahmadou Sadio Diallo (*República de Guinea v. República Democrática del Congo*) [2010] C.I.J. § 66.

⁹ Thomas Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, AJIL Vol. 86, No. 1. (Enero, 1992) págs. 46-91.

obligaciones internacionales que de éste derivan, al constituir, salvo prueba en contrario, una negación de los derechos reconocidos internacionalmente. Por otra parte, el Convenio no deja claro cuales serían las consecuencias jurídicas para un determinado Estado cuyo Gobierno sea instaurado en contravención a los derechos mencionados contenidos en el artículo 25.

En adición a lo anterior, es de nuestro conocimiento que mediante reclamaciones interestatales y quejas individuales se puede denunciar el incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, pero vale hacer la anotación que ninguno de los mecanismos mencionados tiene fuerza vinculante para obligar al Estado en cuestión a entregar el poder a las autoridades legítimas o a legitimarse mediante elecciones. De igual forma, ningún mecanismo obliga al resto de los Estados miembros del Pacto a no reconocer al nuevo gobierno. Igualmente, no es posible argumentar que un Gobierno de facto no se integrará a la legalidad mediante una nueva constitución o que el mismo no buscará su legitimación en las urnas, a menos que exista una declaración expresa en contrario.

En virtud de lo expuesto, nos llama poderosamente la atención la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Nicaragua, dado que la Corte no analizó la cuestión relativa al artículo 25 del PIDCP y si el mismo impone una obligación positiva de realizar elecciones, garantizando la participación ciudadana y la libre expresión de voluntad de los electores. Lo anterior se debe a que el Gobierno Sandinista se legitimó mediante elecciones controvertidas en 1984, y había depositado su instrumento de ratificación del PIDCP, el 12 de marzo de 1980; por ello que en ese entonces, la Corte estaba imposibilitada para emitir criterios al respecto, abriendo espacio para las distintas ambigüedades que hemos planteado.

Es necesario examinar detenidamente el lenguaje de la Corte al establecer que no existe ninguna norma en el “derecho internacional consuetudinario” que obligue a un determinado Estado a adoptar una doctrina o forma de gobierno particular. La referencia específica al derecho internacional consuetudinario excluye lo concerniente al derecho internacional convencional, es decir, los Tratados; por ende, podemos concluir que la obligación impuesta por el PIDCP no es contraria al criterio expresado por la Corte. Igualmente, instrumentos como la Carta Democrática Interamericana, la Carta Africana sobre democracia, elecciones y gobernabilidad, el Documento Concluyente de la Reunión de Copenhague de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, entre otros, no entrarían de ninguna forma en contravención con lo mencionado por la Corte.

Lo anteriormente expuesto, de ninguna forma constituye una negación del criterio expresado por la Comisión de Derecho Internacional relativo a que un gobierno *de facto* obliga internacionalmente al Estado, tal como ya hemos establecido. Pero es preciso señalar que cuando un gobierno de facto se integra a la comunidad internacional surgirán una serie de interrogantes para los otros Estados relativas a su reconocimiento. Mediante un análisis de las ambigüedades jurídicas aquí descritas, llegaremos a la conclusión de que en la mayoría de los casos, los Estados toman la mayoría de sus decisiones en este respecto motivándose en criterios políticos, olvidando los principios jurídicos.

No existen reglas claramente definidas en materia de reconocimiento de gobiernos, ya que constituye una decisión de política exterior; pero con el pasar del tiempo se han ido desarrollando distintas doctrinas que buscan hacer uniforme la práctica de los Estados a este sentido y apegarlas lo más posible al derecho internacional. En nuestra región siempre ha existido una vocación democrática que se ha visto traducida, en numerosas oportunidades, en gobiernos democráticos y representativos, que lamentablemente en repetidas ocasiones han sido víctimas de procedimientos de fuerza destinados a usurpar el poder que legítimamente obtuvieron en las urnas.

En contraste, resulta oportuno mencionar que a lo largo de la historia distintos Estados han utilizado la facultad potestativa del reconocimiento de gobiernos como una forma de hacer presión para inmiscuirse en que son exclusivamente de la competencia interna de los Estados, haciendo aún más polémico el tema.

Sobre el carácter de reconocimiento

En el derecho internacional existen temáticas que se distinguen más por ser cuestiones de política que de derecho. Un claro ejemplo es el reconocimiento tanto de Gobiernos como de Estados. La amplia práctica en esta materia nos evidencia que existe la irresistible tendencia por parte de los Estados a utilizar pretextos legales para encubrir lo que en realidad es una decisión política.¹⁰ El Derecho Internacional regula esta materia mediante normas consuetudinarias y convencionales. Su no aplicación por algunas potencias no significa que carezcan de validez jurídica, sino que existe un grupo de Estados que, mediante las amplias facultades que les otorgó el nuevo orden jurídico internacional, se escudan en un realismo disfrazado de legalismo para no cumplir con sus obligaciones internacionales.

¹⁰ J.G. Starke, *An Introduction to International Law*, Octava Edición (Londres: Butterworths, 1977) págs. 149-150

Estados que reconocen únicamente a Estados y no a Gobiernos

En primer lugar es necesario hacer una distinción entre reconocimiento de Gobiernos y reconocimiento de Estados, ya que se trata de cuestiones diferentes aunque puedan vincularse uno y otro reconocimiento en un momento dado. Para Charles Rousseau “un Estado existe de hecho, existe de derecho: el reconocimiento para él será siempre de jure. Por el contrario, un gobierno puede existir de hecho, sin existir de derecho (caso de los gobiernos de hecho); y sólo existirá de derecho cuando su autoridad ya no esté tachada de irregularidad constitucional; es decir, cuando se integre en la legalidad”.¹¹

Según la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados los elementos constitutivos de un Estado son: población permanente, territorio determinado, gobierno y capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados¹² (que puede identificarse como soberanía). Estos elementos nos permiten deducir que, como consecuencia lógica, para que exista un Gobierno y se pueda proceder a su reconocimiento debe existir primeramente un Estado.

Por lo tanto, considero necesario explicar las dos doctrinas referentes al reconocimiento de Estados, ya que se puede dar el caso en que producto de un conflicto armado interno, un movimiento popular, una guerra civil o cualquier otra situación interna, surja un nuevo Estado en la comunidad internacional. En esos casos mediante el reconocimiento del Estado se reconoce *automáticamente* al Gobierno que lo representa.

Sobre el carácter de reconocimiento de Estados

En relación al carácter de Reconocimiento de Estado existen dos teorías: la teoría constitutiva y la teoría declarativa.

Teoría declarativa

La teoría declarativa establece que un Estado existe como sujeto de derecho y obligaciones internacionales, como persona internacional, desde el momento en que existe de hecho, esto es, desde que reúne las

¹¹ Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1957) pág. 302.

¹² Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados, 26 de diciembre de 1933, artículo 1.

condiciones necesarias para ser Estado según el derecho internacional.¹³ En este caso el reconocimiento viene siendo la declaración de una situación preexistente.

Para Alfred Verdross “el carácter declarativo del reconocimiento resulta también del hecho de que un Estado reconocido por sus vecinos y por los Estados más importantes es considerado también como sujeto del Derecho Internacional por los Estados que no le reconocieron”.¹⁴

En la actualidad la teoría declarativa es la predominante en el Derecho Internacional. Panamá es parte del grupo de países que adoptan la presente teoría, ya que tanto la Carta de la OEA¹⁵ como la Convención de Montevideo,¹⁶ instrumentos de los cuales Panamá es parte, establecen que ‘la existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados’, lo que constituye una reafirmación de la teoría declarativa.

La teoría constitutiva

El Dr. González Campos, de la Universidad Autónoma de Madrid y otros catedráticos españoles, sostienen que la teoría constitutiva establece que “los Estados, por el hecho de su existencia, forman ya parte de la comunidad natural de Estados, pero la plena personalidad internacional no aparece más que en virtud de un acto de reconocimiento”.¹⁷ Por otra parte, para el eminente jurista mexicano, el Dr. Carlos Arellano García, el Estado sólo adquiere la categoría de sujeto de la comunidad internacional, según esta teoría, hasta que se produce el reconocimiento por otros Estados.¹⁸

El reconocimiento se puede obtener mediante un mensaje de felicitación dirigido al gobernante de un nuevo Estado que recién alcanza su independencia, la suscripción de un tratado bilateral, el establecimiento de relaciones diplomáticas o comerciales, entre otras. Sin embargo, es necesario hacer la distinción que la admisión como Estado miembro de las

¹³ Julio D. González, Luis Sánchez y Paz Andrés Sáenz, *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición (España: Thomson Civitas, 2008) pág. 549.

¹⁴ Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público* (Madrid: Aguilar, 1957) pág. 162. Citado en: Carlos Arellano García, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición (México: Editorial Porrúa S.A., 1983) pág. 386.

¹⁵ Carta de la Organización de Estados Americanos, 30 de abril de 1948, artículo 13.

¹⁶ Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados, 26 de diciembre de 1933, artículo 3.

¹⁷ Julio D. González, Luis Sánchez y Paz Andrés Sáenz, *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición (España: Thomson Civitas, 2008) pág. 549.

¹⁸ Carlos Arellano García, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición (México: Editorial Porrúa S.A., 1983) pág. 386.

Naciones Unidas no constituye un reconocimiento de Estado por parte de la comunidad internacional, caso contrario al de la Sociedad Naciones, que en su pacto explícitamente señalaba que la admisión como Estado miembro implicaba reconocimiento por parte de los otros Estados parte.¹⁹

Uno de los más importantes exponentes de esta teoría constitutiva es Hans Kelsen quien expresa que “el derecho internacional requiere que un nuevo Estado sea reconocido como tal por un antiguo Estado para que el derecho internacional sea aplicable a las relaciones entre el antiguo y el nuevo”.²⁰

El Profesor australiano J.G. Starke concuerda con esta posición, pero no duda en afirmar que en base a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las Condiciones para la Membresía en las Naciones Unidas se reconoce la condición de Estado como requisito principal para la admisión en la organización mundial, concluyendo este autor que está claro que la admisión como Estado miembro es equivalente al reconocimiento de Estado por parte de la Organización de las Naciones Unidas, quien es sujeto de derecho internacional al poseer personería jurídica internacional.²¹

Sobre el reconocimiento de Gobiernos ²²

Según el reconocido jurista hindú P.K. Menon²³, la vertiente tradicional del derecho internacional, al momento de considerar el reconocimiento de un gobierno, tomará en cuenta los siguientes elementos:

- Control efectivo
- Estabilidad y permanencia
- Apoyo popular
- Capacidad y disposición de cumplir con sus obligaciones internacionales.

No entraremos en detalle sobre los distintos elementos que los fundadores

¹⁹ Luis Solari Tudela, *Derecho Internacional Público*, Octava Edición (Perú: Studium Ediciones, 2004) pág. 86; Victoria Abellán y Jaume Saura, *Prácticas de Derecho Internacional Público*, Tercera Edición (España: J.M. Bosch, 2005) págs. 298-304.

²⁰ Citado por: Carlos Arellano García, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición (México: Editorial Porrúa S.A., 1983) pág. 387.

²¹ J.G. Starke, *An Introduction to International Law*, Octava Edición (Londres: Butterworths, 1977) pág. 158.

²² Para ampliar sobre Reconocimiento de Gobiernos en lo relativo a doctrina legal y práctica ver: M.J. Peterson, *Recognition of Governments* (New York: Palgrave, 1997).

²³ P.K. Menon, *The Law of Recognition in International Law* (Estados Unidos de América: The Edwin Mellen Press, 1994) págs. 64-65

del derecho internacional establecen mediante esta prueba (“*test*”), pues sería materia de un estudio separado. Al respecto, la práctica latinoamericana se ha alejado bastante de este análisis e inclinado por el desarrollo de distintas doctrinas de reconocimiento como respuesta a diversas coyunturas históricas que ha afrontado la región. A continuación, nos limitaremos a examinar cómo se desarrollan dichas doctrinas, identificando sucesivamente la aplicada por la República de Panamá.

Rechazo a la práctica del no reconocimiento de Gobiernos

Doctrina Estrada

Se puede argüir, como en efecto lo hacen distintos publicistas, que el reconocimiento de gobierno por parte de un Estado es una forma de intervención en los asuntos internos de otro Estado. Uno de los defensores más emblemáticos de esta posición fue el Canciller mexicano Genaro Estrada, quien en virtud de algunos cambios de gobierno en Estados latinoamericanos (Perú, Bolivia y Argentina), que habían sido identificados como gobiernos de facto por los Estados Unidos de América, formuló la Doctrina Estrada mediante un comunicado de la Cancillería mexicana, emitido el 27 de septiembre de 1930, dirigido a todas las cancillerías latinoamericanas.²⁴

El comunicado calificaba la práctica de reconocimiento como “denigrante” e “intervencionista”. Igualmente establecía que en caso de producirse un cambio de gobierno México se limitaría a mantener o retirar a sus agentes diplomáticos, sin calificar, ni precipitadamente ni a posteriori, el derecho que tienen las naciones extranjeras para aceptar, mantener o substituir a sus gobiernos o autoridades.

Para los juristas anglosajones Darmrosch, Henkin, Murphy y Smit, generalmente se entiende que la Doctrina Estrada significa que el reconocimiento de gobierno es innecesario una vez el Estado ha sido reconocido.²⁵

Publicistas latinoamericanos como el Profesor Luis Solari Tudela,²⁶ consideran esta doctrina como contradictoria. Otros como Podestá Costa

²⁴ Para ver el texto íntegro de la Doctrina Estrada ver: Victoria Abellán y Jaume Saura, *Prácticas de Derecho Internacional Público*, Tercera Edición (España: J.M. Bosch, 2005) págs. 304-305.

²⁵ Lori Damrosch, Louis Henkin, Sean D. Murphy y Hans Smit, *International Law, Cases and Materials*, Quinta Edición (Estados Unidos: Thomson Reuters, 2009) pág. 365.

²⁶ Luis Solari Tudela, *Derecho Internacional Público*, Octava Edición (Perú: Studium Ediciones, 2004) pág. 89.

y Hidelbrando Accioly entran a analizar tanto sus virtudes como sus defectos.²⁷ Entre sus detractores se encuentra el jurista mexicano César Sepúlveda quien sostiene que “*detrás de la fraseología vaga y barroca, no hay ningún elemento nuevo, pues confunde al reconocimiento con uno de sus efectos más notables, que es el mantenimiento o la reanudación de relaciones diplomáticas, esto es, torna al todo por una de sus partes principales*”.²⁸

Por otro lado, el académico español de las relaciones internacionales, Modesto Seara Vásquez, se refiere a esta doctrina en términos más conservadores al expresar que “*la única modalidad introducida por la doctrina Estrada es el deseo de quitar al reconocimiento de Gobiernos todo juicio de valor sobre su legalidad, y el objetivo perseguido con ello era condenar el reconocimiento condicional... Se le habría dado a la doctrina un contenido efectivo, del que realmente carece, si se le extendiera al reconocimiento de facto, manifestando, por ejemplo, que México mantiene sus relaciones con los pueblos independientemente de la simpatía que puede sentir por sus respectivos gobiernos*”.²⁹

El Doctor Arellano García refuta efectivamente los argumentos de Sepúlveda y Seara Vásquez, ya que sostiene que “la Doctrina Estrada no es una especulación teórica. Es una política gubernamental. En la parte medular de la Doctrina Estrada no vemos, como algunos críticos pretenden, la sustitución de un reconocimiento expreso por un reconocimiento tácito. No puede haber reconocimiento tácito porque expresamente se ha manifestado el repudio al reconocimiento. Mantener o retirar agentes diplomáticos de México en el extranjero no se llama reconocimiento, se denomina derecho de legación. México, como país soberano, tiene el derecho de legación activo, o sea, el derecho a mantener o retirar su representación diplomática en el extranjero. Aceptar o continuar aceptando agentes diplomáticos extranjeros en México tampoco se llama reconocimiento, es derecho de legación pacífico”.³⁰

Arellano García concluye que México con la doctrina Estrada “marca un hito en el reconocimiento de Gobiernos. Ejerce solo su derecho de legación activo y pasivo. No califica al nuevo gobierno. El derecho de las

²⁷ Carlos Arellano García, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición (México: Editorial Porrúa S.A., 1983) pág. 409.

²⁸ César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, Décimo Sexta Edición (México: Editorial Porrúa, 1991) pág. 270.

²⁹ Modesto Seara Vásquez, *La Política Exterior de México*, Primera Edición (México: Editorial Esfinge, 1969) pág. 61-62. Citado en: Carlos Arellano García, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición (México: Editorial Porrúa S.A., 1983) pág. 407.

³⁰ Carlos Arellano García, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición (México: Editorial Porrúa S.A., 1983) págs. 410-411.

naciones extranjeras para aceptar, mantener o sustituir a sus gobiernos o autoridades es un asunto interno. Nuestro país respeta este derecho. Se abstiene de incurrir en intervención respecto del cambio de gobierno que califica como un asunto interno”.³¹

El no reconocimiento de Gobiernos de facto

- Doctrina Tobar

En 1907, el Doctor Carlos Tobar formuló la doctrina del no reconocimiento de gobiernos de facto en el Continente Americano, la cual surge como “resultado de la proliferación de guerras internas que mantenían inestables a los países latinoamericanos”³² y con el objeto de “desalentar que se violentara el ordenamiento constitucional de los países de la región”.³³

La misma fue enunciada en un mensaje dirigido al cónsul de Bolivia en Bruselas cuyo texto establecía lo siguiente:

*“Las Repúblicas Americanas por su buen nombre y crédito, aparte de otras consideraciones humanitarias y altruistas, deben intervenir de modo indirecto en las decisiones internas de las Repúblicas del Continente. Esta intervención podría consistir, a lo menos en el no reconocimiento de gobiernos de hecho surgidos de revoluciones contra la constitución”.*³⁴

Además de constituir una injerencia en los asuntos internos, tal como el Doctor Tobar lo reconoce, la doctrina tiene un ámbito de aplicación limitado, exclusivamente a los Estados centroamericanos, tal como lo reconocen Rousseau y Arellano García al sostener que no puede ser alegada ni para el reconocimiento de un gobierno centroamericano por un Estado europeo, ni cuando una República centroamericana es la que reconoce a un gobierno Europeo.³⁵ Esto se debe a que esta doctrina fue adoptada y codificada por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador al momento de firmar y ratificar, en 1907, el Convenio de

³¹ *Ibíd.* en pág. 411.

³² *Ibíd.* en pág. 401-402.

³³ Luis Solari Tudela, *Derecho Internacional Público*, Octava Edición (Perú: Studium Ediciones, 2004) pág. 89.

³⁴ Carlos Arellano García, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición (México: Editorial Porrúa S.A., 1983) pág. 402.

³⁵ Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1957) pág. 295; *Ibíd.* en pág. 402.

Washington, el cual se extinguió en 1917 al no renovarse (tenía un período de validez de 10 años). Más adelante, el 7 de febrero de 1923 se firmó en Washington un Convenio entre los mismos Estados sobre bases análogas, el cual tuvo menos de un año de aplicación debido a la denuncia del Convenio por parte de Costa Rica y El Salvador. Dichos Tratados contenían una cláusula en donde los estados se comprometían a:

*“No reconocer ningún Gobierno que pueda llegar al poder en cualquiera de las cinco Repúblicas como resultado de un golpe de Estado, o de una revolución contra el Gobierno reconocido, entre tanto los representantes libremente elegidos por el pueblo no hayan reorganizado constitucionalmente el país”.*³⁶

En el caso Tinoco, el árbitro William H. Taft expresó respecto al no reconocimiento fundado en la ilegitimidad, que el mismo no constituía en *“un postulado de derecho internacional y no ha obtenido el asentimiento general. La firma por Costa Rica del Tratado de 1907 no puede afectar a los derechos de los súbditos de un gobierno que no fue parte en el aquél convenio, ni modificar las reglas del derecho internacional en materia de reconocimiento”.*³⁷

- **Doctrina Larreta**

Esta doctrina fue formulada por el Ministro de Relaciones Exteriores uruguayo Eduardo Rodríguez Larreta. La doctrina, según el ilustre profesor español, Manuel Diez de Velasco, propugna la adopción de una posición colectiva o concertada por parte de los distintos países americanos (excluyendo la intervención armada) respecto a Gobiernos surgidos por vías de hecho, en defensa de los principios de democracia y de solidaridad americana.³⁸

Básicamente, esta doctrina constituye una afirmación de la Resolución del 24 de diciembre de 1943, adoptada por el Comité Consultivo de Emergencia para la Defensa Política Panamericana de la Unión Panamericana (organización antecesora a la Organización de Estados Americanos) en su reunión celebrada en Montevideo, en la que se recomendaba a los gobiernos americanos realizar consultas entre sí antes de reconocer a un nuevo gobierno establecido por la fuerza.³⁹ Posterior a

³⁶ Alejandro J. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición (Madrid: Editorial Tecnos, 1998) pág. 108.

³⁷ *Ibíd.* en pág. 295.

³⁸ Manuel Diez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, Décimo Cuarta Edición (Madrid: Editorial Tecnos, 2007) pág. 285.

³⁹ *Ibíd.*

la formulación de la doctrina, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro adoptaría un “Procedimiento informal sobre reconocimiento de gobiernos de facto”⁴⁰ estableciendo un mecanismo para la adopción de una posición colectiva, dándole validez a las ideas esbozadas por Rodríguez Larreta.

- **La Doctrina Betancourt**

El 13 de febrero de 1959, el entonces Presidente de Venezuela, Rómulo Betancourt, en su discurso al juramentarse en el cargo de Presidente ante el Congreso, formuló lo que posteriormente se denominaría como la Doctrina Betancourt. El Presidente Betancourt expresó:

“Solicitaremos cooperación de otros gobiernos democráticos de América para pedir, unidos, que la Organización de Estados Americanos excluya de su seno a los gobiernos dictatoriales porque no sólo afrentan la dignidad de América, sino también porque el Artículo 1 de la Carta de Bogotá, acta constitutiva de la OEA, establece que sólo pueden formar parte de este organismo los gobiernos de origen respetable, nacidos de la expresión popular, a través de la única fuente legítima de poder que son las elecciones libremente realizadas. Regímenes que no respeten los derechos humanos, que conculquen las libertades de sus ciudadanos y los tiranice con respaldo de las políticas totalitarias, deben ser sometidos a riguroso cordón sanitario y erradicados mediante la acción pacífica colectiva de la comunidad jurídica internacional.”⁴¹

Algunos autores la identifican como una extensión de la Doctrina Tobar, al sostener que la misma, en la práctica, supuso el no reconocimiento de gobiernos de facto.⁴² Pero mediante la lectura detenida de las palabras del Presidente Betancourt podemos identificar su doctrina como un antecedente al artículo 19 de la Carta Democrática Interamericana, el cual establece:

“Basado en los principios de la Carta de la OEA y con sujeción a sus normas, y en concordancia con la cláusula democrática contenida en la Declaración de la ciudad de Quebec, la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro constituye, mientras persista, un

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Freddy Belisario, *Derecho Internacional Americano* (Caracas: Anauco Ediciones 2004) pág. 230.

