



Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica



Boletín de Informaciones Jurídicas
Edición Primer Semestre
Enero-Junio 2022



Ciudad Universitaria Octavio Méndez Pereira



Autoridades de la Universidad de Panamá

2022

Dr. Eduardo Flores Castro
Rector

Dr. José Emilio Moreno
Vicerrector Académico

Dr. Jaime J. Gutiérrez
Vicerrector de Investigación y Postgrado

Mgtr. Arnold Muñoz
Vicerrector. Administrativo

Mgtr. Ricardo Him Chi
Vicerrector de Extensión

Mgtr. Mayanín Rodríguez
Vicerrectora de Asuntos Estudiantiles

Mgtr. Ricardo A. Parker D.
Secretario General

Dr. José Luis Solís
Director General de los Centros Regionales Universitarios



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2019

Dr. Hernando Franco Muñoz
Decano

Mgtr. Francisco F. Flores V.
Vicedecano

Lic. Judith Loré
Secretaría Administrativa

Mgtr. Arelys E. Ureña
Directora del Centro de Investigación Jurídica

Prof. Aresio Valiente López
Sub-Director del Centro de Investigación Jurídica

Investigadores

Mgtr. Vanessa Campos Alvarado
Mgtr. Oziel De Gracia
Mgtr. Carmen Rosa Robles
Mgtr. Belquis Cecilia Sáez N.

Asistentes de Investigación

Wilfredo Gómez
Maybelline González
Dylan Hernández
Clarisse Jované
Eyda Jazmín Saavedra Herrera

Hemeroteca
Lic. Marcial Guerrero

Secretaria
Mirna Arcia

BOLETÍN DE INFORMACIONES
JURÍDICAS N° 67
ENERO A JUNIO de 2022

EDITORES ACADÉMICOS

ARELYS E. UREÑA C.

Directora del Centro de Investigación Jurídica

ARESIO VALIENTE LÓPEZ

Sub-Director Boletín de Informaciones Jurídicas

BELQUIS C. SÁEZ N.

Catedrática de Derecho Privado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá

CONSEJO EDITORIAL

HERNANDO FRANCO MUÑOZ

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá.

CARMEN ROSA ROBLES

Directora del Departamento de Metodología y Ciencias de la

VIRGINIA ARANGO DURLING

*Catedrática de Derecho Penal.
Directora del Departamento de Derecho Penal
Universidad de Panamá.*

ROLANDO MURGAS TORRAZA

Dr. Honoris Causa. Universidad de Panamá.

AURA E. GUERRA DE VILLALAZ

Catedrática de Derecho Penal, Universidad Santa María La Antigua

*Boletín de Informaciones Jurídicas /Editado por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Último Edificio. Planta Baja. Boletín **Número 67. Enero a Junio de 2022.***

Publicación semestral. ISSN 2075-4175. Título Clave: Boletín de Informaciones Jurídicas. Título Clave Abreviado: Bol. Inf. Juríd. Correo Electrónico

[c_investigacion_juridica@ancon.up.ac.pa.](mailto:c_investigacion_juridica@ancon.up.ac.pa)

Las publicaciones fueron recibidas y aprobadas por el Comité Editorial y presentadas por en este número en la medida en que fueron recibidas de sus autores. Este Boletín aparece en LATINDEX.

COLABORADORES EN ESTE NÚMERO

ARELYS E. UREÑA C.
Directora del Centro de Inv. Jur.
Universidad de Panamá
arelis.urenac@up.ac.pa

ARESIO VALIENTE LÓPEZ.
Sub-Director - Centro de Inv. Jur.
Universidad de Panamá
diwigdi@gmail.com

VIRGINIA ARANGO D.
Universidad de Panamá
varangodurling@gmail.com

VANESSA CAMPOS A.
Universidad de Panamá,
Centro de Inv. Jurídica
vanecamposalva10@gmail.com

OZIEL DE GRACIA
Universidad de Panamá
Centro de Inv. Jurídica
odg_25@hotmail.com

NADIA NOEMÍ FRANCO B.
Catedrática Derecho Penal
CRUSAM
nnfbol@gmail.com

CAMPO ELÍAS MUÑOZ
Profesor Derecho Penal, Univ. Pmá.
campoema@gmail.com

RUBÉN D. RODRÍGUEZ PATIÑO S
Universidad de Panamá, Catedrático de
Ciencia Política, Universidad de Panamá
rodpat53@cwpanama.net

BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO
Universidad de Panamá, Catedrática de
Derecho Privado y de Familia
magistrabelquis@gmail.com

RUBÉN E. RODRÍGUEZ SAMUDIO
Universidad de Hokkaido, Japón
rubenr1618@gmail.com

RECENSIONES

MAYBELLINE GONZÁLEZ.
Universidad de Panamá
Asistente de Inv. Jurídica
maybelline.gonzalez@up.ac.pa

DYLAN HERNÁNDEZ.
Universidad de Panamá
Asistente de Inv. Jurídica
dylan.hernandez@up.ac.pa

EYDA JAZMÍN SAAVEDRA H
Asistente Técnico de Inv. Jurídica
shej1331@hotmail.com

CONTENIDO

Pág.

Presentación 9

I. DOCTRINA

A. DERECHO DE FAMILIA

SÁEZ NIETO, BELQUIS C. -- “Orígenes del Testamento Mancomunado” 11

B. DERECHOS HUMANOS

CAMPOS A., VANESSA. M. --- “El Derecho a la ciudad y su conexión con la participación ciudadana” 18

C. DERECHO DE ARRENDAMIENTO

DE GRACIA, OZIEL. --- “Arrendamiento Financiero de Bienes Inmuebles en Panamá” 31

D. DERECHO PENAL

ARANGO DURLING, VIRGINIA --- “Tutela Penal de la Libertad de Culto y Reforma Penal” 39

MUÑOZ A. CAMPO E. --- “El Objeto Material en los Delitos de Hurto Agravado” 52

E. DERECHO PROCESAL PENAL

FRANCO B., NADIA NOEMÍ---“Procedimiento de la Prisión Provisional en la Legislación española” 62

F. CIENCIA POLITICA

RODRÍGUEZ PATIÑO, RUBÉN DARIO ---- “Nubes y Relojes. Legado Patriótico de Carlos Iván Zúñiga Guardia desde la Rectoría de la Universidad de Panamá” 84

G. AUTORES INTERNACIONALES INVITADOS

RODRIGUEZ SAMUDIO, RUBÉN E. --- “El derecho al olvido en el Derecho Comparado”	88
---	----

II- RECENSIONES

Asistentes de Investigación Jurídica

COTA MENDIVEL, ADRIÁN JAZEL, “La Prevalencia de la Protección Automática en el Derecho de Autor” -- Por: Maybelline Z. González.....	99
---	----

DE GRACIA, OZIEL, “El Derecho en el Fútbol de Panamá” --- Por: Dylan A. Hernández A.....	100
---	-----

C. BARRAGÁN. “Detención provisional o libertad bajo cautela. Aproximación a un derecho garantista y utilitarista” Por: Dylan A. Hernández A.....	102
---	-----

GARCÍA VARGAS, ATANACIO JESÚS -- “La aprehensión en el Sistema Penal Acusatorio panameño” -- Por: Dylan A. Hernández A.....	103
--	-----

III. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA – Discapacidad Laboral; aspectos Importantes Por: Eyda Jazmín Saavedra Herrera.....	105
---	-----

IV. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES.	112
--	-----

V. CRITERIOS DE PUBLICACIÓN	115
--	-----

PRESENTACIÓN

Incentivando el encuentro de investigadores y docentes locales y de otras latitudes, este número demuestra que a pesar de las vicisitudes producto de la aun latente pandemia por SarsCov2, se ha logrado seguir motivando que incursionan en investigar y producir conocimiento desde el estudio y desarrollo de la ciencia y arte del Derecho.

Con esta publicación Número 67, el Boletín de Investigaciones Jurídicas continua como producción académica enriquecida del pensamiento jurídico manteniendo la calidad científica y editorial, con el propósito de continuar con la proyección global hasta ahora alcanzada, y también ubicando ese punto de encuentro de conocimiento jurídico que cohesionan los lazos entre la academia, comunidad jurídica global y ramas de los saberes jurídicos gracias a una labor dedicada y desinteresada.

