

ISSN L 2953-2965

AÑO 3 N°5 ENERO-JUNIO 2023

Ratio Legis

Revista Jurídica del Tribunal Electoral de Panamá



ISSN L 2953-2965

AÑO 3 N°5 ENERO-JUNIO 2023

Ratio Legis

Revista Jurídica del Tribunal Electoral de Panamá



DIRECTOR

Alfredo Juncá Wendehake

CONSEJO EDITORIAL DEL INED

Salvador Sánchez G.
Constantino Riquelme
Ibsa Singh (a.i.)
Leopoldo Alfaro
Jorge Bravo
Javier Vásquez R.
Lilia Rodríguez

FOTOGRAFÍA

Ekaterina-Bolovtsova (Pexels)

TRADUCTORA

Daysi Samaniego

CORRECCIÓN Y ESTILO

Cristóbal Navarro Martínez

DISEÑO EDITORIAL / DIGITAL

Javier Vásquez R.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

RATIO LEGIS

RATIO LEGIS es una revista periódica, publicada en formato físico y digital por el Instituto de Estudios Democráticos (INED) del Tribunal Electoral cada seis meses, desde enero de 2021.

Licencia

creative commons:
CC BY-SA 3.0



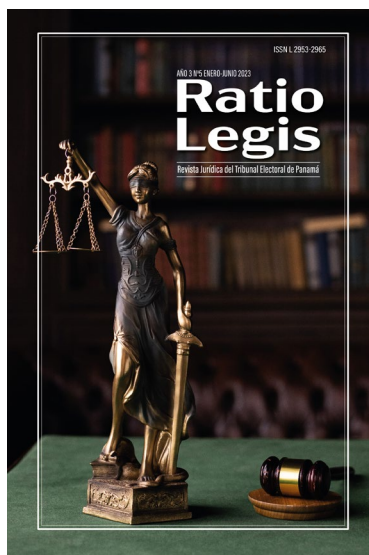
ISSN L 2953-2965

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL

Alfredo Juncá Wendehake
Magistrado presidente

Eduardo Valdés Escoffery
Magistrado primer vicepresidente

Luis Alfonso Guerra Morales
Magistrado segundo vicepresidente



Acceda a la versión digital de esta obra en el Repositorio del Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral, enfocando con su celular el siguiente código QR:



También en la dirección:

<http://rinedtep.edu.pa:8080/bitstream/handle/123456789/488/Revista%20G%26S%20N.1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Índice

Palabras del Director	9
-----------------------------	---

DERECHO CONSTITUCIONAL

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre cosa juzgada Miriam Zelaya	11
---	----

Perspectivas internas y externas: artículos 258 y 291 de la Constitución de Panamá Garritt Geneteau Real	23
---	----

DERECHO ADMINISTRATIVO

Comentarios al fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que declaró nula por ilegal la Resolución N.º AG-0691-2012, “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones” Ramón H. Benjamín M.	41
---	----

DERECHO CIVIL

La resolución por incumplimiento de contrato Víctor Raúl De Las Casas Salazar	75
---	----

DERECHOS HUMANOS

Derechos humanos y participación política de las mujeres Tamara Martínez Paredes	95
--	----

DERECHO PENAL

Constitución y régimen de extinción de dominio en Panamá Armando Padilla	119
--	-----

Palabras del

Director

La revista Ratio Legis, producida por el Instituto de Estudios Democráticos (INED) del Tribunal Electoral de Panamá, se complace en presentar su quinta edición correspondiente a los meses de enero a junio de 2023. Desde su primera edición en el año 2021, la revista se ha mantenido fiel a su objetivo de promover el enaltecimiento del pensamiento jurídico y brindar un aporte y quehacer de referencia a la comunidad panameña a través de la sabia reflexión de temas presentes y de interés para toda la población en general.

Esta nueva edición continúa con nuestro compromiso de investigación y fomento de una cultura democrática en beneficio de todos los panameños y panameñas. Los artículos que se presentan en este número son el resultado del trabajo de destacados profesionales panameños, quienes presentan valiosas investigaciones brindadas por juristas de la comunidad y el cuerpo de investigadores del INED.

Entre los trabajos incluidos en este número de la revista Ratio Legis quiero destacar el de Armando Padilla, que trata del alcance de la institución de la extinción de dominio y su constitucionalidad. Se trata de un tema intensamente debatido en la sociedad panameña y en la Asamblea Nacional durante el primer semestre del año. También quiero mencionar especialmente la colaboración de Víctor Raúl de las Casas, quien presenta un profundo análisis de la resolución por incumplimiento de un contrato, en el orden jurídico panameño.

A este número contribuyen también, como es usual, los dedicados investigadores del INED. Tamara Martínez nos presenta un análisis socio-jurídico de los derechos de la mujer; Miriam Zelaya realiza el análisis de la cosa juzgada en la jurisprudencia panameña; y Garritt Geneteau examina el sentido y alcance de los artículos 258 y 291 de la Constitución Política. Por último, Ramón Benjamín analiza una sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que declaró ilegal la Resolución No. AG-0691-2012 sobre caudal ecológico y ambiental.

Esta quinta edición reafirma nuestro compromiso de seguir aportando a la comunidad en general a través de la investigación en el campo del derecho. Nos complace poder ofrecer insumos como estos para que las políticas públicas puedan establecerse sobre evidencias sólidas, aportadas por todas las disciplinas, incluidas las ciencias sociales y el derecho.

Finalmente, quiero agradecer a todos los autores por los valiosos aportes presentados, que permitieron la publicación de la quinta edición de la revista Ratio Legis. Esperamos seguir contando con su colaboración. También invitamos a todos los que aún no lo han hecho, a ofrecer sus investigaciones para ser publicadas en próximas ediciones.

Alfredo Juncá Wendehake
Magistrado Presidente del TE

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre cosa juzgada

Jurisprudence of the Supreme Court of Justice on res judicata

Por

Miriam Zelaya*

<https://orcid.org/0000-0003-1897-6274>

Resumen: El presente artículo sobre cosa juzgada se enfoca en las sentencias de inconstitucionalidad con fundamento en el último párrafo del artículo 206 de la Constitución, que señala que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia son finales, definitivas y obligatorias.

La Corte se ha pronunciado en sentencias en firme y ejecutoriadas, sin recurso alguno para recurrir, que hacen tránsito a la cosa juzgada. La cosa juzgada tiene como objetivo establecer la seguridad jurídica de las partes y promover la certeza de lo fallado por el juez.

Palabras clave: Derecho fundamental, constitución, procesal, excepción, cosa juzgada.

Abstract: This article on *res judicata* focuses on judgments of unconstitutionality based on the last paragraph of article 206 of the Constitution, which states that the decisions of the Supreme Court of Justice are final, definitive, and binding.

The Court has pronounced itself in final and enforceable judgments, without any recourse to appeal, which make transition to *res judicata*. The purpose of *res judicata* is to establish legal certainty for the parties and to promote certainty of the judge's ruling.

Keywords: Fundamental law, constitution, procedural, exception, *res judicata*.

*Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, licenciada en Relaciones Internacionales en la Universidad de Panamá, postgrado en Alta Gerencia de la Universidad Latina de Panamá, MBA con énfasis en Recursos Humanos. Ha cursado diplomados sobre el Control de Convencionalidad en el IIDH, Políticas Públicas en KAS, entre otros.

I. Introducción

El presente artículo hace una reflexión general sobre la cosa juzgada como una garantía procesal, que requiere una previa sentencia en firme y ejecutoriada, y que no cabe recurso alguno para recurrir. Sin embargo, existen excepciones, donde se puede admitir una demanda con la misma pretensión que requiera la revisión por darse nuevos conceptos en la legislación interna.

Dicho esto, hay que reconocer que en la mayoría de los casos admitidos en una demanda que contemple la identidad de los elementos esenciales que requieren la cosa juzgada como tal, han sido declaradas con tal sin requerir revisión alguna.

La cosa juzgada está regulada en nuestro país por la Constitución, específicamente en el artículo 206, último párrafo del numeral 3, que indica que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en adelante (CSJ), son finales, obligatorias y definitivas. El Código Judicial indica los elementos que admiten su uso, como las excepciones.

Autores como el jurista Olaechea Álvarez define cosa juzgada señalando que cuando finaliza un proceso de una controversia judicial, y se ha dictado una sentencia firme y ejecutoriada, contra ella no se puede interponer ningún recurso (Álvarez-Calderón).

Otro autor como Luis Recasens Siches, en su obra *Eduardo Couture y la Filosofía del Derecho*, hace mención a Eduardo Juan Coutu-

re, pensador filosófico, quien señala en el mencionado texto que dos sentencias contradictorias no pueden ser válidas en un mismo tiempo y lugar. También explica que una conducta no puede ser permitida y prohibida al mismo tiempo; lo que una sentencia declare no puede ser validada por otra; la cosa juzgada es óbice de procesibilidad para un juicio ulterior. El segundo proceso es jurídicamente innecesario (Siches).

En Panamá las sentencias declaradas como cosa juzgada tendrán su fundamento en la Constitución y el Código Judicial.

Hemos mencionado que el artículo 206 de nuestra Constitución, que instruye a la CSJ sobre la guarda e integridad de la Constitución, la jurisdicción contencioso administrativa sobre las acciones de hacer o no hacer de los funcionarios públicos con mando y jurisdicción; y en su numeral 3, último párrafo, indica que las decisiones de la CSJ, en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo, son finales, definitivas, obligatorias, y deben publicarse en la Gaceta Oficial para sus efectos legales.

Otro instrumento normativo que regula la cosa juzgada es el Código Judicial, que en su artículo 694 dice:

las excepciones a cosa juzgada, se determinan por la extinción de la pretensión de parte en un caso contencioso, por caducidad de la instancia, inclusive el desistimiento de la pretensión podrán invocar como incidente de previo pronunciamiento o

puede ser deducidas por medio de revisión (Ponce, Fábrega, 1990).

Por otro lado, hay excepciones para aplicar este pronunciamiento, como indica el artículo 1029 del Código Judicial, que expresa elementos claros donde no hacen tránsito a cosa Juzgada como las resoluciones que decidan cuestiones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, cuando así lo establezca la ley expresamente, del cual se puede mencionar más adelante en el presente artículo, con la demanda que tuvo como consecuencia la ampliación del sufragio pasivo, específicamente la libre postulación.

De igual manera que hay pronunciamientos que producen cosa juzgada, existen los que no la producen. Veamos en primer lugar, los que producen efecto de cosa juzgada:

Artículo 1030:

1. En los procesos relativos al estado civil de las personas y las referencias a la validez o nulidad de la disposición testamentaria.
2. En los procesos seguidos por acción de popular; y
3. En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, caso en el cual surtirá efecto en relación con todas la comprendidas en el emplazamiento.
4. Con relación a los que no producen efecto de Cosa Juzgada podemos mencionar el artículo

1031, del Código Judicial como sigue a continuación.

A continuación, existen procesos que no producen cosa juzgada:

Artículo 1031:

1. Las sentencias que se dicten en procesos no contenciosos.
2. Los autos que se dicten en procesos ejecutivos y las sentencias que decidan los incidentes de excepciones en estos procesos; y
3. Las que declaren probada la excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso el desaparecer.

Consideramos importante destacar lo señalado por el artículo 693 cuando el juez halle probados los hechos de que constituyen excepción, aunque esta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en el fallo.

II. Jurisprudencia sobre cosa juzgada en demandas de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia

Dicho lo anterior, de manera general y explicativa, podemos observar algunas jurisprudencias sobre demandas de inconstitucionalidad con diferentes enfoques y materias específicas.

1. Pretensiones Colectivas

Sobre las pretensiones colectivas podemos mencionar un razonamiento que hace Teresa Armenta Deu, con respecto a la definición de pretensiones colectivas como aspecto aclaratorio, tal como detallamos a continuación:

... que es una acción que refleja una determinada concepción del acceso a la justicia que corresponde a sendas perspectivas de carácter jurídico, económico y social. Responden a los desafíos derivados de la economía de masas, procurando tutelar las posiciones más débiles mediante la reunión y litigación conjunta de los individuos afectados. Esta finalidad, sembrada de problemas, empieza por su difícil acomodo en un derecho procesal basado en la tutela individual de los derechos, más allá de mecanismos procesales tradicionales como las acumulaciones. Pero no terminan ahí. Los problemas para adecuar una estructura bipolar del proceso a las singularidades de las acciones colectivas se acrecientan en torno a los institutos que se acometen en este estudio: el reconocimiento de las resoluciones recaídas, la cosa juzgada, positiva y negativa, y la ejecución de una resolución de este orden (Armenta Deu, 2013).

De igual manera, en la sentencia del 19 de enero de 2019, se declara como cosa juzgada a través de una demanda colectiva que pretende dejar sin efecto la resolución del nombramiento de un

magistrado de la CSJ. La pretensión de la demanda en mención argumenta que no se debía nombrar al magistrado por haber ocupado un puesto público en el gobierno que antecedió, lo cual no procedió la pretensión:

...se acumula las pretensiones, donde se solicita dejar sin efecto la Resolución 1 del acuerdo de gabinete No. 68, de veinte (20) de abril de 2011, que acuerda el nombramiento de un magistrado de la Corte Suprema de Justicia Penal, y el artículo 1 de la Resolución No. 64, que acuerda el nombramiento del licenciado Harry Díaz González de Mendoza como magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta demanda procedió como una demanda colectiva de inconstitucionalidad, la cual no progresó.

2. Materia electoral sobre libre postulación

Con respecto a la demanda presentada por el doctor Jované, contra el artículo 233 del Código Electoral que solo los partidos políticos pueden postular a candidatos a presidente de la República, es tema de primordial importancia para comprender que la cosa juzgada no necesariamente es absoluta en un mismo caso, con una misma pretensión. Y añadimos que el argumento fue revisado a favor de los derechos políticos ya existentes en la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante (CADH), donde se establece que todo ciudadano puede participar de la dirección de los asuntos públicos.

La CADH es clara cuando establece que le ley debe reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal.

Admitida la demanda en mención, el procurador de la Administración, en su vista, manifestó que se había producido la cosa juzgada constitucional, ya que se había declarado inconstitucional el artículo 183, de la Ley 11 de 10 de agosto de 1983 (Código Electoral), que solo permitía la participación política a través de los partidos políticos (Sánchez, 2008).

Respecto a este punto, en el año 1998 se presentó otra demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 193 del Código Electoral que regía, la cual no fue admitida a través de la resolución de 23 de octubre de 1998, en la que se señaló que era cosa juzgada.

Actualmente, se ha logrado la ampliación en los fallos de la CSJ con relación a los derechos fundamentales incluídos los derechos políticos y civiles. La CADH, al referirse a la participación política, está siendo invocada y motivada en los fallos, produciendo el fin útil de una pretensión que antes no era admisible, puede cambiar su interpretación a favor de los derechos humanos.

Sin embargo, la demanda del profesor Jované mantenía todos los elementos necesarios para declarar la demanda como cosa juzgada, pero los cambios que habían sufrido algunas legislaciones por la necesidad de ampliar el alcance de los derechos humanos era irre-

versible, y los argumentos de esta demanda lograron la participación política por libre postulación, el fin útil esperado, a favor del artículo 23 de la CADH.

Dicho esto, el argumento del magistrado Jerónimo Mejía, en su voto razonado de la sentencia del 21 de julio del 2009, explica ampliamente y manifiesta su opinión que sobre porque ese fallo con produjo cosa juzgada, basado en la primicia de los derechos humanos y políticos que dice:

El Pleno expone que, en ocasiones anteriores, la existencia de ese fallo de 1986 dio lugar a que se declarara que existía cosa juzgada respecto a la disposición que hoy se examina, pero que debido a la modificación de algunas de las disposiciones que fueron confrontadas en aquella ocasión y de algunas palabras de la norma recurrida, procede a examinar nuevamente la constitucionalidad del artículo 233 del Código Electoral. (Sentencia de 21 de julio de 2009).

III. La Cosa Juzgada en el ámbito internacional

Con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, no se limita con reconocer la cosa juzgada, ya que lo juzgado en un país parte de la Convención Americana de Derechos Humanos en adelante CADH puede ser sometido a revisión por la Corte IDH.

Si una sentencia de un país no promueve la defensa de los derechos humanos ya estipulados en la CADH, si prevalecerá su respeto en la jurisdicción de la Corte IDH, para su resarcimiento (González, 2015, p. 396).

Dicho esto, la cosa juzgada no es definitiva en los parámetros de la Corte IDH y esto lo estipula el artículo 46, donde especifica que para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH admita un caso deben de agotarse los recursos internos jurídicos internos de un Estado parte, para probar que el Estado ha fallado de manera negativa en la solución de un conflicto. En pocas palabras, fallado lo injusto, resuelto por la CIDH y/o la Corte IDH.

Es por esto que la Corte IDH no descansa en la supervisión de las sentencias para observar el cumplimiento de la CADH, aunque haya que desconocer fallos de los países partes donde se consideren fraudulentos.

IV. Conclusiones

A modo de conclusión es justo mencionar que la cosa juzgada es un mecanismo procesal que protege la seguridad jurídica de una jurisdicción que ha fallado a razón de los criterios probados e interpretación de un juez, siendo este instrumento garantizador de ese resultado.

La cosa juzgada en una institución establecida por muchas décadas y ha sido motivo de análisis de juristas y expertos académicos del

derecho, como el filósofo y letrado Eduardo Couture, entre otros autores, que han descrito de manera clara las diferentes formas de clasificación de la cosa juzgada en el derecho procesal.

Panamá no escapa de esta institución y ha sido respetada y motivada por los jueces cuando los elementos jurídicos lo demuestran, sin embargo, a pesar de existir cosa juzgada en el caso de la libre postulación, los criterios internacionales de derechos humanos como la CADH en su artículo 23, son tomados en consideración para establecer los derechos políticos que esta demanda, lo cual ha ampliado la participación política en Panamá.

La cosa juzgada fraudulenta, puede ser objeto de justicia en la instancia internacional, cuando un Estado no tiene los elementos procesales adecuados para establecer un Estado de derecho.

Referencias

Álvarez-Calderón, D. O. (s.f.). La excepción de cosa juzgada.

Coriat, A. (26 de julio de 2018). Caso de Pinchazo contra Ricardo Martinelli no es cosa juzgada. *Panamá América*.

Deu, T. A. (2013). *Acciones colectivas reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Obtenido de <https://www.torrossa.com/it/authors/armenta-deu-teresa.html>

González, B. B. (2015). *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: Nueva Jurídica.

La sentencia de 21 de julio de 2009, referente a la demanda del artículo 233 del Código Electoral, promovido por el profesor Juan Jované, (Corte Suprema de Justicia julio de 2019).

Ponce, J. F. (1990). *Estudios Procesales*. Editora Jurídica Panameña.

Sánchez, S. (2008). *La Libre Postulación Presidencial*. Panamá: Revista Panameña de Política.

Sentencia de 19 de enero de 2019, Cosa Juzgada, Gaceta Oficial Digital 28743 (Corte Suprema de Justicia 9 de enero de 2019).

Siches, L. R. (s.f.). *Eduardo Couture y la Filosofía del Derecho*. Mexico, D.F.: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Perspectivas internas y externas: artículos 258 y 291 de la Constitución de Panamá

Internal and external perspectives: articles 258 and 291 of the Constitution of Panama

Por

Garritt Geneteau Real*

<https://orcid.org/0000-0003-0962-8630>

Resumen: El presente trabajo se basa en el análisis de los artículos 258 y 291 de la Constitución Política de Panamá, desde su origen y evolución histórica constitucional, a fin de examinar ciertos episodios ocurridos en nuestro país, partiendo de un enfoque científico. Este escrito posee una perspectiva interna emanada de la misma fuente constitucional, y una perspectiva externa que vendría siendo la legislación panameña.

Palabras clave: Constitución, perspectiva interna, perspectiva externa, economía y legislación.

Abstract: The present work is based on the analysis of articles 258 and 291 of the Political Constitution of Panama, from its origin and constitutional historical evolution, in order to examine certain episodes that occurred in our country, starting from a scientific approach. This writing has an internal criteria emanating from the same constitutional source, and external criteria that would be the Panamanian legislation.

Keywords: Constitution, internal perspective, external criteria, economy, and legislation.

*Garritt Geneteau: Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, posee una maestría en Derecho Procesal, y actualmente es investigador académico en el Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral.

I. Introducción

A través de la presente investigación analizaremos el comportamiento y rendimiento constitucional del artículo 258 y 291, a través de hechos históricos desde su génesis, correspondiente a la segregación de tierras de nuestras costas e islas hacia el sector privado, beneficiando al sector económico nacional del país.

Por otro lado, dentro de la historia constitucional de Panamá, se logra observar las condiciones en que se encontraba el país al momento que fueron redactados los artículos constitucionales del párrafo que antecede. Adicionalmente, presento, en esta investigación, algunos cuadros cronológicos, profundizando el comportamiento constitucional desde 1904 hasta 1972 y sus distintas reformas posteriores.

Los artículos 258 y 291 de la Constitución Política de Panamá revelan un enfoque sobre el régimen político de las costas e islas y la economía nacional del país.

Podemos observar en este escrito investigativo aspectos fundamentales como:

- a. La perspectiva interna, que viene siendo todo lo que emana del origen constitucional y;
- b. La perspectiva externa, que vendría siendo todas las leyes y normas que fueron creadas, correspondiente a los artículos constitucionales mencionados en esta investigación.

Es por esta razón, que, al complementarse estas dos perspectivas, garantizan y promueven beneficios económicos a la población panameña. Asimismo, realicé algunos cuadros cronológicos explicando el régimen y comportamiento constitucional en relación con la economía nacional del país, entre otros aspectos que se desarrollan en esta investigación.

II. Aspectos metodológicos

La metodología que utilicé en esta investigación fue de carácter cualitativo, aplicando una perspectiva interna y externa, en la cual brindo una valoración constitucional y general. Esta técnica logra desarrollar y obtener datos importantes, dando como resultado el rendimiento constitucional del país, desde su inicio en el año 1904 correspondiente a su redacción, desafíos, legados y aportes institucionales hasta 1972, y sus distintas reformas; asimismo, logrando el propósito subjetivo de la Constitución dentro del contexto. Este método científico logra vislumbrar eventos relevantes y situaciones de carácter político-económico a través de la cronología constitucional y recopilación de datos.

III. Historia Constitucional

La Constitución Política de Panamá de 1904 presentaba cierta similitud con la Constitución de Colombia, observando temas familiarizados con la soberanía, división de los poderes del Estado y garantías y derechos fundamentales con una estrategia económica liberal.

Sánchez explica que al inicio de la época republicana se logró observar que la Constitución Política de Panamá era de corte estrictamente individualista, y que esta carta fundamental de 1904 presentó un esquema que se apoyaba en la filosofía política y económica del liberalismo (Sánchez, Salvador, 2019, p.561).

Por otro lado, Giannareas establece que en 1906 y 1932 tuvieron lugar diez actos de reforma (1906, 1918, 1928,1932) en aspectos muy puntuales que no tocaron su “credo individualista” (Giannareas, Jorge, 2017, p. 357).

En la década de los treinta, José Dolores Moscote (1879-1956), propuso un amplio programa de reformas a la Constitución; los derechos sociales figuraron de manera prominente. Se sustituye “Derechos individuales” por “Derechos, deberes y garantías”.

Treinta y siete años después, en el año 1941, para el periodo del presidente Arnulfo Arias Madrid, se constituye la primera constitución social panameña; sin embargo, tenía ciertas anomalías.