⁴² Manuel Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, Décimo Cuarta Edición (Madrid: Editorial Tecnos, 2007) pág. 285; Luis Solari Tudela, *Derecho Internacional Público*, Octava Edición (Perú: Studium Ediciones, 2004) pág. 90.

*obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización.*⁴³

La Doctrina Betancourt sería aplicada en Venezuela desde 1959, hasta 1968 cuando el entonces Presidente Rafael Caldera la abolió, debido a que según su criterio, había llevado a Venezuela a la ruptura de relaciones con diversos países del área resultando en el continuo aislamiento del país en la región.

- **La práctica panameña**

La República de Panamá mediante Decreto No. 364 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 4 de septiembre de 1990, “Por el cual se establecen reglas para el no reconocimiento de Gobiernos surgidos de Golpes de Estado o de Fraudes Electorales”, firmado por el entonces Presidente de la República Guillermo Endara Galimany y el Canciller Julio Linares, adoptó la Doctrina Betancourt.⁴⁴

El mencionado decreto establece que Panamá “no reconocerá a ningún Gobierno que surja de un golpe militar contra un régimen legítimamente elegido en elección popular, retirando a sus representantes diplomáticos”. Al margen de las consideraciones jurídicas que puedan elaborarse a partir de la adopción de la Doctrina Betancourt, nos llama poderosamente la atención las posiciones adoptadas por el Gobierno de la República de Panamá en el último quinquenio. Gobiernos surgidos de Golpes de Estado, como los suscitados en Honduras (2009), Egipto (2013) y Tailandia (2014), no ocasionaron la aplicación del Decreto 364 de 1990 y el consecuente no reconocimiento de dichos gobiernos. En todo momento los agentes diplomáticos panameños continuaron ejerciendo sus funciones en dichos Estados, en abierta violación de la citada norma.

⁴³ Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001, artículo 19.

⁴⁴ En su parte resolutive el mencionado Decreto establece lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: El Gobierno de la República de Panamá no reconocerá a ningún Gobierno que surja de un golpe militar contra un régimen legítimamente elegido en elección popular y, en consecuencia, retirará sus representantes diplomáticos e invitará a los del Estado concernido, a retirar los propios dentro de un plazo breve.

ARTÍCULO SEGUNDO: El tratamiento anterior se dará también a los Gobiernos surgidos del fraude electoral o en los cuales se haya impedido la votación electoral prevista y reglamentada por la ley interna del Estado afectado por los hechos ilícitos antes aludidos.

CONCLUSIÓN

Confiamos haber establecido que en materia de reconocimiento de gobiernos no existe, a nivel internacional, una prueba (“*test*”) o doctrina que se imponga de forma inequívoca e irrefutable, pues se trata de una materia política que el derecho internacional ha intentado regular. En la mayoría de las ocasiones, los reconocimientos son decisiones de política exterior amparadas en el *realpolitik* y no en el derecho internacional.

El caso panameño es distinto, pues una norma de nuestro derecho interno (Decreto No. 364 de 1990) limita la facultad discrecional del Estado y dicta los lineamientos que debe seguir el órgano ejecutivo en esta materia. El Decreto No. 364 plasmó una posición que respondía a un momento histórico, regional e internacional, caracterizado por la propagación y consolidación de los regímenes democráticos, como resultado de la imposición de los Estados Unidos de América como superpotencia hegemónica mundial en el ocaso de la Guerra Fría.

Es la opinión del autor que la República de Panamá debe fundar sus decisiones de política exterior en el más estricto análisis fundado en la observancia de las fuentes y normas del derecho internacional, promoviendo en todos los foros del orbe, su cabal cumplimiento e imperio. Por lo anterior, consideramos imperativo el abandono de cualquier doctrina de reconocimiento de gobiernos y el riguroso cumplimiento de la prueba (“*test*”) desarrollada por los fundadores del derecho internacional, dado que constituye la única forma de dotar al Estado, que es un ente político y sujeto de derecho internacional, de los instrumentos jurídicos para tomar una decisión que genera de forma inmediata o subsecuentemente consecuencias jurídicas.

**APLICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO
FISCAL DE CUENTAS EXTRANJERAS
(FATCA) EN PANAMÁ:**

JOHANNA CASTILLO

Sumario de Temas:

1.- **Introducción**; 2.- **El problema de Investigación**; 3.- **Hipótesis**; 4.- **Justificación**; 5.- **Objetivos**; 5.1.- Objetivo General; 5.2.- Objetivos Específicos; 6.- **Materiales y Métodos de Investigación**; 7.- **Marco Referencial**; 8.- **Marco Teórico**; 8.1.- Antecedentes; 8.2.- **Ámbito de Aplicación de FATCA**; 8.3.- **Análisis del marco legal panameño frente a la aplicación de FATCA**; 8.3.1.- **Constitución Política de la República de Panamá**; 8.3.2.- **Ley Bancaria Panameña**; 8.3.3.- **Consecuencias de la aplicación de FATCA para las Instituciones Financieras panameñas**; 8.3.3.1.- **Carga de cumplimiento y de sistemas**; 8.3.3.2.- **Riesgos Legales**; 8.3.3.3.- **Posibles consecuencias para la Inversión Directa Extranjera procedente de Estados Unidos de América**; 8.3.3.4.- **¿Cómo lo han hecho otros países?**; 8.3.3.5.- **Grado de aceptación de FATCA en la República de Panamá**; 8.3.3.6.- **Posición de la Asociación Bancaria Panameña**; 8.3.3.7.- **Posición del Ministerio de Economía y Finanzas**; 9.- **Conclusiones**; 10.- **Bibliografía**.

1.- INTRODUCCIÓN

La Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (de ahora en adelante, *FATCA* por sus siglas en inglés) es una Ley de Estados Unidos de Norteamérica que se aprobó en 2010 cuyo objetivo es evitar la evasión de impuestos de sus nacionales.

A través de la aplicación de *FATCA* se obliga a las Instituciones Financieras a nivel mundial a proporcionar información al Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos, (de ahora en adelante, *IRS* por sus siglas en inglés), de los clientes que sean considerados ciudadanos norteamericanos.

En Panamá, esta Ley extranjera afecta principalmente al sector bancario panameño, pues todas aquellas instituciones financieras que no apliquen *FATCA* se les retendrán el 30% de todos los pagos que procedan de fuente norteamericana.

Sin embargo, si las instituciones bancarias panameñas aplican *FATCA* se estaría violando la constitución y la ley del secreto bancario, uno de los atractivos más importantes de nuestra jurisdicción para atraer inversión extranjera.

En este trabajo de investigación analizaremos más a fondo en qué consiste *FATCA*, su ámbito de aplicación y el marco legal panameño frente a la aplicación de esta normativa extranjera. También veremos cuáles son sus implicaciones tanto para el sector bancario a nivel de institución así como a nivel de clientes, así como cuál podría ser el impacto en la inversión extranjera de aplicarse *FATCA*. Luego veremos los países que a la fecha ya han firmado un Acuerdo con los Estados Unidos de América y por último la posición de la Asociación Bancaria y el Ministerio de Economía y Finanzas.

Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones en base a lo expuesto a lo largo del desarrollo de este trabajo de investigación.

2. - EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

FATCA es una Ley extranjera, no es un Tratado; por lo tanto, no se puede aplicar una ley extranjera en Panamá y si se aplica se estarían violando disposiciones legales vigentes panameñas tanto a nivel constitucional como a nivel de Ley.

Si las Instituciones Financieras panameñas deciden no aplicar *FATCA* se les retendrá el 30% de todos los pagos que vengan de fuente norteamericana.

Adicionalmente, si se aplica esta medida en nuestro país, podría tener como consecuencia desmotivar la inversión extranjera por parte de ciudadanos norteamericanos.

3. - HIPÓTESIS

Para poder aplicar *FATCA* se debe modificar la ley bancaria panameña, en el sentido de que se permita a las instituciones financieras revelar información acerca de sus clientes estadounidenses a las autoridades fiscales de Estados Unidos de América.

4.- JUSTIFICACIÓN

La aplicación de *FATCA* en Panamá, es un tema de actualidad en el que ni el gobierno panameño ni las instituciones bancarias panameñas han definido claramente su posición. El sector bancario sólo ha manifestado que el cumplimiento de esta Ley extranjera es esencial para poder seguir llevando a cabo actividades bancarias; sin embargo, aún no se sabe exactamente cómo se procederá.

5.- OBJETIVOS

5.1.- OBJETIVO GENERAL

- a) Determinar las implicaciones legales e institucionales de aplicar *FATCA* en Panamá.

5.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Determinar si la aplicación de *FATCA* en Panamá viola la Constitución Política de la República de Panamá y las disposiciones legales bancarias panameñas.
- b) Medir el grado de aceptación de *FACTA* en la República de Panamá.
- c) Determinar si la inversión extranjera por parte de ciudadanos norteamericanos, se verá afectada por la aplicación de esta medida en la República de Panamá.

6.- MATERIALES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

El proyecto de investigación empleará como materiales para su realización, la normativa constitucional, legal y reglamentaria panameñas relacionadas con temas de carácter fiscal o tributario. De igual manera, se utilizarán los aportes que brinde la doctrina jurídica en relación al tópico por objeto de estudio.

En relación a los métodos de investigación que se emplearán, estos serán exploratorios para analizar esta figura de la Aplicación del Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras, que por primera vez se surte en Panamá. Luego se procederá a describir y analizar las disposiciones legales que existen en esta materia, para proceder a comparar la forma como se ha puesto en vigencia esta nueva figura en otros países.

De igual manera, se empleará como método de investigación el procedimiento lógico-argumentativo en relación a las ventajas o desventajas que traerá consigo la implementación del *FATCA* en la República de Panamá.

7.- MARCO REFERENCIAL

Como marco referencial para el desarrollo de este trabajo, en primer lugar tenemos la Ley Pública 111-147 de los Estados Unidos de América, denominada "Ley de Incentivos de Contratación para Restablecer Empleos" (*Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE)*)

Act), que es donde se encuentra la sección dedicada al “Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (*FATCA*)”.

En segundo lugar, tenemos la Constitución Política de la República de Panamá y en tercer lugar, el Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 1998 “Que adopta el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998”, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008 en donde encontramos la disposición referente al llamado “secreto bancario”.

8.- MARCO TEÓRICO

8.1.- Antecedentes:

FATCA fue concebido para contrarrestar la evasión fiscal por parte de contribuyentes norteamericanos.

Mediante dicha ley, Estados Unidos prácticamente obliga a las instituciones financieras que se encuentran fuera de su jurisdicción a brindar información al Servicio de Rentas Internas (*IRS*, por sus siglas en inglés) acerca de los ciudadanos norteamericanos que tengan cuentas o inversiones en sus respectivas instituciones bancarias.

Si las instituciones financieras deciden no brindar información al Servicio de Rentas Internas, serán sancionadas con la retención del 30% de todos los pagos que provengan de fuente norteamericana.

Para la ejecución de esta Ley, Estados Unidos ha propuesto dos opciones:

1. Firmar acuerdos con cada Institución Financiera por separado; o
2. Firmar acuerdos Intergubernamentales que faciliten el suministro de la información solicitada, reducir o eliminar los conflictos con las leyes locales de cada país y por ahora evitar la retención del 30% de los pagos de fuente norteamericana.

En el Anexo No.1 se presenta un cronograma con las fechas en que las entidades afectadas deberán ir cumpliendo progresivamente con *FATCA*.

8.2.- Ámbito de aplicación de *FATCA*

- Ciudadanos o residentes de los Estados Unidos de América que:
 - Viven en el extranjero.
 - Tengan negocios en el extranjero.
 - Posean inversiones pasivas o activas en el extranjero.

- Asesores Legales o Financieros.
- Promotores.
- Bancos / Instituciones Financieras.
- Banqueros.

8.3.- Análisis del marco legal panameño frente a la aplicación de FATCA

8.3.1.- Constitución Política de la República de Panamá

El artículo 4 de la Constitución Política de la República de Panamá señala lo siguiente:

“Artículo 4: *La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”¹.*

Pero ¿es FATCA una norma de derecho internacional?

Veamos la definición de tratado de Convención de Viena de 1969 que los define de la siguiente manera:

Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Luis Solari Tudela hace una interpretación de esta definición y señala lo siguiente:

De acuerdo con esta definición, un tratado es un acuerdo internacional, lo que equivale a decir que es la expresión de la voluntad de dos o más Estados, que exige la formalidad de ser hecho por escrito excluyéndose los pactos verbales; que estén regidos por el Derecho Internacional; o sea que la materia que regula se encuentre dentro de la esfera de esta disciplina jurídica. Por ejemplo, un acuerdo celebrado entre dos Estados para la adquisición de un inmueble destinado a la sede diplomática de uno de estos Estados no constituye un tratado aún cuando reúna las demás condiciones exigidas en esta definición, ya que la adquisición de dicho local será regida por el Derecho Interno del Estado en cuyo territorio se encuentra dicho inmueble. El tratado puede estar constituido por un documento único instrumento o más instrumentos conexos todos los cuales van a formar parte integral del tratado y finalmente, la

¹ **Constitución Política de la República de Panamá de 1972** reformada por los Actos Reformativos de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos 1 de 1983 y 2 de 1994 y por el Acto Legislativo 1 de 2004.

referencia que hace la definición a «cualquiera que sea su denominación particular» significa que el término «tratado» comprende los distintos nombres que han recibido los acuerdos internacionales como: Convenio, Protocolo, Concordato, Modus Vivendi, Pactos, Cartas, Estatutos, etc².

De la anterior definición podemos deducir claramente que *FATCA* no es un Tratado, es decir, no es una norma de derecho internacional (las cuales estamos obligados a acatar por disposición Constitucional), ya que no es la expresión de voluntad de dos o más países, sino sólo de uno, Estados Unidos de Norteamérica.

Por otro lado y siguiendo con nuestra normativa constitucional vigente, el artículo 17 señala lo siguiente:

Artículo 17: *Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.*

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona³.

De lo anterior se desprende que la República de Panamá tiene la obligación de proteger la vida, honra y bienes tanto de los nacionales, donde quiera que se encuentren y de los extranjeros que estén en nuestro país. Las cuentas e inversiones de los ciudadanos norteamericanos se consideran bienes de extranjeros, los cuales por disposición constitucional, la República de Panamá, tiene que proteger.

Por lo tanto, al aplicar una ley extranjera como *FATCA* en la República de Panamá estaríamos violando nuestra Constitución y pudiéramos estar sujetos a demandas por parte de las personas a quienes no se les respeten sus derechos constitucionales en nuestro país.

² Tudela Solari, Luis (2004). *Derecho Internacional Público*. Perú. Ediciones Studium, p.38.

³ **Constitución Política de la República de Panamá de 1972** reformada por los Actos Reformativos de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos 1 de 1983 y 2 de 1994 y por el Acto Legislativo 1 de 2004.

8.3.2.- Ley Bancaria Panameña

Se conoce como la Ley Bancaria Panameña al Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008, cuyo texto único se adoptó mediante el Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008.

El Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008 en su artículo primero señala lo siguiente:

Artículo 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *Este Decreto Ley se aplicará a:*

1. *Los bancos o a cualquier persona que ejerza el negocio de banca en o desde la República de Panamá.*
2. *Los grupos bancarios, según se define en este Decreto Ley y en las normas dictadas para su ejecución.*
3. *Las oficinas de representación.*
4. *Las afiliadas no bancarias ni financieras de que trata el artículo 63 del presente Decreto Ley.*

Con respecto al muy mencionado “secreto bancario”, que es básicamente la protección de la información de los clientes por parte de las entidades bancarias, el artículo 111 del Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008, señala lo siguiente:

Artículo 111. CONFIDENCIALIDAD BANCARIA. *Los bancos sólo divulgarán información acerca de sus clientes o de sus operaciones con el consentimiento de estos.*

Los bancos no requerirán el consentimiento de los clientes en los siguientes casos:

1. *Cuando la información les fuese requerida por autoridad competente de conformidad con la ley.*
2. *Cuando por iniciativa propia deban proporcionarla en el cumplimiento de leyes relacionadas con la prevención de los delitos de Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y delitos relacionados.*
3. *A agencias calificadoras para fines de análisis de riesgo.*
4. *A agencias u oficinas procesadoras de datos para fines contables y operativos.*

Mediante el artículo precedente, se prohíbe a los Bancos brindar información acerca de sus clientes sin el consentimiento de éstos. No obstante, existen varias excepciones.

1. Que el cliente otorgue su consentimiento. Es decir, que faculte al Banco a revelar su información a un tercero;
2. que la información sea solicitada por autoridad competente;
3. que la información la proporcione el Banco en cumplimiento de las leyes relacionadas a los delitos de Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y delitos relacionados;
4. que se proporcione a agencias calificadoras para fines de análisis de riesgo; o
5. que se brinde a agencias u oficinas procesadoras de datos para fines contables y operativos.

De estas cinco excepciones, la primera sería la única viable para poder brindar a los Servicios de Rentas Internas de Estados Unidos de Norteamérica y así poder cumplir con *FATCA*.

No obstante, si una de las ventajas competitivas de nuestro sistema bancario es el “secreto bancario”, al eliminar esto para los ciudadanos norteamericanos le estaríamos restando competitividad a nuestro sistema y por lo tanto, podría desacelerarse la inversión extranjera en nuestro país por parte de ciudadanos norteamericanos.

Por otro lado, aplicando el numeral 1 sólo contemplamos a los clientes que otorguen su consentimiento por escrito a la institución financiera, con lo cual, como ya mencionamos, cumpliríamos con la disposición extranjera. Pero ¿qué pasa con los clientes que actualmente mantengan cuentas y/o inversiones en instituciones bancarias panameñas y no otorguen su consentimiento para revelar su información a las autoridades norteamericanas?

El Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos de Norteamérica no es autoridad competente, ni tampoco se encuentra en los otros supuestos del artículo 111 del Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008, por lo que sería imposible para una institución bancaria panameña brindar información a la *IRS* sin violar la Constitución y la Ley Bancaria.

El efecto de una violación a la Ley Bancaria puede traer como consecuencia a las instituciones financieras multas pecuniarias por parte de la Superintendencia de Bancos y hasta demandas judiciales.

Adicionalmente, siguiendo con el análisis de algunos artículos de la Ley Bancaria, nos encontramos con el artículo 194 que señala lo siguiente:

Artículo 194. DERECHOS DE LOS CLIENTES BANCARIOS. Los clientes bancarios tendrán, entre otros, los siguientes derechos básicos e irrenunciables:

1. Conocer antes, durante y después, toda la información de manera clara, veraz y sin costo alguno, respecto de un producto o servicio bancario.
2. Desistir, en cualquier momento, de continuar la relación con el banco, sin menoscabo del cumplimiento de sus obligaciones, ni de los cargos previamente pactados y aplicables al desistimiento prematuro de la relación.
3. Confidencialidad en lo que respecta a su relación con el banco frente a terceros, así como a su privacidad.
4. Recibir un servicio diligente y eficiente por parte del banco, particularmente en lo que respecta a consultas y peticiones para conocer el estado de las obligaciones o derechos dimanantes de las mismas.

Llama la atención el carácter de irrenunciabilidad impreso a los derechos de los clientes bancarios. Un derecho irrenunciable es una disposición a la cual no se puede renunciar, aún cuando conste por escrito que se está renunciando a ella, es decir, la renuncia a un derecho irrenunciable es nula.

A continuación nos permitimos utilizar una definición de principio de irrenunciabilidad en el derecho laboral para contar con una definición más clara y luego aplicar la analogía al caso que nos ocupa.

*En Derecho laboral, se conoce como **principio de irrenunciabilidad de derechos** a aquel que limita la autonomía de la voluntad para ciertos casos específicos relacionados con los contratos individuales de trabajo.*

Bajo este principio, el trabajador está imposibilitado de privarse, voluntariamente, de las garantías que le otorga la legislación laboral, aunque sea por beneficio propio. Lo que sea renunciado está viciado de nulidad absoluta. La autonomía de la voluntad no tiene ámbito de acción para los derechos irrenunciables. Esto evidencia que el principio de la autonomía de la voluntad de Derecho

privado se ve severamente limitado en el Derecho laboral⁴.

El numeral 3 del artículo 194 del Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008, consagra el derecho a la confidencialidad de la información de los clientes respecto a su relación con el banco frente a terceros así como el derecho a su privacidad.

Utilizando la analogía surge entonces la siguiente pregunta, si un cliente da su consentimiento en revelar su información a un tercero, llámese este tercero *IRS* ¿es nulo este consentimiento, pues la confidencialidad es un derecho irrenunciable según la Ley Bancaria?

En nuestro concepto sí, a pesar de que la misma Ley Bancaria disponga que una de las excepciones para poder brindar información es que se cuente con el consentimiento del cliente. A nuestro juicio se deben revisar bien estos artículos, pues pensamos que se contradicen por la razón arriba expuesta.

Siguiendo con nuestro análisis de los artículos de la Ley Bancaria concernientes a la aplicación de FATCA en Panamá, a continuación transcribimos el artículo 222 del Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008:

Artículo 222. SOMETIMIENTO A LA LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN PANAMEÑA. *Los bienes transferidos o depositados en bancos, ya sea en concepto de depósito, o a título de mandato o fideicomiso, o a cualquier otro título, estarán sometidos enteramente a las leyes y a la jurisdicción de la República de Panamá, salvo que los instrumentos por los cuales se efectúe su transferencia dispongan otra cosa.*

Se establece como norma de orden público y de política pública, que los bienes de extranjeros, tal como están definidos en el párrafo del presente artículo, quedan sometidos plenamente al principio de la autonomía de la voluntad y al régimen de libre disposición de bienes, aun cuando las leyes sucesorias o el régimen matrimonial del país de la nacionalidad o del domicilio del titular, o del fideicomitente, o del fundador, o del beneficiario, dispongan otra cosa.

PARÁGRAFO. *Para efectos del presente artículo, se considerarán como bienes de extranjeros, los bienes de*

⁴ Principio de Irrenunciabilidad de derechos. Consultado en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_irrenunciabilidad_de_derechos_\(Derecho_laboral\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_irrenunciabilidad_de_derechos_(Derecho_laboral)) el 15 de abril de 2013.

que sean titulares, fideicomitentes o beneficiarios, personas que no sean panameñas ni residentes en la República de Panamá al momento en que se perfeccione la transferencia de los bienes.

Este artículo es otra de las grandes ventajas competitivas con que cuenta nuestro sistema bancario y otra de las razones por las que se estaría violando la Ley si se aplica *FATCA* en nuestro país, pues al ser bienes extranjeros depositados en nuestro país, están sujetos a la jurisdicción panameña y no a la jurisdicción norteamericana.

8.3.3.- Consecuencias de la aplicación de *FATCA* para las Instituciones Financieras panameñas

Sí las Instituciones Financieras firman acuerdos con el Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos de Norteamérica, tendrán básicamente tres problemas.