Los aportes del Boletín de Informaciones Jurídicas No.67 son resultado de investigaciones originales en las que se ha invertido tiempo, conocimiento y dedicación, siguiendo y enriqueciendo las líneas de investigación que cada vez se ramifican y engrandecen con mayor celeridad.

Este número continúa promoviendo los debates jurídicos desde una perspectiva humanista, que se apega a la objetividad del conocimiento científico jurídico y que sigue en aumento con lo diversa que se torna la sociedad.

Invitamos a dar lectura a esta experiencia científico-social y a motivarse a seguir indagando sobre las nuevas tendencias del derecho y los acontecimientos que producen esos cambios en los cambios de paradigmas, porque solo produciendo conocimiento y permitiendo su difusión, se logrará una sociedad cada vez más justa y respetuosa de los Derechos Humanos.

Prof. ARELYS E. UREÑA C.

*Directora del Centro de Investigación Jurídica
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Universidad de Panamá*

*Solo los pintores y los abogados pueden cambiar el blanco al negro.
– Proverbio francés*

I. DOCTRINA

I. DOCTRINA

A. DERECHO DE FAMILIA

ORÍGENES DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO¹

Por. BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO.

*Catedrática de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas, Universidad de Panamá.*

magistrabelquis@gmail.com

Artículo recibido 18/oct./ 2021

Aprobado 30 / oct. ./ 2021

Sumario.1. Aspectos generales de los orígenes del testamento mancomunado. 2. Orígenes del testamento mancomunado en Panamá. 3. El derecho comparado.

Resumen.

El origen de la prohibición de este testamento está estrictamente relacionado con la censura que recibió en el Código Civil Napoleónico de 1804, pero también en instrumentos importantes que iniciaron la codificación. Pero es una figura jurídica esencial para resolver la titularidad de los bienes que se obtienen durante la vida matrimonial y que los cónyuges se puedan proteger entre sí.

Palabras claves.

Testamento. Testamento mancomunado. Orígenes

Summary.

The origin of the prohibition of this testament is strictly related to the censure it received in the Napoleonic Civil Code of 1804, but also in important instruments that initiated the codification. But it is an essential legal figure to resolve the ownership of property obtained during the marital life and that the spouses can protect each other.

¹ Para el Derecho Romano Clásico sucesorio, la absoluta libertad del testador constituía uno de sus principios básicos e irrenunciables, de ahí que el testamento pudiera ser revocado en todo momento por quien lo llevara a cabo. Esta concepción de la testamentifacción hacía de muy difícil encaje cualquier modalidad testamentaria que implicara una limitación del testador a la hora de revocar sus últimas voluntades.

Keywords.

Testament. Joint will. Origins.

1. Aspectos generales de los orígenes del testamento mancomunado.

El testamento mancomunado² es una figura jurídica muy interesante para resolver los conflictos con la titularidad del patrimonio de los miembros de la familia cuando alguno de los esposos o unidos fallece³. Permite que entre ellos se puedan dar disposiciones testamentarias recíprocas en un solo instrumento jurídico. Y esto evidentemente facilita la organización sucesoria de las familias. Es una herramienta que amerita su estudio a profundidad por la utilidad que puede aportar a la solución de los conflictos que plantea el derecho sucesorio. La doctrina científica no ha logrado ponerse de acuerdo en cuanto a la génesis del testamento mancomunado. La sucesión en general tiene sus inicios con la evolución de la familia. Castán Tobeñas señala que en las primeras sociedades no pudo haber verdadera sucesión, porque, o no estaba reconocido el derecho de propiedad individual, al menos con respecto a los bienes inmuebles, o lo estaba con un carácter temporal y revocable, que hacía que a la muerte del individuo volviera el patrimonio a la colectividad de la que procedía. Considera el autor que el concepto de la sucesión está ligado a la evolución de la propiedad y la familia. Los pueblos como el egipcio, el hindú, el hebreo o el griego no conocieron la figura del testamento. Tal vez, es el último de los enumerados el que ofrece un negocio sucesorio que se pudiera asemejar al testamento que se usaba en la época romana (Jose., 1989). En efecto, el derecho sucesorio está vinculado directamente a la evolución de la familia y al derecho de propiedad. Lo cierto es que el testamento de hermandad fue desarrollado inicialmente por la costumbre lo que hace indudablemente que se apegue a la necesidad de la sociedad. De allí que la opinión casi