Al mismo tiempo, se le recuerda como una constitución contentiva de disposiciones racistas y xenóforas, expedida a través de un procedimiento ilegítimo, y que prolongaba el mandato presidencial (de cuatro a seis años), aplicable al propio presidente que había impulsado la reforma (Sánchez, Salvador, 2019, p. 564).

...la Carta Fundamental de 1941 elevó a rango constitucional aspectos cruciales de la legislación migratoria entonces existente, con un contenido racista y discriminatorio. Aunque generalmente se le reconoce como la primera Constitución que consagró derechos sociales (Giannareas, Jorge, 2017, p. 363).

La Constitución Política de Panamá de 1946 eliminó preceptos que privaban la nacionalidad por su condición de raza a ciertos nacionales.

...la discriminación racial, que era uno de los graves defectos que arrastraba el texto de 1941, fue erradicada de la Constitución, de forma que no queda rastro de ella en el texto de 1946. Por el contrario, aparece una plena garantía de los derechos políticos de las mujeres, la continuidad a la constitucionalización de los derechos sociales y la profundización de las instituciones de garantía (Sánchez, Salvador, 2019, p. 565).

Por otro lado, el día 11 de octubre de 1968, militares panameños, comandados por el general Omar Efraín Torrijos Herrera, tomaron el control del país para cicatrizar una crisis político-social, expropiándose literalmente de una política sin equidad dominada por la oligarquía panameña de la época. Un solo golpe de Estado bastó para que se constituyera de manera expresa un sistema militar de gobierno trayendo beneficios a la sociedad.

Tras el golpe de Estado se suspendió parcialmente la Constitución de 1946, hasta que finalmente fue reemplazada íntegramente, al ser adoptada la nueva Constitución por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento (ANRC), sobre la base de un proyecto presentado por la Comisión de Reformas Revolucionarias a la Constitución (Sánchez, Salvador, 2019, p. 566).

Esta última fue modificada por los actos reformativos de 1978, que establecían la elección popular directa del presidente y vicepresidente de la República por un periodo de seis años. Mediante acto constitucional de 1983 se fijó el periodo de gobierno en cinco años. Los actos legislativos No. 1 de 1992 introdujeron nuevos preceptos y modificaciones, entre las que se destaca la eliminación de los ejércitos y, adicionando en 1994, un título relacionado con el Canal de Panamá. Asimismo, en las reformas de 2004 se eliminó el segundo vicepresidente y el segundo suplente de los diputados, entre otros aspectos.

Tabla 1. *Evolución del artículo 258 de la Constitución Política*

Constitución Política de 1904 Artículo 115	No se instituyó artículo alguno que se refiriese a los bienes de “uso público” y los excluyese de apropiación privada.
Constitución Política de 1941 Artículo 146	Se incorpora que los bienes son de dominio público, y que por consiguiente no pueden ser objeto de apropiación privada.

Constitución Política de 1946 Artículo 209	Se estableció que los bienes son de uso público, y que no pueden ser objeto de apropiación privada
Constitución Política actual de 1972, y sus reformas. Artículo 258	Mantiene el mismo tenor, que pertenecen al Estado, y que son de uso público, y que no pueden ser objeto de apropiación privada

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2. *Evolución del artículo 291 de la Constitución Política*

Constitución Política de 1904	No se incorporó el título de Economía Nacional.
Constitución de 1941 Artículo 152.	Se incorpora el Título de Economía Nacional a la Hacienda Pública <i>“No podrá ninguna persona natural o jurídica extranjera, ni ninguna persona jurídica nacional cuyo capital sea extranjero en todo o en parte, adquirir la propiedad de tierras nacionales situadas a menos de treinta kilómetros de nuestras fronteras terrestres ni la propiedad de las islas que se encuentren bajo la jurisdicción de la República. Sin embargo, se respetarán los derechos ya adquiridos al entrar a regir esta disposición, sobre tierras e islas comprendidas en la primera parte de este artículo; pero estos bienes podrán ser expropiados en cualquier tiempo mediante justa indemnización previa.”</i>
Constitución de 1946 Artículo 232.	Se separa Economía Nacional de la Hacienda Pública Que dando de la siguiente manera: <i>“No podrá ninguna persona natural o jurídica extranjera ni ninguna persona nacional cuyo capital sea extranjero, en todo o en</i>

	<p><i>parte, adquirir la propiedad de tierras nacionales o particulares situadas a menos de diez kilómetros de las fronteras ni la propiedad de las islas que se encuentran bajo jurisdicción de la República. Sin embargo, se respetarán los derechos adquiridos al entrar a regir esta Constitución; pero los bienes correspondientes podrán ser expropiados en cualquier tiempo, mediante pago de la indemnización adecuada.”</i></p>
<p>Constitución 1972 Artículo 291</p>	<p><i>“Las personas naturales o jurídicas extranjeras y las nacionales cuyo capital sea extranjero, en todo o en parte, no podrán adquirir la propiedad de tierras nacionales o particulares situadas a menos de diez kilómetros de las fronteras.</i></p> <p><i>El territorio insular sólo podrá enajenarse para fines específicos de desarrollo del país y bajo las siguientes condiciones:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Cuando no sea considerado área estratégica o reservada para programas gubernamentales.</i> <i>2. Cuando sea declarado área de desarrollo especial y se haya dictado legislación sobre su aprovechamiento, siempre que se garantice la Seguridad Nacional.</i> <p><i>La enajenación del territorio insular no afecta la propiedad del Estado sobre los bienes de uso público. En los casos anteriores se respetarán los derechos legítimamente adquiridos al entrar a regir esta Constitución; pero los bienes correspondientes podrán ser expropiados en cualquier tiempo, mediante pago de la indemnización adecuada.”</i></p>

Fuente: Elaboración propia.

IV. Régimen constitucional de la propiedad de islas y costas

Ya que hemos visto nuestra historia constitucional y la cronología de los artículos en relación con nuestro tema de costas e islas, podemos comprender con claridad que toda ley creada producto del mandato constitucional ha servido para beneficiar al Estado, la sociedad, y el incremento del sector económico del país a través de las negociaciones con el sector privado.

El Ministerio de Economía y Finanzas, identificado con las siglas MEF, es el representante del Estado en las negociaciones con el sector privado.

En relación con lo establecido en nuestra carta fundamental, se crearon leyes como la Ley 80 de 31 de diciembre de 2009, en la cual se reconoce derechos posesorios y regula la titulación en las zonas costeras¹ y el territorio insular con el fin de garantizar su aprovechamiento óptimo.

La utilización de la zona costera, la creación de propiedad inmueble, la regulación y aplicación de tasa y tarifas, la celebración de contratos con el Estado, el planeamiento rural, el desarrollo de bienes inmuebles, la propiedad sobre la tierra, los actos de licitación pública, la creación de aeropuerto entre otras, permiten el desarrollo económico del Estado, beneficiando al país.

¹ *“Que reconoce derechos posesorios y regula la titulación en las zonas costeras y el territorio insular con el fin de garantizar su aprovechamiento óptimo y dicta otras disposiciones.”* (Gaceta oficial no. 26438-b).

En este ordenamiento de ideas, señalamos que la Autoridad Nacional de tierras, conocida con las siglas ANATI, creada por la Ley N° 59 de 8 de octubre de 2010,² es la única entidad competente del Estado para regular y asegurar el cumplimiento y aplicación de las políticas, leyes y reglamentos en materia de tierras, y para recomendar la adopción de políticas nacionales relativas a estas materias o bienes.

La ANATI se encarga de observar que las tierras cedidas al sector privado para la incrementación económica de país tenga los siguientes requisitos:

- No vulnere la Constitución.
- Que el terreno no sea finca privada, área protegida, territorio indígena, manglar, servidumbre, estero, zona costera, territorio insular y similar.
- Que la tierra no tenga oposición o el mismo haya sido resuelto por autoridad competente.
- Que esté dedicado a la actividad agraria, forestal o a la vivienda rural.
- Que no esté reservado para un proyecto de desarrollo gubernamental o de utilidad pública o interés social.
- Que ninguna de dichas personas posea tierras, o que las que posea cumplan con la función social.

² "Que crea la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, unifica las competencias de la Dirección General de Catastro, la Dirección Nacional de Reforma Agraria, el Programa Nacional de Administración de Tierras y el Instituto Geográfico Nacional" (Gaceta oficial no. 26638-a).

Cuando el Estado, a través de negociaciones con el sector privado, construyan en zonas costeras, áreas de playas, tierras, etc, para la incrementación económica de país, tendrán un estudio de impacto ambiental por parte del Ministerio de Ambiente, creado por la Ley No. 8 de 25 de marzo de 2015³.

V. Economía Nacional

El desarrollo económico no solo depende de las transacciones económicas realizadas en el mercado por el sector privado, sino también de los bienes y servicios, de las leyes y las normas, de la educación, del bienestar social y de la infraestructura que son proporcionadas por el Estado.

Las actividades económicas corresponden primordialmente a los particulares, y el Estado orienta, dirige, reglamenta, reemplaza o crea, las circunstancias sociales que se encuentren tipificada en nuestra carta fundamental.

El Ministerio de Economía y Finanzas, como representante del Estado panameño, trata siempre de acrecentar la riqueza del país, asegurando beneficios para la mayor cantidad posible de habitantes sin distensión. Planificando el desarrollo económico-social, mediante organizaciones o departamentos especializados cuya organización y función es determinada por la Ley.⁴

³ Posteriormente la Ley 8 de 25 de marzo de 2015 reemplaza la ANAM y crea el Ministerio de Ambiente. (Gaceta Oficial No. 27749-B)

⁴ Artículo 282 de la Constitución Política de Panamá, Título X, Economía Nacional.

VI. Valoración constitucional (perspectiva interna)

Para entrar a valorar de manera constitucional, tenemos que preguntarnos: ¿se han implementado disposiciones económicas en Panamá? Se ha implementado a través de dos disposiciones como: la política económica y política pública económica.

Política económica: Panamá como país capitalista ha creado empresas particulares, que cumplen con los requisitos establecidos por organismos internacionales, que influyen en la toma de decisiones a la hora de plantear una política económica que pueda proteger nuestra inversión y capital estatal.

Política pública económica: el representante del Estado facilita y abre el camino para que empresas nacionales y extranjeras puedan invertir en el país, incrementando la economía nacional y el bienestar social.

El MEF, como representante del Estado, incorpora la función de planificación y política económica. A través de la Dirección de Planificación, se desarrollan planes estratégicos con visión de país y con crecimiento económico sostenible.⁵

Por otro lado, se observa la aplicación de un sistema de la tierra, propiedad, transacciones, previsto en la Constitución a través de las instituciones y la legislación necesarias creando comisiones con

⁵ Ley No.2 del 10 de marzo de 2014, que modifica la Ley No.97, incorporando la función de planificación: "todo lo relacionado con la formulación de iniciativas en materia de planificación y política económica" (Gaceta Oficial No. No 27489-A)

especialistas para que estudien las condiciones y posibilidades en todo tipo de actividades económicas.

Entidades como el MEF, ANATI, MI AMBIENTE entre otras, se encargan de aplicar el sistema de gestión de tierra, propiedad, transacciones e impacto ambiental, previsto en la Constitución y la creación de leyes que permiten el manejo de manera transparente.

VII. Valoración General (perspectiva externa)

Utilizando el principio de legitimidad, se puede vislumbrar que la perspectiva externa, son todas las normas que fueron creadas emanadas de la constitución, leyes, decretos ejecutivos, reglamentos y acuerdos internacionales, con capacidad y derecho para ejercer una labor o función en beneficio del Estado y la sociedad en general.

Según el artículo 282 de la Constitución Política establece que:

El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.

El Estado planificará el desarrollo económico y social, mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determinará la Ley.

Esto quiere decir, que el sector privado, jamás va estar alejado de toda negociación o contratación, que pueda realizar con el Estado.

Por otro lado, el Órgano Judicial, resuelve los conflictos en forma independiente, rápido confiable, eficiente e imparcial, asegurando el respeto a la Constitución, las leyes de nuestro país, protegiendo la libertad y las garantías de toda la ciudadanía. El poder judicial, a pesar de su independencia, construye un futuro de paz y prosperidad para la Nación, rindiendo cuenta, fortaleciendo la democracia, el Estado y nuestros derechos.

Por otra parte, el Estado panameño se encuentra regulado a través de leyes que fueron creadas por mandato constitucional, para garantizar inversiones públicas que permiten un crecimiento económico y un bienestar social. Asimismo, existen leyes que regulan y reconocen derechos en zonas costeras, tierras, territorio insular, incrementando la economía nacional y el turismo. Gracias a instituciones rectoras y fiscalizadoras creadas por leyes en beneficio del país. Adicionalmente, todo plan de gobierno que incluya inversión económica, política pública, política económica, en relación con el sector privado, es discutido a través del diálogo. Por ejemplo: a través de la Cámara de Comercio e Industria y Agricultura, con los sindicatos, y otros.

Por otro lado, los intereses comerciales con el gobierno (registros, licencias, pago de impuestos, etc.) Funcionan de manera eficiente a través de la Ley N° 8. De 27 de Enero de 1956 que crea el Código Fiscal de Panamá, la ley 189 del jueves 17 de diciembre de 2020, que reforma el código fiscal, para crear un régimen especial de impuesto sobre la renta aplicable a las micro, pequeñas y medianas empresas, a los empresarios y a los emprendedores, entre otras leyes que fueron creadas por mandato constitucional para regular, fiscalizar con total transparencia y sin corrupción los registros, licencias y pago de impuestos.

Constitucionalmente, han sido resueltas toda política gubernamental a través del resultado de las negociaciones de los bienes públicos con el sector privado, demostrando un gran e importante crecimiento económico. De igual forma, la creación de empresas por parte del Estado, que ha sido objeto de logros he incrementación económica, producto de nuestro mandato constitucional.

VIII. Conclusión y recomendaciones

En conclusión, a través de esta investigación se logró observar que Panamá dejó de ser un Estado autocrático para convertirse, en 1990, en un Estado democrático. La cronología histórica de los artículos constitucionales mostró cuáles fueron los ajustes que se realizaron para el mejoramiento económico nacional del país.

Por otro lado, se comprendió que la segregación de tierras en relación a las costas e islas del territorio panameño funciona a través de

leyes creadas por el Órgano Legislativo, para que el Estado pueda negociar con el sector privado, trayendo beneficio a la sociedad e incrementando el sector económico del país.

Discernimos que a través de la ANATI se regula y asegura toda la aplicación y cumplimiento de las políticas públicas económicas, leyes y reglamentos en materia de tierras, y se recomienda la adopción de políticas nacionales relativas a estas materias o bienes.

En el punto de economía nacional, aprendimos que las actividades económicas corresponden primordialmente a los particulares, y que el Estado cumple la función de negociar en beneficio del país.

Se logró comprender que la perspectiva interna es todo lo que está tipificado en la Constitución como mandato, y que la perspectiva externa son todas las normas que fueron creadas por la Constitución pero que no se encuentra dentro de la misma (leyes, decretos ejecutivos, reglamentos, acuerdos internacionales) con capacidad para ejercer una labor o función en beneficio del Estado y la sociedad en general.

Recomiendo convocar una reforma a la Constitución, o lograr que pueda impulsarse nuevamente la Constituyen Paralela, no importa cuál sea el método, lo que interesa es que beneficie al país.

“La libertad política es la condición previa del desarrollo económico y del cambio social”. Jonh F. Kennedy

Referencias

Libros:

Barrios González, Boris. *Introducción al constitucionalismo contemporáneo*. Editorial Universal Books, Año 2012.

Giannareas, Jorge. *Los derechos sociales en el constitucionalismo panameño*. En Andrews, Catherine (coordinadora), *Un siglo de constitucionalismo en América Latina (1917-2017)*, Tomo I, CIDE, México, 2017, pp. 355-401.

Artículos de revistas:

Sánchez, Salvador. *Historia constitucional de Panamá*.

Normas jurídicas:

Constitución Política de la República de Panamá

Decreto Ejecutivo 45 de 2010, que reglamenta la ley 80 de 31 de diciembre de 2009 y modifica el decreto ejecutivo 228 de 2006, para reconocer derechos posesorios y regular la titulación en las zonas costeras y el territorio insular con el fin de garantizar su aprovechamiento óptimo, y deroga en todas sus partes el Decreto Ejecutivo 41 de 28 de mayo de 2010.

Ley 38 de 31 de julio de 2000

Ley 80 de 31 de diciembre de 2009

Ley 59 de 8 de octubre de 2010

Ley 41 del 1 de julio de 1998

Ley 8 de 25 de marzo de 2015

Ley 97 de 21 de diciembre de 1998

Ley 2 del 10 de marzo de 2014

Ley 18 de 17 de junio de 1948

Ley 76 de 15 de noviembre de 2010

Sitios web:

<https://arap.gob.pa/unidad-ambiental/recursos/#:-:text=Las%20costas%20han%20sido%20los,para%20procesos%20industriales%2C%20como%20por>

<https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25806/4689.pdf>

Comentarios al fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que declaró nula por ilegal la Resolución N.º AG-0691-2012, “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”.

Comments on the judgement of the Third Chambers of Administrative Litigation that declared ilegal, and therefor null, the Resolution No. AG-0691-2012 “by which the ecological or environmental flow is established for the users of the country’s water resources and dictates others provisions.”

Por

Ramón H. Benjamín M.*

<https://orcid.org/0000-0003-2115-4343>

Resumen: El trabajo presenta en forma resumida los argumentos de la demanda y la decisión del tribunal, en un caso de aplicación de la regulación sobre participación ciudadana, en la materia ambiental en general y, específicamente, en la definición de caudales ecológicos o ambientales, en el contexto de los conflictos socioambientales por el acceso y uso del agua en Panamá.

Palabras clave: Participación ciudadana, ambiente, derecho al agua, conflictos socioambientales, caudal ecológico.

Abstract: the work summarizes the arguments of the lawsuit and the court’s decision, in a case of application of the regulation on citizen participation, in environmental matters in general, and specifically, in the definition of ecological or environmental flows, in the context of socio-environmental conflicts for the access and the use of water in Panama.

Keywords: Citizen participation, environment, right to water, socio-environmental conflicts, ecological flow.

*Egresado de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (2014), con diplomado Superior en Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales en FLACSO-Panamá (2016), Especialización y Curso Internacional “Epistemologías del Sur” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (2021) y maestría en Estudios Culturales Latinoamericanos de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia (2023).

I. Introducción

Mediante fallo del 16 de diciembre de 2016, publicado en la Gaceta Oficial N.º 28240 del 20 de marzo de 2017, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ), declaró nula por ilegal la Resolución N° AG -0691-2012 “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente (en adelante, ANAM), hoy Ministerio de Ambiente.

Se entiende, de manera general, como caudal ecológico o ambiental, la cantidad mínima de agua necesaria, en un cuerpo de agua, para garantizar la supervivencia de este y mantener los sistemas de vida articulados en torno al mismo, incluyendo la vida humana.

En la parte considerativa de la resolución demandada, el quinto punto definía el caudal ecológico o ambiental como:

La cantidad de agua expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia de flujos y la calidad de agua expresada en términos de rangos, frecuencia y duración de la concentración de variables claves que son requeridas para mantener el agua necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce del río.

En el octavo punto de la parte considerativa, la ANAM reconocía, como motivante de su decisión:

Que diversos proyectos hidroeléctricos, en etapas de diseño, construcción y operación, habían incluido dentro de sus esquemas de operación, turbinar a pie de presa el caudal ecológico con el aval de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), mas no de la ANAM, por la restricción contenida en el artículo 3 de la Resolución N.º AG-0127-2006.

En su parte resolutive, mantenía como caudal ecológico o ambiental un mínimo del 10% del caudal promedio interanual (artículo 1), exceptuando de la limitación de uso a los proyectos hidroeléctricos “que turbinan o proyectan turbinar a pie de presa el caudal ecológico” (artículo 2), y derogaba las anteriores resoluciones que regulaban la materia: N° AG-0127-2006 y AG-0522-2006.

El fallo resuelve la demanda contencioso administrativa de nulidad presentada por el Centro de Incidencia Ambiental (en adelante, CIAM) en nombre y representación de cuatro organizaciones de productores y ambientalistas de la provincia de Chiriquí: Asociación de Productores de Cultivos Exportables (APCE), Asociación para la Conservación de la Biósfera (ACB), Fundación para el Desarrollo Integral Comunitario y Conservación de los Ecosistemas de Panamá (FUNDICCEP)¹ y Amigos del Parque Internacional La Amistad (AMIPILA).

¹ Agradezco los aportes recibidos en conversación con Damaris Sánchez Samudio, directora ejecutiva de FUNDICCEP y miembro de la Red Nacional en Defensa del Agua, sobre los hechos que preceden la demanda y la situación actual del conflicto socioambiental sobre el agua, en general, y

II. La demanda

El CIAM sostiene que, en la definición del caudal ecológico o ambiental, y por tanto en la fijación del 10% como mínimo y con la finalidad exclusiva de preservar “los valores ecológicos en el cauce del río”, no se tomaron en consideración los usos del agua con fines domésticos y de salud pública.

En consecuencia, en la demanda se señala la ilegalidad de la resolución, bajo el concepto de violación en forma directa por omisión, es decir, la falta de aplicación de una norma legal que conducía a la resolución de la situación jurídica planteada, concretamente los artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 2002 “que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y dicta otras disposiciones”².

Ambos artículos integran el Capítulo VII de la Ley 6 de 2002, denominado “Participación Ciudadana en las Decisiones Administrativas y sus Modalidades”, redactados en los siguientes términos:

Artículo 24. Las instituciones del Estado, en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación

sobre el caudal ecológico, en particular, que sirven para reconstruir un contexto social que permite comprender la importancia del problema jurídico.

² Además de los artículos considerados en el fallo de la Sala Tercera, el CIAM señalaba cargos de ilegalidad de la resolución en relación a los artículos 62 y 81 de la Ley 41 de 1998 “General de Ambiente”, el artículo 1 de la Ley 44 de 2002 “que establece el régimen administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá”, el artículo 1 del Decreto Ley 35 de 1966 “mediante el cual se reglamenta el uso de las aguas”, y el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 480 de 2013 “que aprueba la política nacional de recursos hídricos, sus principios, objetivos y líneas de acción, todos en concepto de violación directa por omisión.

de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece la presente ley. Estos actos son, entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios.

Artículo 25. Sin perjuicio de las contempladas en otras leyes, se establece como modalidades de participación ciudadana en los actos de la administración pública, las siguientes:

1. Consulta pública. Consiste en el acto mediante el cual la entidad estatal pone a disposición del público en general información base sobre un tema específico y solicita opiniones, propuestas o sugerencias de los ciudadanos y/o de organizaciones sociales.
2. Audiencia pública. Similar a la consulta pública, excepto que el acto de recibir sugerencias, opiniones o propuestas se realiza en forma personal ante la autoridad que corresponda, de acuerdo con el tema que se trate.

3. Foros o talleres. Reunión selectiva o pública de actores relevantes o afectados junto con la autoridad competente, que permita el conocimiento profundo sobre un tema o sirva de mecanismo de obtención de consenso o resolución de conflictos.
4. Participación directa en instancias institucionales. Actuación de ciudadanos o representantes de organizaciones sociales en las instituciones públicas de consulta o toma de decisiones específicas.

Parágrafo. Las instituciones de la administración pública están obligadas a publicar, antes de la celebración de cualesquiera de los actos administrativos sujetos a participación ciudadana, la modalidad de participación ciudadana que adoptará en cumplimiento del presente artículo.