1. Carga de cumplimiento y de sistemas;
2. riesgos legales;
3. el riesgo de tener que retener el 30% de los pagos a las entidades consideradas “recalcitrantes”, es decir, aquellas que no firmen acuerdos con el Servicio de Rentas Internas, sin saber con certeza quién asumirá este costo.

8.3.3.1.- Carga de cumplimiento y de sistemas

Para poder cumplir adecuadamente con lo que exige *FATCA*, las Instituciones Financieras deben identificar adecuadamente a sus clientes en el sentido de saber si, de acuerdo a las leyes norteamericanas, son considerados ciudadanos norteamericanos.

De acuerdo a *FATCA* una cuenta estadounidense es cualquier cuenta financiera mantenida por una institución financiera que sea propiedad de una o más personas especificadas estadounidenses o de entidades extranjeras que sean propiedad de estadounidenses y dictó los siguientes parámetros para poder identificar dichas cuentas:

- **Propietario sustancialmente norteamericano**
- Significa una persona especificada como ciudadano norteamericano que sea propietario, directa o indirectamente, de más del diez por ciento del patrimonio de una corporación, o con respecto a una sociedad, más del diez por ciento del interés en las ganancias o el capital de tal sociedad.

- Con relación a fideicomisos, un propietario sustancialmente norteamericano es cualquier persona especificada como ciudadano norteamericano que mantenga, directa o indirectamente, más del diez por ciento del valor de los intereses beneficiarios de dicho fideicomiso.

➤ **Cuentas Individuales Existentes**

- Identificación del titular como ciudadano o residente norteamericano, en cuyo caso la institución deberá obtener un **Formulario W-9** de dicho titular (**Ver Anexo 2**);
- Un domicilio en los Estados Unidos asociado al titular de la cuenta (ya sea su residencia o un domicilio para recibir correspondencia), en cuyo caso el titular deberá presentar un Formulario **W-9 o W-8BEN** (**Ver Anexo 3**) y copia de pasaporte o ciudadanía no norteamericana;
- Lugar de nacimiento en los Estados Unidos del titular de la cuenta, en cuyo caso deberá presentar un Formulario W-9 o W-8BEN y copia de pasaporte o ciudadanía no norteamericana;
- Una dirección única del titular de la cuenta que es un PO Box, o una dirección de retención de correo (Hold Mail) o una dirección 'in care of', en cuyo caso el titular deberá presentar un **Formulario W-9 o W-8BEN** o documentación que evidencie que no es residente fiscal en los Estados Unidos.
- Un poder o firma autorizada otorgada a una persona con dirección en los Estados Unidos, en cuyo caso el titular deberá presentar un **Formulario W-9 o W-8BEN** o documentación que evidencie que no es residente fiscal en los Estados Unidos; o
- Instrucciones para transferencias de dicha cuenta a una cuenta de los Estados Unidos o instrucciones otorgadas desde un domicilio localizado en los Estados Unidos, en cuyo caso el titular deberá presentar un **Formulario W-9 o W-8BEN** o documentación que evidencie que no es residente fiscal en los Estados Unidos.

➤ **Cuentas Corporativas Existentes y Nuevas**

- La institución deberá determinar si dichas cuentas son:
 - cuentas de los Estados Unidos;
 - cuentas de instituciones financieras extranjeras que firmaron el acuerdo con el Servicio de Rentas Internas para cumplir con *FATCA*;
 - cuentas de instituciones financieras extranjeras consideradas en cumplimiento con *FATCA*;
 - cuentas de instituciones financieras extranjeras que no han firmado el acuerdo con el Servicio de Rentas Internas;
 - cuentas de entidades extranjeras que se encuentran excluidas de la aplicación de *FATCA*;

- cuentas de titulares recalcitrantes;
- cuentas de entidades extranjeras no financieras que se encuentran excluidas de la aplicación de *FATCA*;
- cuentas de entidades extranjeras no financieras; u
- otras Cuentas.

En todos los casos, la institución financiera podrá confiar en dicha documentación salvo que tuviera conocimiento o razón para conocer que la misma no es confiable o es incorrecta

Igualmente, también se debe identificar a los clientes no estadounidenses. Es posible que estos clientes necesiten certificar que no son ciudadanos norteamericanos. Si la entidad financiera no obtiene esta certificación causará que se considere al tenedor de la cuenta como recalcitrante y provocará la penalidad del 30% de retención. En esta instancia, existe la posibilidad que la retención se aplique a pagos de fuentes tanto norteamericana como de no norteamericana.

8.3.3.2.- Riesgos Legales

Otras de las preocupaciones concernientes a la aplicación de *FATCA* no sólo en Panamá, sino también en otras jurisdicciones, es que las Instituciones que deben aplicar *FATCA* al revelar información de sus clientes norteamericanos pueden incurrir en violaciones a sus leyes locales.

Por otro lado, el Gobierno de los Estados Unidos de América no sólo sanciona con el 30% de retención de pagos procedentes de fuente norteamericana a las entidades que decidan no firmar los acuerdos, sino que a los que firmen estos Acuerdos y por algún motivo mientan o ayuden a los clientes a esconder sus cuentas, pueden ser objeto de las siguientes sanciones:

- Bancos e Instituciones Financieras
 - Penalidades civil y criminal.
 - Interrupción del negocio.
 - Enjuiciamiento criminal.
- Individuos / Asesores / Promotores
 - Multas / penalidades financieras.
 - Enjuiciamiento civil.

- Enjuiciamiento criminal (El perjurio es un delito federal en los Estados Unidos de América)⁵.

8.3.3.3.- Posibles consecuencias para la Inversión Directa Extranjera procedente de Estados Unidos de América

El crecimiento económico de un país depende en gran parte de la inversión indirecta que dicho país pueda atraer. En los últimos años en Panamá se ha desarrollado una serie de proyectos e infraestructura destinada principalmente a atraer inversión extranjera y de acuerdo al Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Panamá se ubicó en el primer lugar entre los países centroamericanos destinatarios de inversión extranjera directa (IED), con 2790 millones de dólares en el 2011.

De acuerdo al Informe de la Contraloría General de la República, el porcentaje de inversión directa extranjera para los años 2009, 2010 y 2011 fue de 17% (Ver Anexo 4), un porcentaje alto comparado a los otros países.

Si cambiamos nuestras leyes bancarias, eliminando el secreto bancario para los ciudadanos norteamericanos (de acuerdo a la definición proporcionada por *FATCA*) es posible que este monto disminuya, porque como ya mencionamos anteriormente, uno de los atractivos de nuestro país para atraer inversión extranjera es nuestro sistema y leyes bancarias.

8.3.3.4.- ¿Cómo lo han hecho otros países?

Hasta abril de 2013, los siguientes países han firmado acuerdos de intercambio de información con Estados Unidos de Norteamérica:

1. Reino Unido.
2. Dinamarca.
3. México.
4. Irlanda.

⁵ El delito federal de perjurio se define en el Código de los E. U. en 18 USC 1621. De acuerdo con esa ley, una persona comete perjurio si: “El que testifique, declare, deponga, o certifique que es verdad, o que suscriba **cualquier testimonio por escrito, declaración, disposición o certificación afirmando que es cierta**, y contrario a dicho juramento, intencionalmente declare o suscriba cualquier hecho material que sepa que no es la verdad”.

La sentencia federal usual para un caso de perjurio incluye una multa, un término de cárcel que no exceda de cinco años, o ambas. En consecuencia, el perjurio es un delito grave que conlleva una sentencia grave por lo que aquellos acusados de perjurio deben buscar inmediatamente un representante legal.

5. Suiza.

No obstante, debido a que en Panamá los impuestos son territoriales, básicamente nosotros no tendríamos nada que solicitar a cambio de los Estados Unidos de América en concepto de cooperación en temas de impuestos.

8.3.3.5.- Grado de aceptación de FATCA en la República de Panamá

Según encuesta aplicada a 20 personas vinculadas al sector bancario, el 90% manifestó no estar de acuerdo con aplicar FATCA en Panamá, principalmente porque es una Ley extranjera.

8.3.3.6.- Posición de la Asociación Bancaria Panameña

En la actualidad se ha celebrado una serie de reuniones organizadas por la Asociación Bancaria de Panamá con los Oficiales de Cumplimiento de los diversos Bancos para explicar la normativa de FATCA y los plazos de cumplimiento.

8.3.3.7.- Posición del Ministerio de Economía y Finanzas

En abril de 2012, el ministro de Economía y Finanzas, Frank de Lima, fue entrevistado por una periodista del periódico Capital Financiero y manifestó lo siguiente:

(...) aseguró que se harán los ajustes necesarios en la legislación panameña ante el Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca), una ley estadounidense que obliga a entidades financieras de todo tipo, incluidos los bancos, a informar sobre las cuentas de los ciudadanos estadounidenses en todo el mundo para efectos tributarios.

Hace unos días, el ministro conversó sobre el tema con una funcionaria del Departamento de Tesoro de los Estados Unidos (EE.UU.), quien le informó que lo acordado con otros países (España, Reino Unido, Alemania y Francia) es hacer los intercambios de información Gobierno a Gobierno, en lugar de entidades financieras a Gobierno, pero que aún no está definido el mecanismo para dicho intercambio.

El país apuesta por ser incluido en este acuerdo y poder seguir la misma ruta.

Estamos viendo si hay que hacer cambios o ajustes en la legislación para enviar la información de Gobierno a Gobierno”, dijo el funcionario.

Un grupo de técnicos del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) está trabajando en eso y analizando las distintas opciones.

De Lima recordó que ya Panamá y EE.UU. cuentan con un Tratado de Intercambio de Información Fiscal y ahora analizarán si todos los aspectos quedan cubiertos con ese acuerdo o hay que hacer ajustes adicionales.

Al ser consultado sobre si Panamá está dispuesta a hacer todos los ajustes que sean necesarios en su legislación por el Fatca, el ministro afirmó que harán todo lo necesario para apoyar al sistema financiero y que esto fue un pedido de la banca⁶.

No obstante lo anterior, a la fecha aún no hay una posición clara por parte de las autoridades gubernamentales con el propósito de adecuar nuestra normativa para que las instituciones que se vean afectados por FATCA puedan aplicarla sin violar la Constitución y las leyes bancarias vigentes.

⁶ Consultado en <http://www.capital.com.pa/gobierno-esta-dispuesto-a-ajustar-leyes-por-fatca/> el 16 de abril de 2013

9.- CONCLUSIONES

La aplicación de la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (*FATCA*) en la República de Panamá, sin antes firmar un Tratado con los Estados Unidos de América y/o cambiar la Ley Bancaria panameña, en lo que respecta al secreto bancario, sería un error por parte de las autoridades panameñas, como de las instituciones afectadas por dicha ley.

Es realmente preocupante que a la fecha no exista un proyecto de ley y no haya una definición clara de cómo se procederá con respecto a este tema.

Nuestra percepción es que, por el momento, la única preocupación de las entidades afectadas es cumplir con *FATCA*, porque de no hacerlo prácticamente quedarían imposibilitadas a hacer negocios, ya que gran parte de las cuentas bancarias de los bancos locales se encuentran en Estados Unidos de América y por ende, la mayoría de los pagos y/o transferencias bancarias por necesidad deben pasar por dicho país.

Lo único claro es que se cumplirá con la normativa norteamericana, con o sin modificación de las leyes locales vigentes, la factura de los costos la veremos con el tiempo.

10.- BIBLIOGRAFÍA:

a) Libros:

TUDELA SOLARI, LUIS (2004). *Derecho Internacional Público*. Perú: Ediciones Studium.

b) Leyes:

Constitución Política de la República de Panamá de Panamá de 1972 reformada por los Actos Reformativos de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos 1 de 1983 y 2 de 1994 y por el Acto Legislativo 1 de 2004.

Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 1998 “Que adopta el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998”, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008

c) Páginas Web:

Periódico Capital Financiero. Recuperado el 16 de abril de 2013.
<http://www.capital.com.pa/gobierno-esta-dispuesto-a-ajustar-leyes-por-fatca/>

Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos de América. Recuperado el 15 de marzo de 2013 desde [http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-\(FATCA\)](http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA)).

Superintendencia de Bancos de Panamá. Recuperado el 16 de marzo de 2013 desde http://www.superbancos.gob.pa/documentos/leyes_y_regulaciones/leyes_y_regulaciones/Decreto_ejecutivo_52.pdf

Principio de irrenunciabilidad de derechos. Wikipedia. Recuperado el 15 de abril de

Anexo 1
Cronograma de Cumplimiento con FATCA

15 de julio de 2013	Inicio de registro de Instituciones
31 de diciembre de 2013	Firma de Contrato con el Servicio de Rentas Internas
1 de enero de 2014	Se inicia la Retención de algunos pagos
31 de marzo de 2015	Se empieza a Reportar al IRS (2013 /2014); detalles básicos de cuentas, clientes recalcitrantes y cierre de cuentas.
31 de diciembre de 2015	Termina el plazo para cumplir con la debida diligencia de identificación de clientes norteamericanos;
31 de marzo de 2016	En el reporte se agregan cantidades de los ingresos
31 de marzo de 2018	En el reporte se agregan ingresos brutos

REPÚBLICA DE PANAMÁ
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Instituto Nacional de Estadística y Censo

Cuadro 02. POSICIÓN DE LA INVERSIÓN DIRECTA EXTRANJERA EN LA REPÚBLICA, POR PAÍS DE RESIDENCIA DEL INVERSIONISTA: AL 31 DE DICIEMBRE DE 2009-11

País de residencia del inversionista	Posición de la inversión directa extranjera (en miles de balboas)			Porcentaje
	2009 (R)	2010 (P)	2011 (P)	
TOTAL	18,019,000	20,381,500	23,136,500	
Europa	7,161,023	8,236,061	8,035,492	
Unión Europea	5,807,221	6,477,904	6,145,700	
Alemania.....	121,262	152,100	158,099	1%
Dinamarca.....	20,942	69,600	56,846	0%
España.....	1,810,638	2,154,600	2,294,855	9%
Francia.....	122,022	128,600	136,754	1%
Italia.....	57,143	61,398	64,632	0%
Países Bajos.....	2,276,686	2,192,731	1,807,296	9%
Reino Unido.....	1,227,024	1,503,900	1,353,161	7%
Suecia.....	11,981	51,200	36,078	0%
Otros países (1): Irlanda y Portugal.....	159,522	163,775	237,979	1%
Otros países de Europa	1,353,802	1,758,157	1,889,792	
Andorra.....	...	11,057	12,359	0%
Suiza.....	1,350,096	1,746,700	1,875,669	8%
Otros países (1): Gibraltar y Noruega.....	3,706	400	1,764	0%
África	443,436	428,400	465,982	
África subsahariana	443,436	428,400	465,982	
Sudáfrica.....	443,436	428,400	465,982	2%
América	8,122,918	8,878,933	11,866,475	38%
América del Norte	4,947,915	5,221,944	7,098,372	23%
Canadá.....	376,698	433,946	446,153	2%
Estados Unidos.....	3,784,416	3,945,198	5,844,790	17%
México.....	786,801	842,800	807,429	4%
América Central y el Caribe	1,361,025	1,500,370	1,546,702	
Aruba.....	13,770	16,381	19,854	0%
Costa Rica.....	233,437	252,220	284,910	1%
Cuba.....	3,250	3,624	4,604	0%
Curazao.....	8,282	14,716	15,422	0%
El Salvador.....	204,354	219,900	209,465	1%
Guatemala.....	91,717	147,946	163,238	1%
Jamaica.....	480,182	495,400	455,372	2%
Puerto Rico.....	150,815	66,800	22,499	0%
Otros países (1): Bahamas, Belice, Haití, Honduras, Islas Cayman, Nicaragua, Islas Vírgenes EEUU, República Dominicana, Trinidad y Tobago.....	175,219	283,383	371,338	1%
América del Sur	1,813,978	2,156,619	3,221,401	
Argentina.....	177,567	189,492	334,465	1%
Brasil.....	214,785	219,000	420,736	1%
Chile.....	31,891	56,752	59,699	0%
Colombia.....	924,396	1,117,300	1,657,659	5%
Ecuador.....	162,545	236,300	149,356	1%
Perú.....	53,602	72,800	60,377	0%
Venezuela.....	248,390	264,373	538,039	1%
Otros países (1): Bolivia y Paraguay.....	802	602	1,070	0%
Asia	2,291,623	2,838,106	2,768,551	
Oriente Medio y Cercano Oriente	13,722	39,800	43,083	
Otros países de Oriente Medio y Cercano Oriente	13,722	39,800	43,083	
Israel.....	12,437	13,800	17,993	0%
Líbano.....	1,285	26,000	25,090	0%
Asia Central, meridional y Otros países del Golfo Pérsico	82,693	84,502	84,589	
India.....	2,693	4,502	4,589	0%
Otros países (1): Filipinas, Indonesia, Singapur y Arabia Saudita.....	80,000	80,000	80,000	0%
Asia Oriental	2,195,208	2,713,804	2,640,879	
China, Hong Kong RAE de.....	708,977	1,105,981	1,044,750	5%
China, República Popular de.....	22,055	40,300	110,300	0%
Corea, República de (Corea del Sur).....	351,642	457,297	533,700	2%
Japón.....	303,612	686,499	530,463	3%
República de China (Taiwan).....	808,922	423,727	421,666	2%

NOTA: La diferencia que se observa entre el total y los parciales se debe al redondeo del computador.

(1) En este renglón por confidencialidad estadística se incluyen los países que en cada región continental, registran hasta dos empresas de inversión directa.

(R) Cifras revisadas.

(P) Cifras preliminares.

EL ÁMBITO MERCANTIL DEL DERECHO DE AUTOR Y SU NUEVA LEGISLACIÓN

ERICK RUIZ

Sumario de Temas:

1.- **Introducción**; 2.- **El problema de la investigación dentro del proyecto jurídico**; 2.1.- Planteamiento del problema de investigación; 2.2.- Elementos comunes al planteamiento del problema de investigación; 2.2.1.- Objetivos que persigue la Investigación; 2.2.2.- Preguntas de investigación; 3.- **La Hipótesis del problema o del proyecto de investigación**; 4.- **Justificación**; 5.- **Objetivos**; 5.1.- Objetivos generales; 6.- **Materiales y Métodos de Investigación**; 7.- **Marco Referencial**; 8.- **Marco Teórico**; 9.- **Marco Jurídico**; 10.- **Contenido de la investigación**; 10.1.- Breves consideraciones sobre el Derecho de Autor; 10.2.- ¿Qué se necesita para tener la protección del Derecho de Autor?; 10.3.- ¿Qué son las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor? 10.4.- ¿A qué se refieren los Derechos Conexos? 10.5.- ¿Cuál es el efecto del registro de una obra?; 10.5.1.- Noción general sobre Derecho de Autor; 10.5.2.- Naturaleza jurídica del Derecho de Autor; 10.5.3.- Importancia económica del Derecho de Autor; 10.5.4.- Los tipos de obras más frecuentes de registrarse bajo Derecho de Autor; 10.5.5.- Contenido del Derecho de Autor: Los derechos morales y los derechos patrimoniales; 10.5.5.1.- Los derechos morales del autor; 10.5.5.2.- Los derechos patrimoniales del autor; 10.6.- Clasificaciones más comunes de las obras creadas; 10.6.1.- Según el tipo de obra creada, se clasifican en; 10.6.2.- Dependiendo del número de personas que intervienen; 10.6.3.- Dependiendo del tipo de autoría, se clasifican en; 10.7.- Algunas limitaciones y excepciones al Derecho de Autor; 10.8.- La propiedad intelectual en el ámbito del comercio; 10.9.- La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos en el ámbito mercantil; 10.10.- Compilación de los nuevos cambios introducidos recientemente mediante la aprobación de la nueva ley; 10.11.- Percepción negativa por parte de la ciudadanía panameña en cuanto a la nueva ley y sobre las multas que impone la DGDA en la actualidad; 11.- **Conclusiones**; 11.1.- Recomendaciones; 12.- **Bibliografía**.

1.- INTRODUCCIÓN

El Derecho de Autor desempeña un papel capital en la creación, producción y difusión de los conocimientos, producto de la creatividad humana, asegurando la explotación lícita de las obras del intelecto. Sin embargo, se enfrenta hoy en día a nuevos desafíos derivados del desarrollo de la tecnología digital y de la creciente piratería. La observación cuidadosa de la historia del Derecho de Autor desde la invención de la imprenta hasta la aparición del Internet, permite descubrir en qué medida ésta singular disciplina ha aportado al desarrollo del género humano. La

protección de las obras del ingenio y del talento, aunado al espíritu creativo del ser humano, fue el inicio para dignificar aún más su condición como ser viviente y de esta manera, animarle a pensar, crear y difundir sus obras, no solamente en beneficio propio, sino también en beneficio de toda la sociedad.

Por consiguiente, el Derecho de Autor, viene a ser esa disciplina jurídica que protege las obras y prestaciones en cuanto creaciones artísticas del intelecto humano. La obra representa el aspecto verdaderamente creativo, en la medida que incorpora elementos hasta entonces ausentes, desconocidos o inexistentes; no obstante, en mayor o menor grado, todos los seres humanos tienen la capacidad de crear, siendo la creación intelectual en algunos casos innata y en otros casos adquirida. De esto se desprende, que con la finalidad de proteger al autor y a su obra, en cuanto al reconocimiento de su calidad autoral y de la facultad de oponerse a cualquier modificación de su creación sin su consentimiento, así como para el uso o explotación por sí mismo o por terceros, con dicha finalidad, existe un conjunto de normas denominadas como Derecho de Autor; por ello en el trabajo que se presenta a continuación, se procederá a abordar diversos aspectos vinculados al tema del Derecho de Autor y sus implicaciones, todo desde un punto de vista mercantil, incluyendo de igual forma, la más reciente legislación aprobada en nuestro país, ya que como sabrá el lector, en el mundo del Derecho se requiere estar lo más actualizado posible con las nuevas leyes que se vayan implementando.

2.- EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN DENTRO DEL PROYECTO JURÍDICO:

Dentro del presente trabajo, también se procederá a hacer alusión a la nueva ley que se aprobó recientemente en nuestro país; se trata de la Ley No. 64 del 10 de octubre de 2012 sobre Derecho de Autor la cual conlleva a grosso modo, algunos inconvenientes o desventajas para la sociedad en general y los autores de las obras; el problema de esta ley radica en las incongruencias y aspectos discutible que posee la misma.

2.1.- Planteamiento del problema de investigación

En este caso, la noción del planteamiento del problema en relación a esta ley, puede ser visto de manera más formal y específica en los aspectos negativos e incongruentes que presenta dicha legislación aprobada recientemente.