² Este arraigo y consolidación consuetudinaria del testamento mancomunado se aprecia sobre todo en la práctica notarial, cuyo testimonio ofrecen diversos Notarios que describen esa realidad tan cotidiana del matrimonio, o testadores casados que en distintos contextos geográficos, culturales e históricos acuden a la Notaría diciendo que «queremos lo del uno para el otro, y lo de los dos, para los hijos». Esta es una realidad innegable que acentúa aún más el desfase de la prohibición legal con la realidad social. (Ver Rodríguez Alfonso Elvira, El testamento mancomunado. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 633. Marzo Abril. 1996, paginas 353-462)

³ Es evidente, pues, que el alcance de este estudio es, por lo pronto, el de, tras un análisis detenido de una práctica testamentaria tan arraigada en nuestro Derecho histórico y en la realidad actual, hacer una propuesta de lege ferenda en el sentido de justificar su admisión e inclusión en el Código Civil. Superadas, a mi juicio, las razones y obstáculos que determinaron su exclusión y transformadas sustancialmente las circunstancias sociales y económicas reinantes en la época de su prohibición (básicamente la debilidad de la mujer, que llevó a muchos autores a decir que un testamento en el que el marido y la mujer han testado juntos puede ser muchas veces un medio legal de que el primero capte la voluntad y con ella los intereses de la mujer) y que han dejado totalmente obsoleta e inadecuada dicha prohibición, es preciso al menos plantearse la actualidad y vigencia de la misma (por lo pronto, no creo que aquel argumento de debilidad de la mujer, encubridor de una discriminación de las llamadas positivas, pueda hoy sostenerse, no sólo porque desde el punto de vista legal es inadmisibles cualquier tipo de discriminación por razón del sexo, art. 14 CE, sino también porque socialmente el panorama de la posición de la mujer es sustancialmente distinto. (Ver Rodríguez Alfonso Elvira, El testamento mancomunado. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 633. Marzo Abril. 1996, paginas 353-462)

unánime de los autores ubica el origen de esta figura jurídica –“ante la ausencia de textos palmarios que apunten lo contrario en los Derechos romano y visigodo- en la costumbre de estos tiempos” (ZENEKORTA, 2010). La fuerza de la costumbre debe ocupar un lugar preponderante en esta figura jurídica. La verdad es que la primera positivización de esta figura surge en el fuero juzgo. “La Ley 9ª del Título 5º del Libro 3º²⁶ contiene aseveraciones respecto a la posibilidad de hermanar bienes, y algunos teóricos debaten sobre la viabilidad de considerar ésta como la primera “positivización” de esta figura del derecho sucesorio. En concreto, dicha disposición permitía que marido y mujer celebrasen un acuerdo en cuanto a sus bienes, una vez transcurrido un año desde su matrimonio, y siempre que no tuvieran hijos u otros herederos forzosos”. (ZENEKORTA, 2010)- Sin embargo, las primeras regulaciones del testamento mancomunado han sido cuestionadas por la doctrina científica toda vez que, hacen prácticamente referencia al pacto sucesorio que no es más que el acuerdo de dos personas para ordenar la herencia. En los textos jurídico-importantes que han marcado la historia de la humanidad al menos en las de origen germánico, el testamento mancomunado no fue regulado (véase ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación). Lo cierto es que este tipo de testamento fue prohibido en el Código Civil Napoleónico contrario a la posición adoptada por el Código Civil Alemán, el de Austria, etc. El Código Civil Español igualmente prohibió taxativamente este tipo de testamento. Pero a pesar de ello, resulta una figura jurídica muy interesante en cuanto a los efectos de este en el derecho familiar. Permite que entre los esposos se puedan dar disposiciones testamentarias mutuamente en un solo instrumento jurídico. Y facilita mucho resolver algunos conflictos propios de la familia.