Según el CIAM, la violación del artículo 24 se produce porque este exige a la institución que “faculte, posibilite o autorice la intervención de grupos de ciudadanos o usuarios del recurso hídrico que puedan verse afectados, previo a la emisión de la resolución objeto de este recurso, que fija el porcentaje del caudal ecológico” (CSJ, 2016a: 6).

En cuanto a la violación del artículo 25, según el CIAM, esta se produce ya que:

El acto administrativo demandado ha surgido de manera ilegal, porque fue dictado sin haberse observado las formalidades correspondientes y que, en el presente caso, implica no solo la verificación de algunas de las modalidades de participación ciudadana previstas en dicho artículo, sino también la publicación de la modalidad a seguir: proceso y publicaciones que nunca se llegaron a realizar (CSJ, 2016a: 6).

El fallo recoge, en la sección de Intervención de terceros, el amicus curiae presentado por la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), en apoyo al argumento de CIAM, señalando que la resolución demandada “carece de mecanismos de participación para establecer el caudal ecológico, de forma tal que se incorporen las necesidades de todos los interesados en la determinación de la cantidad de agua necesaria en cada cauce”, lo que actúa en contra de “la necesidad de tener procesos participativos para la toma de decisiones en materia ambiental”, y que, además, “podría violentar principios y reglas de derecho internacional y derechos humanos sobre la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado” en los casos que afecten comunidades indígenas (CSJ, 2016a: 8).

Opinión de la Procuraduría de la Administración. El procurador de la Administración considera que no hay ilegalidad en la resolución demandada ya que a pesar de que la obligación de realizar procesos de participación ciudadana existe “en todos los actos de la

Administración Pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos”, este no es el caso, puesto que la resolución demandada únicamente regularía un procedimiento que posteriormente conduciría al reconocimiento, o no, de un derecho subjetivo, y que sería en este último procedimiento donde debería permitirse la participación ciudadana (CSJ, 2016a: 9).

Como un breve comentario a esta opinión, el artículo 24 de la Ley 6 de 2002 ordena a las instituciones del Estado permitir la participación ciudadana en los actos de la administración pública “que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos”. Sin perjuicio de que, en efecto, la participación ciudadana podría estar presente en las solicitudes de concesión para uso de agua, nada impide considerar que la fijación de un caudal ecológico o ambiental mínimo es un acto que puede afectar o generar las condiciones para afectar intereses y derechos, tomando en consideración además lo que ha sucedido en la práctica, que el desarrollo de proyectos y el otorgamiento de concesiones ocurre sin garantizar los derechos a la información y la participación de la población afectada.

La decisión de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala plantea el problema jurídico (CSJ, 2016a: 11) en los siguientes términos: ¿la obligación de permitir la participación ciudadana constituye un trámite fundamental en el proceso de adoptar una decisión sobre el caudal ecológico o ambiental, cuya no realización pueda causar la nulidad de la resolución demandada, por no haber sido emitida conforme a derecho?

En su argumento sobre participación ciudadana, la Sala reitera la jurisprudencia sobre la materia desarrollada en los últimos años, partiendo de su relación al derecho humano de acceso a la información en poder de la administración pública u otros organismos que realizan un servicio público, incluyendo en este concepto de información, no solamente el informe cotidiano sobre la gestión pública, sino la información relacionada con la conducta de los servidores públicos, el manejo de los recursos que son patrimonio del Estado, y, muy importante, la triada que relaciona las decisiones con los criterios que motivan esas decisiones y el sustento de tales criterios.

En el caso que nos ocupa, para cumplir con esta triada sería necesario dar a conocer junto a (1) la decisión de fijar el caudal ecológico o ambiental en un mínimo de 10%, (2) los criterios para fijarlo en ese porcentaje y no en otro, más allá de declarar que esa es la cantidad de agua necesaria para preservar los valores ecológicos del río, es decir, incluyendo, (3) las referencias a los conocimientos que sustentarían que ese porcentaje, en todo lugar y circunstancia, garantiza el cumplimiento de esa finalidad.

Siguiendo lo desarrollado en jurisprudencia precedente, la Sala hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos para reconocer el derecho de “la comunidad o ciudadanía... a integrarse a las decisiones que adoptan quienes la representan o gobiernan”:

Artículo 23. Derechos políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

Luego recurre a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Castañeda Gutman vs México*), para subrayar la relación entre el derecho de participación y las obligaciones del Estado de respetar derechos y adoptar disposiciones de derecho interno:

El derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos [...] impone al Estado una obligación positiva que se manifiesta con una obligación de hacer de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención).

La diferencia entre las acciones de (1) informar de manera limitada, (2) informar incluyendo decisiones, criterios y sustento de los criterios, y (3) participación ciudadana como parte del derecho a la información, es señalada en la explicación de la Sala sobre la

finalidad de la participación ciudadana, insistiendo en que esta no es únicamente “informar al ciudadano de una gestión pública o saber su opinión en la adopción” (CSJ, 2016a: 14), pues va mucho más allá: integrar a los ciudadanos y la comunidad en los asuntos que les afectan, concienciar y evaluar opiniones y posibles decisiones, apoyar y dar seguimiento a la ejecución de una decisión hasta su cumplimiento, educar sobre asuntos de interés general y sus efectos, expresar y adoptar visiones, lograr aceptación, consensos y compromisos, y transparentar las decisiones que adopta un gobierno (CSJ, 2016a: 14).

En todo caso, la extensión de la finalidad de la participación ciudadana declarada por la Sala contrasta con lo expresado en los alegatos de conclusión de la parte actora, donde expone una realidad en la vida cotidiana de organizaciones y comunidades afectadas no solamente por proyectos hidroeléctricos, sino otros tipos de proyectos: “la realidad actual es que el Ministerio de Ambiente otorga las concesiones... sin poner en conocimiento a la población que un tercero está tramitando una concesión, ni realizar las consultas ciudadanas que correspondería a efectuar” (CSJ, 2016a: 10).

Respecto a la legislación interna, la Sala remite a la Ley 6 de 2002, citando el artículo 24 ya transcrito, destacando el carácter imperativo de la norma, “por lo que se constituye en requisito indispensable” su aplicación “en toda actuación de la Administración Pública que implique una posible afectación a los intereses y derechos de la ciudadanía en general o grupos interesados”, haciendo énfasis en que el artículo menciona una serie de actos “entre otros”, dejando

abierta la posibilidad para que tanto los administradores como la ciudadanía definan cuáles otros actos requieren el cumplimiento de esta obligación, en tanto que “la temática suponga una posible afectación a los intereses y derechos de la colectividad” (CSJ, 2016 a: 15).

La Sala califica la acción de facilitar el acceso a las decisiones como una “tarea relevante del estado social de derecho”, y en sentido similar a lo dicho sobre el catálogo de actos de la administración pública en los que la participación ciudadana es un requisito indispensable, se pronuncia sobre las cuatro modalidades señaladas en el artículo 25 para hacer efectiva la participación ciudadana establecida en el artículo 24, ambos de la citada norma, dejando abierta “la posibilidad de que otros mecanismos puedan ser fijados en nuestro ordenamiento” para facilitar una participación ciudadana “inmediata, concreta y eficaz” (CSJ, 2016a: 16).

Luego entra a valorar, mucho más específicamente, la necesidad de participación ciudadana en los actos de la administración pública sobre materia ambiental y “en la adopción de normativa tendiente a garantizar un mínimo de disponibilidad de agua en las fuentes hídricas del país” (CSJ, 2016a: 16), ratificando la complejidad de las problemáticas ambientales, la presencia de diversidad de intereses públicos y privados en estas, la discusión desde un enfoque de derechos humanos y las obligaciones del Estado en ejercicio de la función pública, “la cual presupone un énfasis en el interés general y los derechos colectivos, respetando los intereses y derechos particulares” (CSJ, 2016a: 17).

La Sala insiste en el reconocimiento de la participación ciudadana como un principio en materia ambiental en general y en relación a grupos humanos puestos históricamente en condición de vulnerabilidad, como las mujeres, las juventudes, las poblaciones indígenas y otras comunidades locales (CSJ, 2016a: 17-18), tomando como referencia la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1993) ratificado por Panamá mediante Ley 2 de 1995, entre otros documentos producidos dentro del discurso de “desarrollo sostenible”.

Dejando igualmente abierta la puerta a considerar otros instrumentos de derecho internacional, la Sala considera “evidenciada la importancia de la participación ciudadana en temas de desarrollo sustentable y medio ambiente, y en especial de aquellas personas interesadas o afectadas por las actividades, siendo imperativa su implementación” (CSJ, 2016a: 19).

En el derecho interno, en este marco más específico, la Sala reitera que la participación ciudadana en materia ambiental se sustenta en el artículo 119 de la Constitución Política, que asigna tanto al Estado como a “todos los habitantes del territorio... el deber de propiciar un desarrollo... que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas”; y en el numeral 12 del artículo 2 de la Ley 8 de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente, proveniente de la Ley 4 de 1998, General de Ambiente, el cual señala la promoción de la participación ciudadana entre las atribuciones de la institución al

formular o ejecutar políticas, estrategias y programas en materias de su competencia (CSJ, 2016a: 20-21).

La misma Ley 4 de 1998 crea la Comisión Consultiva Nacional de Ambiente, reglamentada mediante Decreto Ejecutivo 57 de 2000, definiendo la participación ciudadana en la materia (artículo 4), su finalidad y modalidades, aunque limitada por ese mismo reglamento (artículo 48) a aquellos asuntos declarados “importantes” vía resolución de la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente.

Con base en las normas expuestas, la Sala declara que queda claramente “acreditada la necesidad de utilización de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones en materia de medioambiente” (CSJ, 2016a: 23).

Finalmente, en el caso concreto, la Sala se remite al informe de conducta del Ministerio de Ambiente para determinar si aquella institución realizó el “trámite fundamental” de participación ciudadana ordenado mediante Ley 6 de 2002.

En el mencionado informe, aportado mediante Nota N°. AG-0855-15 de 18 de marzo de 2015, la autoridad dice que “no ha podido ubicar registros en la institución que den cuenta del mecanismo de participación ciudadana empleado para la expedición de la resolución objeto del presente recurso” (CSJ, 2016a: 7).

En pocas palabras, el Ministerio de Ambiente reconoce la veracidad de los argumentos de ilegalidad planteados por el CIAM, y además

comunica su disposición a modificar la reglamentación cumpliendo con la normativa sobre participación ciudadana y con el objetivo de cumplir sus funciones como institucionalidad ambiental del país.

Con base en lo anterior, junto a los argumentos desarrollados, la Sala declara que la resolución demandada es nula por ilegal “ya que con la emisión de la resolución demandada no se aprecia que se haya realizado ninguna de las modalidades de participación ciudadana que contempla el artículo 25 de la Ley 6 de 2002, en desarrollo del artículo 24 de la misma norma” (CSJ, 2016a: 24).

Además de la declaratoria de nulidad, el CIAM incluía una segunda pretensión a la cual no accedió la Sala: que esta dictase disposiciones en reemplazo de la resolución impugnada.

La Sala, en un breve argumento al final del fallo reconoce que el artículo 206 de la Constitución, el cual señala las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en su numeral 2, sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, le otorga la facultad de “estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas”, sin embargo, enumera 4 razones (CSJ, 2016a: 28) para no hacerlo:

1. La tecnicidad de la materia contenida en la resolución.
2. El carácter privativo de la atribución de regular la materia que corresponde al Ministerio de Ambiente.

3. La imposibilidad de emitir una norma en reemplazo de otra que ha nacido ilegalmente por no haber utilizado los mecanismos de participación planteados en el desarrollo del fallo.
4. La contradicción con los principios en que se sustenta la declaratoria de nulidad que se produciría al emitir una norma de reemplazo.

III. Comentarios

Lo primero a señalar es que este caso forma parte de un acumulado de jurisprudencia sobre participación ciudadana que viene desarrollando la Sala Tercera a partir de la existencia de la Ley 6 de 2002 y su apropiación por parte del público, principalmente en materia urbanística y de servicios públicos.

De particular interés en el tema ambiental es la sentencia de 23 de diciembre de 2013, que resuelve demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la resolución de la Autoridad Nacional del Ambiente que declaraba como área protegida el Humedal Bahía de Panamá, por su extenso desarrollo sobre el marco constitucional y legal de protección al ambiente en Panamá, las referencias a la doctrina y el aprovechamiento de la jurisprudencia regional, junto a los criterios expresados al examinar la legalidad de las normas: que la participación ciudadana es un principio cardinal de la protección ambiental, y la aplicación del principio de no regresión ambiental contra la pretensión de anular un acto administrativo de

interés general, o público de carácter ambiental, excepto cuando exista un interés superior (CSJ, 2013).

Sin embargo, ya en el 2007, la Sala, en un caso de cambio de zonificación sin consulta ciudadana en un área de la ciudad de Panamá, señalaba que “toda actuación de la Administración pública que implique una posible afectación en los intereses y derechos de la ciudadanía en general, requiere una comunicación previa a aquellos grupos interesados, con el propósito de salvaguardar los mismos” en cumplimiento de la participación ciudadana ordenada en la Ley 6 de 2002, y que en la práctica había ocurrido que “los residentes del lugar y presuntos afectados con la expedición del acto en cuestión conocieron de este hecho en fecha posterior, por medio de un letrero que anunciaba la construcción de un proyecto de enorme magnitud en dicha área” (CSJ, 2007: 380).

Pocos meses antes del fallo sobre caudal ecológico, la Sala adelantaba varios de los argumentos, que luego serían utilizados en otro caso donde se demandaba la nulidad de la resolución de la Autoridad Nacional del Ambiente que declaraba el área protegida de Donoso, cuya sentencia ampliaba sobre la finalidad de la participación ciudadana, la cual:

No tiene como finalidad única informar al ciudadano de una gestión pública o saber su opinión en la adopción, sino que constituye un mecanismo de integración en los asuntos que les afectan como ciudadanos y como comunidad; un método

de concienciación y evaluación de las opciones y decisiones que se pretenden adoptar; una forma de apoyo y seguimiento en la ejecución de la decisión y su efectivo cumplimiento; un medio para la educación sobre un tema en particular de interés general y sus distintas afectaciones; un espacio para que el ciudadano exprese y adopte su visión, lográndose niveles de consenso, compromiso y aceptación; y también lograr el objetivo de la transparencia en las decisiones que se adopten en un gobierno, facilitándose en cierta forma el desarrollo y una democracia participativa. (CSJ, 2016b: 653).

Aunque lo fundamental de la sentencia trata sobre la participación ciudadana en los actos de la administración pública en general, y en estos actos en materia ambiental en específico, primero es necesario conocer por qué una resolución sobre caudal ecológico o ambiental es motivo de discusión.

La base de la regulación vigente sobre uso de las aguas es el Decreto Ley N.º 35 de 1966 que define como “usos provechosos del agua” (artículo 16) aquellos relacionados con “fines domésticos y de salud pública, agropecuarios, industriales, minas y energía, y los necesarios para la vida animal y fines de recreo”; pero la discusión social sobre caudal ecológico o ambiental surge desde finales de la década de los noventa del siglo XX como consecuencia de la apertura del sector eléctrico a la iniciativa privada, la creación de incentivos a la generación de energía desde inicios del presente siglo, las formas en

que las concesiones de agua y para la generación hidroeléctrica han sido otorgadas, y las consecuencias de estas concesiones sobre la vida de las personas en las comunidades afectadas por los proyectos hidroeléctricos.

Quedan así planteados los conflictos socioambientales por el agua, es decir, disputas entre dos o más actores (comunidades, organizaciones de sociedad civil ambiental, pequeños agricultores, empresas, miembros de las comunidades contratados temporalmente por las empresas, funcionarios y autoridades de gobierno, entre otros) por el acceso y uso al “recurso”, en los cuales se hacen visibles las diferencias entre estos, las desigualdades en sus relaciones con el poder y la diversidad de formas de ver e interpretar el mundo, el ser humano y su relación con la “naturaleza” o el “ambiente”, expresadas en distintos lenguajes de valoración: desde el lenguaje de la economía dominante que analiza en términos de costo-beneficio, externalidades, crecimiento económico y compensaciones monetarias; hasta los lenguajes de pueblos originarios sobre lo sagrado del territorio, el buen vivir y la imposibilidad de la separación “ser humano-naturaleza”, propia del pensamiento “occidental”, pasando por los lenguajes técnicos con pretensión de neutralidad (incluyendo el lenguaje de la ingeniería y el lenguaje jurídico) y los lenguajes de distintas corrientes del ambientalismo o ecologismo, entre otros.

En el caso panameño, los conflictos socioambientales por el agua entre los miembros de comunidades afectadas por proyectos hidroeléctricos y las empresas que desarrollan tales proyectos, se re-

gistran principalmente en las provincias de Coclé, Veraguas, Bocas del Toro y Chiriquí, y en la comarca Ngäbe Buglé, siendo emblemáticos los casos de los proyectos Chan 75, Bonyik, Barro Blanco y las múltiples intervenciones sobre un mismo río o cuenca, en varios ríos o cuencas de la región occidental de la provincia de Chiriquí, además de la discusión actual sobre el contrato de Minera Panamá.

Sin embargo, vale la pena estudiar desde esta perspectiva distintos acontecimientos, incluyendo la construcción del Canal y la lucha por la recuperación del mismo y las áreas aledañas, la construcción del complejo hidroeléctrico Bayano que conduce hasta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de octubre de 2014, en el caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, el proyecto de ampliación del Canal de Panamá mediante la construcción de embalses en ríos de la “cuenca occidental” que originó la movilización de la Coordinadora Campesina contra los Embalses y el replanteamiento del proyecto hacia su modelo actual con tinas de reutilización del agua, y por supuesto, las constantes protestas por irregularidades en el suministro de agua potable en la ciudad de Panamá, su periferia oeste, este y norte, y otros centros urbanos.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la disputa es planteada como una defensa del derecho al agua, entendido como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” según la Observación General N.º 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua, en desarro-

llo de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se refieren al derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, a una mejora continua de las condiciones de existencia y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

La conflictividad social se refleja, al menos parcialmente, en la inestabilidad de la regulación sobre caudal ecológico que antecede a la resolución demandada: la Resolución N.º AG-0127-2006 adoptaba “de manera transitoria” un mínimo de 10% del caudal promedio interanual como caudal ecológico o ambiental (artículo 1) a ser acatado “por todos los usuarios actuales, futuros y en trámites de concesión y permisos de aguas” (artículo 2). Y declaraba que estos caudales ecológicos o ambientales “no tendrían carácter de uso”, es decir, los usuarios con concesión o permiso de uso de agua solo podrían contar con el excedente de caudal luego de garantizado el caudal ecológico o ambiental (artículo 3).

Esta primera resolución sobre caudal ecológico o ambiental fue expedida “como consecuencia del incremento en la demanda de agua y el continuo desarrollo de obras hidráulicas” que hacía necesario una regulación con el objetivo de “instaurar caudales circulantes mínimos, capaces de mantener los ecosistemas de los ríos, procurando con ello garantizar, conservar y mantener un ambiente sano, limpio y libre de contaminación”.

La Resolución N.º AG-522-2006, producida “como consecuencia del incremento en la demanda de agua para el desarrollo de proyec-

tos hidroeléctricos”, modificaba el artículo 2 de la Resolución N.º AG-0127-2006, para que los obligados a acatar el caudal ecológico o ambiental fueran los nuevos usuarios y los que mantuvieran activo un trámite de solicitud de concesión o permiso de derecho de uso de aguas, excluyendo a los usuarios actuales en ese momento. Finalmente se encuentra la resolución demandada, con su contenido conflictivo ya señalado al inicio.

Si en la práctica lo que había venido ocurriendo es que los proyectos hidroeléctricos interpretaban el 10% mínimo de caudal ecológico o ambiental en sentido contrario, es decir, como un caudal máximo del 90% del agua a ser almacenada en el embalse. La resolución demandada, al introducir una excepción en la limitación en el uso del caudal ecológico o ambiental mínimo a favor de los proyectos hidroeléctricos con turbina a pie de presa, significaba que podrían usar el 100% del caudal, como de hecho venían haciendo sin la autorización de la autoridad en materia ambiental, a pesar de la restricción existente en aquel momento, tal como reconoce la propia autoridad en la resolución que expide para ajustar el derecho a una práctica en contra del derecho.

En la vida cotidiana, el auge en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos ha significado desde restricciones en el acceso al agua utilizada durante generaciones para el consumo humano, la producción agropecuaria o la recreación, el almacenamiento de agua en represas y la violación del mínimo de 10% caudal ecológico aguas abajo facilitado por debilidades en los sistemas de información y fiscalización, hasta el desplazamiento de co-

munidades, además de la transformación de ríos en corrientes mínimas de agua sobre todo en temporada seca, con estanques a lo largo de su cauce, que no garantizan la integridad de los ecosistemas, a pesar de las regulaciones sobre caudal ecológico o ambiental, en el contexto de un país caracterizado por la abundancia del agua en la naturaleza y las deficiencias en la provisión del servicio público de agua potable.

Luego de años de organización y protestas a nivel local, en las capitales de provincia y en la ciudad de Panamá frente a las instituciones involucradas en los procedimientos administrativos, la demanda del CIAM conduce esta conflictividad social hacia la esfera judicial.

Más allá del desarrollo del argumento de la Sala que reúne conceptos como “trámite fundamental”, “norma imperativa”, “requisito indispensable” y participación ciudadana “inmediata, concreta y eficaz”, la síntesis del contenido del fallo sobre participación ciudadana en materia ambiental se encuentra resumido en un espacio relativamente corto, luego de la declaración de nulidad de la resolución.

Concluye la Sala (CSJ, 2016: 26-27) afirmando los siguientes criterios:

1. La necesidad de participación ciudadana en el proceso hacia la definición de un caudal ecológico o ambiental “es más que evidente, y obligante para la Administración garantizar este derecho”.

2. La gestión del agua “solo es posible a través de un enfoque sistémico y participativo”.
3. El manejo y conservación del agua es “un deber compartido del Estado y todos los habitantes del territorio nacional con igualdad de género”.
4. Es deber de la autoridad en materia de ambiente “someter a la participación ciudadana a estos temas ambientales de interés nacional, que en su conjunto afectan y benefician a la ciudadanía en general, así como los intereses y derechos de los ciudadanos que habitan o colindan con las áreas impactadas”.
5. La participación ciudadana sirve a la necesidad de “recibir las aportaciones y contribuciones”, para el “entendimiento, internalización, apoyo e involucrarse en el proceso de ejecución de las medidas adoptadas” y para que “las comunidades y la sociedad en general puedan participar en el proceso de toma de decisión”.
6. Todo lo anterior, tiene por finalidad “garantizar a la actual y futuras generaciones la disponibilidad necesaria del recurso hídrico en cantidad y parámetros de calidad adecuados a los respectivos usos”, tomando en consideración la diversidad de usos del agua: potabilización y saneamiento, pre-

servación de los ecosistemas y actividades productivas; adoptando además “medidas para prevenir y enfrentar los desastres ambientales extremos”, y cumpliendo criterios de viabilidad económica, sostenibilidad ambiental y equidad social.

Entre las observaciones que se pueden realizar a la sentencia está que a pesar de reiterar los criterios de la Sala sobre el alcance del derecho de participación ciudadana, mucho más allá de los actos en los que un funcionario o autoridad comunica a la población sobre una decisión ya tomada, sigue siendo visible una relación asimétrica entre Estado y ciudadanía, ya que las personas no participan solamente para ser informadas, para integrarse, concienciarse o ser educadas, apoyar decisiones o dar seguimiento a su ejecución, para hablar, aceptar o ceder para llegar a consensos y comprometerse.