Aquí cabe hacer la observación de que la ley no es mala en su totalidad, pero si presenta algunos aspectos que pueden considerarse inconvenientes y entre los cuales pueden destacarse los siguientes:

- A. El Estado panameño, por conducto de la Dirección General de Derecho de Autor (DGDA) – que es la entidad encargada en asuntos sobre Derecho de Autor, y que está adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias, posee la facultad para imponer multas de forma unilateral, a su libre albedrío, en contra de quien sospeche haya incurrido en violación a la propiedad intelectual. (Aunque están facultados por ley para imponer multas, hasta la fecha, según averiguaciones realizadas en la DGDA, los funcionarios de la misma afirman no haber impuesto nunca algún tipo de multas).
- B. El sospechoso culpable solamente tiene 15 días para defenderse y probar que no es culpable, cosa que parece ir en contra del principio de presunción de inocencia (Art. 22 de la Constitución); para eso se notificará al presunto responsable, emplazándolo para que dentro de un plazo de quince (15) días presente las pruebas para defenderse.
- C. Otro aspecto es que el dinero de la multa antes mencionada, no va destinado tan siquiera al autor de la obra que haya sido objeto de violación o piratería, sino que es el Estado, el que se queda con todo ese dinero, cantidad que debiera ser para el autor como el directo afectado o al menos debiera tocarle un porcentaje; y que puede llegar a ser de hasta B/100,000.00 si se incurre en reincidencia dentro del plazo de un año.
- D. Además de la multa impuesta, en algunos casos el acusado, (según lo decida la DGDA), tendrá que pagar de su bolsillo para que publiquen en un periódico, una amonestación y que de esa forma se sepa públicamente que violó la propiedad intelectual de un autor. (En otras palabras tiene que pagar para hacerlo pasar vergüenza pública).
- E. Teniendo en cuenta todos estos problemas, si bien es cierto que las leyes se crean para beneficio de la sociedad y que se ajustan a las necesidades cambiantes del entorno actual, puede deducirse que el método o la forma como esta ley enfrenta el problema de la piratería, no es el mejor o no es el más adecuado y tampoco beneficia siquiera al principal afectado (el autor de la obra), ya que el dinero por violar su creación, no va a parar a su bolsillo sino que es el Estado el que se queda de injustamente con ese dinero.

Como se puede observar, todos estos elementos constituyen algunos de los problemas que conlleva la reciente aprobación de dicha ley por parte

del gobierno nacional, aún a sabiendas de que en su momento hubo diversas manifestaciones en contra de la misma (sobre todo de los autores) y a pesar también de los aspectos negativos que implica la precitada ley.

Además de todos los puntos mencionados anteriormente, el acusado es responsable, si el autor de la obra decide proceder legalmente, con lo cual se le impondrían también tanto sanciones civiles como penales.

Es muy importante mencionar que, aunque la ley vigente es la Ley 64 del 10 de octubre de 2012, esta ley establece en su parte titulada “Disposiciones transitorias”, que existen algunos artículos de esa ley que comenzarán a regir en una fecha posterior, luego de transcurrido ciertos plazos (según el art. 196) a partir de la entrada en vigencia de la ley – el 1 de octubre de 2012, (Entre ellos figuran del 59 al 62, sobre la duración del Derecho de Autor; el 126, 129 y 132, sobre los derechos conexos; todos éstos que entraron a regir a partir del 1 de abril del presente año.

Los artículos 144, 145, 147 y 149, sobre medidas tecnológicas e información electrónica de los derechos; los dos primeros entran a regir el 1 de octubre de 2015, el 147 – el 1 de marzo de 2014, y el 149 – el 1 de marzo de 2015. Y en cuanto a las acciones y medidas cautelares, éstas comienzan a regir el 1 de octubre de 2015). Sería conveniente, si así lo desea el lector, consultar el artículo 196 de la precitada ley, para mayores detalles.

Otra observación importante es que a pesar de que la ley se titula: Ley 64 del 10 de octubre de 2012, sobre Derecho de Autor y Derechos conexos, la misma entró a regir el día 1 de octubre de 2012.

2.2.- Elementos comunes al planteamiento del problema de investigación

En virtud del planteamiento del problema de investigación, se puede afirmar que en el caso particular, tal planteamiento lo constituyen, los inconvenientes que representa la aprobación de la ley en cuestión.

Tal planteamiento se encuentra asociado a una serie de aspectos vinculados estrechamente entre sí, de los cuales destacan por ejemplo, los objetivos que persigue esta investigación, sumado a las interrogantes surgidas en lo atinente al presente trabajo de investigación; aspectos que a continuación se trataran de forma más precisa.

2.2.1.- Objetivos que persigue la investigación

Teniendo en cuenta el enfoque dado al presente trabajo de investigación, se puede destacar que tal enfoque, va dirigido a tratar de resolver los problemas que implica la ley mencionada, es decir que se trata de una investigación que pretende resolver los inconvenientes de dicha ley, lo cual a su vez constituye uno de los objetivos del presente trabajo.

2.2.2.- Preguntas de investigación

El problema que implica este proyecto de investigación o más precisamente, la reciente ley aprobada, se materializa mediante la elaboración de la siguiente interrogante:

- ¿Qué debe hacerse, para eliminar la parte mala de la ley que ha sido motivo de controversia y molestias en la población y solamente dejar lo que realmente es conveniente, teniendo en cuenta el mayor beneficio a la sociedad?

3.- LA HIPÓTESIS DEL PROBLEMA O DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Ante los problemas que presenta esta nueva legislación sobre Derecho de Autor, a primera vista, es posible ofrecer una respuesta, a fin de darle solución a todos estos inconvenientes. Teniendo en cuenta el enfoque del presente trabajo, de pretender resolver esos problemas, así como el alcance del mismo, se puede formular la hipótesis de que tales incongruencias o aspectos negativos, se pueden corregir al derogar solamente los artículos polémicos de la Ley 64 del 10 de octubre de 2012, que impliquen esos problemas o inconvenientes. Para tal fin, es necesario la propuesta de una nueva ley que sirva para derogar algunos artículos puntuales de la ley 64, ya sea a iniciativa del presente gobierno o mejor aún del próximo gobierno; pero sobre todo que se haga de manera consultada con la población y teniendo en cuenta a los autores de obras y artistas nacionales.

4.- JUSTIFICACIÓN:

En cuanto a la justificación del presente trabajo, se puede afirmar que resulta conveniente abordar, tanto lo relativo al Derecho de Autor, debido a la importancia económica que conlleva para los autores la comercialización de su obra; como también la nueva legislación, que ha entrado en vigencia a partir del 1 de octubre del año pasado en nuestro

país y es necesario abordarla con la finalidad de dar a conocer al lector, algunos aspectos de la misma que pueden conllevar inconvenientes para la ciudadanía en general de nuestro país.

5.- OBJETIVOS:

En cuanto a los objetivos del presente trabajo, se puede destacar que los mismos, van dirigidos a determinar el alcance de éste proyecto de investigación, así como la delimitación del tema investigado y entre estos objetivos podemos señalar los siguientes:

5.1.- Objetivos generales:

- A. Establecer a grosso modo las generalidades del Derecho de Autor.
- B. Abordar algunos puntos relativos a la nueva legislación sobre Derecho de Autor en nuestro país.

5.2. Objetivos específicos:

Como objetivos específicos, se pueden mencionar los siguientes:

- A. Precisar el ámbito mercantil del Derecho de Autor.
- B. Determinar la importancia y naturaleza jurídica del mismo.
- C. Efectuar una compilación de los nuevos cambios introducidos con la nueva legislación, que no se plasmaban en la ley anterior de Derecho de Autor (Es decir, la Ley 15 del 8 de agosto de 1994).
- D. Dar a conocer algunos inconvenientes e incongruencias que presenta la nueva ley sobre Derecho de Autor en nuestro país.

6.- MATERIALES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

Investigación jurídica, descriptiva ,analítica

7.- MARCO REFERENCIAL

El Derecho de Autor, como lo conocemos hoy en día, es el resultado de un desarrollo jurídico que de manera legislativa y jurisprudencial se ha ido construyendo durante los últimos trescientos años, con la influencia de elementos económicos, filosóficos, políticos, sociales y culturales que han hecho posible que sea lo que es hoy día.

La protección jurídica a las obras literarias y artísticas se institucionalizó desde la aparición de la imprenta. Anterior al sistema de Derecho de Autor que conocemos actualmente, existió un modelo de privilegios de carácter

administrativo que se encuadraba en el Derecho Público, para luego dar paso a la institución denominada Propiedad Intelectual del Derecho Privado.

“El proceso de globalización que cada vez domina más las relaciones económicas y políticas de todos los países, ha permitido que se consolide un sistema de propiedad intelectual, lo que tiene como consecuencia, la ambigüedad de las condiciones históricas del desarrollo del Derecho de Autor, es decir, las condiciones específicas que permitieron que en un tiempo y en un lugar determinados se dieran unos fenómenos jurídicos concretos. En cada país el desarrollo del Derecho de Autor ha tenido su propia evolución, el estudio de cada caso, por analogía, no se puede trasladar a otros espacios históricos; así, la historia del Derecho de Autor en Europa no puede pensarse como el desarrollo que vivió en paralelo y de forma idéntica Latinoamérica, o cada país latinoamericano. En el año de 1886, se consagra el Convenio de Berna y se fortalece la idea de un modelo armonizado de protección a las obras literarias y artísticas”¹.

El Derecho de Autor es una institución jurídica eminentemente internacional y cuyos desarrollos legislativos han estado guiados por procesos de armonización desde el siglo XIX. Esta característica permite aprovechar de manera sustancial la historiografía que se ha producido sobre el tema en diferentes latitudes. Más aun teniendo en cuenta que esta figura jurídica proviene esencialmente del Derecho francés. Debe precisarse que existen dos figuras jurídicas similares a nivel internacional, pero no iguales y que permiten circunscribir mejor el objeto de estudio. El Copyright y el Derecho de Autor, que obedecen a un propósito jurídico similar, pero pertenecen a sistemas legales diferentes: el primero que pertenece al Derecho Anglosajón o Common Law, y el segundo, a la tradición del Derecho Continental Europeo, el Civil Law. El Derecho emana del trabajo intelectual, basado en el principio de justicia de que a todo trabajo le corresponde una remuneración. Algunos filósofos de la Ilustración en el siglo XVIII, tanto en Francia como en Alemania, abogaron por la propiedad del autor respecto de sus escritos, basados en una posición iusnaturalista; y aquí cabe recordar el concepto de iusnaturalismo, que según JORGE WITKER y ROGELIO LARIOS “(...) es aquella corriente que busca lo absoluto y lo eterno para hacer del Derecho algo más que una obra de seres humanos”². El Derecho Natural constituye el instrumento que inspira el Derecho Positivo, basándose en la

¹ CADAVID, JOHNNY ANTONIO (2009). *Aproximación a la historia del Derecho de Autor: antecedentes normativos*. Bogotá (Colombia): Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 5 y 6.

² WITKER, JORGE y LARIOS, ROGELIO (1997). *Metodología Jurídica*. México (D.F.): McGraw-Hill Interamericana editores, S.A. Recuperado el 22 de marzo de 2013, desde <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1932>. Pág. 139.

transparencia y la racionalidad. Aunque en el caso de la nueva Ley de Derecho de Autor aprobada, esa ley, no parece tener nada de transparente y mucho menos de racional. Aquí cabe hacer una observación, ya que como se ve, el Derecho Positivo debe estar basado en los valores y principios morales que contiene el Derecho Natural, de manera que si ese requisito no se cumple, nos encontraremos, no ante normas jurídicas verdaderas, sino más bien, ante imposiciones arbitrarias emanadas por una autoridad que ejerce el poder y que es justamente como pasó en nuestro país con esta nueva ley aprobada arbitrariamente y de forma inconsulta por una autoridad que ejerce poder, que en este caso es la Asamblea Nacional de Diputados.

8.- MARCO TEÓRICO

Atendiendo al hecho de que el marco teórico trata solamente los aspectos relacionados al problema de la investigación, es decir, de juntar información al respecto y ligarla a dicho problema; tenemos como elemento principal el concepto en sí, del Derecho de Autor, ya que como el problema de la investigación en el presente trabajo radica en los inconvenientes y aspectos negativos de la nueva ley sobre Derecho de Autor, es conveniente, primero, hacer mención de las diversas concepciones que sobre el Derecho de Autor poseen los especialistas en la materia.

Al respecto, pueden señalarse algunas definiciones como las siguientes:

- A. objeto la protección de las obras literarias, artísticas o científicas y a él se han unido los llamados Derechos Conexos, dentro de los cuales se ubican las interpretaciones y ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes y las producciones de los organismos de radiodifusión³.
- B. De acuerdo a LAURA VALLETA, se entiende por Derecho de Autor, “(...) el derecho exclusivo para hacer publicar y vender una producción literaria o artística, siendo al mismo tiempo un derecho temporal que posee el autor o artista para evitar que otras personas ajenas, comercialicen copias de su expresión creativa”⁴.
- C. En tanto que RAYMOND GUILLÉN y JEAN VINCENT, conceptualizan el Derecho de Autor como “(...) el privilegio o la facultad reconocida al autor de una obra ya sea artística o literaria, que implica al mismo tiempo un derecho pecuniario, es decir, el derecho de sacar provecho económico de la obra e implica un

³ RENGIFO GARCÍA, ERNESTO (1996). *Propiedad Intelectual en el Moderno Derecho de Autor*. (2ª. Ed.). Bogotá (Colombia): Editorial Universidad Externado de Colombia, pág. 54.

⁴ VALLETTA, LAURA (2000). *Diccionario de Derecho Comercial*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Valletta, pág. 77.

derecho moral, como el derecho que tiene el autor de divulgarla, de fijar las condiciones de su explotación y a defender su integridad”⁵.

9.- MARCO JURÍDICO

Con respecto al marco jurídico del proyecto de investigación, es posible hacer mención de las diversas fuentes vinculadas al problema de investigación o de las leyes que han estado vigentes en nuestro país. Entre ellas figuran las siguientes:

- A. Cuando no existían leyes que regularan de manera formal y específica esta temática, se atendía a algunas disposiciones del Código Administrativo.
- B. La ley No. 15 del 8 de agosto de 1994 por la cual se aprueba la Ley sobre el Derecho de Autor, Derechos Conexos y se dictan otras disposiciones. (Que fue la primera que regulaba formal y específicamente esta materia).
- C. La ley No. 10 del 22 de febrero de 2011 por la cual se traslada la Dirección General de Derecho de Autor, bajo la dirección del Ministerio de Comercio e Industrias. (Antes, estaba bajo la dirección del Ministerio de Educación).
- D. La Ley No. 20 del 26 de junio de 2000 sobre el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales. (Que le brindaba una participación especial a la DGDA).
- E. Y la Ley No. 64 del 10 de octubre de 2012 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. (Como la nueva ley vigente que deroga tanto la Ley 15 como la Ley 10 y modifica los artículos 4 y 15 de la Ley 20).
- F. Aunque el presente trabajo trata sobre el ámbito mercantil del Derecho de Autor, cabe mencionar también que el Código Penal contempla sanciones por violaciones a la propiedad intelectual, específicamente a partir del artículo 258. (Sin embargo, la Ley 64, recientemente aprobada, agrega algunos artículos al Código Penal: adiciona numerales a los artículos 262 y 263; y adiciona los artículos 266-A, 266-B Y 266-C al Código Penal).

De igual forma, en lo concerniente al marco jurídico, resulta oportuno destacar una de las jurisprudencias⁶ más reciente de la Corte Suprema de

⁵ GUILLEN, RAYMOND Y VINCENT, JEAN (1996). *Diccionario Jurídico*. Santa Fe de Bogotá (Colombia): Editorial Temis, pág. 141.

⁶ “LA SOCIEDAD COMPU-TOTAL, S. A., MEDIANTE APODERADOS LEGALES, SOLÍS, ENDARA, DELGADO Y GUEVARA, INTERPONE RECURSO DE

ANULACIÓN, CONTRA EL LAUDO ARBITRAL DE 16 DE ENERO DE 2003, DICTADO EN EL PROCESO SEGUIDO ENTRE COMPU-TOTAL S.A. Y EL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (PANAMA), S. A. PONENTE: JOSÉ A. TROYANO. PANAMÁ, DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CUATRO (2004). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CUARTA DE NEGOCIOS GENERALES.

Ponente: José A. Troyano. Materia: Recurso de nulidad de laudo arbitral

VISTOS: La firma forense Endara, Delgado, Solís y Guevara, en su condición de apoderada especial de COMPU-TOTAL, S.A., ha interpuesto recurso de anulación contra el laudo arbitral nacional, proferido el 16 de enero de 2003, dentro del proceso arbitral instaurado por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (PANAMÁ), S.A. contra la sociedad recurrente.

El abogado que representó a la sociedad recurrente, en lo concerniente al motivo de anulación del laudo arbitral señaló diversas razones, (10 en total), entre ellas la última fue la siguiente:

“Como último motivo de anulación del Laudo Arbitral, el recurrente señala que "el laudo es contrario al orden público panameño", porque determinar si el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (PANAMÁ), S.A., tiene derecho a utilizar el programa de ordenador denominado SGB_WIN; esto le corresponde a las autoridades jurisdiccionales, que son las encargadas de investigar y perseguir conductas contrarias al **Derecho de Autor** de COMPU-TOTAL, S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 35 de 1996 (sobre Propiedad Industrial) que indica que todas las normas de esta ley, son de orden público y en su Título VII, se incluye los **derechos de autor**”.

Por otro lado el apoderado legal de la parte opositora, (BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA) señaló que un punto importante a dilucidar entre los argumentos del recurrente, es que sostiene que se trata de una materia expresamente excluida por la Ley de Arbitraje con énfasis en el artículo 2 del Decreto Ley No. 5 de 1999, refiriéndose a que se trata de una materia de orden público, por lo cual no es de libre disposición de las partes, criterio que no comparte la parte opositora en virtud de que el artículo 1 de la Ley 15 de 1994 que regula el Derecho de los Autores y el Derechos Conexos, sólo se refiere al interés público y no es dable extender lo normado en la Ley 35 de 1996 (Propiedad Industrial) que toca el tema de los Derechos de Autor, refiriéndose a los delitos contra los derechos ajenos, a las normas de Derecho de Autor, donde efectivamente tanto la norma constitucional como la propia ley reconocen el principio de propiedad privada de los autores sobre sus creaciones y obras y la libertad de disponer de ellas.

El hecho de que la Ley establezca sanciones de carácter penal para la infracción de los Derechos de Autor y los derechos ajenos, y que tales infracciones se encuentren en el curso una investigación penal, no le quita el carácter de libre disposición que tienen los sujetos protegidos por la Ley de Derecho de Autor ni convierte a dicho tema, en un tema de orden público, no transigible por las partes, de otra forma no habría explicación para los distintos contratos y licencias que traducen la explotación económica de los derechos patrimoniales que para los autores se derivan por la creación de sus obras (Contrato de Edición, Contrato de Inclusión Fotográfica, Licencias de Usos, etc.), todos contemplados en el articulado de la Ley 15 de 1994.

Incluso en la Ley 15 de 1994 encontramos una disposición, referente a las funciones de la Dirección General de Derecho de Autor, específicamente el artículo 110 que se refiere al procedimiento arbitral, contemplado en el Código Judicial, que debe ser aplicado por dicha Dirección en los casos de arbitraje sometidos a su consideración, que si bien ha sido derogado por el Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999 (en lo referente al procedimiento), nos demuestra que el tema de los Derechos de Autor, no está excluido de la posibilidad de

Justicia con relación al Derecho de Autor. Cabe mencionar que en la misma no se trata de un caso concreto sobre alguna violación o algún delito contra la Propiedad Intelectual, pero si se tratan algunos aspectos que involucran el Derecho de Autor como tal.

10.- CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN

10.1.- Breves consideraciones sobre el Derecho de Autor:

El Derecho de Autor puede ser definido genéricamente, como el conjunto de normas que protegen al autor como creador de una obra en el campo literario y artístico, entendida ésta, como toda expresión humana producto del ingenio, el talento y la originalidad, la cual se ve materializada de cualquier forma perceptible por los sentidos.

10.2.- ¿Qué se necesita para tener la protección del Derecho de Autor?

La protección que se concede al autor nace desde el mismo momento en que crea la obra, sin que para ello se requiera cumplir con formalidad jurídica alguna, es decir, que el ejercicio y goce del derecho de un autor sobre su obra, no está condicionado a que se registre la misma. No obstante lo anterior, el registro de derechos de autor, constituye un importante medio probatorio.

10.3.- ¿Qué son las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor?

Son restricciones que impone la ley al ejercicio del Derecho de Autor, con el propósito de garantizar el ejercicio de otros derechos, como el de información, educación e investigación. Por ello, muchas leyes de Derechos de Autor permiten, para casos especiales, reproducir o utilizar obras sin pedir autorización, siempre y cuando sea para uso personal, para fines de información, para fines culturales o de educación, entre otros, sin que medie el ánimo de lucro por la obra ajena.

10.4.- ¿A qué se refieren los Derechos Conexos?

Se refieren a los derechos afines al Derecho de Autor, como aquellos concedidos para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de discos compactos y de los organismos de radiodifusión (radio y la televisión).

ser sometido a arbitraje.

*En consecuencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE NEGOCIOS GENERALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGA el recurso de anulación propuesto por COMPU-TOTAL, S.A. contra el laudo arbitral de 16 de enero de 2003, dictado dentro del proceso arbitral instaurado por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (PANAMÁ), S.A. contra la sociedad recurrente. Se condenó en costas a la parte recurrente por la suma de mil balboas (B/1,000.00).”

10.5. ¿Cuál es el efecto del registro de una obra

Su efecto conlleva el hecho de que se les brinda a los titulares de Derecho de Autor, un medio de prueba y de publicidad de sus derechos, así como a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley. Ofrece también garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de Derecho de Autor.

10.5.1. Noción general sobre Derecho de Autor

El *Droit d' Auteur*, (en Francia), *Urheberrecht* (En Alemania), *Diritto d' Autore* (En Italia), *Copyright* (en Inglaterra y Estados Unidos) o comúnmente conocido como Derecho de Autor, en Latinoamérica, consiste grosso modo, en una moderna disciplina jurídica que regula la particular relación del autor con su creación intelectual y al mismo tiempo de ésta con la sociedad; en virtud de lo primero, el Derecho de Autor otorga al creador un cúmulo de facultades tanto patrimoniales como morales, las cuales por un lado, le permiten explotar en forma exclusiva su producción intelectual y por otro lado persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su creador. No obstante, lo que busca el Derecho de Autor, es establecer un punto de equilibrio, entre el interés privado de los autores y el interés público basado en la justicia, la competencia leal y el acceso justo al disfrute de las creaciones del intelecto humano.

Acorde al jurista HENRI CAPITANT, en su obra titulada Vocabulario Jurídico, el Derecho de Autor se define como "(...) aquel derecho exclusivo de explotación que le pertenece a las personas sobre toda creación de su espíritu e intelecto y que lleva el sello de su personal temperamento, en el dominio de las letras, las ciencias, las artes y cualquiera que sea su forma, aunque se trate de una simple reproducción por un procedimiento científico a condición de que tal creación pueda manifestar la personalidad intelectual de quien la pone en acción"⁷.

Adicionalmente, conviene aclarar, que el Derecho de Autor es una rama del Derecho, ubicada dentro de la categoría general denominada "Propiedad Intelectual", al igual que los derechos de Propiedad Industrial (que incluyen entre otras cosas las patentes, los diseños industriales, y signos distintivos comerciales) y a pesar de que entre ambas, existen diferencias considerables, la tendencia moderna es la de ubicar los dos regímenes dentro de la Propiedad Intelectual por ser ésta el área jurídica que brinda protección a cualquier producto del intelecto, no importa si está dirigido ya sea a la cultura o al

⁷ CAPITANT, HENRI (1986). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires (Argentina): Editorial De Palma, pág. 206.

entretenimiento (tales como libros y cd de música) o bien, si tienen aplicación industrial (tales como los inventos o los modelos de utilidad – como invenciones de menor complejidad o escaso valor creativo, ya que conllevan pequeñas modificaciones y mejoras implementadas a los inventos ya existentes y usados cotidianamente).

10.5.2. Naturaleza jurídica del Derecho de Autor

En cuanto a la razón de ser o el motivo jurídico de la existencia de la figura del Derecho de Autor, tenemos que el autor de una obra tiene derecho a ser reconocido como creador de la misma, y tal reconocimiento trae como consecuencia, además, la prerrogativa o el privilegio exclusivo de explotarla mercantilmente. Sin embargo, un aspecto tendiente a ofrecer la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, hace considerar que los mismos son derechos reales, ya que confieren al autor el poder de ejercer directa e inminentemente actos de derecho sobre su creación. Si observamos al titular de un derecho de autor en goce de su derecho, podremos percatarnos de que el autor saca provecho de las ventajas económicas de su obra en forma exclusiva; por eso se puede afirmar que el Derecho de Autor es además un derecho real, ya que ese derecho real implica el vínculo jurídico inmediato entre una persona y una cosa, en este caso entre el autor y su creación.

10.5.3. Importancia económica del Derecho de Autor:

El Derecho de Autor tiene una función que puede ser comprendida desde el punto de vista económico, ya que implica un medio que puede producir incentivos económicos para la creación intelectual, lo que marca una diferencia entre el resultado y el costo de la creación. “(...) La especial atención que existe sobre el auge económico que ha envuelto a los derechos de los autores, ha sido en la actualidad, el resultado de la difusión tecno-digital o de los avances tecnológicos por los cuales atraviesa el mundo de hoy día; por lo cual, desde el punto de vista económico, esta sistematización lleva consigo el aumento del valor de las obras, tanto para los titulares de estos derechos como para los países generadores de dichas obras”⁸.

Por consiguiente, debemos tener en cuenta que el Derecho de Autor, no sólo se preocupa por el crecimiento económico, sino también por el crecimiento moral e intelectual que la sociedad en general puede percibir por la creación de ciertas actividades intelectuales.

⁸ GERVAIS, DANIEL (2001). *Los sistemas básicos del Derecho de Autor y Copyright: La noción de obra y la gestión de los derechos de autor*. Bogotá (Colombia): Editorial Uniandes. P. 89.

10.5.4. Los tipos de obras más frecuentes de registrarse bajo Derecho de Autor

Entre las clases de obras más comunes que pueden inscribirse bajo Derecho de Autor, figuran las siguientes:

- A. Obras literarias, científicas, técnicas, jurídicas e históricas; que pueden ser diversas clases de libros.
- B. Obras musicales: con letra y sin letra; como las canciones de los artistas o cualquier composición musical en particular.
- C. Obras plásticas: Tales como pinturas, esculturas, fotografía y dibujos, arquitectónicos, entre otros.
- D. Obras cinematográficas y audiovisuales, tales como películas.
- E. Y programas y sistemas de cómputo, es decir, programas de ordenadores.

10.5.5. Contenido del Derecho de Autor: Los derechos morales y los derechos patrimoniales

En la legislación panameña, e incluso en muchas otras, se ha establecido que el autor de una obra tiene, por el sólo hecho de la creación, la titularidad de los derechos sobre dicha obra, que comprende a su vez los derechos tanto de orden moral como patrimonial, consagrados en la Ley 64 del 10 de octubre de 2012, como la nueva ley sobre Derecho de Autor. Pero de forma genérica, ambos tipos de derechos constituyen prerrogativas o privilegios exclusivos del creador y por cada uno de ellos se entiende lo siguiente.

10.5.5.1. Los derechos morales del autor

“Son básicamente los derechos que tiene el autor de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su obra que pueda ir en detrimento de su honor o reputación.

Cabe mencionar que a los derechos morales, se les admite también como derechos extrapatrimoniales y su ejercicio aunque no le proporciona retribución económica al autor, sí le brinda un gran poder de control sobre su obra”⁹.

El derecho moral del autor no es innato de la personalidad, sino que presupone un hecho constitutivo que es la creación intelectual y entre los derechos morales del autor pueden destacarse los siguientes:

⁹ ESPÍN CANOVAS, DIEGO (1991). *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid (España): Editorial Civitas, pág. 77.

- A. El derecho de paternidad intelectual sobre la obra: El derecho a colocar o a que sea puesto su nombre en su obra.
- B. El derecho a salvaguardar la integridad de la obra: que significa que nadie, ni editor, ni el productor de una obra pueden alterarla, siendo el autor el único que puede hacer eso.
- C. El derecho de arrepentimiento o derecho a retirar la obra del comercio: Como el poder que tiene el autor de retirar su obra del mercado y suspender su circulación, entendiéndose que este derecho no comprende los ejemplares que ya son propiedad de terceros, sino obviamente los que están en el mercado y no se han vendido todavía.
- D. El derecho al inédito: Como el derecho del autor a no divulgar o dar a conocer su obra, sino hasta que él lo decida, tal como sucede con álbumes inéditos de los cantantes, por ejemplo.

10.5.5.2. Los derechos patrimoniales del autor

“Los derechos patrimoniales, derechos pecuniarios, o monopolios de explotación, como también se les denominan, son un cúmulo de facultades exclusivas del autor que le permiten explotar por sí mismo su creación o bien autorizar su explotación por parte de terceros”¹⁰.

Tal retribución que recibe el autor por la explotación económica de su obra, responde precisamente a la idea de justicia, según la cual todos los que trabajan deben recibir una compensación por la obra que crean. La retribución pecuniaria, además, estimula a los creadores a realizar nuevas obras y contribuye también al progreso cultural e intelectual de los pueblos. “Son los derechos que tiene el autor o sus derechohabientes, los cuales atañen básicamente a los beneficios económicos que se pueden derivar del aprovechamiento de la obra y que se extienden por un periodo que es determinado por la ley”¹¹.

Lo cual justamente tiene gran aplicación en nuestra legislación ya que anteriormente, con la primera ley de Derecho de Autor, este período era de 50 años mientras que ahora es de 70 años con la aprobación de la nueva Ley de derecho de autor. Los derechos patrimoniales a diferencia de los morales, pueden ser transferidos a título gratuito u oneroso a otras personas naturales o jurídicas, o bien

¹⁰ ERDOZAÍN, JOSÉ CARLOS (2002). *Derecho de Autor y Propiedad Intelectual – Práctica Jurídica*. Madrid (España): Editorial Tecnos, pág. 407.

¹¹ ANTEQUERA PARILI, RICARDO (2004). *Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial*. Caracas (Venezuela): Editorial Eventus. P. 257.

por virtud de la ley pueden ser detentados por personas diferentes del autor como es el caso de las obras realizadas en desarrollo de un contrato de trabajo o de un contrato de prestación de servicios. De manera resumida, entre los derechos patrimoniales del autor destacan los siguientes:

- A. El derecho de reproducción: es decir, el derecho de prohibir o autorizar la reproducción de su obra por cualquier forma o procedimiento (y a esto le podemos agregar, siempre y cuando no sea con fines de lucro, ya que así lo estipula la ley e incluso es una de sus excepciones).
- B. El derecho de comunicación pública: como una forma de publicidad de su obra.
- C. El derecho de distribución: como el derecho de distribuir su obra para que sea vendida en distintos lugares.
- D. El derecho de transformación: se entiende el derecho de cambiar la obra en el sentido de que se puede adaptar, arreglar o traducir al idioma según el lugar en que se venda.

10.6. Clasificaciones más comunes de las obras creadas

“Acorde con el especialista en la materia, PHILIPP ALLFELD, conviene destacar las clasificaciones más comunes de las obras, entre ellas las siguientes:

10.6.1. Según el tipo de obra creada, se clasifican en:

- Obras literarias: como los libros y en general todas las que se basen en las letras.
- Obras artísticas: como pinturas, dibujos, fotografías y esculturas.
- Obras musicales: como las canciones de los artistas o sus cd.
- Obras audiovisuales: como las películas en general.
- Obras informáticas: como los programas de ordenadores.
- Y obras de diseño: como las arquitectónicas o de publicidad.

10.6.2. Dependiendo del número de personas que intervienen

- Obras individuales: es la que crea una sola persona.
- Obras colectivas: aquella en la que participan varios autores, y se caracteriza fundamentalmente por la existencia de un coordinador o director encargado. Ejemplos, son los diccionarios y las enciclopedias. (coautores)
- Obras en colaboración: aquella en las que colaboran varias personas cuyos aportes se fusionan de manera tal, que no se pueden fraccionar o dividir ya que se perdería su esencia. Un ejemplo son los conciertos de música, en las que colaboran

todos en conjunto pero si lo hicieran cada uno por su lado, no sería una obra en colaboración. (coautores)

10.6.3. Dependiendo del tipo de autoría, se clasifican en:

- Obras anónimas.
- Obras sinónimas.

10.6.4 Y dependiendo de la naturaleza de las obras, se clasifican en:

- Obra originaria: La que data de la antigüedad.
- Obra derivada o compuesta: Aquella obra nueva en la que se incorporan elementos de otras obras ya existentes.
- Obra inédita: La que no ha sido divulgada o dada a conocer públicamente por el autor¹².

Por consiguiente, en base a todas estas clasificaciones, cabe hacer la observación de que un trabajo de investigación como el que hemos realizando o incluso un trabajo de graduación, puede ser clasificado como una obra literaria, individual y al mismo tiempo es derivada o compuesta, ya que para hacerla se requiere buscar información en otros autores u otras fuentes; e incluso se puede decir que también es inédita, si no se da a conocer públicamente de alguna forma.

10.7. Algunas limitaciones y excepciones al Derecho de Autor

“(…) En cuanto a las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, tenemos que las mismas están establecidas fundamentalmente por razones de educación, de información y de cultura”¹³.

Tales limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, significan que la obra puede ser utilizada lícitamente, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna siempre y cuando no medie el ánimo de lucro. Entre ellas destacan las siguientes, que son las que mayormente se ven en el diario vivir:

10.7.1. El derecho de cita: que se refiere a efectuar las respectivas citas o transcripciones literales en un trabajo de investigación, que no sólo es permitido sino que además se debe hacer.

10.7.2. La reproducción de las obras para la enseñanza, conforme a los usos honrados y sin ánimo de lucro: Caso muy común que

¹² ALLFELD, PHILIPP (1999). *Del Derecho de Autor y del derecho del inventor*. Santa Fe de Bogotá (Colombia): Editorial Temis S.A. P. 257 y ss.

¹³ GRANADO SOTO, MARGARITA (2000). *Selección de lecturas de Derecho de Autor: Ciencias Jurídicas*. La Habana (Cuba): Editorial Félix Varela. P. 277.

se da en escuelas y universidades, en el que los alumnos sacan copias de los libros por razones de estudio.

- 10.7.3. La reproducción para bibliotecas o en actuaciones judiciales.
- 10.7.4. Reproducción y difusión de acontecimientos de actualidad por razones de información.
- 10.7.5. La copia para uso personal y sin fines de lucro.
- 10.7.6. Y la reproducción de normas jurídicas.

10.8. La propiedad intelectual en el ámbito del comercio

La realidad de la Propiedad Intelectual como tema de negocios y comercio no es un tema nuevo y por tal motivo, hoy en día se ha hecho ineludible su tratamiento.

El Derecho de Autor como parte jurídica instrumentadora de esta área, en lo concerniente a las creaciones literarias, intelectuales o artísticas, adquiere así un nuevo rango de atención. Las pérdidas millonarias ocasionadas a los productores mundiales por la falsificación y piratería de las mercancías culturales y el papel que la explotación de las obras juega en la sociedad de la información, fueron los factores que condicionaron el debate de tales extremos, ante una institución que venía ocupándose sólo del comercio tradicional de mercancías y servicios.

“(…) El desarrollo de las industrias del entretenimiento, de consumo masivo, así como la informática y la inclusión de la protección de las nuevas tecnologías, son los condicionantes principales del papel que hoy en día desempeñan en la sociedad las obras objeto de protección bajo Derecho de Autor, donde las empresas productoras aparecen con nuevas opciones de inversión en el marco de la globalización de la Economía y de la interdependencia de los mercados nacionales”¹⁴.

10.9. La gestión colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos en el ámbito mercantil

Desde el punto de vista de la gestión de los derechos, ello implica que el propio titular habría de estar en condiciones de acometer por sí mismo todas y cada una de las diligencias orientadas a controlar la utilización de las obras, a negociar con los usuarios las condiciones más favorables por esas utilidades a gran escala y a emitir licencias bajo remuneración a ese mercado de usuarios de obras. Para los

¹⁴ LEIPSZYC, DELIA (2004). *Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Zavallía S.A. P. 95.

efectos de este estudio y aunque sólo mencionamos obras en sentido estricto, deben entenderse incluidas además, las interpretaciones y ejecuciones artísticas y las emisiones de radiodifusión las cuales constituyen el objeto de los derechos conexos. En esa labor del titular del derecho habría que tomar en cuenta, no solamente la cantidad que el autor desea obtener por el uso de una obra, que es el resultado de su labor intelectual, sino también el precio que el usuario puede pagar. “(...) Por un lado nos encontramos con un autor que pretende recibir los mayores beneficios económicos por la explotación de sus obras y por el otro, un mercado de usuarios que espera pagar por su licenciamiento, tan poco como sea posible. Esta constituye sin duda, la cuestión angular sobre la cual se desarrolla toda la estructura de los precios en ese mercado en que el autor ha de esgrimir sus mejores razones, tanto jurídicas como económicas para competir en términos aceptables”¹⁵.

“ (...) En cuanto al control por la explotación de las obras, el autor ha de conocer el haz de utilidades posibles en un territorio y tiempo determinados, valiéndose para ello de todos los mecanismos idóneos que tenga a su alcance. La utilización de una obra musical por ejemplo, se lleva a cabo de múltiples formas, especialmente mediante actividades de comunicación pública y actos de reproducción. En el primer caso, encontramos modalidades de utilización tales como recitaciones públicas, conciertos en vivo en lugares de acceso libre o restringido, emisiones de radiodifusión y puesta a disposición a través de Internet; mientras que en el segundo, destacan la reproducción y consiguiente distribución al público de formatos analógicos tradicionales tales como CDs, DVDS y modalidades de reproducción digital”¹⁶.

Cabe destacar que en éstas últimas modalidades de explotación, se encuentran involucrados también los derechos de puesta a disposición o comunicación pública. Por su puesto la mayor o menor efectividad de control, dependerá de los recursos disponible y se deberán conocer las dimensiones de su mercado habitual y las potencialidades de su mercado eventual, lo cual significa que debería contar con un servicio eficiente de información relevante que le permita proyectar y planificar el crecimiento de su negocio a mediano y largo plazo.

¹⁵ MOLINA MARCO, JUANA (1995). *La Propiedad Intelectual*. Barcelona (España): Editorial Marcial Pons. P. 108.

¹⁶ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO (1999). *Naturaleza jurídica de los Derechos Intelectuales*. Madrid (España): Editorial Marcial Pons. P. 230.

En lo que respecta al licenciamiento, se debe estar en condiciones, no sólo de proveer todas las licencias que en determinado momento pudiera requerir el mercado natural de usuarios, sino también las que simultáneamente demanden otros usuarios, en cualquier parte del mundo, que en razón de una necesidad puntual de usar las obras o como consecuencia de la naturaleza de sus operaciones, requieran una licencia de uso fuera del territorio donde el autor tiene el asiento habitual de sus negocios o intereses. Siendo usual la vocación territorial de las licencias para el uso de obras protegidas por el Derecho de Autor, tales demandas extraterritoriales requerirán de la existencia de una infraestructura, concebida sobre la base de alianzas estratégicas en otros ámbitos territoriales de explotación más allá de las fronteras.

“ (...)La gestión individual es desbordada por un entramado de relaciones y situaciones jurídicas cada vez más complejas, puesto que los titulares de derechos entran en una incapacidad de hecho, en tanto carecen de medios suficientes para controlar las utilidades, negociar con los usuarios y recaudar las remuneraciones. Surge así entonces, como mecanismo eficaz la gestión colectiva, un sistema de ejercicio del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos desempeñado con habitualidad por cuenta de terceros cuyo propósito es vigilar la explotación de obras y prestaciones cuya administración le hubiere sido encomendada”¹⁷.

La otra vertiente desde la cual ha de apreciarse la importancia de las entidades de gestión colectiva es la que tiene que ver con los usuarios. Es cierto que éstos pretenderán siempre pagar menos por la utilización de las obras y producciones, pero tampoco es menos cierto, que dependiendo de la importancia que tengan éstas en sus operaciones mercantiles, el uso de obras y prestaciones, será para ellos indispensable, necesario o secundario. El sistema de tarifas de la entidades de gestión colectiva con el cual se materializa la pretensión económica de los titulares de derechos, por el uso de las obras y prestaciones, suele construirse sobre la base del principio de proporcionalidad, según el cual el precio por la utilización debe ser en proporción a la importancia de la obra o prestación en la realización del negocio.

¹⁷ ROGEL VIDE, CARLOS (1984). *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Madrid (España): Editorial Tecnos. P. 178.

10.10. Compilación de los nuevos cambios introducidos recientemente mediante la aprobación de la nueva ley

A continuación se procederá a efectuar un compendio de los nuevos cambios introducidos mediante la aprobación de la Ley 64 de 10 de octubre de 2012 y que no se encontraban anteriormente en la Ley 15 del 8 de agosto de 1994. Entre ellos podemos señalar los siguientes:

- Bases y compilaciones de datos. (Art.33).
- Disposición común a los derechos morales y patrimoniales. (Art. 58).
- Duración del Derecho de Autor. (Art. 59 a 65).
- Transmisión de los derechos y explotación de la obra por terceros. (Art. 75 a 87).
- Contrato de edición musical. (Art. 105 a 107).
- Contrato de radiodifusión. (Art 114 y 115).
- Se eliminaron las licencias obligatorias. (Cap. V de la ley anterior).
- Observancia tecnológica del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. (Art 143 a 151).
- La tutela en el ámbito administrativo. (Art. 152 a 159).
He aquí donde radica la parte polémica o que ha causado controversia entre la ciudadanía panameña. Una muestra de eso es por ejemplo el artículo 153 que dice lo siguiente:

Artículo 153.

“Las sumas que perciba la Dirección General de Derecho de Autor, serán destinadas a mejorar su infraestructura operativa y complementariamente a las partidas que en el Presupuesto General del Estado, se destinan para el funcionamiento de dicha entidad, de acuerdo con los procedimientos y principios que, para tal efecto, establezca el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio del ramo, para su correcta administración y distribución”.

Ese es uno de los artículos que se refiere a que las multas que se recauden por haberse dado una violación al derecho de autor de otra persona, no se destina para el autor que es el directo afectado, sino que el Estado se queda con todo ese dinero y no le toca absolutamente nada al autor.

- Registro de Derecho de Autor y Derechos Conexos. (Art 160 a 165).
- Medidas en frontera. (Art. 185 a 188).

Por otro lado, entre las modificaciones realizadas a la anterior ley sobre Derecho de Autor, figuran las siguientes:

- A. Se modificaron las acciones y procedimientos civiles. (Art 166 a 179).
- B. Se modificaron los delitos y las sanciones penales. (Con la aprobación de la nueva ley, se añaden 3 numerales al artículo 262 del Código Penal, se modifica el numeral 6 del artículo 263 del Código Penal y de igual forma agregan los artículos 266-a, 266-b y 266-c).
- C. Se modifican las disposiciones complementarias, transitorias y finales. (Art 192 a 200).

10.11. Percepción negativa por parte de la ciudadanía panameña en cuanto a la nueva ley y sobre las multas que impone la DGDA en la actualidad:

En su momento, cuando se aprobó esta nueva legislación en materia de Derecho de Autor, como el lector recordará, la misma conllevó un gran descontento y desacuerdo por parte de la población en general y, por supuesto, de los autores o artistas nacionales en nuestro país. Incluso cuando todavía estaba en proceso de aprobarse en la Asamblea, ya existía una percepción negativa hacia la misma; se trataba del Proyecto de Ley No. 510 del 23 de agosto de 2012, sobre Derecho de Autor. No obstante, puede afirmarse que mientras tales aspectos de esta nueva ley no sean modificados o, en el mejor de los casos, derogados, la misma seguirá teniendo en el fondo, una mala percepción en la población; cabe mencionar que estos inconvenientes o problemas se encuentran en su mayoría confinados en el Título XII, Capítulo 1 de la ley, que trata sobre la tutela en el ámbito administrativo y trata específicamente sobre la Dirección General de Derecho de Autor (DGDA). Primeramente, cabe mencionar que la creación de esta ley junto con otras ya aprobadas, fueron requisitos formales para la implementación del Tratado de Promoción Comercial (TPC), también conocido como Tratado de Libre Comercio (TLC), entre Panamá y USA, motivo por el cual el legislativo votó a favor de los últimos requerimientos para la ejecución del tal acuerdo financiero con USA y dentro de los cuales figuraba precisamente, una mayor persecución a la piratería.

Al principio el anteproyecto había sido vetado parcialmente ya que algunos artículos puntuales propiciaban corrupción debido a que los inspectores encargados de sancionar a quien incumplía el derecho de los autores recibirían adicional a su salario una comisión en base a la multa impuesta (un aspecto de la ley, que hubiera sido peor todavía y que no se llegó a aprobar), además las multas económicas oscilaban entre los B/1,000.00 y los B/100,000.00. Incluso diversas organizaciones también solicitaban que el dinero de las multas impuestas por el gobierno fuese dirigido a los autores cuyo derecho

fuese violado. Algunos catalogan esta nueva ley de absurda y como la peor ley en materia de Derecho de Autor en la historia de Panamá.

Sin embargo, es necesario hacer una observación importante, ya que a pesar de que la DGDA, está facultada por ley para imponer multas, hasta el día de hoy, según averiguaciones llevadas a cabo en la DGDA, los funcionarios de la misma afirman no haber impuesto nunca algún tipo de multas. Es decir, que en el diario vivir, ellos no le imponen multas a nadie, pero siempre queda abierta la posibilidad y es ahí donde radica el inconveniente, ya que esta situación puede llegar a presentarse en algún momento. Adicionalmente se nos indicó que la DGDA, deja que las autoridades, ya sean las fiscalías o el Ministerio Público procedan penalmente de oficio o por denuncia, mayormente contra aquellos vendedores, por ejemplo de cds piratas en semáforos y otros lugares. Con esto vemos, que a pesar del descontento y de la molestia de la población, sobre todo de los autores, por el asunto de las multas, la DGDA, no se ha dedicado a imponer multas como mucha gente puede pensar, pero el problema como ya se ha planteado es que siempre queda abierta la posibilidad y es ahí donde figura uno de los inconvenientes o problemas de la nueva ley aprobada.