Participan porque consideran que además de todas esas posibilidades de “adaptación” a decisiones tomadas por otros, tienen derecho a influir en la decisión final sobre la realización o no de proyectos que se desarrollan en los territorios donde viven y afectan su forma de vida.

También es posible identificar un vacío entre el criterio de calificar la participación ciudadana como un trámite fundamental, el hecho de que la norma sea imperativa y el requisito como indispensable, según la normativa en materia de transparencia en la gestión pública, y dejar abierta la definición de los actos a una decisión posterior por parte de los administradores y la ciudadanía, según la normativa en materia ambiental.

El vacío es visible cuando se toma en consideración que, precisamente, el origen de la demanda que conduce al fallo en estudio radica en la práctica de administradores que no suelen estar por la labor de facilitar la participación, obstaculizando el derecho de la ciudadanía interesada en participar.

Si esta es la génesis del problema, es previsible que a falta de mayor claridad y obligatoriedad sobre los actos en los que la participación ciudadana es “fundamental, imperativa e indispensable”, la ciudadanía no se encontrará en posición de “definir” frente a la resistencia de los administradores.

Es decir, existe un vacío entre el derecho a la participación ciudadana y la obligación del Estado de promoverla, por un lado, y la facultad de la autoridad para decidir unilateralmente lo que es “importante”, en cuáles casos se aplica la participación ciudadana, y dentro de cuáles límites a su efectividad, según la reglamentación de la Comisión Consultiva Nacional de Ambiente.

Para finalizar, vale señalar la coyuntura en la que se produce el fallo y su actualidad. La transición entre la Autoridad Nacional del Ambiente y la creación del Ministerio de Ambiente se concreta a inicios del año 2015, durante el primer año de gobierno de la administración de Juan Carlos Varela, incorporando a la institución una cantidad considerable de activistas de la “sociedad civil ambiental”.

Esto puede explicar al menos en parte que en el informe de conducta, enviado en marzo de 2015, la institución señale la imposibi-

lidad de hallar constancia del uso de algún mecanismo de participación ciudadana en el procedimiento que conduce a la expedición de la resolución demandada, y además se comprometa a “actualizar las normas necesarias para fortalecer la protección efectiva de los recursos naturales”.

Asumiendo que esta frase se refería concretamente a la modificación de la regulación sobre caudal ecológico, lo cierto es que luego de la publicación del fallo en Gaceta Oficial han transcurrido seis años, dentro de dos períodos de gobierno y no hay información concreta desde el Ministerio de Ambiente sobre el proceso de creación de una nueva regulación en la materia, mientras subsiste el problema sobre los territorios.

Actualmente, todavía hay que verificar el impacto en la materia de la Ley 125 de 2020 “por la cual se aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe” (Acuerdo de Escazú), declarada por el titular del Ministerio de Ambiente, citado en comunicado institucional publicado el 7 de febrero de 2020, como “una herramienta valiosa que permitirá... ampliar aún más la participación ciudadana y transparentar de manera más directa el acceso a la información” (Ministerio de Ambiente, 2020), cuyo objetivo declarado es “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales” (artículo 1).

Sin embargo, la Ley 125 de 2020 enfrenta los mismos obstáculos que la Ley 6 de 2002, y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos de interés público en general, y en materia ambiental en particular, si bien es reforzado por la decisión de la Sala, y por nuevas normas en la materia, sigue encontrando un ambiente hostil para su realización, como atestigua, entre otros hechos, la muerte desde su cuna del proyecto de ley de participación ciudadana producto de la Concertación Nacional para el Desarrollo, es decir, de la discusión pública generada en torno a la posibilidad de concretar el proyecto de ampliación del Canal de Panamá, y presentado a la Asamblea Nacional en el año 2008, o la persistencia de prácticas en la administración pública en sentido contrario al contenido de la Ley 6 de 2002 y la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia en lo que va del siglo XXI, la cual aún sigue lejos de las aspiraciones a una participación eficaz en el sentido de vinculante, y no simples trámites de legitimación de decisiones ya tomadas.

Un ejemplo de esto último, precisamente en materia ambiental, es el proceso de “consulta pública” sobre el proyecto de contrato de concesión entre el Estado y Minera Panamá S.A., para el proyecto minero “Mina de Cobre Panamá”, colgado en la plataforma Ágora “de conformidad con el Capítulo Séptimo, artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 2002”, invitando a “todo interesado en participar y conocer los términos específicos del contrato” (Ministerio de Comercio e Industrias, 2023), a lo que la Procuraduría de la Administración ha respondido recordando la jurisprudencia de la Sala, sobre participación ciudadana, sus modalidades y fines.

El proceso de consulta, no vinculante, se realiza a través de la plataforma creada en el marco del Pacto del Bicentenario “Cerrando Brechas”, el cual fue presentado como “un proceso inédito de participación ciudadana” y “el diálogo más democrático entre panameños de la historia del país”, uno cuya “piedra angular es, pues, la participación ciudadana efectiva” dirigida a producir no solo “una lista de demandas, insatisfacciones y reclamos”, sino “un mandato de los ciudadanos” recogido en un documento final que fue hecho público como “acuerdos para la acción”.

Entre los acuerdos de la Comisión de Ambiente del Pacto Bicentenario hay uno que señala que “la explotación extensiva e intensiva de amplias zonas boscosas dedicadas actualmente a la explotación minera está colocando nuestras cuencas hidrográficas en una zona de riesgo crítica, lo que crea un reto para la sostenibilidad ambiental como país”, haciendo necesaria una “moratoria para la exploración y explotación de minería metálica en todo el territorio nacional”.

Toda esta contradicción es una muestra de los obstáculos que una forma de entender la economía y ejercer la política, desde las instituciones, representan para el cumplimiento de una legislación tan débil, como fundamental, para una política democrática.

Referencias

Autoridad Nacional del Ambiente (2006). Resolución N.º AG-127-2006 “por la cual se define y establece de manera transi-

toria, el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país.

Autoridad Nacional del Ambiente (2006). Resolución N.º AG-522-2006 “por medio de la cual se modifica la Resolución AG-0127-2006 mediante la cual se define y establece de manera transitoria el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país”.

Autoridad Nacional del Ambiente (2012). Resolución N° AG-0691-2012 “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”.

Concertación Nacional para el Desarrollo (2007). Proyecto de Ley de Participación Ciudadana. <https://www.concertacion.org.pa/tmp/file/271/leyparticipacionciudadanapanama.pdf>

Corte Suprema de Justicia.

(2016a). Fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 2016, que declaró nula por ilegal la Resolución N.º AG-0691-2012, “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”.

<https://juristic.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2021/10/APCE-c-Autoridad-Nacional-del-Ambiente.pdf>

(2016b). Fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2016, que declara que no es nula, por ilegal la Resolución N.º AG-0139-2009, “por medio de la cual se declara el Área Protegida de Donoso”.

<https://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2018/12/ELENO-GONZ--LEZ-GOVEA.pdf>

(2013). Fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de diciembre de 2013, que declara que no es ilegal la Resolución N.º AG-0072-2009, “por medio de la cual se declara como Área Protegida al Humedal Bahía de Panamá”.

<https://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/Constantino-Goanz--lez-Rodr--guez.pdf>

(2007). Auto de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2007, que suspende provisionalmente los efectos del Resuelto N.º 33 de 4 de febrero de 2003, emitido por la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda.

<https://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/Octavio-Garc--a-Patrick-Dillon.pdf>

Decreto Ley 35 de 1966 “mediante el cual se reglamenta el uso de las aguas”. https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_

repo/blogs.dir/cendoj/AGRARIO/ ley_35_de_1966_regla-
menta_el_uso_de_aguas.pdf

Ley 6 de 2002 “que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y dicta otras disposiciones”. http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/24476_31120.pdf

Ley 125 de 2020 “por la cual se aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”. http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/28956-A_53883.pdf

Ministerio de Ambiente (2020). Comunicado de Prensa: Ley 124 del 4 de febrero de 2020, que convierte el Acuerdo de Escazú en Ley de la República de Panamá. miambiente.gob.pa/7656-2/

Ministerio de Comercio e Industrias (2023). Aviso de Consulta Pública, 24 de marzo de 2023. <https://agora.gob.pa/Contrato-MineraPanama.php?csrt=14752202714332437904>

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002). Observación General N.º 15 (2002). El derecho al agua, (artículos 11 y 12 del Pacto

Comentarios al fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que declaró nula por ilegal la Resolución N.º AG-0691-2012, “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”/ Ramón H. Benjamín M.

Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales). https://digitallibrary.un.org/record/486454/files/E_C-12_2002_11-ES.pdf

Pacto del Bicentenario “Cerrando Brechas” (2021). https://www.agora.gob.pa/docs/informes/PB_Informe_Nacional_digital.pdf?csrt=18131417653058236695

La resolución por incumplimiento de contrato

Resolution for infringement of contract

Por

Víctor Raúl De Las Casas Salazar*

Resumen: *El presente artículo refiere a la “condición resolutoria tácita” prevista en el artículo 1009 del Código Civil, el cual no constituye una verdadera condición, toda vez que guarda importantes diferencias con la condición resolutoria que aparece regulada en el mismo texto legal. Se trata de una forma sui generis de extinción de la obligación, la cual puede ser ubicada en el régimen de las ineficacias contractuales. De manera general, encuentra su fundamento en el incumplimiento de una parte, frente a otra que cumple o se allana a cumplir lo que le incumbe, aunque esta regla no tiene un alcance absoluto, toda vez que en nuestro ordenamiento podemos encontrar diversos supuestos en los cuales procede demandar la resolución del contrato pese al hecho que la parte demandante no haya cumplido con su obligación.*

Palabras Clave: *Código civil, contrato civil, responsabilidad civil; condición resolutoria, rescisión del contrato.*

Abstract: *This article refers to the “tacit resolutive condition” foreseen in the article 1009 of the Civil Code, which does not constitute a true condition, since it has important differences with the resolutive condition that appears regulated in the same legal text. It is a sui generis form of extinction of the obligation, which can be located in the regime of contractual ineffectiveness. In general, it is based on the non-compliance of one party, compared to another that complies or agrees to comply with what is incumbent upon it, although this rule does not have an absolute scope, since in our legal system we can find various cases in which it is appropriate to demand the termination of the contract despite the fact that the plaintiff has not complied with its obligation.*

Key Words: *Civil code, civil contract, civil liability; resolutive condition; termination of the contract.*

*Es abogado. Posee un doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, una especialidad en Derecho Privado y es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Ha sido asesor legal de la Asamblea Nacional y asistente de magistrado en la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Profesor de la cátedra de Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Internacional Privado en la Universidad de Panamá así como en otras universidades privadas del país. Ha publicado artículos en materia de Derecho Civil en la Revista Lex, la Revista Sapientia, la Revista Tribuna Forense y la Revista de Derecho Privado de la Universidad de Panamá.

I. Introducción

Todo contrato tiene, como efecto natural, los derechos y obligaciones recíprocos que de él dimanar. En consecuencia, dicho contrato tendrá como causa, para cada parte, la prestación o promesa de una cosa o servicio a cargo de su contraparte (art. 1125 C.C.).

Sin embargo, no siempre se cumplen las obligaciones a cargo de las partes, o de alguna de ellas, sea por imposibilidad o por pérdida de la cosa debida, o por causa imputable al deudor o al acreedor. Ante tal eventualidad, el ordenamiento prevé la extinción de la obligación, cuando no media culpa del deudor, o bien, alternativamente, la ejecución forzada de la obligación o la resolución del contrato; en ambos casos, con la indemnización de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento irrogare al acreedor, o a la parte que haya cumplido o se allane a cumplir (art.1009 C.C.).

Una de esas opciones, a saber, la resolución del contrato (del latín *solvere*: desatar, desligar) se hace efectiva mediante el ejercicio de la acción resolutoria. Sin embargo, el ejercicio de esta acción conlleva que se hayan cumplido algunas condiciones o requisitos respecto de los cuales la doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas.

Así, cabría determinar si cualquier incumplimiento puede conllevar la opción de resolver el contrato, o si el cumplimiento ha de ser grave. Cabe determinar también la posibilidad de resolver el contrato cuando, siendo posible el cumplimiento, el mismo no pueda

ser cumplido en los términos convenidos por causa no imputable al deudor. O, no habiendo una de las partes cumplido la prestación a su cargo, pueda esta optar por la resolución del contrato cuando, por razón de la costumbre del lugar, o por acuerdo de las partes, la otra parte haya debido cumplir primero la obligación a su cargo, y esta haya sido omisa en tal cumplimiento.

El presente trabajo tiene por objeto el examen de los requisitos y efectos del ejercicio de la acción resolutoria, abordando aquellos aspectos problemáticos que, por no hallar respuesta en la ley, es materia de debate doctrinal y jurisprudencial.

II. Consideraciones Generales

La resolución es una forma de extinción del contrato en virtud de un acontecimiento constitutivo de una condición resolutoria. Esta condición, por regla general, debe estar pactada por las partes, toda vez que se trata de un elemento accidental del contrato. Esta regla general, no obstante, halla su supuesta excepción en la llamada “condición resolutoria tácita”, prevista en el artículo 1009 del Código Civil, la cual se entiende implícita, es decir, no es menester que las partes la hayan pactado para que se entienda que es parte integrante del mismo. Es un elemento natural del contrato.

En virtud de esta “condición”, la parte que haya cumplido o se allane a cumplir la prestación a su cargo, está facultada para resolver, esto es, demandar judicialmente la resolución del contrato, por razón del incumplimiento del deudor, entre otras opciones que

le concede la misma disposición. En este caso, el acontecimiento futuro e incierto, esto es, el hecho constitutivo de la “condición”, es el eventual incumplimiento por parte del deudor.

Una figura intermedia entre la condición resolutoria ordinaria o expresa, y la condición resolutoria tácita, la constituye el pacto comisorio, en virtud del cual las partes convienen que el contrato se resolverá de pleno derecho ante el eventual incumplimiento por parte del deudor.

III. Antecedentes Históricos

La llamada “condición resolutoria tácita”, encuentra sus antecedentes en la *lex comisoria* romana (llamada después, pacto comisorio), en virtud de la cual las partes podían convenir la resolución *ipso iure* del contrato ante un eventual incumplimiento de alguna de las partes. En ningún momento los romanos concibieron la resolución tácita por incumplimiento. Ya en la Edad Media, esta medida se convirtió en una cláusula de estilo en la generalidad de los contratos, y los canonistas la hicieron extensiva a todos los contratos.

Esta extensión fue acogida por los juristas laicos, y posteriormente fue introducida en el Código Civil francés, en su artículo 1184. Posteriormente, los códigos que se inspiraron en el Código de Napoleón, particularmente, el Código Civil español, y el código de Andrés Bello, recogieron esta disposición, regulada dentro de las condiciones, siendo conocida por obra de la doctrina y la jurisprudencia como “condición resolutoria

tácita”. Cabe señalar que nuestro Código Civil, en su Libro IV es casi una copia del Código Civil español, aunque también se advierten elementos de los códigos civiles de Chile y Colombia, ambos, obra de Bello.

IV. Naturaleza Jurídica

La llamada “condición resolutoria tácita” no es, en rigor, una verdadera condición. Han sido las circunstancias históricas y cierta falta de tecnicismo las que han llevado a regular la resolución por incumplimiento, dentro de las condiciones.

La condición, sea suspensiva o resolutoria, es un elemento accidental del contrato, es decir, no forma parte del contrato si las partes no la han pactado de manera expresa. En tanto que la resolución por incumplimiento es un elemento natural del contrato, esto es, forma parte del mismo, salvo exclusión expresa de las partes.

Por otra parte, la resolución por incumplimiento trae aparejada la posibilidad de demandar indemnización por los daños y perjuicios que se hayan ocasionado en virtud del incumplimiento, en tanto que la condición resolutoria ordinaria o expresa no faculta el reclamo de indemnización.

Además, la resolución que dimana de una condición resolutoria ordinaria se produce *ipso iure*, esto es, de pleno derecho. Mientras que la resolución que se produce en virtud de una condición resolutoria tácita opera en virtud de declaración judicial.

Tampoco se puede invocar la falta de causa, pues la causa estuvo presente en el contrato desde su formación. Ni se puede alegar la nulidad, pues el supuesto que se examina es el de un contrato válidamente celebrado.

Sobre el particular, Lino Rodríguez-Arias Bustamante, en su Derecho de Obligaciones (s/f., p.110) opina que “no es una acción de nulidad, no es una condición resolutoria en sentido propio (...); pero sí es una acción de tipo rescisorio, revocatorio o restitutorio que impone al adquirente una prestación de restitución, ...” Al respecto, llama la atención que el Código Civil utiliza el término rescisión respecto de formas especiales de resolución, a saber, los artículos 1255 y 1321, relativos a los contratos de compraventa y de arrendamiento, respectivamente.

En realidad, los casos mencionados no constituyen supuestos de rescisión, en sentido estricto. Nuestro Código Civil, apartándose en este punto, del Código Civil español, no contiene disposiciones generales que regulen lo concerniente a la figura de la rescisión, y utiliza el término en los casos de los artículos señalados, así como a propósito de la anulabilidad de los contratos (nulidad relativa), tal como lo hacen algunos códigos foráneos (Colombia, Costa Rica, Argentina, etc.).

Un examen del origen y evolución de la figura de la rescisión (de Castro y Bravo, 1971, p.p. 517-520) permite apreciar que se trata de una medida que opera sobre contratos válidamente celebrados (lo que no sucede con la anulabilidad) pero que pueden derivar en

un perjuicio injusto para alguna de las partes contratantes, tales como la lesión enorme, en las legislaciones que la contemplan.

Sólo podríamos afirmar que la resolución por incumplimiento pertenece al régimen general de las ineficacias contractuales por causas extrínsecas, ajenas a la formación del contrato.

De cualquier manera, y no obstante dejar sentada nuestra posición en el sentido de que no estamos ante una verdadera condición, y que la acción encaminada a extinguir los efectos del contrato, así como la decisión judicial que produce dicha extinción, no tiene el carácter de una verdadera resolución contractual, sólo por razón del uso continuaremos utilizando la expresión “condición resolutoria tácita” pero con la salvedad anotada.

V. Características

- A- La resolución por incumplimiento, por regla general, opera solo en los contratos bilaterales.

Al respecto, el artículo 1009 del Código Civil dispone que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, siguiendo en esto lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil español, del cual hemos tomado dicho precepto. La exigencia del carácter bilateral del contrato, se debe al hecho de que el perjudicado debe haber cumplido con la prestación que le incumbe para que se legitime como demandante.

Sin embargo, resulta dudoso el carácter absoluto de la referida disposición. En efecto, de la lectura del artículo 1441 se desprende la potestad del comodante, de reclamar la cosa dada en comodato, cuando el comodatario le dé a esta un uso distinto del convenido, lo cual entraña la resolución de un contrato unilateral.

En este mismo sentido, el artículo 1546 del Código Civil colombiano dispone que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse lo pactado por parte de uno de los contratantes. No obstante ello, el artículo 2202 del mismo texto legal establece que en caso de contravención a la prohibición impuesta al comodatario, de darle a la cosa prestada un uso distinto del convenido, podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aun cuando para la restitución se haya estipulado plazo. Lo anterior denota claramente el ejercicio de una acción resolutoria respecto de un contrato unilateral, toda vez que el comodante queda facultado para dejar sin efecto el comodato al exigir la restitución de la cosa prestada, ello, con fundamento en el incumplimiento del comodatario. Sin embargo, no existe un precepto semejante a propósito del depósito.

Especial mención merece el supuesto de la revocación de las donaciones onerosas, prevista en el artículo 964 del Código Civil. Si bien, no cabe duda de la unilateralidad de las donaciones a título gratuito, así como de las remuneratorias, las donaciones a título oneroso hace surgir la duda sobre su supuesta unilateralidad, pensando sobre el donatario una carga o gravamen que algunos autores

asimilan a una obligación, hasta el punto que el donante está facultado para revocar la donación en caso de incumplimiento de la carga o gravamen que le imponga al donatario. ¿No entraña dicha revocación, una resolución por incumplimiento? Veamos.

El artículo 943 del Código Civil panameño, tomado del artículo 622 del Código Civil español, dispone que las donaciones onerosas se regirán por las disposiciones de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones que regulan las donaciones en la parte que excedan el valor del gravamen impuesto. Precizando el sentido y alcance de esta disposición, el profesor Dulio Arroyo Camacho, en sus *Contratos Civiles* (1997, p.278), siguiendo a los tratadistas Pérez y Alguer, señala que fue un error del legislador español el incluir los remuneratorios, los cuales tienen su causa en servicios prestados con anterioridad al donante, por parte del donatario, pero que no constituyen obligaciones exigibles. Siendo así el texto debe decir que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y por las disposiciones del presente Título en la parte que exceda el valor del gravamen impuesto.

Siendo así, la supuesta revocación tendría el carácter de una acción resolutoria por incumplimiento contractual. Sin embargo, la duda subsiste, toda vez que se revocaría todo lo donado, es decir, no solo la parte correspondiente al monto del gravamen, sino además, la parte que excede de dicho monto. ¿Tendría dicha acción un carácter híbrido, de revocación y de resolución? La interrogante requiere de un estudio más profundo del que es posible en este espacio.

B- La resolución es opcional para el acreedor

Según el artículo 1009 del Código Civil, el acreedor tiene la opción de exigir la resolución o el cumplimiento, en ambos casos, con indemnización de los perjuicios que se causen. Al respecto, es materia de debate doctrinal y jurisprudencial si la indemnización constituye una tercera opción del acreedor cuyo crédito ha sido lesionado, o si dicha indemnización debe necesariamente ir de la mano con alguna de las otras opciones contempladas, punto este que será abordado en otro estudio.

La disyuntiva es obvia: no se puede exigir simultáneamente el cumplimiento y la resolución, pues ambas son incompatibles entre sí. Una excluye a la otra. No se puede exigir el cumplimiento de un contrato cuya extinción se pretende, y carecería de lógica pretender la extinción de un contrato cuyo cumplimiento se exige. Mas la indemnización de perjuicios, por ser congruente con las anteriores opciones, puede ir aparejada con cualquiera de estas.

Ahora bien, excederíamos los límites de nuestro tema, si nos adentráramos en este momento a razonar si la indemnización de perjuicios sería una acción que se pudiese entablar de manera autónoma, esto es, con la ejecución forzada o con la acción resolutoria, pues ello sería propio de un estudio sobre responsabilidad civil contractual. Por lo tanto, solo dejaremos sentada nuestra posición en el sentido de que la indemnización de perjuicios se puede ejercer con independencia del ejercicio de la acción resolutoria o de la acción ejecutiva, tema este que habrá de ser materia de otro estudio, pues

la jurisprudencia nacional y extranjera ha sido contradictoria en este sentido.

C- La resolución se produce en virtud de declaración judicial

La resolución no se produce en virtud de la decisión del acreedor, de dar por terminado el contrato, apoyado en el supuesto incumplimiento por parte del deudor. Es menester que el juez, basado en los hechos probados, declare o no, la resolución del contrato. Mas tal resolución se producirá en virtud del fallo judicial, es decir, que dicha sentencia tiene carácter constitutivo. A diferencia de la condición resolutoria ordinaria, en virtud de la cual la resolución se produce *ipso iure*, la sentencia que declara la resolución por incumplimiento tiene carácter constitutivo. La sentencia que declara la resolución del contrato en virtud del cumplimiento de una condición resolutoria expresa, tiene un carácter meramente declarativo, porque la resolución ya se produjo en virtud del cumplimiento del hecho condicional. Es por tal razón que la condición resolutoria expresa no da lugar a la opción de exigir el cumplimiento de la obligación.