Es importante aclarar que la piratería se da si existe ánimo de lucro de por medio, de tal manera que si no lo hay, no existe piratería y por consiguiente no hay delito; es ahí donde radica la verdadera esencia del Derecho de Autor. Otro inconveniente que se puede destacar, puede verse en el hecho de que si la DGDA acusa a alguien en especial y le impone una sanción administrativa y aparte de eso lo denuncia para que las autoridades procedan penalmente de oficio el mismo autor de la obra como directo afectado, no podría proceder penalmente por su cuenta nuevamente ya que por ley, la Constitución establece que nadie será juzgado sino por autoridad competente, conforme a los trámites legales y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policial o disciplinaria (Art. 32 de la Constitución), con lo cual el autor solamente le queda proceder por vía civil para tratar de lograr por su cuenta que se le compense o indemnice por violarle sus derechos como autor de la obra. Esta ley ha sido muy criticada por los propios autores y músicos nacionales, ya que aseguran que la ley no los favorece a ellos, sino a los bolsillos del Gobierno. Lo que hace de esta nueva ley algo nefasto, es el exceso de libertades que le da al cuerpo encargado de hacerla cumplir que es la DGDA, ya que la gran mayoría de las leyes que defienden el Derecho de Autor en otras latitudes, son creadas para que la parte afectada, es decir - al que copiaron o robaron su trabajo para lucrar, tenga más facilidades de entablar demandas y recibir ingresos o compensaciones monetarias por el daño que le han causado. Justamente las leyes están también diseñadas, para que la víctima sea quien decida si

demandará o no. Pero como se puede ver, esta nueva ley se creó alejada del propósito que debiera tener, ya que no protege al autor como creador de su obra y el mismo no recibiría un sólo centavo, si la DGDA se diera a la tarea de vigilar quien viola la propiedad intelectual de algún autor o artista nacional, con tal de imponer algún tipo de multa, ya que por ley están facultados para hacerlo; que no lo hagan en la práctica o en el diario vivir, es otra cosa muy diferente.

11. Conclusiones:

Luego de culminado el presente trabajo de investigación, es posible llegar a la conclusión de que efectivamente, si se dio cumplimiento a todos los objetivos inicialmente trazados en el trabajo, ya que dentro del mismo se establecieron grosso modo, las generalidades del Derecho de Autor y otros temas afines al mismo, de igual forma se abordó lo concerniente a la nueva legislación sobre Derecho de Autor en nuestro país, en el sentido de que se efectuó una compilación, a grandes rasgos de los nuevos cambios y modificaciones efectuadas a la primera ley. También se plasmaron algunos inconvenientes o problemas que presenta esta nueva ley, los cuales se encontraban estrechamente vinculados al problema de la investigación. Por otra parte, puede concluirse que la hipótesis formulada a comienzos del presente trabajo, en la que se planteaba como posible solución a estos problemas, una modificación o derogatoria parcial de solamente los artículos polémicos de la nueva ley, que impliquen problemas o inconvenientes; dicha solución constituye, en efecto, la única forma de darle respuesta a estos problemas y lo más probable es que se de en el siguiente gobierno, ya que el actual no tiene la más mínima intención de modificar o, en el mejor de los casos, derogar tales artículos; a pesar de que al proyecto de ley se le efectuaron las respectivas recomendaciones, el gobierno no tomó en cuenta ninguna de ellas y terminó aprobando la ley imponiéndola de forma arbitraria e inconsulta. Todo esto conllevó múltiples quejas y manifestaciones en contra de la misma, incluso si tomamos en cuenta el Derecho Comparado, ya que en otros países las leyes en materia de Derecho de Autor se crean para proteger fundamentalmente a la persona del autor y para brindarle facilidades de entablar demandas, no para darle la posibilidad al Estado de que se apropie indebidamente del dinero de las multas que bien debiera corresponderle al autor o que al menos le toque un porcentaje de ese dinero. Una tercera conclusión que vale la pena mencionar, es que a pesar de que en la actualidad, prácticamente no se han presentado en los tribunales, casos de violaciones a la Propiedad Intelectual, y que tampoco se tiene conocimiento de alguna multa impuesta por la DGDA, siempre queda abierta la posibilidad de que pueda presentarse en algún momento, alguna situación así y de

presentarse podría ser un caso objeto de mucha controversia, dados los inconvenientes que presenta la nueva ley. Esto se pudo corroborar ya que al acceder en la página web de la Corte Suprema de Justicia y buscar jurisprudencias al respecto, prácticamente casi que no se encontraron apenas había dos y en las mismas no se trataba específicamente algún delito contra el Derecho de Autor, quizás no porque no se den, sino porque las autoridades no hacen nada al respecto y no proceden de oficio con la frecuencia que debe ser.

11.1. Recomendaciones:

Una recomendación que haríamos sería que cada vez que se requiera aprobar este y todo tipo de leyes, esto se haga de la manera más consultada posible, teniendo en cuenta los mejores intereses de la ciudadanía en general.

12. Bibliografía:

- **Libros:**

- ALLFELD, PHILIPP (1999). *Del Derecho de Autor y del derecho del inventor*. Santa Fe de Bogotá (Colombia): Editorial Temis S.A.
- ANTEQUERA PARILI, RICARDO (2004). *Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial*. Caracas (Venezuela): Editorial Eventus.
- CADAVID, JOHNNY ANTONIO (2009). *Aproximación a la historia del Derecho de Autor: antecedentes normativos*. Bogotá (Colombia): Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CAPITANT, HENRI (1986). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires (Argentina): Editorial De Palma.
- ERDOZAÍN, JOSÉ CARLOS (2002). *Derecho de Autor y Propiedad Intelectual – Práctica Jurídica*. Madrid (España): Editorial Tecnos.
- ESPÍN CANOVAS, DIEGO (1991). *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid (España): Editorial Civitas.
- GERVAIS, DANIEL (2001). *Los sistemas básicos del Derecho de Autor y Copyright: La noción de obra y la gestión de los derechos de autor*. Bogotá (Colombia): Editorial Uniandes.
- GRANADO SOTO, MARGARITA (2000). *Selección de lecturas de Derecho de Autor: Ciencias Jurídicas*. La Habana (Cuba): Editorial Félix Varela.
- LEIPSYC, DELIA (2004). *Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Zavalía S.A.
- MOLINA MARCO, JUANA (1995). *La Propiedad Intelectual*. Barcelona (España): Editorial Marcial Pons.

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO (1996). *Propiedad Intelectual en el Moderno Derecho de Autor*. (2ª. Ed.). Bogotá (Colombia): Editorial Universidad Externado de Colombia.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO (1999). *Naturaleza jurídica de los Derechos Intelectuales*. Madrid (España): Editorial Marcial Pons.

ROGEL VIDE, CARLOS (1984). *Autores, coautores y propiedad intelectual* Madrid (España): Editorial Tecnos.

- **Páginas Web:**

WITKER, JORGE y LARIOS, ROGELIO (1997). *Metodología Jurídica*. México (D.F.): McGraw-Hill Interamericana editores, S.A.
Recuperado el 22 de marzo de 2013, desde <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1932>.

Órgano Judicial (2013). Recuperado el 23 de marzo de 2013, desde <http://www.organojudicial.gob.pa/>

- **Diccionarios:**

GUILLEN, RAYMOND Y VINCENT, JEAN (1996). *Diccionario Jurídico*. Santa Fe de Bogotá (Colombia): Editorial Temis.

VALLETTA, LAURA (2000). *Diccionario de Derecho Comercial*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Valletta.

- **Leyes:**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DE 1972. Reformada por los Actos Reformativos de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, los Actos Legislativos No. 1 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004. (2005) (6ª. Ed.). Ciudad de Panamá (Panamá): Editorial Mizrachi & Pujol, S.A.

LEY NO. 10 DEL 22 DE FEBRERO DE 2011, por la cual se traslada la Dirección General de Derecho de Autor, bajo la dirección del Ministerio de Comercio e Industrias.

LEY NO. 15 DEL 8 DE AGOSTO DE 1994, por la cual se aprueba la Ley sobre el Derecho de Autor, Derechos Conexos y se dictan otras disposiciones.

LEY NO. 64 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2012, sobre Derecho de Autor y Derechos conexos. (Nueva Ley vigente que deroga todas las anteriores).

**EL EDICTO DE MILÁN: FUNDAMENTO
DEL DERECHO A LA LIBERTAD
RELIGIOSA**

BENITO CAÑATE RÍOS

Profesor de Derecho Romano
Universidad Católica Santa María La Antigua.

Sumario de temas:

Introducción; El criterio de la Iglesia Católica sobre el Edicto de Milán; Conclusiones; Bibliografía.

La historia de la última persecución de los cristianos en el Imperio Romano nos ofrece una enseñanza de lo mal consejero que resulta ser el miedo “ma è da ritenersi che abbia soprattutto influito in favore Della persecuzione il timore che il cristianismo potesse minare alla base l’autorità dello stato”¹ tal vez dicho temor era justificado desde la perspectiva de la disciplina militar, pues se habían verificado casos de insubordinación por parte de los soldados declarados cristianos sobre la base de estar sometidos solamente a Dios y no aceptar tomar las armas para matar². La respuesta del Emperador Diocleciano fue la proclama o edicto dictado en Nicomedia en el año 303³ con el cual se inició la más cruenta de las persecuciones contra los cristianos, finalizada con el Edicto de Tolerancia del Nicomedia⁴ del Emperador Galerio en el año 311 de la era cristiana.

Las razones del fracaso de la política anticristiana las podemos encontrar en factores intrínsecos de la fe perseguida, es decir, sus propios fundamentos y creencias permite a los cristianos soportar todo tipo de persecución, la cual no es más que la verificación de que se encuentran realizando la obra encomendada por Dios a ellos “Mt 5:10. *Bienaventurados los perseguidos por causa de la justicia, porque de ellos es el Reino de los Cielos. 11. Bienaventurados seréis cuando os injurien, y*

¹ TALAMANCA, Mario. Lineamenti di storia del diritto romano. DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE. Milano. 1979. Página 609

² IBIDEM, página 609

³ El edicto en realidad podría no haber sido un «edicto» en el sentido técnico; Eusebio no se refiere a él como tal, y en el epígrafe de *Passio Felicis* en el cual incluye la palabra *edictum* («*exiit edictum imperatorum et Caesarum super omnem faciem terrae*») pudo hacerlo como un eco de Lucas 2:1 («*exiit edictum a Caesare Augusto ut profiteretur univrsus orbis terrae*»). En otras partes de *Passio Felicis*, el texto se denomina *programma*. El texto mismo del edicto no ha sobrevivido hasta la actualidad.

⁴ El **Edicto de Nicomedia**, llamado de tolerancia, en el que aún a pesar de realizar una severa crítica del cristianismo y de los cristianos, reconoce también de manera soterrada dicho fracaso. En él resuelve expresamente: “*Pueden nuevamente los cristianos reconstituirse así como sus lugares de culto, siempre que no hagan nada en contra del orden público*”. El cronista cristiano **Lactancio**, por cuya obra *De mortibus persecutorum* (“Sobre la muerte de los perseguidores”) conocemos el texto del edicto, presenta, sin embargo, los hechos desde una perspectiva bien diferente: enfermo de un doloroso cáncer, **Galerio** se habría persuadido de que el mismo era el castigo a su persecución contra los cristianos, razón que le habría llevado a firmar el Edicto. Si sí como si no, lo cierto es que sólo cinco días después de hacerlo, **Galerio** moría víctima del cáncer en cuestión. www.religionenlibertad.com

os persigan y digan con mentira toda clase de mal contra vosotros por mi causa. **12.** Alegraos y regocijaos, porque vuestra recompensa será grande en los cielos; pues de la misma manera persiguieron a los profetas anteriores a vosotros⁵, si a esta concepción le agregamos la percepción romana de los cristianos “Hay una nueva raza de hombres nacidos ayer, sin patria ni tradiciones, asociados entre sí contra todas las instituciones religiosas y civiles, perseguidos por la justicia, universalmente cubiertos de infamia, pero autoglorificándose con la común execración: son los Cristianos⁶ no solamente encontramos la causa de la persecución y la intolerancia sino más también el planteamiento de un conflicto sin posibilidad aparente de solución pacífica. El Edicto de Tolerancia de Galerio buscó poner fin a la persecución reconociendo su propio fracaso y abrió el compás para la tolerancia religiosa. Sin embargo, y dejando de lado la tradición que ilustra los motivos de Constantino y de Licinio para emitir el Edicto de Milán, es este último documento el que se constituye en la fórmula transaccional ideal para poner fin a conflictos religiosos que generan inestabilidad política y social al reconocerle a los hombres el derecho a la libre profesión de su fe religiosa.

Edicto de Milán, 313

“ Yo, Constantino Augusto, y yo también, Licinio Augusto, reunidos felizmente en Milán para tratar de todos los problemas que afectan a la seguridad y al bienestar público, hemos creído nuestro deber tratar junto con los restantes asuntos que veíamos merecían nuestra primera atención el respeto a la divinidad, a fin de conceder tanto a los cristianos como a todos los demás, facultad de seguir libremente la religión que cada cual quiera, de tal modo que toda clase de divinidad que habite la morada celeste nos sea propicia a nosotros y a todos los que están bajo nuestra autoridad. Así pues, hemos tomado esta saludable y rectísima determinación de que a nadie se le sea negada la facultad de seguir libremente la religión que ha escogido para su espíritu, sea la cristiana o cualquiera otra que crea más conveniente, a fin de que la suprema divinidad,, a cuya religión rendimos este libre homenaje nos preste su acostumbrado favor y benevolencia.

Para lo cual es conveniente que tu excelencia sepa que hemos decidido anular completamente las disposiciones que te han sido enviadas anteriormente respecto al nombre de los cristianos, ya que nos parecían hostiles y poco propicias de nuestra clemencia, y

⁵ <http://www.bibliacatolica.com.br/la-biblia-de-jerusalen/mateo/5/#ixzz2ZgMSB799>

⁶ Celso; "El Discurso Verdadero Contra los Cristianos" Alianza Editorial; Madrid 1988, Pág.11

permitir de ahora en adelante a todos los que quieran observar la religión cristiana, hacerlo libremente sin que esto les suponga ninguna clase de inquietud ni molestia.

Así pues, hemos creído nuestro deber das a conocer claramente estas decisiones a tu solicitud para que sepas que hemos otorgado a los cristianos plena y libre facultad de practicar su religión. Y al mismo tiempo que les hemos concedido esto, tu excelencia entenderá que también a los otros ciudadanos les ha sido concedida la facultad de observar libre y abiertamente la religión que hayan escogido como es propio de la paz de nuestra época. Nos ha impulsado de obrar así el deseo de no aparecer como responsables de mermar en nada ninguna clase de culto ni de religión. Y además, por lo que se refiere a los cristianos, hemos decidido que les sean devueltos los locales donde antes solían reunirse y acerca de lo cual te fueron anteriormente enviadas instrucciones concretas, ya sean propiedad de nuestro fisco o hayan sido compradas por particulares, y que los cristianos no tengan que pagar por ello ningún dinero de ninguna clase de indemnización. Los que hayan recibido estos locales como donación deben devolverlos también inmediatamente a los cristianos, y si los que los han comprado los recibieron como donación reclaman alguna indemnización de nuestra benevolencia, que se dirijan al vicario para que en nombre de nuestra clemencia decida acerca de ello. Todos estos locales deben ser entregados por intermedio tuyo e inmediatamente sin ninguna clase de demora a la comunidad cristiana. Y como consta que los cristianos poseían no solamente locales donde se reunían habitualmente, sino también otros pertenecientes a su comunidad, y no posesión de simples particulares, ordenamos que como queda dicho arriba, sin ninguna clase de equivoco ni de oposición, les sean devueltos a su comunidad y a sus iglesias, manteniéndose vigente también para estos casos lo expuesto más arriba (...). De este modo, como ya hemos dicho antes, el favor divino que en tantas e importantes ocasiones nos ha estado presente, continuará a nuestro lado constantemente, para éxito de nuestras empresas y para prosperidad del bien público. Y para que el contenido de nuestra generosa ley pueda llagar a conocimiento de todos, convendrá que tú la promulgues y la expongas por todas partes para que la conozcan y nadie pueda ignorar las decisiones de nuestra benevolencia”.⁷

⁷ www2.fe.ccoo.es/andalucia/docu/p5sd8330.pdf

El texto transcrito es producto de las referencias de Lactancia en De Mortibus Paersecutorum y de Eusebio cronistas de la época. Un análisis desglosado del contenido epistolar del Edicto nos remite a las circunstancias que propiciaron esta desición. Veamos por parte los temas y factores considerados.

1. Propósito del Edicto: *“para tratar de todos los problemas que afectan a la seguridad y al bienestar público, hemos creído nuestro deber tratar junto con los restantes asuntos que veíamos merecían nuestra primera atención el respeto a la divinidad”*⁸ Las persecuciones precedentes, los conflictos bélicos entre los Césares y los Augustos, conforme a la estructura Tetrarquita construida por el Emperador Diocleciano, amenazaban la integridad del Imperio, resquebrajaban la Auctoritas del Princeps y diezmaban, por razones religiosas, la unidad monolítica del ejército; de allí la necesidad de atender los problemas referentes a la seguridad y al bienestar público. Es entendible ante la extensión del cristianismo que cualquier medida tendiente a exterminarlo estaba condenada al fracaso, es más: aún hubiese tenido éxito la pérdida de recursos humanos altamente calificados para el Imperio dejarían a Roma en una situación de precaria condición como para hacer frente de manera eficaz a sus adversarios, dejando como consecuencia un profundo resentimiento en la sociedad que cuestionaría la capacidad del Imperio para satisfacer las necesidades y proteger a todos sus ciudadanos, el sentido de pertenencia que caracterizó la fundación de Roma y toda su historia republicana empezaba a perder sentido debido a las acciones que atentaban contra los ciudadanos por razones religiosas. En otras palabras los perseguidos no eran extranjeros o bárbaros, eran ciudadanos romanos; el Estado de los “Cives” estaba a punto de desaparecer, la concentración del poder en los gobernantes viabilizó el ataque de la romanizado o del “Pueblo de la Toga” de Octavio Augusto César. El fin de Licinio y Constantino fue volver a los principios integradores de la Sociedad romana atendiendo el tema de la seguridad y del bienestar público, definido como la satisfacción del pueblo con la administración y respeto de sus intereses por parte del Estado.
2. Libertad religiosa: *“a fin de conceder tanto a los cristianos como a todos los demás facultad de seguir libremente la religión que cada cual quiera, de tal modo que toda clase de divinidad que habite la morada celeste nos sea propicia a nosotros y a todos*

⁸www2.fe.ccoo.es/andalucia/docu/p5sd8330.pdf

*los que están bajo nuestra autoridad.*⁹ Si la crisis en la sociedad fue generada por la política anticristiana de Diocleciano y sus medidas represivas, la reflexión más sensata miraba a retrotraer los efectos de tales medidas y crear las bases que evitasen su repetición, es decir, bajo circunstancias similares era aconsejable no reprimir las manifestaciones religiosas; para tal efecto era menester reconocerle a los ciudadanos el derecho a la libertad religiosa; sin embargo, surge la interrogante, que también se planteó Diocleciano, Cómo conjugamos la libertad religiosa con el respeto al Estado y la obediencia a las Autoridades, cuando los credos de algunas confesiones son contrarios a las funciones y a la voluntad del Estado. Como examinamos previamente estas actitudes fueron la causa que justificó la persecución, por ello el Edicto de Milán se refiere a *“de tal modo que toda clase de divinidad que habite la morada celeste nos sea propicia a nosotros y a todos los que están bajo nuestra autoridad.”*¹⁰ Esta sola frase marcaría la relación entre libertad religiosa e *imperium*¹¹; lógicamente establece una condición, habrá libertad religiosa siempre y cuando la expresión de fe sea favorable al Estado o no contraria a éste, respetuosa de las instituciones y de la autoridad. La seguridad y bienestar público sin el componente condicional aquí expuesto quedarían reducidos a meras expresiones demagógicas, con la condición crean un modelo de equilibrio entre libertad e interés público y razón de Estado que garantiza tanto la libertad per se como la propia existencia del Estado.

3. La Configuración y delimitación del Derecho: *“Así pues, hemos tomado esta saludable y rectísima determinación de que a nadie se le sea negada la facultad de seguir libremente la religión que ha escogido para su espíritu, sea la cristiana o cualquiera otra que crea más conveniente, a fin de que la suprema divinidad,, a cuya religión rendimos este libre homenaje nos preste su*

⁹ www2.fe.ccoo.es/andalucia/docu/p5sd8330.pdf

¹⁰ www2.fe.ccoo.es/andalucia/docu/p5sd8330.pdf

¹¹ El **Imperium** es un término latino cuyo significado moderno es poder público. En su origen etrusco se trataba de la facultad y el derecho reconocido a una persona (dictador) o un conjunto de ellas, para ejercer con autoridad el poder militar. Y así fue en sus inicios en la Antigua Roma. Durante la república el *imperium* alcanza mayor extensión en su significado y, con la complejidad de la ciudad que crece, se diversifica en su representación acercándose al concepto moderno. Se atribuía a los cónsules y a los pretores, bien como *imperium domi* bien como *imperium militae*. El primero tenía más un carácter de poder civil y se ejercía dentro de la ciudad; el segundo era más difuso, en algunos casos con poderes que alcanzaban la autoridad civil y militar, pero quedaba relegado a ejercerse fuera de Roma.

*acostumbrado favor y benevolencia*¹². La redacción aquí es un mandato dirigido a la autoridad cualquiera que sea su naturaleza, legislativa, administrativa, militar, judicial; les está prohibido negarle a cualquier ciudadano la facultad de seguir libremente la religión que ha escogido. La experiencia romana demostró que la autoridad constituye el principal agente activo de violación de derechos de los ciudadanos por ende era necesario establecerle límites al ejercicio del poder, el *imperium* siempre fue ese límite, sin embargo cuando la *auctoritas*¹³ del Emperador rebasó la contención del *imperium* fue necesario idear nuevos mecanismos de “frenos” a dicho poder, este fue el fin del Edicto no solo reconocer la libertad religiosa sino establecer el mandato a la autoridad de no realizar ningún acto que pretenda prohibir el ejercicio del derecho.