Cabe aclarar que esta característica, como regla general, opera sin perjuicio de lo dispuesto en el ordenamiento para casos especiales, como el supuesto previsto en el artículo 998 del Código de Comercio, según el cual, si el asegurado no ha hecho el pago dentro del plazo convenido en la póliza, quedará sin efecto el contrato, si una vez notificado dicho asegurado, por cualquiera de los medios que la ley establece, deja

transcurrir quince días hábiles sin hacer el pago correspondiente. El referido precepto contempla la resolución del contrato de seguro que, como norma especial, escapa a las reglas generales sobre resolución de los contratos, disponiendo que el contrato se extinguirá de pleno derecho, sin que sea menester declaración judicial.

Sin embargo, cabría plantearse el supuesto en el cual una de las partes opte por la terminación del contrato en virtud del reiterado incumplimiento de su contraparte pero, en lugar de entablar la demanda correspondiente, el perjudicado le hace saber al que incumplió, de su intención de dar por terminado el contrato, y este, consciente de su falta de cumplimiento, acepta. ¿Estaríamos aquí ante una resolución? De ninguna manera. Un caso como este configuraría una resiliación o terminación por mutuo acuerdo, mas no una resolución en el sentido estricto del término, pues la resolución por incumplimiento solo se produce en virtud de la sentencia proferida por el juez.

Por último, cabe señalar también que nuestro ordenamiento establece supuestos especiales de resolución en diversos códigos y ramas del derecho que se han desmembrado del derecho civil, a los cuales nos referiremos en el apartado siguiente.

VI. Supuestos especiales de resolución previstos en nuestro ordenamiento

Amén del caso contemplado en el apartado anterior, respecto del Código de Comercio, nuestro ordenamiento prevé, en diversos códigos y ramas del derecho, supuestos de resolución de contratos y

de otros negocios jurídicos bilaterales, cuya naturaleza contractual se discute, ello, sin ánimo de exhaustividad.

Así, comenzando con el Código Civil, el artículo 1255, utilizando el término “rescisión”, contempla realmente la facultad, por parte del comprador, de resolver el contrato de compraventa por razón del incumplimiento del vendedor de garantizar la posesión pacífica y útil de la cosa vendida. Otro tanto sucede respecto del artículo 1321 del mismo texto legal, al utilizar la expresión “rescisión” para referirse a la facultad del arrendador, de resolver el contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendatario.

Por otra parte, los artículos 213 y 223 del Código de Trabajo contemplan, respectivamente, causales de despido por razones disciplinarias y de renuncia justificada del trabajador, que no constituyen más que casos de incumplimiento del contrato de trabajo, que dan lugar a su resolución.

Finalmente, el artículo 212 del Código de la Familia contempla las causales de divorcio, muchas de las cuales constituyen incumplimiento de sus deberes por parte de alguno de los cónyuges, dándose en este caso, la resolución del “contrato” (disolución del vínculo matrimonial).

VII. Requisitos

Para que prospere la acción resolutoria por incumplimiento, es menester que se cumplan los requisitos que a continuación se detallan.

A- Ausencia de culpa del demandante

Hemos preferido hacer referencia a la falta de culpa del perjudicado, término utilizado por Ospina Fernández y Ospina Acosta en su Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico (2014, p. 542), en lugar de “cumplimiento del actor”, toda vez que puede haber falta de cumplimiento por parte del demandado, pero por causa del del propio demandante, como es el caso de la *mora creditoris*.

En otras palabras, el actor debe haber cumplido o, al menos, allanarse a cumplir con lo que le incumbe.

B- Culpa de demandado

De igual forma, hemos preferido referirnos a la culpa del demandado en lugar de “incumplimiento del demandado” por razones semejantes a las anotadas en el punto anterior, como el ya mencionado caso de la mora del acreedor, la fuerza mayor o el caso fortuito.

Velásquez Gómez, en su Estudio sobre Obligaciones (2010, p.215) ha titulado a este apartado “Mora del demandado”, término que no nos parece exacto pues, si bien es muy probable que muchos casos de resolución (tal vez, la mayoría) pueden haber tenido su origen en la *mora debitoris*, esta es apenas una de las varias formas de incumplimiento contractual.

En efecto, la mora consiste en un retraso culpable en el cumplimiento de una obligación, pero se trata de una obligación que aún

puede cumplirse. Pero cuando ya no es posible el cumplimiento de la obligación, ya no estamos ante un caso de mora, sino ante un incumplimiento absoluto.

Muchos otros supuestos pueden presentarse como formas de incumplimiento, distintos de la mora, como es el caso de una obligación positiva (de dar o de hacer) que tenga como contraprestación una obligación de no hacer, y este obligado hiciese, precisamente, lo que le estaba vedado. O cuando se cumple con la prestación de manera distinta de la convenida, entre otras posibilidades.

Cabe anotar que cuando utilizamos en este apartado el término “culpa” lo hacemos en un sentido amplio, es decir, que comprende, además de la negligencia, el dolo o mala fe.

Ahora bien ¿es toda falta de cumplimiento, causal de resolución? El Código Civil guarda silencio al respecto. Sin embargo, la generalidad de los autores sostienen que no toda forma de incumplimiento da lugar a que prospere la acción resolutoria, como sería, por ejemplo, el caso del arrendamiento de un predio rústico, en virtud del cual el arrendatario se comprometa a mantener limpio el predio, y el pasto esté un poco crecido. Sin embargo, me parece que sería distinto el supuesto en que, mediando el mismo contrato de locación, el arrendatario deba abstenerse de levantar edificación alguna y, contraviniendo lo pactado, procede a edificar. Ante este último supuesto, es probable que el juez acceda a decretar la resolución del arrendamiento. Consideramos, pues, que el asunto habría que determinarse caso por caso, según el prudente arbitrio del juez.

Por otra parte, habiendo convenido los contratantes que uno de ellos habría de cumplir con su prestación, previo al acto de cumplimiento de su contraparte, ¿podría, el que le correspondía cumplir después, y habiendo requerido a su contraparte para el acto de cumplimiento, demandar la resolución por incumplimiento, ante la mora de aquel, aún cuando éste no hubiese cumplido? A nuestro juicio, habría que pronunciarse por la afirmativa pues, habiéndose pactado la forma de cumplimiento, las partes habrían de ceñirse a dicha forma, sin que pueda oponerse la excepción del contrato no cumplido. En este caso no habría efecto restitutorio, pues nada se había dado, pero el perjudicado quedaría liberado ante la eventualidad que su contraparte le exigiese el cumplimiento de su prestación.

Finalmente, ¿podría una de las partes demandar la resolución del contrato si, en virtud de la naturaleza del contrato y los usos del comercio, su contraparte debiese cumplir primero y no lo hubiese hecho, habiendo sido requerido, aunque nada se haya pactado al respecto, y el demandante tampoco hubiese cumplido? En nuestra opinión, también habría que pronunciarse por la afirmativa, esta vez, con fundamento, en los artículos 227 y 236 del Código de Comercio.

VIII. Efectos

El efecto general de la resolución consiste en la restitución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato; claro está, siempre que ello sea posible. Puede suceder, sin embargo, que por la naturaleza del contrato o por disposición de ley, ello no sea posible.

Al respecto, debemos distinguir los efectos de la resolución entre las partes, respecto de los efectos frente a terceros. Veamos.

A- Efectos entre las partes

Tal como señaláramos en líneas arriba, el efecto general de la resolución es la obligación que surge para las partes contratantes, de restituirse recíprocamente las cosas que fueren objeto del contrato, de no mediar imposibilidad fáctica o jurídica.

Así, en un contrato de tracto sucesivo, v.gr., un arrendamiento, es perfectamente posible la restitución del precio pagado, por parte del locador, mas no será posible que el arrendatario restituya el uso y el goce de la cosa que fuese objeto del arrendamiento. En tal caso, la resolución tendrá un efecto *ex nunc*.

Sin embargo, tratándose, por ejemplo, de una compraventa, será perfectamente viable la restitución recíproca, es decir, el efecto retroactivo de la resolución.

También puede presentarse una imposibilidad legal, en el supuesto que la cosa que fuere objeto del contrato haya quedado fuera del comercio. Ante tal situación, la restitución solo sería posible en metálico. En este supuesto, más que una restitución, estaríamos ante un acto sustituto de la restitución.

Finalmente, cabe contemplar el supuesto previsto en el apartado anterior, es decir, que el demandante no hubiese cumplido aún, toda

vez que por virtud de la *mora creditoris*, o por cláusula contractual o por la costumbre del lugar, aun no le correspondiese cumplir con su prestación, sino después que su contraparte hubiese cumplido. En este supuesto, la resolución solo tendría el efecto de disolver el vínculo obligatorio, pues no habría nada que restituir. Es decir, que ante la eventualidad que la parte que no hubiese cumplido, le exigiese el cumplimiento, el demandante quedaría liberado de dicha obligación.

B- Efectos ante terceros

Respecto de terceros, la acción resolutoria no afectará a terceros adquirentes de buena fe, toda vez que están amparados por el principio de la buena fe registral que recoge el artículo 1762 del Código Civil.

Ahora bien, en cuanto a adquirentes de mala fe, es decir, que al momento de la adquisición del respectivo derecho, hubiesen tenido conocimiento de la resolución o de la rescisión que afectaba el acto impugnado, les afectará el efecto restitutorio de la resolución, tal como lo previene el artículo 1763 del mismo texto legal.

IX. Conclusiones

La llamada “condición resolutoria tácita” no es *strictu sensu*, una verdadera condición resolutoria. La extinción del contrato en virtud del incumplimiento de una de las partes tiene una naturaleza *sui generis*, por lo que la supuesta resolución es una figura más dentro del régimen de la ineficacia contractual, pero sin que se le pueda ubicar con propiedad, dentro de la figura de la resolución.

Por otra parte, el requisito de la bilateralidad del contrato, para que opere la resolución por incumplimiento, tiene carácter general, pues existen excepciones previstas en el propio ordenamiento, respecto de ciertos contratos bilaterales.

También tiene carácter general el requisito del cumplimiento por parte del demandante, pues se pueden dar supuesto en los cuales el actor no haya cumplido su prestación, sin que le sea imputable tal falta de cumplimiento y, por ende, puede proceder a demandar la resolución del contrato.

Referencias

Arroyo Camacho, Dulio. Contratos Civiles, 2da. ed., Editorial Mizachi & Pujol, Panamá, 1997, 471 p.p.

De Castro y Bravo, Federico. El Negocio Jurídico, 2da. ed., Editorial Civitas, Madrid, 1971, 550 p.p.

Opina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 7ma. ed., Editorial Temis, Bogotá, 2014, 607 p.p.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. Derecho de Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, 578 p.p.

Velásquez Gómez, Hernán Darío. Estudio sobre Obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 2010, 1406 p.p.

Derechos humanos y participación política de las mujeres

Human rights and political participation of women

Por

Tamara Martínez Paredes*

<https://orcid.org/0000-0002-7313-2122>

Resumen: El presente artículo parte del cuestionamiento de por qué se hace necesario distinguir los derechos de las mujeres de los derechos humanos en general, sus necesidades específicas, tanto como el reconocimiento de sus aportes a la sociedad. A un año de celebrarse nuevas elecciones generales en Panamá, se desarrollan los procesos democráticos internos de los partidos políticos para elegir directivas y convencionales, más persiste la baja participación política de las mujeres en dichos procesos, escasa presencia en los órganos directivos de los partidos políticos, y los múltiples desafíos para sustentar el derecho de la mitad de la población a participar en la toma de decisiones en condiciones de igualdad.

Palabras clave: Democracia, igualdad, derechos humanos, mujeres, participación política.

Abstract: This article is based on the questioning of why it is necessary to distinguish between women's rights versus human rights in general, their specific needs, as well as the recognition of their contributions to society. One year after the new general elections are held in Panama, the internal democratic processes of the political parties are being developed, to elect directive and conventional women, but the low political participation of women persists, in such processes, little presence in the governing bodies of the political parties and the multiple challenges to uphold the right of half of the population to participate in decision-making under equal conditions.

Keywords: Democracy, equality, human rights, women, political participation.

* Es panameña, egresada de la licenciatura en Sociología, maestría y especialización en Investigación por la Universidad de Panamá; cuenta con postgrado en Docencia Superior. Se desempeña como investigadora académica del Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral y es docente especial de la Facultad de Humanidades, Departamento de Sociología de la Universidad de Panamá.

I. Introducción

El cambio de época y las transformaciones sociales, culturales y políticas implican romper con paradigmas tradicionales enquistados en nuestras formas de construir políticas, instituciones y agrupaciones sociales. Emergen nuevas propuestas para ofrecernos un lugar para cada persona, independiente de su sexo o ideas políticas: la participación de todos los sectores es urgente.

En tal sentido, el Informe de Desarrollo Humano (PNUD-2021/2022) se refiere a la situación de incertidumbre en la que se encuentra el mundo, la región en particular, y que esta se manifiesta a través del desajuste de los acuerdos sociales actuales, incluidas las pautas de comportamiento, las instituciones y las políticas.

Por otro lado, el desajuste entre las creencias y los valores predominantes y aquello que sería necesario para afrontar el complejo de incertidumbre. Para ello se propone, a través de este informe, el abordaje desde tres dimensiones en la base del cambio social y cultural:

La dimensión del reconocimiento

La dimensión de la representación y

La dimensión de la educación.

En cuanto al reconocimiento, dimensión ampliamente abordada desde la filosofía y la ciencias sociales y políticas, se constituye en un instrumento de justicia social para los grupos que han sido vul-

nerados en su derecho a participar libremente y en igualdad respecto de otros, puesto que con ello también se construye democracia.

Es por ello por lo que implementar de manera efectiva las normas que garantizan la paridad de género en todos los procesos electorales, y otras normas dirigidas a proteger y fomentar la participación y representación de las mujeres en igualdad de condiciones como la ley de violencia política, se constituye en garantía de la seguridad de las mujeres al momento de ejercer sus derechos políticos, que tienen como base los derechos humanos y su reconocimiento; lo que a su vez allana el camino hacia la representación de este y otros grupos que han sido marginados del desarrollo social, económico y político en nuestras sociedades.

La participación política de las mujeres en la literatura es tratada de varias formas. En este trabajo la trataremos desde el enfoque de derechos humanos y las políticas de igualdad de género, que deben ser implantadas para alcanzar una real participación de las mujeres en el ámbito público.

Los antecedentes de la participación política de las mujeres en Panamá se remontan a los años veinte del siglo pasado, cuando las mujeres panameñas estuvieron excluidas constitucionalmente del ejercicio de sus derechos políticos y de ciudadanía.

Según Barrantes (2021), la Constitución de 1904 nace de un proceso constituyente ambiguo y contradictorio; mientras que para Turner Yau (2014), dicha Constitución nace en un momento en

el que en el mundo se había debatido de manera crítica el individualismo económico y político, y la carta fundamental de Panamá, en esa época, dejó de tratar temas importantes y problemas fundamentales de la población quedaron fuera de su alcance.

La Constitución de 1941, establece en el capítulo de los derechos políticos, que la ciudadanía consiste en el derecho de elegir y de ser elegido, para ocupar cargos públicos electos por el voto popular. Además, para ocupar puestos con mando y jurisdicción, se debía cumplir con el requisito de la ciudadanía (artículo 60).

En cuanto a la ciudadanía, esta se restringe a los varones mayores de veintiún años. El texto constitucional se refiere a los derechos políticos de las mujeres, así:

El Legislador podrá conferir a las mujeres panameñas mayores de veintiún años la ciudadanía, con las limitaciones y los requisitos que la Ley establezca ; no obstante, la mujer panameña mayor de veintiún años podrá desempeñar empleos con mando y jurisdicción (Artículo 61).

Las limitaciones de la ley, impedían, de hecho, la ciudadanía a la mujer panameña, para participar en elecciones como candidatas. El 5 de octubre de 1941, las mujeres mayores de 21 años, con diploma universitario, vocacional, normal o de segunda enseñanza, pudieron participar de la elección para representantes de los Ayuntamientos Municipales, no así para elecciones presidenciales.

Debieron pasar cuatro años para que las mujeres ejercieran el sufragio, en la elección de la Asamblea Constituyente, del año 1945. Luego de un proceso lento, pero decisivo, la Constitución de 1946, reconoce la ciudadanía y el voto para las mujeres, en igualdad de derechos con los hombres.

En adelante, reconocidos los derechos humanos, políticos y sociales de las mujeres, se allana medianamente el camino hacia la participación de las mujeres en el ámbito público y privado. Sin perder de vista que aún persisten barreras estructurales, sociales y políticas en el acceso al poder para las mujeres, y sobre las que se requiere elaborar políticas públicas con perspectiva de género, tendientes a eliminar esas brechas que limitan la participación paritaria y democrática.

En ese sentido, repasamos la importancia de hablar de derechos humanos de las mujeres, que han sido reconocidos por instrumentos internacionales y nacionales. De igual forma evidenciar con datos, que a pesar de que se han logrado algunos avances en materia de género, aplicado al ámbito electoral, las desigualdades sociales afectan la representación femenina en los puestos de toma de decisiones.

El análisis y reflexiones finales buscan aportar puntos de vista desde la posibilidad de reconocer que existen buenas prácticas como postular a mayor cantidad de mujeres, mejorando significativamente la oferta, garantizándoles escenarios libres de acoso y violencia, con resultados favorables para la democracia paritaria.

II. El derecho a la participación política de las mujeres

El surgimiento del concepto del Estado de derecho tiene como pilares o valores primordiales el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. En ese contexto, surgen las primeras declaraciones como la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Este nuevo pacto social excluía a las mujeres de los derechos y libertades que se reservaron únicamente para los hombres, y una clara manifestación de la injusta falta de reconocimiento de las mujeres basada en el género.

En Marrados (2001), encontramos lo siguiente:

Todas las culturas reconocen y establecen una diferencia entre sociedad humana y mundo natural. La cultura trata de controlar y dominar la naturaleza para que se pliegue a sus designios. La cultura es un postulado superior al mundo natural, desde el momento en que pretende delimitar o socializar la naturaleza (p.196).

En la asociación de la terminología con la realidad y cómo las sociedades humanas se han construido sobre la base de las representaciones simbólicas, a las mujeres se les asocia con la naturaleza y a los hombres con la cultura o lo más avanzado. Así las cosas, y retomando el planteamiento de Marrados, la dominación del hombre y la subordinación de las mujeres, basado en esta representación y sistema de valores pudo ser el origen de la discriminación.

Para la filósofa Nancy Fraser (2006), existe una injusticia de reconocimiento que se evidencia de dos maneras: la primera es la injusticia económica y la segunda, la injusticia cultural simbólica, relacionada a los sistemas de representaciones sociales, interpretación y comunicación de la realidad. La falta de reconocimiento implica la invisibilización de prácticas legitimadas por la cultura, donde los estereotipos de género atribuyen formas de irrespeto, deslegitimación y capacidad de acción en las diferentes interacciones en el cotidiano común.

Lo cierto es que, en dicho escenario de discriminación por razón de género, los movimientos de mujeres en el mundo buscaron la justicia de reconocimiento. Uno de estos eventos tuvo su lugar en Seneca Falls (Nueva York) en 1848, desarrollándose la primera Convención sobre los derechos de la mujer. Las protagonistas fueron Lucretia Mott y Elizabeth Cady Stanton, y se produjo la publicación de la "Declaración de Seneca Falls" o "Declaración de sentimientos", documento basado en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en el que denunciaron las restricciones en la participación política de las mujeres para ejercer su derecho al voto, a ser electas, ocupar cargos públicos, afiliación partidista o asistir a reuniones con fines políticos.

Este hito, el movimiento sufragista, como otros que acontecieron en la segunda mitad del siglo XIX a escala mundial, realizó varios intentos para que se reconociera el derecho de las mujeres al sufragio universal. Es a inicios del siglo XX cuando la participación de la mujer en la vida pública logra consolidarse en Europa. En Inglaterra, las mujeres mayores de 30 años votan por primera vez en 1918 y, posteriormente, ejercieron su derecho al sufragio sin restricciones, en 1928.

En América Latina, los países, desde las primeras décadas del siglo XX, inician el recorrido hacia la igualdad, incluyendo a las mujeres en las actividades políticas a través del ejercicio de su derecho a votar. Uno de los primeros países es Uruguay (1917), seguido por Cuba y Brasil (1934), República Dominicana (1942), Panamá (1946), Venezuela y Argentina (1947), Costa Rica y Chile (1949), El Salvador (1950), Bolivia (1952), México (1953) y Colombia (1954), por mencionar algunos.

En la historia del movimiento sufragista en Panamá, hay que reconocer a mujeres como Clara González de Behringer, Sara Sotillo, Enriqueta Morales, Sara Barrera y Elida Campodónico de Crespo, quienes fundaron el partido Nacional Feminista en 1922. Este colectivo, en 1934, realiza una campaña para la obtención de la cédula de identidad personal para que las mujeres pudieran votar.

La Constitución de 1941 no reconocía los derechos políticos de las mujeres; en su artículo 56, luego 60, decía lo siguiente:

Son ciudadanos de la República todos los panameños varones mayores de 21 años. El legislador podrá por ley conferir a las mujeres panameñas mayores de 21 años la ciudadanía con las limitaciones y los requisitos que la ley establezca, no obstante, la mujer panameña mayor de 21 años podrá desempeñar empleos con mando y jurisdicción.

Las mujeres votan por primera vez en las elecciones del 5 de octubre de 1941, bajo las condiciones establecidas en la ley 98 de 5 de

julio de 1941: *“Las mujeres de 21 años o más, universitarias o con educación secundaria, pudieran elegir y ser elegidas, pero solamente en los ayuntamientos provinciales”*.

En 1944, el Partido Nacional Feminista y otras organizaciones de mujeres integran la Unión Nacional de Mujeres, que tuvo mucha incidencia política e hizo varias propuestas de reforma a las leyes, para reconocer los derechos de las mujeres a la educación, la independencia económica, la protección social, la protección de los derechos de las trabajadoras.

Mediante el Decreto de Gabinete No. 12 del 2 de febrero de 1945, se logra la candidatura y elección de dos primeras diputadas a la Asamblea Constituyente: Esther Neira de Calvo y Gumersinda Páez; y las mujeres pudieron ejercer el derecho al voto, sin restricciones. Producto de este proceso se logra la nueva Constitución de 1946, se registra un hito, con la consecución de la ciudadanía y el voto universal para las mujeres en Panamá.

En el contexto actual, el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres se encuentra en proceso de avance, aunque con tropiezos y obstáculos, para que las mujeres alcancen plena participación en los procesos electorales y en la ocupación de puestos de toma de decisiones.

En cuanto a la participación como electoras, las mujeres presentan porcentajes mayores al de los hombres. En las últimas elecciones, 52.6% de mujeres votaron mientras que solo 47.4%

de hombres ejercieron ese derecho. Sin embargo, en relación con las candidaturas, el 83% fueron de hombres frente al 17% de participación femenina. Estos porcentajes distan de ser 50-50, que reflejaría una participación paritaria en los diferentes cargos de elección, permitiendo una mayor presencia de las mujeres en la repartición equitativa del acceso al poder y toma de decisiones.

III. La democracia paritaria y sus avances en la región

La democracia paritaria se constituye en una nueva perspectiva de política igualitaria que descansa sobre los avances alcanzados, mediante modificaciones estructurales a lo interno de los Estados, a fin de cumplir con los marcos institucionales y legales establecidos con las declaraciones, pactos y acuerdos internacionales sobre temas de derechos humanos y políticos en favor de las mujeres y grupos vulnerados de la población global.

Dichos cambios estructurales han derivado en transformaciones culturales, simbólicas y discursivas a favor de la igualdad de género. Y se han hecho extensivas a todos los ámbitos de la vida, incluso en la mirada a ese ámbito privado (casa, hogar, familia), en el cual la mayor parte de las responsabilidades han sido atribuidas a las mujeres. Hoy día se habla sobre la política de los cuidados, que incluyen esos deberes con adultos mayores, niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad, que se construye sobre una red en la que gobierno y sociedad se hacen corresponsable dentro de este sistema.

Por otra parte, en la esfera pública (trabajo, profesión, comunidad), el cambio de paradigma incluye la democratización del poder para el logro de la igualdad sustantiva.

Así el concepto de democracia paritaria forma parte del debate de organizaciones de mujeres, feministas, además de ser expresada en importantes congresos celebrados en la región, donde se presenta como una perspectiva democratizadora, tendiente a posibilitar la transformación de las relaciones de género en todos los ámbitos y el acceso al poder político de los grupos que han estado alejados de este. Por mencionar en recuento histórico, los principales instrumentos mundiales y regionales adoptados por los Estados, en el marco de los derechos humanos de las mujeres, se encuentran:

- La Convención de los Derechos Políticos de la ONU (1952)
- La CEDAW (1979)
- La plataforma de acción de Beijing (1995)
- La Carta Democrática Interamericana (2001)
- Las conferencias regionales celebradas en Quito (2007), Santo Domingo (2013), Montevideo (2013).

En 2013 se celebró la XXIX Asamblea General del Parlamento Latinoamericano y del Caribe, donde se aprobó la ley marco para consolidar la democracia paritaria, teniendo como pilares fundamentales: la igualdad de poder en la toma de decisiones, en los mecanismos de representación social y política para erradicar la exclusión estructural de la que han sido objeto las mujeres.

Luego, en diciembre de 2014, se celebró en nuestro país el Encuentro Parlamentario: Mujeres y Democracia Paritaria, con la participación de 173 parlamentarias y magistradas, especialistas y académicas de la región, para debatir sobre este tema. De este encuentro surgieron recomendaciones del orden siguiente:

- Adopción de medidas legislativa por parte de los Estados a fin de alcanzar la representación efectiva de mujeres y hombres en cargos públicos en todas las instituciones gubernamentales.
- Exhortar a los Estados para que sus mecanismos institucionales, leyes, presupuestos y políticas públicas incluyan la igualdad de género como estrategia integral de empoderamiento de las mujeres en el campo de los derechos humanos.
- Solicitar con urgencia a los partidos políticos crear espacios clave para la promoción de la participación política de las mujeres, garantizando la paridad en las estructuras organizativas, electoral y programática.

Estos instrumentos regionales han sido parte importante para los avances que han mostrado varios países de la región en la construcción de la democracia paritaria, que según datos del Observatorio de Igualdad de Género de la CEPAL 2023¹, entre los países con más alta participación femenina en sus parlamentos se encuentran: Nicaragua (51.6%), México (50%), Costa Rica (47.4%), Bolivia (46%) y Argentina (44.8%). Esto como consecuencia de procesos

¹ Observatorio de Igualdad de Género de la CEPAL, sección de autonomía en la toma de decisiones-Poder legislativo; porcentaje de escaños ocupados por mujeres en los parlamentos nacionales, al 20 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-legislativo-porcentaje-escaños-ocupados-parlamentos-nacionales>

y la adopción de medidas efectivas para alcanzar la paridad en sus legislaciones y constituciones. En la tabla a continuación, se presentan los desarrollos legislativos de estos países en materia de paridad de género e igualdad de oportunidades y no discriminación en la participación política:

Tabla 1. Países de la región que cuentan con legislaciones que garantizan la paridad en la participación y representación política

País	Ley de paridad	R a n g o constitu- cional		Que propone o modifica la ley
		Sí	No	
Nicaragua	Ley No. 790 de 2012		x	Modifica la ley 331, Ley Electoral. Instituye en 50% en las candidaturas, desarrolladas de manera alterna y equilibrada.
México	Ley General de Instituciones y procedimientos electorales, año 2014	x		Modifica el artículo 41 de la Constitución política, estableciendo la paridad de género en la competencia electoral, para las candidaturas al Congreso Federal y locales.
Bolivia	Ley No. 26 de 2010 Régimen Electoral	x		Se establece el 50% en cargos de gobierno y a las dirigencias de los partidos políticos y precandidaturas de pueblos indígenas.
	Ley 18 de 2010 Órgano Electoral Plurinacional	x		Se establece la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos individuales y colectivos.

	Ley 25 de 2010 del Órgano Judicial	x		Se establece el 50% en la participación en los Tribunales de Justicia y Agroambiental.
	Ley 4,021 de 2009 Régimen Electoral transitorio	x		Se garantiza la participación con equidad de género en la participación ciudadana y en la ocupación de cargos públicos.
Costa Rica	Ley 8,765 de 2009 Código Electoral		x	Establece la paridad en la participación política, estructuras internas partidarias, elecciones populares y en la capacitación.
Argentina	Ley 22, 412 de 2017		x	Establece la paridad de género en ámbitos de representación política.

Fuente: Observatorio de Reformas Políticas de la CEPAL, leyes de cuotas y paridad. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-cuotas?page=1>

El avance y experiencias prácticas de los países que han logrado alcanzar la representación femenina sustantiva, debe llevarnos a reconocer los desafíos pendientes, así como una ruta para lograr la plena participación de las mujeres en la política, como condición para la gobernanza y desarrollo democrático.

Cabe destacar que el marco constitucional garantiza el cumplimiento de las legislaciones electorales y de partidos políticos, a la vez se observa que su desarrollo en varios niveles de representación política ayuda a fortalecer la normativa y campo de acción en la sociedad.

IV. Situación actual de la participación política de las mujeres en la democracia panameña y avances en la ley electoral en materia de género

En 2021, la medición del índice de paridad política registró avances en materia de participación política de las mujeres en Panamá, en dimensiones específicas y en algunos indicadores. No obstante, en la aplicación de medidas para lograr la paridad seguimos presentando dificultades, que se traducen en una menor cantidad de mujeres en las listas de los partidos políticos, para ser electas y, por ende, en una deficitaria representación política femenina.

Desde 1997 se fija el 30% como cuota de participación, para incentivar a las mujeres de los partidos para ser candidatas a los diferentes puestos de elección, pero no logramos significativamente acercarnos a ese 50% establecido con las últimas reformas electorales.

El Diagnóstico Atenea 2021, en la dimensión 3 del Índice de Paridad Política (Cuota/paridad) daba cuenta de cuáles son los indicadores específicos, referentes a medidas legales para la inclusión de mujeres en altos cargos públicos, particularmente en las postulaciones en el ámbito de la participación política electoral, estas se centran en:

- El diseño de las medidas (cómo se diseñan las listas electorales y dónde se coloca a las mujeres).
- Restricciones en su aplicación (indicaciones expresas del cumplimiento de la paridad en las listas de candidaturas).

- Sanciones por incumplimiento (no inscripción de las listas y otras para que los partidos cumplan con la medida).

El no contar con estas medidas, diseñadas para que se cumpla con la paridad, causa un impacto negativo en otros indicadores del IPP (dimensión 4), relacionados con la participación femenina en el gabinete presidencial, donde, a pesar de mostrarse algunos avances en el porcentaje de ministras que para el año 2015 era de 14%, a un 25%, en 2020, dista mucho de ser un gabinete en paridad; además de no cumplir con la regulación del 30% de ocupación de mujeres en cargos en la administración pública, establecido mediante la ley 56 de 2017.

En la Asamblea Nacional también se registraron avances en la elección de mujeres para ocupar el cargo de diputadas, sin embargo, ese 21% de mujeres electas como principales está lejos de la composición paritaria de ese órgano del Estado. Directamente relacionado con lo anterior, encontramos que, en cuanto a la participación de las mujeres en los partidos políticos, el no formar parte de sus estructuras directivas, dificulta el fortalecimiento del liderazgo femenino internamente, que se traduzca en acciones para lograr una mayor participación política de las mujeres, como candidatas electorales.

En cuanto a la participación de las mujeres en los gobiernos locales, la representación femenina en los municipios y corregimientos, siendo los indicadores con peores porcentajes, también relacionado con la implementación de las medidas para lograr la paridad a nivel vertical y horizontal.

Es importante añadir que el diseño del sistema electoral influye en la elección de las candidaturas y rige la conformación de los actores políticos. En los sistemas utilizados en circunscripciones plurinominales, cada persona puede elegir de las candidaturas de su preferencia dentro de una lista que puede ser “abierta” o “cerrada”. Las listas abiertas permiten a los electores votar por la nómina entera presentada por un partido, como también seleccionar al candidato o candidatas de su predilección y descartar a los otros integrantes de la lista.

Las listas cerradas, en cambio, no permiten ese sufragio "preferencial" o "selectivo", sino únicamente el voto por la lista completa y en el orden de la lista.

En el sistema electoral panameño, los cargos a la presidencia, vicepresidencia, alcaldías y representantes de corregimiento se eligen mediante el sistema mayoritario; mientras que para la elección del cargo de diputado y diputada a la Asamblea Nacional, sus 71 miembros se eligen mediante el sistema proporcional, donde 26 curules, corresponden a circuitos uninominales y otras 45, a circuitos plurinominales.

Las reformas electorales de 2021 introdujeron varias innovaciones en materia de igualdad de género:

- Se establece la paridad en los procesos internos de los partidos políticos, con el 50% en las postulaciones a delegados(as) y convencionales y la elección de autoridades internas de los partidos en formación.

- En las elecciones generales, toda postulación de precandidatos(as), de partidos políticos y de libre postulación estará compuesta por un principal de un género, acompañada de un suplente de otro género, para el total de cargos principales a elección.
- La distribución del fondo de capacitación poselectoral a partidos políticos se aumenta del 10% al 20% para la capacitación de las mujeres.
- La participación de mujeres y otros sectores subrepresentados dentro del partido, se dispone la creación de la Secretaría de la Mujer o su equivalente, y de la Secretaría para las Personas con Discapacidad o su equivalente, en todos los partidos políticos constituidos y en formación.

El artículo 101 de la Ley 247 de 2021 señala que los estatutos de los partidos políticos deben contener normas para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia política contra las mujeres, según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 184 de 2020, que dicta medidas para los partidos políticos, con la vigilancia del Tribunal Electoral.

La Ley 356 del 1 de febrero de 2023 introduce modificaciones a los artículos 71 y 72 del Código Electoral en materia de impugnaciones, justicia electoral y constitución de partidos políticos, con importantes avances para garantizar la igualdad de género.

Otro importante avance, para la igualdad de género en la participación política, lo constituye la aprobación de la Ley 910 de 2023, que modifica los artículos 19, 20 y 23 de la Ley 184 de violencia política, como se detalla a continuación:

- Se contempla los ámbitos en que puede presentarse la violencia política, así como las conductas, acciones u omisiones que constituyen delitos y faltas.
- Establece que todas aquellas conductas contra la mujer en el ejercicio de sus derechos políticos, les serán aplicables las sanciones establecidas en la legislación vigente.
- En caso de que un hombre sea afectado por las conductas de violencia política, gozará de todos los derechos y garantías reconocidos por el Código Penal, Código Electoral y sus actualizaciones.

Se destaca que estas innovaciones, como las introducidas en el Código Electoral, a fin de alcanzar los objetivos propuestos por diferentes sectores en procesos de consulta y reforma, requieren de la participación de las fuerzas políticas e institucionales que toman decisiones y gestionan recursos económicos y técnicos, para que sean implantadas como políticas públicas inclusivas y equitativas, que generen las transformaciones sociales que exige el país para avanzar y fortalecer la democracia.

V. Conclusiones

A modo de conclusión, se expresa que, en la temática de los derechos humanos y el avance de las mujeres en el ejercicio de su derecho a la participación política, implica comprender que existen factores sociales, simbólicos y estructurales, que permean todos los escenarios de participación igualitaria, entre mujeres y hombres. Sin embargo, es fundamental reconocer las oportunidades

de transformación política, a través de aspectos como los que se detallan a continuación:

- El ámbito de los derechos humanos se constituye en un amplio marco de normativas que permite aproximarnos al análisis de los procesos democráticos.
- En tal sentido, el examen, desde los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, enfocado en el reconocimiento específico de los derechos humanos de las mujeres y otros grupos, con enfoque de género e interseccionalidad; es decir, de los contextos, territorios y estereotipos, que impone el sistema patriarcal en todos los ámbitos de la vida pública y privada.
- El recorrido histórico de las distintas épocas y contextos, en los que se desarrolló la lucha de las mujeres, primero por el reconocimiento de los derechos ciudadanos y en un segundo momento de sus derechos políticos, permite visibilizar los avances alcanzados en materia de igualdad de género, pero sin dejar de lado que existen retos por superar en la lucha contra la violencia, la desigualdad y la discriminación por razón de género, que conlleva a una escasa presencia y participación femenina en la vida pública.
- En cuanto al ejercicio de revisión de las normas que establecen la paridad como principio democrático, fue posible visibilizar los países de la región, que han logrado un grado de participación paritaria o muy cercano a esta, no solo de las mujeres y de otros grupos, como poblaciones indígenas.

- Este tipo de investigación comparada permite ver la ruta que algunos países como Bolivia han seguido, a fin de implementar la paridad en la Constitución, y así a través de sus diferentes legislaciones, en todos los niveles de representación política: nacional, local, en la Corte Suprema de Justicia y en el Gobierno. Otros países lo han hecho, vigilando además los procesos de capacitación en los partidos políticos y estableciendo a nivel de estos la paridad en la constitución de sus estructuras de decisión interna; es el caso de Costa Rica.
- Al hacer un análisis de la situación de Panamá, respecto de esta temática de los derechos humanos de las mujeres y la participación política, hay que reconocer que se ha avanzado en la fase de las normas que protegen, sancionan y buscan erradicar la violencia contra la mujer, que se manifiesta también en la esfera política; pero falta desarrollar otras medidas afirmativas, no solo a nivel de la ley electoral, que garanticen que se cumpla con la paridad, es decir, una política pública de Estado.
- En las últimas reformas a la ley electoral, se establece la paridad como un derecho humano, mas no se cuenta con un mecanismo que garantice su efectivo cumplimiento. Asimismo, en el caso de la ley que previene la violencia política, se establecen las condiciones en las que esta se produce, mas estas medidas deben formar parte de un programa permanente de capacitación de todos los sectores de los partidos y de la ciudadanía, para lograr un verdadero desarrollo humano, sostenible y democrático.

Referencias

- Aparicio, F., Yolanda, M., Miranda, M., & Zurita, J. (2002). *Historia de los movimientos de mujeres en el siglo XX en Panamá*. Panamá: Universidad de Panamá, Colección Agenda del Centenario.
- Barrantes Serrano, B. (2020). Participación de las mujeres panameñas en la elección popular de 1945, preámbulo de la Constituyente de 1946. *Revista Panameña de Ciencias Sociales*, 5-17.
- Fraser, N. (1997). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista» . *La Nueva Izquierda*, 1-30.
- Guevara Mann, C. (2008). Sistemas electorales y estilos de campaña: Los Diputados panameños y el voto personalista. *Revista de Ciencia Política vol. 26*, 209-230.
- Instituto de Capacitación Parlamentaria (2022). Parlamento y democracia paritaria. Buenos Aires: Editorial Teseo.
- ONU (2014). *Los derechos de las mujeres son derechos humanos*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Procuraduría General de la Nación (2016). *Constitución Política de la República de Panamá de 1946*. Panamá: Impresiones Cortal.

Procuraduría General de la Nación (2016). *Constitución Política de la República de Panamá mde 1972*. Panamá: Impresiones Carpal.

PNUD. (2021). *Una disputa desigual: Violencia contra las mujeres en política*. Panamá: PNUD.

PNUD. (2022). *Desarrollo humano, memoria 2021-2022, tiempos inciertos, vidas inestables. Dando forma a nuestro futuro en un mundo en transformación*. Nueva York: PNUD.

Puig, A. M. (2001). Los derechos políticos de las mujeres: evolución y retos pendientes. *Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* no. 36/37, 195-215.

Staff Wilson, M. (1996). *Reseña histórica del sufragio femenino en Panamá*. Panamá: Tierra Firme-Servicios Gráficos.

Tribunal Electoral, PNUD (2021). *Diagnóstico Atenea 2021: Mujeres panameñas en la ruta hacia la paridad política*. Panamá: Tribunal Electoral.

Turner Yau, A. (2014). *La Constitución de 1946 y la Constituyente que le dio origen: análisis del proceso de formación de las normas constitucionales de 1946*. Panamá: Litho Editorial Chen.

Constitución y régimen de extinción de dominio en Panamá

Constitution and domain forfeiture regime in Panama

Por
Armando Padilla*

Resumen: A través de esta investigación, el autor nos brinda un análisis exhaustivo de la figura del decomiso, desde un marco conceptual y normativo, con especial énfasis en el fundamento constitucional de esta figura en Panamá. A través del desarrollo de la investigación nos presenta las características y antecedentes de la extinción de dominio, destacando en sus apreciaciones un análisis jurídico-normativo desde la figura de la expropiación, la nulidad absoluta de los contratos, el decomiso penal, el proceso de decisión sumaria anticipada de la carga de la prueba a la jurisprudencia de cuentas y congelamiento preventivo. El autor concluye que constituye un esfuerzo de la comunidad internacional para combatir la delincuencia organizada transnacional.

Palabras Clave: Extinción de dominio, bienes ilícitos, expropiación, crimen organizado, debido proceso, código procesal penal, confiscación de bienes.

Abstract: Through this research, the author provides us with an exhaustive analysis of the forfeiture figure, from a conceptual and regulatory framework, with special emphasis on the constitutional foundation of this figure in Panama. Through the development of the research, he presents the characteristics and background of the extinction of domain, highlighting in his appreciations a legal-regulatory analysis from the figure of expropriation, the absolute nullity of contracts, criminal confiscation, the process of anticipated summary judgement, from the burden of proof to the jurisprudence of accounts and preventive freezing. The author concludes that it constitutes an effort by the international community to combat the transnational organized crime.

Key Words: Domain extinction, illicit assets, expropriation, organized crime, due process, code of criminal procedure, confiscation of assets.

*El autor es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Ex Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) del Ministerio de Asuntos Exteriores de España. Especialista en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada, España. Ha sido profesor visitante de la Universidad de Salamanca y ha impartido conferencias en la Universidad Pública de Navarra - Pamplona. Miembro Suscriptor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Panamá. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Santa María La Antigua (USMA).

I. Introducción

El presente estudio abordará el régimen de extinción de dominio, temática que despierta mucho interés y levanta amplia discusión en el foro. Previo dibujo conceptual del instituto, le daremos una mirada a sus características, así como a su justificación como respuesta a fenómenos de la delincuencia organizada transnacional. También resulta necesario contrastar este régimen con otras instituciones en nuestro medio, algunas elevadas a rango constitucional. Y, por supuesto, exploraremos su impacto en el derecho constitucional para buscar respuestas a preguntas sobre su compatibilidad con la cúpula de nuestro ordenamiento jurídico.

Para alcanzar este propósito, tendremos que remontarnos a los antecedentes de la extinción de dominio en el derecho panameño para comprobar que algunos de sus rasgos más característicos preexisten, incluso, con una antigüedad que puede resultar sorprendente para algunos y que, incluso, han sido motivo de pronunciamientos a lo largo de los últimos años por parte de la jurisprudencia constitucional.

Advierto que este análisis no aborda las peculiaridades del proyecto de ley 625 sobre extinción de dominio de bienes ilícitos, dado que aún se encuentra pendiente de discusión legislativa, por lo que, en su lugar, nos remitiremos a cualidades más sobresalientes contenidas en instrumentos internacionales y en el derecho comparado y en la jurisprudencia constitucional comparada.

II. Concepto

La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas que se traduce en la pérdida, a favor del Estado, de derechos sobre bienes con origen o destinación ilícita, mediante sentencia judicial, sin contraprestación ni compensación. Aunque, para precisar, más bien se trata de una declaratoria de inexistencia de un derecho aparente, cuyo origen sea ilícito.

Como instituto jurídico, la extinción de dominio se configura con el nexo entre actividades ilícitas, bienes y causales de extinción.

- Actividad ilícita

Siguiendo la Ley Modelo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), “Actividad ilícita” es toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley.

En el derecho comparado existen distintos modelos de entendimiento de las actividades ilícitas, desde aquellos de amplio espectro que dirigen la extinción de dominio sobre un extenso supuesto de actividades y bienes ilícitos adquiridos “con grave deterioro de la moral social” (Artículo 34 de la Constitución de Colombia) hasta otros modelos que enfocan su aplicación hacia un número cerrado de ilícitos que con mayor afectación social, como Argentina, por ejemplo.

Vale aclarar que el derecho comparado y la doctrina tienen preferencia en denominar actividades ilícitas y no delitos, ni delitos precedentes, porque en la extinción de dominio solo se analiza los elementos objetivos del delito (aspecto objetivo del tipo), mas no sus subjetivos (el dolo) ni la culpabilidad. Es decir, la extinción de dominio valora solo algunos aspectos de la estructura del delito.

- Bienes

“Bienes” son activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Es decir, son considerados como tales, desde casas y autos, hasta acciones o derechos de autor.

- Causales o presupuestos de extinción

Las causales o presupuestos de extinción relacionan las actividades ilícitas con bienes de naturaleza ilícita. Estas causales se refieren a bienes con origen ilícito y bienes con destinación ilícita. Según la Ley Modelo de UNODC, estas pueden referirse a lo siguiente:

- a. Bienes que sean producto de actividades ilícitas.
- b. Bienes que sean instrumentos de actividades ilícitas.
- c. Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas.
- d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.

- e. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
- f. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia.
- g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
- h. Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
- i. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material.
- j. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien.

Una vez que estos elementos se perfeccionen dentro de un proceso judicial, jueces extinguen el dominio de los bienes o, mejor dicho, declaran la inexistencia del aparente derecho de propiedad.

Con esta herramienta, el Estado recupera dicho patrimonio para devolverles su función social de modo que, mediante subastas u

otros mecanismos de monetización, los fondos obtenidos se invierten en proyectos de prevención del delito y/o para dotar a las instituciones de seguridad y justicia de recursos para continuar la lucha contra la delincuencia.

III. Fundamento constitucional de la Extinción de Dominio en Panamá

La razón del surgimiento de la extinción de dominio se ha identificado en la necesidad de reafirmar los valores ético-sociales y fomentar la cultura de legalidad. La situación de violencia, corrupción y descomposición social, como resultado del incremento de fenómenos criminales como el narcotráfico, el terrorismo, el secuestro, el sicariato y la extorsión, entre otros, llevó a que en el ámbito regional se reconociera una crisis de principios y valores ético sociales, entre los que destaca los valores del trabajo y el desarrollo de la libre empresa como fuentes legítimas de riqueza o el derecho a la propiedad adquirida y con respeto del orden jurídico y ejercido dentro de un marco de función social (Santander: 2018).

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en su jurisprudencia sobre extinción de dominio, sostiene que un orden justo solo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente, y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales (Sentencia C-740, 2003).