4. La universalidad del derecho a libertad de religión: *“Y al mismo tiempo que les hemos concedido esto, tu excelencia entenderá que también a los otros ciudadanos les ha sido concedida la facultad de observar libre y abiertamente la religión que hayan escogido como es propio de la paz de nuestra época.”*¹⁴ El derecho a la libre profesión de fe no fue dado exclusivamente a los cristianos sino también a todos los ciudadanos, esto es lo que se denomina universalidad del derecho. Algunos autores han señalado que el Edicto de Milán al ser universal reconoce la existencia de un derecho natural del hombre a la expresión de la fe religiosa, la expresión religiosa es inherente a la naturaleza humana.

Efectuado el estudio básico sobre el Edicto de Milán, convenimos que para la época constituye la declaración jurídicamente tutelada más avanzada con respecto a los derechos de los ciudadanos y evidencia el proceso político de trasfondo necesario para su concreción, así como la capacidad de poder político imperial para ceder y reconocer que no solo mediante la tolerancia sino que a veces es necesario la actuación clara de reconocimiento de un nuevo derecho y el establecimiento de limitaciones al poder público en relación con el derecho otorgado.

¹² Op.citp.

¹³ Auctoritas: En Derecho romano se entiende por auctoritas una cierta legitimación socialmente reconocida, que procede de un saber y que se otorga a una serie de ciudadanos. Ostenta la auctoritas aquella personalidad o institución.

¹⁴ www2.fe.ccoo.es/andalucia/docu/p5sd8330.pdf

El Criterio de la Iglesia Católica sobre el Edicto de Milán

El Papa Francisco I con ocasión de la visita del Patriarca Ecuménico Bartolomé I a Milán con motivo de la conmemoración del mil setecientos aniversario del Edicto de Milán, firmado por Constatino y Licinio, emperadores de Occidente y Oriente, en el año 313, que concedía la libertad de culto en todo el imperio romano y ponía fin a las persecuciones religiosas, señaló: *“hoy como ayer el testimonio común de los cristianos de Oriente y Occidente, regida por el espíritu del Resucitado, contribuya a la difusión del mensaje de salvación en Europa y en todo el mundo y que, gracias a la amplitud de miras de las autoridades civiles se respete en todos los lugares el derecho a la expresión pública de la propia fe y se acoja sin prejuicios la aportación que el cristianismo sigue ofreciendo a la cultura y sociedad de nuestro tiempo”*¹⁵. El Edicto de Milán es un logro cristiano indiscutiblemente, que aporta los elementos lógicos y doctrinales para asegurar un desarrollo armonioso de la sociedad basado en el respeto y protección a la libertad de culto; en el corazón de los cristianos que prohicieron el Edicto no existía interés de perseguir a ningún grupo por su confesión religiosa. El presbítero Cecilio de Miguel Medina argumenta con respecto al edicto: *“Con el decreto del 313, aparecía en la Historia de la Iglesia un elemento que hoy se considera decisivo para la buena organización política de la sociedad civil: la “libertad religiosa “. Sería otro gran obispo. San Ambrosio de Milán quien años más tarde expresara dos muy claras enseñanzas: los cristianos tienen que ser los más leales servidores de la autoridad civil, y ésta debía dar las garantías para que cada uno de los súbditos gozaran de la más plena libertad en el terreno de lo personal y lo social. Como indicábamos más arriba, fue una pena que se diera luego el paso para hacer de la religión cristiana la única religión del estado”*¹⁶

La Declaración “Dignitatis Humanae” del Concilio Vaticano II expresa con referencia al objeto y fundamento de la libertad religiosa:

“Este Concilio Vaticano declara que la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Esta libertad consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o

¹⁵ www.news.va/ The Vatican Today

¹⁶ **Pbro. Cecilio de Miguel Medina.** Director de Pastoral. Universidad Católica de la Santísima Concepción.

asociado con otros, dentro de los límites debidos. Declara, además, que el derecho a la libertad religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana, tal como se la conoce por la palabra revelada de Dios y por la misma razón natural. Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de tal manera que llegue a convertirse en un derecho civil.”¹⁷

La libertad religiosa es pues un derecho fundado en la propia dignidad del hombre; por ende la autoridad pública tiene que reconocer la vida religiosa, promoverla, protegerla, y favorecerla a fin de obtener y garantizar el bien común. La enseñanza de Vaticano II coloca la libertad religiosa como un derecho humano natural y universal e insta a los Estados a reconocerlo como tal.

“Todos los hombres, conforme a su dignidad, por ser personas, es decir, dotados de razón y de voluntad libre, y enriquecidos por tanto con una responsabilidad personal, están impulsados por su misma naturaleza y están obligados además moralmente a buscar la verdad, sobre todo la que se refiere a la religión. Están obligados, asimismo, a aceptar la verdad conocida y a disponer toda su vida según sus exigencias. Pero los hombres no pueden satisfacer esta obligación de forma adecuada a su propia naturaleza, si no gozan de libertad psicológica al mismo tiempo que de inmunidad de coacción externa. Por consiguiente, el derecho a la libertad religiosa no se funda en la disposición subjetiva de la persona, sino en su misma naturaleza. Por lo cual, el derecho a esta inmunidad permanece también en aquellos que no cumplen la obligación de buscar la verdad y de adherirse a ella, y su ejercicio, con tal de que se guarde el justo orden público, no puede ser impedido.”¹⁸

Este fragmento de la Declaración “Dignitatis Humanae” ilustra el propósito de la libertad religiosa; no se trata únicamente de disfrutarla, sino supone una progresión de búsqueda de la verdad religiosa, para lo cual se requiere de libertad y de inmunidad de coacción externa, implica entonces el derecho a equivocarse, a cambiar o a ni siquiera buscar la verdad. La expresión de la libertad religiosa deberá operar en público como en privado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 18, indica:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de

¹⁷ Vaticano II: Documentos Completos. Editorial LUMEN. Buenos Aires-República Argentina, páginas 410-411

¹⁸ IBIDEM., página 411

creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia

El Artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el principio del Edicto de Milán y coincide plenamente con el análisis conclusivo de la Declaración Dignitatis Humanae, agregando a los ámbitos de expresión de dicha libertad la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia; sin embargo, se trata de una declaración, carente de los elementos de tutela efectiva que garanticen su observancia, aplicación y defensa.

Existe una serie de instrumentos internacionales aparte del citado que tratan de la libertad de religión o creencia “, tales como la Declaración Universal de derechos humanos el Pacto de Derechos Civiles y Políticos las Convenciones de Derechos humanos Americana, Europea y Africana establecen que toda persona tiene garantizado el derecho a la libertad de religión el cual implica tener, adoptar, conservar o cambiar de religión o de creencia, manifestar, profesar y divulgar su religión o creencia de forma individual o colectiva, tanto en público como en privado a través de la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”¹⁹

En resumen todos estos instrumentos coinciden en definir la libertad de religión como: “ un derecho a la libertad individual, es decir, la potestad o facultad que tiene cada persona para decidir sobre su convicción o religión. Para poder ejercer esa libertad sin coacción, los instrumentos internacionales han hecho un llamado a la tolerancia”²⁰

Para fortalecer el reconocimiento y observancia de la libertad de religión se creó la Relatoría Especial sobre Libertad de Religión y Creencias. Entre las iniciativas que se destacan para asegurar el respecto a la libertad religiosa en todos los Estados en su resolución 6/37 del 14 de diciembre de 2007, el Consejo de Derechos Humanos instó a los Estados a que “(a) Velen por que sus regímenes constitucionales y legislativos proporcionen a todos, sin distinción, garantías adecuadas y efectivas de libertad de pensamiento, conciencia, religión y creencias, entre otras cosas proporcionando recursos eficaces para los casos en que se viole el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencias o el derecho a profesar libremente la propia religión, incluido el derecho a cambiar de religión o de creencias;

¹⁹ es.scribd.com/doc/7335937/LIBERTAD-RELIGIOSA-normas-y-realidades

²⁰ IBIDEM

- (b) Elaboren y apliquen políticas por medio de las cuales los sistemas de enseñanza promuevan los principios de la tolerancia y el respeto de los demás, la diversidad cultural y la libertad de religión o de creencias;
- (c) Velen por que se adopten las medidas apropiadas para garantizar adecuada y efectivamente la libertad de religión o de creencias de las mujeres, así como de las personas de otros grupos vulnerables, en particular las personas privadas de libertad, los refugiados, los niños, las personas pertenecientes a minorías y los migrantes;
- (d) Velen porque la ley prohíba toda apología del odio religioso que constituye una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- (e) Hagan todos los esfuerzos posibles, de conformidad con su legislación nacional y con las normas internacionales de derechos humanos, para garantizar el respeto y la protección cabales de los lugares de culto, lugares sagrados, santuarios y símbolos religiosos, y adopten medidas adicionales en los casos en que esos lugares o símbolos estén expuestos a profanación o destrucción;
- (f) Examinen, cuando proceda, las prácticas de registro existentes para garantizar el derecho de todas las personas a profesar su religión o sus creencias, individual o colectivamente y en público o en privado;
- (g) Garanticen, en particular, el derecho de toda persona a practicar un culto o reunirse por motivos relacionados con la religión o las creencias y a fundar y mantener lugares para esos fines, así como el derecho de todos a crear, publicar y difundir publicaciones de este orden;
- (h) Velen porque, con arreglo a la legislación nacional pertinente y de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, se respete y proteja plenamente el derecho de todas las personas y miembros de grupos a establecer y mantener instituciones religiosas, de beneficencia o humanitarias;
- (i) Velen por que, a causa de la religión o las creencias o de la expresión o manifestación de la religión o las creencias, nadie que se halle en su jurisdicción se vea privado del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, sea sometido a tortura o a detención o prisión arbitraria ni se vea privado del derecho al trabajo, a la educación y a una vivienda adecuada, y por que se enjuicie a todos los autores de violaciones de estos derechos;
- (j) Velen por que, en el desempeño de sus funciones oficiales, todos los funcionarios públicos y agentes del Estado, incluidos los agentes del orden, los militares y los docentes, respeten las diferentes religiones y creencias y no discriminen por razones de religión o de creencias, y por que se imparta toda la formación o educación necesaria y apropiada al respecto;
- (k) Redoblen sus esfuerzos para aplicar la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones;
- (l) Adopten todas las medidas necesarias y apropiadas, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, para combatir el

odio, la intolerancia y los actos de violencia, la intimidación y la coerción motivadas por la intolerancia basada en la religión o las creencias, así como la incitación a la hostilidad y la violencia, teniendo en cuenta en particular las minorías religiosas, y dedicando especial atención a las prácticas que violan los derechos humanos de las mujeres y discriminan contra ellas, incluso en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencias;

(m) Promuevan y alienten, mediante la educación y por otros medios, incluidos los intercambios culturales regionales o internacionales, la comprensión, la tolerancia y el respeto en todas las cuestiones relacionadas con la libertad de religión o de creencias".²¹

Veamos en concreto cómo se expresa la jurisprudencia de los Comités Internacionales de Derechos Humanos sobre la Libertad de religión y Creencias "la Relatora Especial sobre libertad de religión o creencias puso de presente un caso del Comité de Derechos Humanos que merece ser citado. La comunicación Nº 931/2000, *Hudoyberganova c. Uzbekistán*, se refiere a una estudiante musulmana del Instituto Estatal de Idiomas Orientales de Tashkent que, al parecer, fue suspendida por llevar la cabeza cubierta. El 5 de noviembre de 2004, la mayoría del Comité de Derechos Humanos, en vista de que el Estado Parte no había dado justificación alguna, resolvió que se había violado el párrafo 2 del artículo 18 del Pacto. También confirmó que "*la religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación del párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o de adoptar una religión*"²²

Aquí podemos apreciar la extensión y contexto del reconocimiento del derecho a libertad de religión o creencias, de igual manera se extiende a los objetos sagrados, edificaciones, textos sagrados, festividades, entre otras expresiones, si bien es cierto el peso de las normas recae sobre el Estado y los establecimientos públicos, también se va extendiendo a los establecimientos particulares o privados

²¹ www2.ohchr.org

²² CCPR/C/82/D/931/2000, para. 6.2.

Conclusiones

El Edicto de Milán es el primer instrumento que reconoce la libertad de religión como un aspecto importante para garantizar la paz y la convivencia, muestra el genio legislativo romano en toda su plenitud y su asombrosa capacidad para generar compromisos políticos que originan derechos y garantías para los ciudadanos; este el carácter de una sociedad transaccional.

Vaticano II en su Declaración Dignitatis Humanae expande el desarrollo del Edicto de Milán conservando el mismo argumento conductor declarándolo como consustancial con la dignidad humana, lo cual es extraordinario procediendo de la Iglesia Católica.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 18 consagra de manera universal el Derecho a la libertad de religión, pero no se queda solo en este punto; crea los instrumentos y instancias internacionales necesarias para asegurar o promover su observancia y respeto efectivo por todos los Estados miembros de la ONU.

Nos despedimos con el pensamiento del Papa Benedicto XVI: "La libertad religiosa es el tema del Mensaje Pontificio (...) no solamente porque el sujeto es central en la doctrina social de la Iglesia; es también porque la vivencia de la libertad religiosa -vocación fundamental e inviolable y clave para la Paz- está bajo una gran amenaza de opresión en todo el mundo a causa, ante todo, de un creciente secularismo que no tolera a Dios y toda forma de expresión religiosa".²³

²³ Contenido publicado en es.gaudiumpress.org, en el enlace <http://es.gaudiumpress.org/content/22272-Nuncio-Apostolico-en-Bolivia-presenta-el-mensaje-del-Santo-Padre-para-la-Jornada-Mundial-de-la-Paz#ixzz2ZjI0pqO>

BIBLIOGRAFIA:

LIBROS:

1. **TALAMANCA, Mario.** Lineamenti di storia del diritto romano. DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE. Milano. 1979.
2. **CELSO;** "El Discurso Verdadero Contra los Cristianos" Alianza Editorial; Madrid 1988.
3. **PBRO. CECILIO DE MIGUEL MEDINA.** Director de Pastoral. Universidad Católica de la Santísima Concepción.
4. **Vaticano II:** Documentos Completos. Editorial LUMEN. Buenos Aires-República Argentina.
5. **VON IHERING, Rudolf.** El Espíritu del Derecho Romano. Biblioteca de Derecho Romano. Oxford University Press. México, 2001.
6. **PUGLIESE, Giovanni.** Istituzioni di Diritto Romano. G. Giappichelli Editore-Torino, 1991.

PÁGINAS WEB:

1. <http://www.bibliacatolica.com.br/la-biblia-de-jerusalen/mateo/5/#ixzz2ZgMSB799>
2. www2.fe.ccoo.es/andalucia/docu/p5sd8330.pdf
3. www.news.va/ The Vatican Today
4. es.scribd.com/doc/7335937/LIBERTAD-RELIGIOSA-normas-y-realidades
5. www2.ohchr.org
6. es.gaudiumpress.org

EL AMICUS CURIAE

HAYDÉE MÉNDEZ ILLUECA

Abogada y Defensora de los Derechos Humanos, es Doctora en Derecho por la USMA, con especialización en Género y Derecho penal. Maestrías en Derecho Penal, Derecho Administrativo y Desarrollo del Sector Marítimo. Es docente universitaria, feminista, miembro de FUNDAGÉNERO, voluntaria de APLAFA, articulista, autora de varias obras, capacitadora, conferencista y consultora nacional e internacional en derechos humanos, violencia de género, femicidio, acoso sexual, masculinidad y trata de personas.

Consultora para la elaboración de la propuesta que luego se convirtió en la Ley 82 de 2013. Autora de una Recopilación de Leyes referentes a la Mujer y de la Ley contra el Hostigamiento, presentada como Proyecto de Ley 177 por la honorable diputada Ana Matilde Gómez. Distinguida como mujer destacada en la defensa de los Derechos Humanos y por su activismo en favor de la ley que tipifica el femicidio en Panamá, por la Defensoría del Pueblo y la Red de Defensores de los Derechos Humanos de Panamá.

Sumario de temas:

Introducción; Derecho Comparado.

Los amicus curiae son memoriales ante órganos judiciales nacionales o internacionales que aportan argumentos a favor de una posición. No son neutrales.

Aunque en Panamá resulte novedoso el concepto de Amicus Curiae o “Amigo de la Corte”, a nivel regional ha sido reconocido como un provechoso instrumento destinado a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia. Tuvo su origen en el derecho romano y fue incorporada paulatinamente a la práctica judicial en los países de tradición anglosajona. La figura del amicus se ha extendido desde esta tradición anglosajona y la costumbre internacional es que presentaciones de este tipo se hagan ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

Se trata de un individuo, institución (como por ejemplo, el Instituto Nacional de la Mujer) u ONG que no es ni llega a ser parte en el litigio, pero tiene un conocimiento e interés fuerte en la materia que se está tratando y quiere ofrecer información al magistrado encargado de resolverlo. En determinados supuestos el Tribunal se encuentra facultado para pedir a organismos del Estado que se hagan presentes en el litigio mediante un alegado de amicus curiae. Se lo considera un medio procesal apropiado para suministrar al juez la mayor cantidad de informes posibles para que éste pueda dictar sentencias acordes a la situación que se está tratando, cuando aborda materias que escapan a su competencia, tiene dudas, se encuentra desorientado o no ha visto o no recuerda un precedente en ese momento.

El objetivo de esta figura procesal es asistir al tribunal, proporcionándole una opinión fundada o una información relevante que pudiera escapar a la consideración de aquél y colaborar así para decidir con acierto un caso complejo. Sin embargo, en la práctica actual la figura del amicus curiae **no produce efecto vinculante para el tribunal**, pero trata de apoyar la causa de uno de los litigantes, por lo que en el escrito donde se presenta se debe identificar a la parte que apoyará en el juicio. La intervención se traduce en la presentación de escritos ante los tribunales, lo que permite la intervención de personas o de ONG en causas donde se encuentren comprometidos los derechos humanos. Ha habido un cambio relevante en la posición del “amicus”, que dejó en cierta forma de ser un “amigo del tribunal” y se transformó en patrocinador de un interés determinado, por lo que actualmente no se le pide neutralidad. Necesita

el consentimiento de las partes litigantes y del tribunal. Incluso puede presentarse a pedido del mismo tribunal y puede ser presentado en cualquier etapa del proceso antes de que el tribunal emita sentencia.

Se ha transformado en una práctica muy usual. Las organizaciones especializadas en el tema de los derechos de las mujeres que se debaten en procesos judiciales en el sistema de protección de derechos humanos en el continente americano se han presentado como amigos del tribunal, presentando escritos que puedan aportar elementos relevantes para la causa. Es una forma de promover jurisprudencia con perspectiva de género (casi inexistente en nuestro país), ya que las ONG que hagan presentaciones de este tipo se basarían en los convenios internacionales de protección de los derechos de las mujeres.

Los tribunales panameños no tienen experiencia en materia de representación de intereses generales o grupales. No obstante, la práctica ha aclarado que la imagen del *amicus curiae* es un apreciable instrumento para coadyuvar a la tan buscada democratización de la justicia. Dicha figura encuentra su fundamento en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Panamá, entendida como valor no sólo individual sino también colectivo, al promover la justicia social, la dignidad humana, el bienestar general y la integración regional y en lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 17 y en el artículo 37:

Artículo 17: (...)

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Artículo 37:

Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público.

Adicionalmente esta figura encuentra sustento en el Sistema Interamericano, al cual el artículo 4 de la Constitución Política ha asignado jerarquía constitucional, pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 62.3 y ha sido expresamente autorizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los artículos 44 y 48 de la Convención Americana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 34, párrafo 1, le confiere la facultad de oír a cualquier persona u organización que pueda aportar elementos de juicio que se consideren de utilidad para la decisión que deba adoptar.

Organizaciones multilaterales como la Organización Mundial del Comercio y la Convención de los Derechos del Niño también aceptan esta figura. Hay innumerables amicus curiae presentados por CEJIL ante diversos organismos internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Cámara Federal en lo criminal y Correccional de la Capital Federal Argentina.

El Amicus Curiae debe ser valorado por quienes persiguen la defensa de los derechos de la colectividad y consecuentemente, no será tan bienvenido por quienes persiguen los privilegios.

En conclusión:

- La utilización del amicus curiae constituye una práctica generalizada en el derecho internacional.
- Su importancia en la administración de justicia ha sido reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos, que lo ha consagrado legislativamente en numerosos instrumentos internacionales.
- El derecho interno de varios Estados reconoce expresamente este instituto.
- La jurisprudencia internacional de los organismos de derechos humanos y los tribunales locales han reconocido su utilidad y valor jurídico.
- En Panamá la Ley 82 de 2013, “que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal para tipificar el femicidio y sancionar los hechos de violencia contra la mujer”, define por primera vez el amicus curiae y lo establece como un derecho de las organizaciones no gubernamentales, en el numeral 5 del artículo 4, numeral 2 del artículo 33 y en el artículo 35.
- El Amicus Curiae colabora con la judicatura, pues le proporciona información relevante e ilumina en temas que atañen al interés público.
- El Amicus Curiae no es parte ni representa amenaza en los tiempos naturales procesales.
- El Amicus Curiae facilita la participación de los interesados en temas donde su experiencia puede ser de gran utilidad para el tribunal. Es un medio más que instrumenta la democracia participativa.
- Fortalece las instituciones facilitando la transparencia en los procesos y dándole al tribunal más sensibilidad sobre el interés que la ciudadanía puede tener sobre el tema de los derechos humanos de las mujeres.

- Sirve como mecanismo que canaliza el ejercicio de otros derechos humanos con jerarquía constitucional, como el derecho a dar y recibir información, libertad de expresión y otros.

DERECHO COMPARADO

Costa Rica. En el Reglamento Interno del Tribunal Supremo, en su regla 43, reza: Comparecencia como Amicus Curiae.

“El Tribunal, motu proprio o a solicitud de cualquier parte interesada, podrá invitar o autorizar su comparecencia como en cualquier caso que se ventile ante sí. A menos que el Tribunal ordenare otra cosa, la petición deberá ser presentada por lo menos diez (10) días antes de ser sometido el asunto para su decisión.”

Argentina. En su legislación vigente contempla la figura del amicus curiae y del asistente oficioso, que poseen similares características. La ley de procedimientos ante el tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos aires dice:

AMICUS CURIAE. “Cualquier persona puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. (...) Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso. Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia.”

Sudáfrica: En el reglamento de la Corte Constitucional, en su apartado V, 10, se regula la presentación de los amicus curiae.

SIMULACIÓN Y DISIMULACIÓN: ASPECTOS FORENSES

ALEJANDRO PÉREZ MÉNDEZ

Sumario de temas:

A Modo de introducción; Los criterios básicos para el peritaje; Signos para la detección de simulación; Disimulación; Objetivos de la Disimulación; Conclusiones.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Por la particularidad interaccional y los intereses puestos en juego, en la práctica pericial, la franqueza y la confianza, indispensables en todo vínculo asistencial, no deben tomarse como supuestas; es más, ante la posibilidad del engaño, el experto debe obligarse a alcanzar la verdad diagnóstica-pericial y, por ende, facilitar la adecuada ponderación del caso conforme al proceso judicial en curso. Para tal fin, el perito deberá contar con afianzados conocimientos de la especialidad una vasta experiencia asistencial y médico legal, teniendo en cuenta, además, que tendrá que actuar sin apartarse de los principios éticos-metodológicos inherentes a la práctica médica-pericial. Para el adecuado estudio del caso, creemos valioso tomar conocimiento de las circunstancias de las causas que fueron colectados en autos. En lo penal habrá que tener especialmente en cuenta lo referente a la dinámica del delito; en lo civil a los certificados médicos y los pedidos de las partes que puedan definir las características del accionar del sujeto; y en lo laboral las pruebas documentales registradas en las causas.