La comunidad internacional también ha aceptado que la tradicional respuesta penal no ha podido frenar nuevas formas de impunidad, especialmente, la impunidad patrimonial. Según estimaciones, los flujos financieros producto de actividades ilícitas pueden alcanzar el 5% del PIB mundial, mientras que la recuperación de estos activos alcanza cifras ínfimas (Santander: 2018). Estos flujos permean las actividades económicas y son capaces de condenar a la bancarrota a empresas honestas y a que desaparezcan plazas de trabajo honrados ante la imposibilidad de competir con negocios cuya razón de ser es el blanqueo de capitales. De ahí que la lucha contra la criminalidad organizada ve necesario recurrir a otras estrategias distintas a la penal, desde un enfoque patrimonial.

Este abordaje ha encontrado sustento en la función social de la propiedad privada que aparece con la Constitución mexicana de Querétaro y la Constitución alemana de Weimar, y que en Panamá se remonta a la Constitución de 1941, como la primera de corte social.

En la actualidad, la propiedad privada contenida en el artículo 47 de la Constitución Política panameña, inspirada en la citada óptica social, proclama que: “Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales”. Dicho en otras palabras, merece protección constitucional la propiedad obtenida según el ordenamiento jurídico; y, están excluidas aquellas de carácter ilícito.

La Constitución también establece en su artículo 48:” La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la

función social que debe llenar...” . La función social de la propiedad consiste en un conjunto de obligaciones del dueño, entre las que se encuentra, que dicho bien no sea destinado a fines ilícitos. Por ejemplo, si un bien inmueble es utilizado como punto de venta de drogas, o para ocultar personas secuestradas o para desarrollar actividades propias de la trata de personas, el carácter ilícito de su destinación o uso supone un incumplimiento de las obligaciones del propietario relacionadas a la función social y, por tanto, dicho inmueble estaría excluido del amparo constitucional.

En la jurisprudencia constitucional comparada sobre extinción de dominio, con fallo de 146-2014/107-2017-Inconstitucionalidad la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador sostuvo que “

... El art. 103 inc. 1 Cn. prescribe que “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”. La función social, vinculada consustancialmente a las facultades subjetivas del propietario, supone que éste, al mismo tiempo que extrae provecho particular a sus bienes, debe cumplir determinadas obligaciones y deberes públicos a fin de posibilitar la utilidad y el beneficio colectivo que los bienes reportan (Sentencia de 12-I-2018, Inc. 107-2014 e Inc. 57-2005, ya citada). Su concreción depende de la clase de propiedad privada de que se trate, pero en cualquier caso lo que perseguirá es una mayor productividad o uti-

lización de los bienes que redunde en el beneficio general. Un bien destinado a actividades ilícitas no cumple ninguna función social.

El art. 103 inc. 1 Cn. no solo vincula al propietario del bien, sino que también vincula al legislador. Por tal razón, la extinción de dominio constituye un mecanismo mediante el cual la Asamblea Legislativa establece una norma regulativa del derecho de propiedad que es acorde con su función social...” (subrayado nuestro).

Por tanto, la extinción de dominio tiene naturaleza constitucional. No precisamente porque esté recogida expresamente en la Constitución. De hecho, la mención de este instituto en el texto constitucional es muy excepcional, porque tan solo Colombia, México y República Dominicana tienen plasmada la extinción de dominio en sus respectivas constituciones. Incluso, Colombia incorporó por primera vez la extinción de dominio a su ordenamiento jurídico vía legislación (artículo 57 del Decreto 2790 de 1990) y solo posteriormente, fue elevada a nivel constitucional (Constitución colombiana de 1991). Además, más que una condición de constitucional, la incorporación de esta figura a la Carta Magna persigue asegurar su perdurabilidad en el ordenamiento jurídico que eviten su abolición posterior. Igualmente, sanciones penales como el comiso no aparecen siquiera mencionadas en las constituciones y no por eso serían inconstitucionales, debido al principio de fundamentalidad de la Constitución (La Constitución recoge solo lo esencial).

En fin, la extinción de dominio tiene naturaleza constitucional, decíamos, porque protege el fin social de la propiedad privada, y defiende el patrimonio adquirido legalmente y aquel cuyo uso se corresponde con dicha función.

IV. Características

- Autonomía e Independencia

La extinción de dominio está dirigida a crear un régimen autónomo e independiente de cualquier otro. Aunque reconoce sus raíces en el derecho civil y en el derecho penal, persigue desvincularse de sus fundamentos, instituciones y procedimientos.

A diferencia del proceso penal, la acción de extinción de dominio no se dirige sobre personas sino sobre bienes ilícitos. No es un instituto puramente civil, porque no trata de la relación entre particulares, sino que es un instrumento de política criminal que afecta patrimonio ilícito como vehículo para debilitar a las organizaciones criminales. No pertenece al ámbito administrativo, ya que involucra restricciones a derechos fundamentales que solo pueden autorizar entes jurisdiccionales.

Se trata, pues, de un nuevo derecho que pretende emanciparse del derecho ordinario, abriéndose paso como en su momento lo hicieron otras ramas del derecho. La búsqueda de esta individualización lo lleva a diseñar legislación, instituciones y procedimientos especializados.

Como consecuencia de lo anterior, no requiere la existencia de sentencia penal previa. Esta característica se explica porque el proceso de extinción de dominio tiene su propio objeto y causa a pedir, que son distintos a cualquier otro.

Respecto al proceso penal, este atribuye a una persona la concurrencia de los elementos del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) y la pena, mientras que la extinción de dominio trata sobre los nexos entre actividades ilícitas, bienes y causales de extinción y su consecuencia patrimonial. Incluso, respecto al delito, como hemos visto antes, en la extinción de dominio solo se debate la concurrencia de los aspectos objetivos del tipo penal, y no de los subjetivos. De modo tal que no hay identidad sobre el objeto entre el proceso penal y el de extinción.

- Acción In rem

Como hemos dicho antes, la aplicación de la extinción de dominio recae sobre bienes, sobre la cosa, no sobre personas. De ahí que este instituto provee un espacio para la discusión judicial sobre el origen o destinación ilícita del patrimonio.

Esta distinción, al poner de manifiesto su objeto, impacta sobre el régimen de derechos y garantías imperante. Las imágenes de los derechos protegidos dentro del proceso penal son reemplazadas por otras que corresponden al régimen civil, precisamente, porque su objeto es el patrimonio. Por ejemplo, en la extinción de dominio es inejecutable la presunción de inocencia porque no puede pre-

sumirse la inocencia de un bien inmueble o un automóvil cuyo derecho pretende extinguirse. Dada la naturaleza del instituto, acción y proceso, en la extinción de dominio brillaría el principio de presunción de la buena fe, contenido en el artículo 419 del Código Civil según el cual “La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe del poseedor corresponde la prueba”, al igual que el artículo 1109 de la misma excerta: Los contratos obligan al cumplimiento de lo pactado según sean conformes a la buena fe.

- Intemporal

Los efectos de las leyes de extinción de dominio se denominan “retrospectivos” porque son capaces de alcanzar bienes ilícitos, incluso, antes de la aprobación de su marco legal. Pero ¿cómo esto es posible? Porque en lugar del principio de favorabilidad, aplicable en materia criminal (artículo 46 constitucional), para efectos de la situación jurídica de los bienes adquiridos o con destinación ilícita, rige la teoría de los derechos adquiridos. Según esta, los actos ilícitos no generan justo título, ni una situación jurídica consolidada, ni derechos adquiridos. Es como si nunca hubiesen existido. El título de propiedad es solo aparente. La extinción de dominio se ocupa solo de declarar la inexistencia de supuestos derechos obtenidos aún en el pasado.

La intemporalidad de la extinción es consecuente con la doctrina dominante sobre los derechos reales, a la luz de la cual estos se adquieren solo en la medida que medie el título y el modo previsto en la ley. En el caso de los bienes de origen ilícito, el individuo carece

de un justo título que lo legitime a adquirir el derecho de dominio, pues, aunque se verifique el perfeccionamiento del modo, ninguna persona puede alegar válidamente como título legítimo de propiedad, la comisión de una conducta prevista en la ley como ilícita (Martínez: 2015).

En cambio, los propietarios con justo título, las leyes no son retroactivas, porque dichas leyes no pueden alterar o cambiar una situación jurídica consolidada y que resulta en derechos adquiridos.

- Jurisdiccional

La extinción de dominio tiene carácter jurisdiccional porque toda decisión que restrinja derechos fundamentales no puede situarse en autoridades de carácter administrativo.

Tribunales constitucionales de la región se han pronunciado sobre esta particularidad. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través de Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013, sostuvo lo siguiente:

Entonces, la acción de extinción de dominio, no puede darse a través de un procedimiento administrativo, por el carácter de la acción y dada la connotación en la afectación a derechos individuales de las personas; ya que, esa “naturaleza administrativa” no asegura que se cumplan estándares mínimo inherentes a la garantía del debido proceso,

porque la “naturaleza administrativa” de un proceso, pone a éste en manos de autoridades de esta naturaleza, con total ausencia de probidad, que no garantizan independencia ni imparcialidad, por su vinculación a funciones que son propias del Órgano Ejecutivo, quien en las acciones de extinción de dominio podría aparecer como juez y parte, en evidente concentración de funciones, lo que indudablemente lesionaría derechos y garantías constitucionales” (citado por Santander: 2017).

De ahí que la extinción de dominio no podría dictarse a golpe de decreto o mediante tribunales en la órbita administrativa, sino judicial.

V. Antecedentes del Régimen de Extinción de Dominio en el derecho panameño

Vistas las principales características de la extinción de dominio, hay que preguntarse ¿qué tan novedoso pueden ser alguno de estos rasgos en el derecho panameño? Para responder a esta interrogante, haremos una mirada retrospectiva para comprobar que varias de dichas cualidades encuentran antecedentes en el ordenamiento jurídico y jurisprudencia nacional. Veamos:

1. La Expropiación

En Panamá, la expropiación está regulada constitucionalmente por los artículos 48 y 51. Según jurisprudencia constitucional nacional,

estas disposiciones expresan dos formas de expropiación: la ordinaria y extraordinaria.

En el caso de la expropiación ordinaria, la misma ocurre cuando una ley señala los motivos de utilidad pública o de interés social que el bien que va a ser expropiado debe satisfacer. En este supuesto, es necesario que un J. decrete la expropiación, fije la indemnización, y que el Estado pague el monto establecido, antes de que se haga la transferencia del bien; mientras que, la expropiación extraordinaria la Constitución otorga al Órgano Ejecutivo la facultad para decretar la expropiación de un bien o su ocupación material, cuando existan motivos derivados de un estado de guerra, de grave perturbación del orden público o de interés social urgente, que exijan la toma de medidas inmediatas para atender tales situaciones...implica una limitación temporal de los derechos reconocidos al propietario, principalmente el uso y disfrute, pero que no genera una pérdida de la propiedad (fallo del 12 julio de 2010 bajo ponencia del magistrado Oyden Ortega).

Como es sabido, en la expropiación no se discute el origen del bien, ni su origen. Tampoco el debate recae sobre una supuesta vinculación a actividades ilícitas; por tanto, no pone en duda su legitimidad. En la expropiación, el objeto de discusión estriba en

la existencia de motivos de utilidad pública o interés social que justifican la apropiación, por ejemplo, para definir y formalizar asentamientos comunitarios, recuperación de bienes históricos y urbanismo o garantizar la paz y armonía social.

En estos casos, se trata de un acto que se opone a la voluntad del expropiado; y, por tanto, el monto a indemnizar lo fija el juez. Ciertamente, la legitimidad del bien explica la indemnización para el dueño.

En la extinción de dominio, por el contrario, el afectado no recibe contraprestación alguna justamente porque el bien carece de legitimidad, dado su origen o uso ilícitos. El afectado no cuenta con un justo título, solo un derecho aparente que, luego de comprobada su ilicitud, se declara su titularidad a favor del Estado sin indemnización.

A pesar de las notables diferencias entre ambas figuras, la expropiación es muy representativa de cómo la Constitución prioriza el bienestar general (valor expresado en el Preámbulo) y cómo el interés privado cede ante el interés público o social (Artículo 50). Y, si ese interés individual cede tratándose de bienes lícitos, con mayor razón, dicho interés debería menguar tratándose de patrimonio ilícito.

2. La Nulidad Absoluta de los Contratos

En la legislación civil panameña, todos los contratos (obligación dar, hacer o no hacer algo) deben estar acompañados de requisitos

esenciales para su validez, como el consentimiento de los contratantes, el objeto materia del contrato y la causa de la obligación (Artículo 1112). Para los efectos de este análisis, nos ocuparemos de estos dos últimos:

- El Objeto del contrato

El objeto del contrato es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de los contratantes (Diez Picazo y Gullón, p. 46). A su vez, dicho objeto debe ser necesariamente lícito.

Sobre el particular, el Código Civil panameño distingue entre “cosas” y “servicios” al decir que son objeto de contrato: a) todas las cosas que no estén fuera del comercio, y/o b) los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (Artículo 1122).

Respecto a las “cosas”, hay que tener presente que se consideran bienes, muebles o inmuebles, todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación. No pueden ser objeto de contrato las cosas que no pueden ser apropiadas, es decir, las ilícitas. Por mencionar algunos ejemplos, no pueden ser objeto de apropiación seres humanos, sustancias estupefacientes, armas de guerra o los bienes de uso público (descritos en el Artículo 258 Constitución).

En el caso de los “servicios”, estos tampoco deben ser contrarios a las leyes. Así, por ejemplo, no puede constituirse en objeto lícito de contrato el mandato para el sicariato, o el servicio de transporte de estupefacientes o el depósito de medicamentos falsificados.

- Causa del contrato

Para la doctrina, la causa es el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio, y que, por ejemplo, en la compraventa será el intercambio de una cosa por precio; en el arrendamiento, el intercambio de goce de cosa ajena a cambio de una merced; en la donación, el de enriquecer al donatario por ánimo de libertad (Diez Picazo y Gullón: 2016).

En la legislación civil de Panamá, en los contratos onerosos, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, es el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (Artículo 1125).

Para la existencia de la causa, esta siempre debe ser lícita o *bona fides* que, como principio general del derecho, significa que las partes se comportan con honradez, con conducta recta u honesta, aún en actos, contratos o procesos (Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2023). La doctrina civilista ha dicho de forma sostenida que “Todo compromiso ha de tener causa honesta” (Pothier, p. 32). Y no es honesto que las partes contraten bajo causa ilícita, es decir, cuando se oponen a las leyes o a la moral (Artículo 1126 del Código Civil).

La ilicitud de la causa puede apreciarse en el fenómeno del *testaferrato*, que recurre a distintas clases de contratos como vehículo para el blanqueo de capitales mediante la transformación o conversión de bienes y riqueza ilícita.

- Los efectos de la nulidad absoluta del contrato

Téngase en cuenta que la propiedad con objeto y causa lícita está protegida frente a leyes que pretendan desconocer derechos adquiridos. La licitud hace que el propietario ostente un justo título y siempre se encontrará a salvo de cualquier amenaza a su derecho adquirido y, por lo tanto, no operan leyes retroactivas en su perjuicio.

Pero, cuando estos elementos son ilícitos, surgen consecuencias patrimoniales. El Código Civil panameño sostiene que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor (Artículo 5) y no producen efecto alguno (Artículo 1126) y que cuando el objeto y/o la causa es ilícita el contrato es nulo absolutamente (Artículo 1141).

Esta misma previsión la encontramos en el artículo 7 Código de Comercio al decir que: “

No tienen valor ni efecto los actos de comercio de cuya ejecución resulte ofensa al derecho público panameño o a los principios del orden público. Los que se celebren en contra de las leyes prohibitivas, serán nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa.” (subrayado nuestro).

La nulidad absoluta es *ab initio* (desde el inicio), tiene carácter insubsanable, de modo que, respecto a supuestos derechos entre las partes, estos nunca nacieron a la vida jurídica. Estos contratos no

crearon una situación jurídica consolidada ni válida y, por tanto, ninguno de los contratantes podría invocar la existencia de derecho adquirido alguno.

En el derecho romano, este tipo de nulidad era considerada *ipso iure*, de pleno derecho, considerándose el acto como si no hubiera existido, inexistente sin valor ante la ley, y con efectos retroactivos hasta el momento en que el hecho se formó, sin que pueda servir de justo título para adquirir derechos a base de prescripción (Petit: 1988).

Por ejemplo, si una donación tiene como causa, ya no la liberalidad del donante y su deseo de enriquecer al donatario, sino más bien ocultar riqueza ilícita, ese acto es nulo y por tanto no generó derechos adquiridos.

En el Código Civil, esta nulidad opera a través de reclamación judicial oficiosa o interpuesta por el Ministerio Público:

Artículo 1143. La nulidad absoluta puede y debe declararse por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede igualmente pedirse su declaración por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por la prescripción extraordinaria.

La legislación civil continúa diciendo que, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubieren sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta (Artículo 1156).

Es decir, la legislación civil va más allá de la simple recuperación de efectos o instrumentos del delito al incluir la cosa o el precio del contrato, aspectos patrimoniales que deben ser perseguidos por el Ministerio Público.

Este antecedente en el derecho civil, sin duda alguna, sienta las bases para la persecución del patrimonio ilícito aún en el pasado. Precisamente, porque un contrato celebrado, aún en época anterior a leyes de extinción de dominio, si tiene objeto o causa ilícita nunca generó derechos. Y es aquí donde interviene la figura de la retrospectividad según la cual, la ausencia de un justo título hace que el propietario solo lo sea de manera aparente porque se trata de un vicio absoluto e insubsanable en el tiempo.

Este mismo principio opera a favor de los bienes de dominio público (Artículo 258 de la Constitución). En reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, del 13 de mayo de 2021, declaró inconstitucional el artículo 2-A de la Ley 5 de 1988 que respecto al sistema de ejecución de obras públicas por concesión administrativa. En relación al procedimiento de desafectación, dijo que los bienes de dominio público del Estado son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

- La Retrospectividad e Imprescriptibilidad de la Extinción de Dominio en el derecho constitucional comparado

El International Centre for Asset Recovery del Instituto Basel para la Gobernanza (2021) ha recopilado un cúmulo de sentencias en materia de constitucionalidad respecto a la retrospectividad e imprescriptibilidad dictados por tribunales de justicia en El Salvador, Honduras y Guatemala a partir del entendimiento que la extinción de dominio declara la inexistencia de derechos, no importando su época de obtención.

Entre los fallos recopilados se encuentra la Sentencia de la Sala de lo Constitucional 146-2014/107-2017 de El Salvador, de fecha 28.05.2018, que señaló que...

...una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Es decir, la retroactividad exige que la situación jurídica de que se trate ya haya cumplido con las normas que prevén las condiciones necesarias para su surgimiento” “...la aplicación de la extinción de dominio es imprescriptible en cuanto a la adquisición ilícita, porque tiene efectos permanentes y la destinación implica un carácter continuado. En otras palabras, la transgresión a la legalidad perdura en el tiempo...

La sentencia 1739-2012 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala dijo que al no existir un derecho consolidado que proteger, dado que la expectativa de un derecho que se ampara en actos ilegítimos no puede ser protegida, queda expedita la vía de la acción de extinción de dominio sobre bienes cuya adquisición derive de actos ilícitos, lo cual no implica que se esté aplicando el procedimiento de manera retroactiva.

La jurisprudencia de Honduras con sentencia RI-706-1110, indicó que si bien es cierto su carta magna contempla la irretroactividad de la ley, también lo es, que al hacer el juicio de contraste entre la norma constitucional y el cuestionado artículo de la Ley de Privación del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, no se encuentra que contravenga la norma constitucional; y esto se estima así, dado el carácter objetivo y real de la acción de extinción de dominio que posibilita su aplicación con independencia del momento en que se adquirieron los bienes; acción que únicamente se llevara a cabo cuando concurran las causales de extinción de dominio.

En el caso de Perú, el Instituto Basel muestra un ejemplo de la aplicación retrospectiva de la acción de extinción de dominio. Este es el caso de la sentencia emitida por Tribunal Especializado de Transición sobre Extinción de Dominio, en diciembre de 2020, sobre una cuenta bancaria de más de 600 USD mil. El proceso conocido como “La Monja” se llevó a cabo contra Nelly Evans por delito de terrorismo, en el año 2016, aunque la creación de la cuenta y la transferencia de dinero, se remontan a la década de los años 80.

Si analizamos esta jurisprudencia en el derecho comparado, podemos hacer paralelismos entre la nulidad absoluta de contratos por ilicitud contenida en el Código Civil panameño y el régimen de extinción de dominio.

2. El Comiso Penal y el Decomiso sin Condena

Otro antecedente de la extinción de dominio se encuentra en el comiso penal.

Sobre el particular, el Código Penal panameño contiene dos formas de comiso: la primera, como sanción accesoria de una pena principal; y otra, más excepcional, como pena principal en forma de Comiso por extinción de la acción penal.

- Comiso como pena accesoria

El comiso es mayormente conocido como una pena accesoria, es decir, como consecuencia de la aplicación de la pena principal. Una vez declarada la responsabilidad penal sobre el acusado y cuando corresponde aplicar penas principales (por ej. la prisión, el arresto de fines de semana o días multa), adicionalmente, debe imponerse la pena de comiso sobre bienes utilizados o provenientes del delito. Esta aplicación tiene carácter obligatorio, aunque no esté prevista para el delito que se trate.

En ese sentido, según el artículo 75 del Código Penal: *“El comiso consiste en la adjudicación de los bienes, activos, valores e instrumentos*

utilizados o provenientes de la comisión del delito. Se excluyen los pertenecientes a terceros no responsables del hecho”.

Según la doctrina nacional, el comiso solo priva con carácter definitivo el bien de quien es su dueño, y no es un acto traslativo de derechos de la titularidad del bien (Alvarado Escala: 2021).

- Insuficiencia del Comiso Penal y el Decomiso sin condena en Panamá

El comiso tradicional enfrenta importantes limitaciones para su aplicación, razón que explica el surgimiento de alternativas para embargar y disponer de bienes procedentes del ilícito fuera del contexto del proceso penal.

Entre las insuficiencias del comiso, podemos mencionar, en primer lugar, que se circunscribe a bienes, activos, valores e instrumentos “utilizados” o “procedentes” del delito. Téngase en cuenta que la extinción de dominio contiene causales más amplias de aplicación, como, por ejemplo, la extinción sobre las ganancias de la riqueza ilícita, los bienes mezclados o los bienes equivalentes. Es decir, la extinción de dominio persigue el rastro del patrimonio ilícito más allá de las posibilidades que ofrece el comiso.

Por otro lado, el comiso contenido en el artículo 75 del Código Penal indica taxativamente que “Se excluyen los (bienes) pertenecientes a terceros no responsables del hecho.”

Téngase presente que comúnmente las organizaciones criminales colocan bienes a nombre de personas a quienes no es posible atribuirle delito alguno o para quienes el *ius puniendi* no tiene mayor interés por efecto del principio de derecho penal mínimo. Por ejemplo, estos grupos colocan bienes a nombre de inimputables, más específicamente, personas menores de edad quienes escapan de la acción penal ordinaria. También es posible que estas organizaciones, abusando de su posición de poder y aprovechando la condición de vulnerabilidad de adultos mayores, trabajadores domésticos o empleados de confianza los utilizan como prestanombres y que, bajo circunstancias muy especiales, pueden carecer de autodeterminación de acuerdo con su comprensión (Artículo 36 del Código Penal) y, por tanto, los procesos penales podrían resultar ilusorios.

Incluso, la aplicación de métodos alternos de terminación del proceso, como el acuerdo de pena, pueden interrumpir investigaciones patrimoniales en curso, teniendo como resultado que la averiguación patrimonial no pueda retomarse posteriormente por tener la condición de cosa juzgada.

El comiso tampoco puede aplicarse en caso de fuga del imputado/acusado, ya que el proceso penal no puede adelantarse en su ausencia (Artículo 93 núm. 12, Artículo 278 y Artículo 285 Código Procesal Penal).

Otras razones, mucho más pragmáticas, aconsejan implementar respuestas de política criminal más allá del comiso penal. Es común que las tradicionales técnicas de investigación criminal se ocupen del individuo más que sobre los bienes ilícitos debido a la necesidad apremian-

te de satisfacer los requerimientos del delito (establecer la conducta, típica, antijurídica y culpable) dentro de unos plazos perentorios por efectos de la protección de la libertad personal. Estas circunstancias de orden práctico conllevan usualmente a que la investigación penal trate a la investigación patrimonial como algo de carácter secundario, meramente residual y de ahí la necesidad de su emancipación.

Las carencias de la típica respuesta penal y la evidente impunidad patrimonial han movilizad a la comunidad internacional para adoptar otras formas de persecución patrimonial que permitan el decomiso sin condena penal.

La no prejudicialidad o decomiso sin condena penal se ha incorporado a instrumentos internacionales adoptados por la República de Panamá. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Panamá mediante Ley 15 de 2005, en su Artículo 54.1.c) establece que cada Estado considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

Al mismo tiempo, la Recomendación Núm. 4 de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) nos dice que:

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o ins-

trumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales. (subrayado nuestro).

En líneas siguientes veremos cómo este nuevo enfoque ha sido incorporado al derecho nacional.

- El Comiso por extinción de la acción penal

El Código Penal contempla el denominado Comiso por extinción de acción penal que, por su naturaleza, no exige una sentencia condenatoria previa. Este comiso estuvo consagrado en el artículo 101 del anterior Código Penal, y hoy día está previsto en el artículo 121 del Código Procesal Penal-

Según el actual artículo 121 Código Procesal Penal sobre Comiso y responsabilidad civil *“La extinción de la acción penal no impide el comiso de los instrumentos con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan ni la responsabilidad civil derivada de él”*.

Recordemos que la extinción de la acción penal se produce por muerte del imputado (requiere la imputación previa), desistimiento, prescripción y cumplimiento de la mediación o conciliación (Artí-

culo 115 del Código Procesal Penal). Es decir, es posible comisar los instrumentos del delito sin que preexista sentencia condenatoria.

Este es un importante antecedente de la extinción de dominio en Panamá porque separa las consecuencias patrimoniales del delito de la declaratoria previa de la responsabilidad penal. Además, como también acontece en la extinción de dominio, la discusión procesal se enfoca en los elementos objetivos del delito (no en los subjetivos, como el dolo del agente).

Este tipo de comiso fue objeto de acción de inconstitucionalidad durante la vigencia del Código Penal anterior. En aquella época, los demandantes manifestaron que esta figura equivale a la confiscación, prohibida a nivel constitucional, y violaba el debido proceso, el derecho constitucional a la propiedad y la presunción de inocencia. Coincidentemente, hoy día, la oposición al régimen de extinción de dominio le atribuye estos mismos cargos.

La precitada demanda de inconstitucionalidad fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de Panamá mediante fallo del 22 de septiembre de 2000, con José A. Troyano como magistrado ponente, en los siguientes términos:

- Respecto a que este comiso viola la **prohibición de la confiscación**, la Corte Suprema de Justicia señaló que la figura del “comiso” establecida en el (entonces) artículo 101 del Código Penal, es diferente a la de la “confiscación”, contenida en el artículo 30 de la Carta

Fundamental, porque en la confiscación el Estado se apropia de los bienes del condenado, aun cuando estos nada tengan que ver con la naturaleza del delito cometido y aunque no hayan sido utilizados en la comisión del ilícito; mientras que el comiso es una pena accesoria consistente en la pérdida y adjudicación al Estado de los instrumentos con los que hubiese cometido el hecho punible (*instrumenta sceleris*) y de los efectos que provengan de este (*producta sceleris*) y, por pura lógica jurídica, este tipo de comiso es una pena principal de carácter patrimonial *“...sin necesidad de la demostración de la responsabilidad penal del presunto infractor ni la necesidad de la existencia de una pena personal en su contra, de manera que en este sentido no sería jurídico afirmar que se produce violación a la Constitución por el hecho de que los bienes sean decomisados sin que exista otra pena a la cual acceda o porque no se haya determinado la responsabilidad penal del inculpado, como sostienen los demandantes”*.

- Respecto a la supuesta violación del **debido proceso legal** porque el comiso es prácticamente una confiscación de bienes que prohíbe la Constitución Nacional y que se decreta sin que se hayan investigado todos los bienes en un proceso legal en que determine la responsabilidad penal de la persona investigada, ni se haya probado ni sancionado y que por otro lado se le confisquen otros bienes que no figuraron dentro de la referida investiga-

ción penal, la Corte expresó que la figura del comiso y de la confiscación de bienes, son dos figuras distintas; *“en consecuencia, el comiso, ya sea como pena principal o accesoria, no es prohibido por la Constitución Nacional.”*

- Respecto a la supuesta violación del **derecho a la propiedad privada**, la Corte Suprema sostuvo que *“No comparte la Corte el criterio de la demandante, toda vez que no puede considerarse lesionado el derecho de propiedad de una persona que utilizó el bien para la comisión de un delito, porque esa propiedad estaría sirviendo para un uso perjudicial para la sociedad y para el Estado, lo que justifica su comiso pues por otro lado no se puede perder de vista que al tenor de lo dispuesto en el artículo 45 Constitucional, “La propiedad privada implica obligación para su dueño por razón de la función social que debe llenar”.*
- Respecto a la supuesta violación del **principio de inocencia**, al disponer la condena de comiso sobre determinados bienes, sin que se haya surtido un proceso que contenga todas las garantías legales y constitucionales vigentes, y sin que medie sentencia condenatoria en firme, que determine qué bienes provienen o no de la comisión del delito, la Corte Suprema expresó que: *“No coincide el criterio del Pleno con el del demandante, porque el principio de presunción de inocencia contenido en la norma constitucional bajo análisis es de naturaleza personal, es decir, que se refiere a la relación procesal de la persona del imputado*

respecto a la comisión de los hechos que constituyen delito en las sumarias, y no de sus bienes”. Es decir, al igual que la extinción de dominio, este tipo de comiso recae sobre los bienes (in rem) y no es una pena personal.

La importancia de este precedente es que, al considerar conforme a la Constitución el comiso por extinción de la acción penal, por analogía, algunos de estos mismos argumentos podrían exportarse para validar la constitucionalidad de la extinción de dominio.

3. Proceso Sumarísimo de Decisión Anticipada

El comiso sin condena ha seguido evolucionando en la legislación panameña.

En efecto, la Ley 34 de 2010, que modifica la Ley 23 de 1986, sobre delitos relacionados con drogas, instituye un proceso para la decisión anticipada de la situación jurídica de los bienes aprehendidos. En este proceso, el fiscal podrá interponer el proceso de Decisión Anticipada por flagrantes delitos por hechos relacionados con blanqueo de capitales, terrorismo, delitos relacionados con drogas, narcotráfico y delitos conexos. La decisión puede recaer sobre bienes aprehendidos, a saber, derechos reales, principales o accesorios, con valor superior a B/10,000. La sentencia declarará la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, segregaciones, gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o uso del bien, sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza para su titular, y ordenará su traspaso a favor del Estado.

Esta legislación fue aprobada con posterioridad a la adopción del modelo acusatorio, pero antes que hubiera iniciado su implementación. Recuérdese que el modelo acusatorio fue aprobado mediante Ley 63 de 2008 y su implementación se inició en el año 2011 en el II Distrito Judicial (provincias de Coclé y Veraguas). Es decir, el proceso de Decisión Anticipada no está derogado.

Hay que destacar que la legislación en comento tuvo como propósito resolver la situación jurídica de bienes incautados a través de un mecanismo alterno más expedito que el comiso penal, y tiene el mérito de ser pionera en alguno de sus aspectos al proclamar su autonomía e independencia respecto al proceso penal, eximir la necesidad de sentencia penal previa, y menciona por primera vez la “extinción” de derechos como consecuencia del delito.

A pesar de estos avances, dicha ley posee algunas características que la distinguen de la extinción de dominio, principalmente porque el proceso de Decisión Anticipada no es completamente autónomo del proceso penal.

Si bien el artículo 6 de la Ley 34 define la acción para la Decisión Anticipada sobre bienes aprehendidos como “autónoma e independiente de cualquiera otra de naturaleza penal”, reafirmado en el propio artículo 6 al decir que dicha acción no depende de la existencia de sentencia previa (aunque reconoce que la sentencia condenatoria puede aducirse como prueba), continúa teniendo vínculos importantes con el proceso penal.

El propio artículo 6 de dicha ley establece que la interposición de este proceso sumarísimo se hará desde el inicio de la investigación. Es decir, debe preexistir una investigación penal sobre delitos de blanqueo y drogas.

Y, por otro lado, el artículo 5 de la Ley 34 titula a este proceso como “proceso sumarísimo de decisión anticipada de la situación jurídica de los bienes aprehendidos provisionalmente”, de modo tal que los bienes en cuestión se aprehenden previamente dentro de un proceso penal y no en el proceso sumarísimo de decisión anticipada.

Estas matizaciones ubican al proceso de Decisión Anticipada como una de las formas del decomiso sin condena, pero sin alcanzar los estándares de una extinción de dominio. Aunque, es un avance significativo para desligar la situación jurídica patrimonial del proceso penal.

4. La Carga Dinámica de la prueba

En cuanto a las responsabilidades probatorias, en especial, la carga de la prueba, tengamos presente que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, también conocida como la “Convención de Viena”, fue aprobada por la República de Panamá mediante Ley 20 de 1993. En su artículo 5, párrafo 7, introdujo la llamada inversión de la carga de la prueba:

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen

lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

Poco tiempo después, Panamá aprobó la Ley 13 de 1994, que adiciona el artículo 24-A a la Ley No. 23 de 30 de diciembre de 1986. Esta legislación adoptó la regla de inversión de la carga de la prueba en determinados procesos penales:

Artículo 24-A: Le corresponderá al imputado por la comisión de los delitos de narcotráfico y delitos conexos demostrar que los bienes que le han sido aprehendidos provisionalmente provienen de actividades lícitas y que no son productos de la comisión del delito ni han sido utilizados en su ejecución (subrayado nuestro).

Esta disposición fue demandada como inconstitucional bajo el argumento que violentaba el **principio de presunción de inocencia**, ya que se le impone al ciudadano imputado de la comisión de delito de narcotráfico y delitos conexos, que demuestre su inocencia, cuando aún no se le ha vencido o probado su culpabilidad en juicio público. Manifestó el demandante que el imputado de estos delitos, igualmente tiene derecho a que se presuma que tanto los valores, dineros y bienes que se le aprehendan en forma provisional, son legales o lo que es igual, lícitos y que no provienen de transac-

ciones ilegales o sean provenientes del injusto, razón por la cual la norma legal vulnera el artículo 22 constitucional, puesto que nadie es culpable hasta que se le demuestre lo contrario, previo el cumplimiento de las garantías a las cuales tiene derecho todo imputado.

Esta controversia fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 6 de octubre de 1998, bajo la ponencia del magistrado José A. Troyano, declarando que no era inconstitucional el referido artículo 24-A. En su parte motiva, el fallo de constitucionalidad sostuvo lo siguiente:

Retornando al tema de la carga de la prueba, que para garantizar el principio de presunción de inocencia debe recaer en el Estado (Ministerio Público), es importante recalcar que al igual que el tema del derecho a la intimidad, el principio que ahora nos ocupa está dejando de ser un principio absoluto en materia probatoria precisamente por la responsabilidad del Estado de enfrentar el narcotráfico...

Es pues, este compromiso internacional, entre otros fundamentos, lo que origina la adición del artículo 24 A a la Ley 23 de 30 de diciembre de 1986 que invierte la carga de la prueba, sin que ello implique, violación a la presunción de inocencia, aunque sí excepción al mismo en casos especiales y bajo los parámetros que señala la Ley, situación

esta que ha sido aceptada a nivel internacional como ocurre con la Convención de Viena...

...el artículo 24-A atacado brinda al imputado la oportunidad del contradictorio, de aportar pruebas y de hacerse oír dentro del proceso, a fin de desvirtuar las pruebas circunstanciales que motivaron la aprehensión de bienes que no fueron empleados ni derivados de la comisión de delitos de narcotráfico, como lo permite el artículo 22 de la Ley 23 de 1986 posterior a su modificación.

Téngase presente que esta normativa fue el precedente de la Ley 59 de 1999 sobre enriquecimiento injustificado y cuyo artículo 8 estableció que la persona denunciada deberá presentar las pruebas que justifiquen el origen y procedencia de los bienes que posea y que superen los declarados o superen sus posibilidades económicas.

Posteriormente, con la aprobación del Código Procesal Penal se derogó la legislación previa en la materia. Si bien la nueva normativa se fundamenta en principios acusatorios y que, como regla general, la carga de la prueba corresponde al Fiscal (Artículo 72 CPP), al mismo tiempo introdujo la excepción de la inversión de la carga de la prueba para efectos del levantamiento de medidas cautelares reales.

En ese sentido, el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal recogió el mismo contenido del artículo 24-A de la Ley 23 al decir:

Artículo 257 Código Procesal Penal. Carga de la prueba en materia de bienes. Los imputados por los delitos de blanqueo de capitales, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento injustificado, terrorismo y narcotráfico deberán demostrar la procedencia lícita de los bienes aprehendidos para solicitar el levantamiento de la medida.” (subrayado nuestro).

Hasta ese momento la legislación se refería a que al afectado “le corresponderá o deberá demostrar” la procedencia ilícita. No obstante, después la ley ha suavizado su lenguaje respecto a la responsabilidad probatoria. Así, por ejemplo, en el proceso de Decisión Anticipada de Bienes Aprehendidos, aprobado por la Ley 34 de 2010, se nota la preferencia por el modelo de la Carga Dinámica de la Prueba, al decir expresamente su artículo 7.4 que los afectados podrán aducir las pruebas que estimen pertinentes y explicar el origen lícito de sus bienes.

En la carga dinámica de la prueba “el que tiene mejor posición de probar tiene que hacerlo” (Rojas Cruz: 2021). Es decir, el Estado no renuncia a su obligación probatoria, no traslada automáticamente la carga de la prueba al afectado, el Estado no asume un rol pasivo frente a su deber de averiguación. En su lugar, entiende que la parte con mejor condición de probar un hecho debe contribuir a su probanza, ya sea el Ministerio Público o el afectado. Y, reconoce que, en ocasiones, será el propio afectado quien pueda brindar mejores explicaciones sobre el origen o naturaleza de sus bienes,

dando amplias oportunidades procesales para hacer las aclaraciones respectivas. Vale destacar que, en el ámbito del derecho comparado, en materia de extinción de dominio, la carga dinámica de la prueba ha ido desplazando al concepto de inversión de la carga de la prueba.

Se puede inferir que, si ya la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba, estándares mucho más flexibles consignados en la ley, como la carga dinámica de la prueba, deberían aprobar el test de constitucionalidad.

5. La jurisdicción de cuentas

La Jurisdicción de Cuentas fue introducida con las reformas constitucionales de 2004 y desarrollada mediante Ley 67 de 2008, reformada por Ley 81 de 2013. Fue instituida para investigar y juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y los bienes públicos.

Esta legislación considera empleado de manejo a todo servidor público, mientras que agente de manejo es toda persona natural o jurídica, que para ambos casos: reciba, recaude, maneje, administre, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice, pague o fiscalice fondos o bienes públicos.

Esta jurisdicción tiene autonomía e independencia funcional, respecto al ámbito penal, ya que su artículo 4 de la Ley 67 de 2008 proclama que *“La responsabilidad patrimonial por los actos establecidos en la presente Ley es independiente de la responsabilidad administrativa, penal o disciplinaria que estos conlleven”*.

El proceso de la jurisdicción de cuentas recae sobre personas, dado que el Tribunal de Cuentas decide la causa a través de una Resolución de Cargos, cuando implique la condena o declaratoria de la responsabilidad patrimonial del involucrado o de los involucrados y determina lesión patrimonial. Asimismo, denomina Resolución de Descargos cuando implique la absolución o inexistencia de la responsabilidad de los involucrados.

En cuanto al ámbito de aplicación de medidas cautelares patrimoniales, éstas pueden aplicarse...

Sobre los bienes respecto de los cuales a pesar de que no figuren como parte del patrimonio del investigado o procesado, existan indicios de los cuales se deduzca que provienen de manera directa o indirecta de bienes, fondos o valores sustraídos indebidamente del patrimonio del Estado.” (subrayado nuestro).

No queda claro si la responsabilidad alcanza, como en la extinción de dominio, las ganancias obtenidas, o la mezcla o bienes equivalentes.

En cuanto a la cuantía de la condena, según el artículo 75 de la Ley 67, no será nunca inferior al daño o al menoscabo que haya recibido el Estado en su patrimonio y se incrementará con un interés mensual no mayor del uno por ciento (1%), que se calculará desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

6. El congelamiento preventivo

La Ley 23 de 27 de abril de 2015 que adopta medidas para prevenir el Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, introduce el llamado congelamiento preventivo.

Según su artículo 49 y siguientes, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con lo establecido en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, números SR/RES/1267, SR/RES/1988, SR/RES/1373, S/RES/1718, S/RES/1737 y todas las sucesoras, u otras resoluciones que se emitan sobre esta materia, a fin de prevenir el uso de sus productos y servicios para la comisión de actos de terrorismo, su financiamiento, así como el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, designa personas como terroristas en listas que el Gobierno de Panamá (vía Ministerio de Relaciones Exteriores y a su vez Unidad de Análisis Financiero) distribuyen a los sujetos obligados para que congelen preventivamente sus fondos, bienes o activos.

Una vez que un sujeto obligado financiero practique la medida, la comunica a la Unidad de Análisis Financiero y esta a su vez al

Ministerio Público para someterla a control posterior ante la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia para constatar la coincidencia entre la lista de personas designadas como terroristas y la persona natural o jurídica cuyos bienes hayan sido congelados. Para levantar las medidas, la persona natural o jurídica debe ser excluida previamente de las referidas listas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Como se puede apreciar, el congelamiento preventivo se produce fuera del contexto de un proceso penal y sin una previa sentencia. A pesar de que esta figura tiene un carácter cautelar, para los propósitos de nuestro análisis destaca que el cese de la medida no está condicionado al resultado (absolutorio) de un hipotético proceso penal, ni siquiera que este resultado se produzca dentro del Estado requerido, ya que dicho cese dependerá exclusivamente de la decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

El congelamiento preventivo es una figura que puede incluirse en el conjunto de medidas de embargo y/o decomiso sin condena vigentes en Panamá porque separa su aplicación y sus efectos del resultado de los procesos penales.

VI. Conclusiones

- La extinción de dominio revela el esfuerzo de la comunidad internacional por combatir el fenómeno de la criminalidad organizada transnacional desde una óptica

diferente a la penal. La clásica respuesta jurídico-penal ha quedado obsoleta ante la criminalidad del siglo XXI. Estas nuevas iniciativas están acorralando los flujos ilícitos procedentes de actividades que hoy día no conocen fronteras. Panamá es una pieza clave para completar el cerco, dada su importancia en el contexto del comercio mundial y como destino atractivo de inversiones. A la vez, en este momento se presenta como uno de los pocos en la región, cuya legislación no ha evolucionado hacia la extinción de dominio.

- La extinción de dominio tiene fundamento constitucional porque protege la propiedad lícitamente adquirida y aquella destinada a fines lícitos. La función social de la propiedad privada, por efecto del constitucionalismo social, explica restricciones, especialmente, cuando tenga vínculos con lo ilícito.
- Algunos aspectos de la extinción de dominio ya están presentes en el ordenamiento jurídico panameño desde principios de la era republicana, incluso con arraigo en el derecho romano. La nulidad absoluta de los contratos ilícitos, con la consecuente intemporalidad de la acción, dado que el vicio es insubsanable en el tiempo, es un ejemplo muy representativo. Hemos comprobado que, en el derecho y jurisprudencia comparada, la extinción de dominio se ha apropiado de esta misma fórmula civil para incorporarla dentro de sus pilares fundamentales.

- Si bien algunos aspectos de la extinción de dominio preexisten en el ordenamiento jurídico, es innegable que este nuevo instituto provee herramientas de política criminal que llenan vacíos importantes de las figuras jurídicas vigentes. Así, por ejemplo, la extinción de dominio amplía el ámbito de aplicación de la persecución criminal, reconociendo causales o presupuestos para extinguir derechos aparentes que escapan a las posibilidades del comiso tradicional. También sistematiza las características y efectos de la extinción de dominio en un solo cuerpo jurídico y crea un conjunto de instituciones y procedimientos especializados dirigidos a tratar el asunto de la persecución de bienes ilícitos con la relevancia que el fenómeno de la impunidad patrimonial demanda y que, en el proceso penal es visto solo de forma residual.
- En los últimos años, el derecho panameño ha mostrado una clara tendencia hacia la separación de la persecución patrimonial del proceso penal. La sentencia penal condenatoria ha dejado de ser requisito para la búsqueda del patrimonio ilícito. El comiso por extinción de la acción penal, el proceso de Decisión Anticipada de Bienes Aprehendidos, la Jurisdicción de Cuentas y el Congelamiento Preventivo son herramientas adicionales y modernas en la lucha contra los patrimonios ilícitos y que se despliegan en escenarios muy distintos al típico proceso penal.
- La extinción de dominio ha sido uno de los objetos de estudio más interesantes del reciente derecho constitucio-

nal. Algunos de los asuntos más controversiales han sido abordados por la jurisprudencia constitucional de la región para lo cual, el presente trabajo comparte fallos en materia de constitucionalidad de El Salvador, Honduras, Guatemala, Colombia, Perú y Bolivia.

- Al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha respondido a cuestionamientos sobre la constitucionalidad de formas de decomiso sin condena, por supuestas violaciones a derechos constitucionales como la prohibición de la confiscación, el principio de presunción de inocencia o el derecho a la propiedad privada. Y, como ya mencionamos, estos mismos argumentos podrían contribuir a disipar dudas y fundamentar la constitucionalidad del régimen de extinción de dominio.

Referencias

Alvarado Escala, J. 2021. El Comiso en Panamá. Editorial Cultural Portobelo. Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tesouro. Consultado en 2023. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesouro/tr1938.htm>

Díez Picazo, L. y Gullón A. 2016. Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos. Madrid.

International Centre for Asset Recovery del Instituto Basel para la Gobernanza. 2021. Retrospectividad e Imprescriptibilidad en la Extinción de Dominio. Suiza.

Martínez, W (coordinador). 2015. La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia. ICITAP/UNODC. Bogotá.

Petit, E. 1988. Derecho Romano. Editorial Porrúa. México.

Pothier, R. 1993. Tratado de las Obligaciones. Heliasta. Buenos Aires.

Rojas Cruz, J. 2021. El estándar probatorio en Extinción de Dominio en Revista especializada en el Derecho de Extinción de Dominio. Grupo de Estudio de Magistrados Peruanos de Extinción de Dominio. Lima.

Santander, G. 2017. La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado. Organización de Estados Americanos. Washington.

Santander, G. 2018. Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamento de las Causales Extintivas. Universidad Santo Tomás. Bogotá.



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
DEMOCRÁTICOS

Síguenos en nuestras
redes sociales



tepanama