En este contexto, consideramos indispensable que el experto se interiorice de los pormenores de la causa y de los eventuales intereses jurídicos puestos en marcha a partir de la demanda donde, en muchos casos, el examen pericial, como último eslabón de la cadena jurídica, podría perjudicar o beneficiar al examinado ya sea con la pérdida u obtención de la libertad o con el logro de beneficios indemnizatorios o jubilatorios. En efecto, el perito tendrá que realizar una detallada y metodológica lectura de las circunstancias obrantes en la causa, donde no solo se evaluarán las declaraciones de los testigos o las del propio actor, sino también todas aquellas pruebas documentales que junto a otros datos de interés permitirán arribar a un diagnóstico retrospectivo de la enfermedad que se refiere padecer. Una vez concluido con tal procedimiento, se ingresará al terreno del diagnóstico presencial; es decir, habrá que realizar el examen físico y mental con el fin, no solo de comprobar la existencia de alguna enfermedad en curso, sino también de establecer la correlatividad entre el diagnóstico actual y la afección registrada en autos (en su patogenia, sintomatología y secuelas), o con la referida por el interesado durante el proceso judicial. Consideramos de rigor médico legal acompañar al examen con los estudios

complementarios que se consideren indispensables para esclarecer el cuadro supuestamente representado, más aun cuando el mismo se ha caracterizado por su complejidad y dificultad diagnóstica.

Definimos *simulación*, como una manifestación conscientemente falsa, con un determinado fin, en la que el sujeto finge, alega, exagera o falsea el origen y la sintomatología de una enfermedad, física y/o psicológica, con el objeto de conseguir un beneficio o provecho. Hay pues voluntariedad, invención o alteración y finalidad utilitaria.

LOS CRITERIOS BÁSICOS PARA EL PERITAJE

Se agrupan en tres categorías:

1. Comportamiento durante la evaluación forense.
2. Características de los síntomas simulados.
3. Aspectos del historial clínico y judicial.

SIGNOS PARA LA DETECCIÓN DE SIMULACIÓN

1. Retención de información y falta de cooperación

La memoria de un simulador tiene vacíos importantes, es cauteloso y piensa que, entre menos información tenga el examinador, es mejor. Con frecuencia afirman haber olvidado muchas cosas o no saber. Los sujetos parecen seguir todas las indicaciones médicas pero toman una actitud totalmente antagonista; tratan de tomar el control de la entrevista y se comportan de una manera intimidante, gastan tiempo para pensar las respuestas que van a dar. Presentan abundancia de respuestas evasivas si están dirigidas a una cuestión vital para el simulador; contestaciones burlescas, irónicas y ridículas y, sobretodo, ausencia de respuesta afectiva.

2. Exageración

Los simuladores creen de forma equivocada que entre más extraños parezcan, más creíbles son.

3. Llamam la atención sobre su enfermedad:

Los simuladores se muestran ansiosos por llamar la atención sobre su enfermedad, lo cual contrasta con la conducta de los enfermos reales que a menudo, son reticentes a hablar de sus síntomas. El auténtico enfermo sin proponérselo puede presentar abandono en su cuidado físico, tener el pelo largo, aparecer sin afeitado, con las ropas sucias, desaliñado, con abandono de su limpieza; mientras que el que finge se pone ropas extravagantes; la camisa al revés; la bufanda fuera de su sitio con vestimentas artificialmente alteradas; a menudo, esa alteración de su

aspecto exterior sólo se da durante los reconocimientos médicos o declaración ante funcionarios judiciales.

4. Los acusados actúan comúnmente como sordos y tontos

Se muestran excesivamente psicóticos, intelectualmente impedidos y con amnesias y delirios. Las personas que fingen actúan como "tontos y locos" porque ellos creen que las personas mentalmente enfermas son tontas.

5. Ausencia de respuesta afectiva clínicamente asociada con la enfermedad que simula:

Falta el típico contenido afectivo de ansiedad en alucinaciones y delirios; o el tono afectivo de temor, rabia o depresión asociado a cualquier diagnóstico. Si hay autolesión, ésta no reviste gravedad, estando bien calculado el acto. En caso de dolor la persona puede argumentar el máximo de severidad del dolor, pero la discrepancia es que psicológicamente se presentan libres de todo síntoma.

6. Ausencia de perseveración

La perseveración es un signo de consistencia en la personalidad y/o en la patología; por tanto, es una conducta que debe presentar constancia en el tiempo, rara vez se ve en los simuladores.

7. Incoherencia entre resultados de pruebas y funcionalidad del evaluado

La falta de coherencia entre los resultados de test formales y la funcionalidad real del sujeto en su vida cotidiana. Ej. El simulador puede asegurar o mostrar una incapacidad para trabajar, pero mantiene la capacidad de su esparcimiento como por ejemplo, disfrutar del teatro, ver TV, jugar cartas, etc. La inconsistencia entre las respuestas del sujeto referida a ejecutar correctamente ejercicios complejos e incorrectamente ejercicios más sencillos que implican los mismos procesos cognoscitivos y el fallo en ítems muy simples.. Otros indicadores de este signo son el rendimiento por debajo de lo esperado al azar en pruebas de elección entre dos alternativas, la inconsistencia en la ejecución de diferentes pruebas que exploran las mismas funciones, el bajo o nulo rendimiento en pruebas neuropsicológicas que la mayor parte de los pacientes con lesiones cerebrales graves realizan correctamente. La alta incidencia de respuestas "aproximadamente correctas" en oposición a las "claramente correctas".

8. Alteraciones del lenguaje no verbal

El tono y la intensidad de la voz varían significativamente ante la mentira, la velocidad de fraseo es lenta y evasiva, el evaluado tarda en responder porque necesita pensar varias veces para contestar con coherencia, produce pausas y errores en el discurso, además es de

carácter indirecto, las expresiones faciales varían contingentemente con el contenido temático.

9. Los síntomas del simulador son generalmente inconsistentes con los síntomas legítimos de la enfermedad mental

El simulador actúa de manera normal cuando no se percata de que está siendo observado, por lo cual hablar con el personal que tiene oportunidad de observar al preso es útil para descubrir su comportamiento inconsistente. Los síntomas del simulador son generalmente inconsistentes con los síntomas legítimos de la enfermedad mental. Por ejemplo, un farsante dice que no puede recordar su nombre o la fecha de nacimiento, pero sí es capaz de recordar otros eventos pasados, como la dosis de los medicamentos que ingiere. El simulador, por lo general, confunde los síntomas psicóticos con los impedimentos cognoscitivos y cree que la persona que escucha voces no sabe en qué año está. Los amnésicos auténticos generalmente recuerdan cosas como nombre, edad, fecha de nacimiento, dirección, nombre de la madre, de familiares cercanos y lo que desayunaron; lo cual es lo que pretenden olvidar los farsantes; y es muy raro que finjan amnesia global. Los simuladores pretenden tener alucinaciones visuales o auditivas y hablan con personas imaginarias. En la exploración clínica de la simulación se señalarán las intermitencias y modificaciones inexplicables del síndrome mental exhibido; inexistencia de la relación entre el síndrome o enfermedad aparente y la causa etiológica presumible.

10. La simulación es más difícil de mantener por períodos largos

El hecho de simular exige una extremada concentración y resulta extenuante por lo cual la persona sana requiere períodos de descanso. Por eso también hay más oportunidad de descubrir el engaño durante una entrevista larga.

11. Dificultad para fingir síntomas fisiológicos

Generalmente el simulador desconoce los síntomas fisiológicos de la enfermedad y por eso no los actúa; si llegara a simularlos puede ser descubierto porque los sobreactúa o tiene dificultades para hacerlo. Por ejemplo, el que simula depresión puede fingir astenia pero no finge frío en las manos, que es un síntoma que se le asocia.

12. Simulan síntomas evidentes y en relación con el conocimiento previo de la enfermedad

Los simuladores tienden a fingir los síntomas más conocidos y característicos de la enfermedad dejando de lado otros que están asociados con el mismo pero no son tan conocidos u observables. Por ejemplo, en trastorno disociativo de la personalidad pueden fingir las personalidades múltiples, pero no saben de las amnesias y no las simulan

(aunque no en todas las expresiones de este trastorno se manifiesta la amnesia). En personas preparadas académicamente en temas relacionados (psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.) es más difícil detectar la simulación de psicopatologías que en personas que no tienen una preparación académica extensa o de este tipo.

13. Se fingen más síntomas que cuadros diagnósticos íntegros

Los simuladores pueden no ajustarse a ninguna entidad diagnóstica conocida. Los síntomas pueden haberse elegido de varias enfermedades y por ello pueden presentar quejas inusuales, atípicas, inexplicables o inconsistentes con los desórdenes conocidos. Las personas que fingen síntomas muy específicos (falta de concentración) y desórdenes específicos (depresión mayor), mezclan síntomas pertenecientes a diversos síndromes o entidades gnoseológicas y a ninguna entidad clínica en particular.

Informan síntomas severos con aparición aguda en contradicción con el desarrollo crónico conocido por los clínicos: los simuladores pueden afirmar haber tenido delirios (o síntomas en general) de comienzo repentino, cuando en realidad los delirios sistematizados tardan normalmente varias semanas en sistematizarse. Pueden informar que los síntomas de "locura" comenzaron cuando el imputado tenía 40 años, poco antes del incidente judicial y el clínico sabe que la esquizofrenia tiene un inicio cerca de los 20 años y la enfermedad se desarrolla crónicamente.

14. Discrepancia entre el auto-reporte y los archivos médicos

Los evaluados afirman severidad en síntomas en ausencia de tratamiento psicológico, psiquiátrico, medicación y hospitalización; cuando el perito sabe que la severidad de síntomas generalmente se asocia a consulta temprana con los expertos y con la existencia de una historia clínica previa. Los acusados pueden argumentar alguna psicopatología pero no informan haber estado en un tratamiento previo, y cuando tienen una cita para un tratamiento de salud mental o para una evaluación la cancelan o llegan más de una vez tarde a las citas y no cooperan durante el examen psicológico; además, también fallan en seguir un plan de tratamiento para un diagnóstico.

15. Los simuladores parecen no tener ningún motivo o comportamiento psicótico asociado a sus ofensas:

No relacionan los delitos con sus síntomas o alteraciones como cometer asesinato con agravantes arraigados. Por ejemplo, existe relación entre el síntoma y la conducta del homicida como beber la sangre de la víctima que asesinó porque creía que los extraterrestres le estaban quitando la suya propia.

16. Evidencia de complicidad

En los casos en los que se alega que el acusado presenta un determinado tipo de patología mental, se sospechará simulación si hay un cómplice implicado en el crimen. La mayoría de los cómplices de inteligencia normal no participarán en crímenes motivados psicóticamente.

17. Engaños anteriores

Las investigaciones retrospectivas algunas veces revelan evidencias de engaños pasados, como utilización de alias, escapes de la prisión o mentira en un negocio; es común encontrar un patrón de comportamiento antisocial engañoso. La enfermedad actual es tan sólo otra instancia de este patrón.

18. Historia laboral incoherente con la enfermedad:

Los simuladores pueden tener un historial laboral desfavorable; "la persona que siempre ha sido responsable, honrada, miembro adecuado de la sociedad es menos probable que simule". Aunque la estabilidad laboral puede ser positiva previa al apareamiento de la enfermedad y deteriorarse desde entonces; si se alegan síntomas crónicos esto alteraría también crónicamente el historial laboral; también puede ser indicador de simulación, ya que una persona que padece una enfermedad mental, difícilmente puede tener un óptimo funcionamiento laboral.

Los signos de simulación ya enunciados son generales y se pueden encontrar en el fingimiento de cualquier enfermedad; sin embargo, también la literatura reporta signos de simulación específicos para algunos cuadros diagnósticos.

Resulta de importancia puntualizar que durante la evaluación y estudio de la persona, el evaluador debe tener en cuenta lo siguiente:

1. No dar la impresión de que se sospecha una simulación o disimulación.
2. Las maniobras deben efectuarse sin vacilación en medio de otras fases de la exploración clínica.
3. Los detalles de estas maniobras no deben divulgarse en nuestro informe, que debe ceñirse a precisar que se han llevado a cabo "métodos objetivos de control".

DISIMULACIÓN

Diferente a la simulación, es la *disimulación*, en la que la persona procura esconder, disfrazar o modificar su lesión o enfermedad cuya finalidad engañosa es el beneficio perseguido y /o la utilización del beneficio obtenido. Es mucho menos frecuente.

OBJETIVOS DE LA DISIMULACIÓN

-Suscribir póliza, seguro de vida (ocultar una enfermedad por la que te negarían el seguro).

-Solicitar empleo o situación que requiera ciertas aptitudes físicas (ej. ocultar su epilepsia para conseguir el carnet de conducir).

A través de falsas declaraciones o sustitución de personas o evidencias.

CONCLUSIONES

En el contexto médico-legal, se hace cada día más importante la exploración correcta de la sintomatología presente para la identificación del sujeto simulador, pues en nuestra disciplina, que los individuos traten de obtener beneficios o eludir responsabilidades es algo con lo que nos encontramos a diario. Las herramientas que tenemos a nuestro alcance no son numerosas, se encuentran todavía en fases de evaluación y son de difícil aplicación en la práctica clínica. Esto hace que la pericia del médico, su experiencia y capacidad de observación siga siendo las herramientas de la detección de la simulación más utilizada.

**INSTRUCCIONES GENERALES
DE PUBLICACIÓN PARA
LOS COLABORADORES:**

1.- Instrucciones generales de publicación para los colaboradores:

1.1.- Definición de la Revista Iustitia et Pulchritudo:

La revista “Iustitia et Pulchritudo” (ISSN 1607-4319), consiste en una publicación anual, publicada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María la Antigua, de la República de Panamá.

El objetivo básico y esencial que tiene la revista “Iustitia et Pulchritudo” es el de incentivar la producción académica, con miras a destacar aquellos temas que tienen trascendental importancia en el ámbito jurídico, así como también se publican aquellos títulos novedosos o actualizados en el campo del derecho.

La revista “Iustitia et Pulchritudo” tiene un enfoque fundamentalmente disciplinario en las diversas ramas del derecho, las cuales pueden ser catalogadas en tres (3) grandes ámbitos o tipos, siendo éstos los artículos de derecho privado, derecho público y derecho social. De igual manera, admite la recepción de aquellas otras publicaciones de carácter interdisciplinario en donde pueden verse vinculados otras Ciencias Sociales (historia, geografía, filosofía, ciencia política, economía, sociología, criminología, etc.), artículos de difusión y ensayos que **necesariamente guarden relación con la ciencia del derecho.**

La presentación de los artículos de investigación, difusión y los ensayos se encuentra abierta al personal docente e investigativo de la Universidad Santa María La Antigua. De igual manera, se podrán recibir documentos y colaboraciones de investigadores de otros Centros de Educación Superior, así como también de miembros que laboren en Entidades del Estado o en Institutos de Investigación ya sean nacionales o extranjeros.

1.2.- Política Editorial:

A.- Los trabajos que serán considerados para su respectiva publicación en la revista impresa, deberán ser trabajos que adquieran la categoría **absoluta de inéditos u originales**, lo cual implica que deberán ser nuevos o recientes sin haber sido publicados previamente en otros medios electrónicos o impresos.

B.- El Consejo Editorial de la revista “Iustitia et Pulchritudo” aplicará políticas o medidas éticas a fin de evitar el fraude o el plagio de los trabajos de investigación. Para ello estará facultado a verificar los datos sobre la trayectoria científica de los diversos colaboradores, y hacer las respectivas

investigaciones, para determinar y decidir sobre la publicación del artículo científico, ensayo o artículo de discusión.

C.- Los trabajos de investigación y opinión serán enviados para su revisión a pares o evaluadores externos, escogidos por el Editor, quienes de forma imparcial y anónima aprobarán, recomendarán cambios o rechazarán los documentos enviados por los colaboradores.

D.- Los artículos y ensayos de investigación serán publicados gratuitamente (Ad Honorem) dentro del contenido de la revista "Iustitia et Pulchritudo". A cada colaborador se le entregará un número determinado de ejemplares, garantizando de ésta manera el cumplimiento de las normas de derecho de autor.

E.- El Consejo Editorial, así como el Editor de la revista "Iustitia et Pulchritudo" no estarán obligados a devolver los documentos originales impresos enviados como colaboración.

F.- Los artículos indicarán la fecha de su recepción y la fecha de su aceptación.

G.- Los artículos, trabajos científicos de investigación y los ensayos jurídicos serán enviados impresos por triplicado a través del correo ordinario o postal, a la siguiente dirección:

Revista Iustitia et Pulchritudo

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Santa María La Antigua

Apartado 0819-08550, El Dorado, Panamá, República de Panamá.

También podrán enviarse los documentos o archivos que contengan los artículos de forma electrónica, a través del siguiente correo electrónico: **fac-derecho@usma.ac.pa**

1.3.- Especificaciones técnicas y metodológicas para las publicaciones:

A.- Los escritos o documentos que se presentarán a ser considerados para su futura publicación, deberán ser enviados en el formato del procesador de palabra Microsoft Word, de manera tal que el contenido del texto pueda ser editable. Las ilustraciones deberán de enviarse o ser presentadas en formato jpg.

B.- El tipo de letra fuente a ser empleada deberá ser Times New Roman, tamaño 12, tipo de papel carta (8 ½ x 11 pulgadas), a espacio sencillo.

C.- La extensión de los artículos deberá tener como mínimo diez (10) páginas.

D.- Los trabajos a ser objeto de revisión y posible publicación, deberán de tener un título claramente identificable.

E.- En la primera página del título del trabajo o del artículo de investigación, el colaborador deberá indicar su nombre y apellido; así como también a pie de página deberá mencionar datos tales como: su afiliación institucional (dirección de ubicación, dirección postal, ciudad, país y correo electrónico), su perfil docente (trayectoria académica) o el grupo de investigación al cual se encuentra asociado. De igual manera, deberá indicar sus datos o grados académicos, profesionales y las principales publicaciones previamente realizadas.

F.- Los artículos de investigación deberán cumplir además de los requerimientos previamente señalados con:

- 1.- La presentación de un sumario o índice de temas desarrollados dentro del trabajo o documento de investigación.
- 2.- Una adecuada, clara y correcta redacción del documento para la audiencia que será la destinataria del artículo a ser publicado.
- 3.- Un resumen del artículo, el cual no deberá de exceder más allá de 200 palabras; redactado en el mismo idioma original del artículo y en otro idioma distinto al original.
- 4.- Mención por lo menos de cinco (5) palabras claves que identifiquen el contenido general del documento de investigación, en el idioma original del artículo y en otro idioma distinto al original.
- 5.- La introducción del artículo de investigación.
- 6.- Descripción de la metodología o de los tipos de métodos de investigación aplicados en la redacción del artículo (Por ejemplo, si la investigación es documental, analítica, comparativa, descriptiva, exploratoria, correlacional, cuantitativa, cualitativa, etc.).
- 7.- Desarrollo del contenido del artículo o ensayo de investigación.
- 8.- Conclusiones y resultados del artículo o ensayo de investigación. De igual manera, si cabe la posibilidad se podrán establecer recomendaciones.
- 9.- Bibliografía o infografía de las obras consultadas en el desarrollo de la investigación.

1.4.- Normas de citas bibliográficas:

Las citas del trabajo, proyecto o ensayo de investigación deberá de presentarse utilizando el método de citas estilo APA (Normas de citas

estandarizadas por la American Psychological Association, 6ta. Edición, 2009), atendiendo a los siguientes criterios:

1.4.1.- Citas bibliográficas menores de 40 palabras de extensión:

Se procederá a la transcripción de la cita a renglón seguido, como parte del texto. La cita deberá hacerse entre comillas. La mención bibliográfica se ubicará en la parte inferior de la página de donde se realizó la cita.

1.4.2.- Citas bibliográficas de más de 40 palabras de extensión:

Se procederá a insertar dentro de alguno de los párrafos superiores una nota al pie de página. Esta nota irá precedida de un número arábigo, que aparecerá tanto en la parte superior como inferior de la página. En la parte inferior de la página se procederá a transcribir dentro de comillas el texto que se citará, y que deberá exceder obligatoriamente la extensión de 40 palabras.

1.4.3.- Métodos de presentación de las referencias bibliográficas:

1.4.3.1.- Para libros:

Apellido, Nombre (Año). *Título de la obra o publicación*. Edición. Lugar de publicación: Editorial.

1.4.3.2.- Para artículos de revistas:

Apellido, Nombre (Año). Título del artículo. *Título de la revista*. Volumen o número de la revista. Página # a página #. Lugar de publicación: Editorial.

1.4.3.3.- Para documentos electrónicos o publicaciones en internet:

Apellido, Nombre (Año). Título del artículo. *Título de la publicación en línea*. Recuperado el día, mes y año, en <http://www.xxxx.xxxx./xxx>

1.4.3.4.- Para tesis y trabajos de grado:

Apellido, Nombre (Año). *Título del trabajo*. Tesis (licenciatura/maestría/doctoral) sin publicación. Nombre de la Universidad, Lugar, País.

1.5.- Política de responsabilidad / Responsibility Policy:

Las opiniones vertidas por los autores en cada uno de los artículos, ensayos o publicaciones contenidas dentro de la revista *Iustitia et Pulchritudo*, son de responsabilidad única y exclusivamente de los autores respectivos. Sus expresiones o criterios, no reflejarán los puntos de vista de la Universidad Santa María la Antigua (USMA), ni de sus directivos, personal administrativo, docente o educando. Las denominaciones empleadas dentro de este ejemplar o volumen; así como la presentación de los datos que figuren en cada una de las publicaciones, no implican la expresión de juicio alguno por parte de la USMA, ni de los miembros de su comunidad académica, en cuanto a la condición de cualquier persona natural o jurídica. La Universidad Santa María la Antigua, se exime de cualquier responsabilidad legal derivada por el contenido expuesto dentro de los artículos publicados.

The views expressed by authors in each of the articles, essays or publications contained inside the magazine *Justitia et pulchritudo*, are the sole responsibility of the respective authors. Their expressions or criteria do not reflect the views of the Universidad Santa María la Antigua (USMA), or its directors, staff, faculty or student. The designations employed in this exemplary or volume; and the presentation of the information contained in each of the publications do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the USMA, or members of its academic community, as to the condition of any natural or legal person. The Universidad Santa María la Antigua, disclaims any legal liability for the content indicated in the published articles.