En cuanto al origen de esta forma de testar hay muchos planteamientos de la doctrina científica. Hay textos de gran trascendencia histórica y de donde surgen muchas de las figuras jurídicas que hoy rigen nuestro derecho que no contemplaron el testamento mancomunado como el Ordenamiento de Alcalá⁴, las leyes de Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima recopilación, etc. Tal vez, la fuerte influencia de estos textos jurídicos de gran trascendencia en el origen del derecho determinó la prohibición a futuro de esta forma de testar. Pero también la doctrina científica negó la existencia de este testamento por las características propias de este instrumento jurídico; carácter personalísimo, libertad de testar, libre de coacción, revocabilidad. Es así como el Código Civil Francés en el artículo 968 prohibió taxativamente el testamento de dos o más personas en un solo acto. Si en 1804, una de las grandes compilaciones de la historia como fue el

⁴ Este cuerpo legal está considerado como un **elemento fundamental** en la evolución del **Derecho español**. Fue un instrumento esencial para la recepción del derecho romano y canónico tal y como habían sido elaborados por juristas italianos y franceses. En él se recogen algunos de los principios fundamentales del nuevo Derecho Civil y del **Novísimo Procedimiento**. Destaca su título **XXVIII** en el que, en su primera ley, se establece el **orden de prelación de fuentes** del derecho, es decir, el criterio a seguir al elegir la ley aplicable a un caso concreto cuando diferentes ordenamientos aplicables dispusieran diferentes cosas. (Ver. <http://portal-local.es/pa>)

Código Civil Francés que recogió “los elementos metodológicos cartesianos en el Código civil, precisando las razones para buscar la conciliación entre el cambio revolucionario y la continuidad histórica en los discursos preparatorios de dicho Código, incidiendo en motivos de tipo coyuntural de moderación, compromiso y pragmatismo manifestados en las ideas de paz, tranquilidad, estabilidad, verticalidad inmanente y horizontalidad trascendente, junto a otros elementos de naturaleza estructural” (HALPÉRIN, 1982) reguló taxativamente la prohibición del testamento. Era evidente que los siguientes textos jurídicos hicieron lo propio. Pero también uno de los principios fundamentales del Código Civil Francés fue el derecho absoluto de propiedad privada y la igualdad contractual. El Código Civil Español igualmente introdujo la prohibición del testamento mancomunado.

2. Orígenes de la prohibición del testamento mancomunado en Panamá

Pero ¿qué pasó en Panamá? Realmente la ley 2 de 1916, o Código Civil también prohíbe taxativamente el testamento mancomunado Panamá adopta el modelo del Código Civil Español. La prohibición es tal que inclusive prohíbe el testamento de hermandad realizado en el extranjero- Con lo cual en ninguna circunstancia podrá darse la validez de este en el territorio nacional. Pero porque esa prohibición tan tajante. Primero porque los principales textos jurídicos lo prohibieron, el código civil panameño copió textualmente esta prohibición del Código Civil español. Pero además coincide con las teorías individualistas que caracterizaron nuestra primera constitución. “En Panamá, con la independencia de 1903, la nueva república sigue de cerca los preceptos del constitucionalismo colombiano de 1886, que regían en el Istmo; pero, extinguidos los vestigios del siglo XIX, prolongados entre nosotros hasta los años treinta, la Constitución de 1941 abre un tanto tardíamente la época de ese constitucionalismo social, que ya no podía ser postergado.” (Humberto, 1990). Pero también la influencia francesa y el derecho norteamericano que pregonaba el derecho a la propiedad privada y al capitalismo. “Nuestra Constitución de 1904 dio acogida a los postulados del individualismo⁵, que había iniciado sus triunfos a fines del siglo XVIII, en las constituciones de los Estados Unidos de América y de Francia, y que durante la centuria siguiente logró su más acabada expresión como filosofía y como doctrina política. El pensamiento individualista se dobla en una corriente filosófica, defensora de la individualidad, y en una teoría económica que parte de esa misma corriente, haciendo de la libertad y de la propiedad privada instituciones fundamentales de las sociedades modernas. Estas ideas filosóficas y económicas van a nutrir las cartas constitucionales, para darle al Estado una estructura especial” (Humberto, 1990). De manera que a pesar de adoptar el sistema de libertad de testar, el Código Civil panameño, hasta hoy prohíbe el testamento de hermandad- Las condiciones para adoptar esta figura en el derecho sucesorio patrio están

⁵ Según diversos autores, el Individualismo es un conjunto de creencias, valores y prácticas culturales en el que los objetivos individuales predominan sobre los grupales. De forma opuesta, el Colectivismo como síndrome cultural, se asocia a una dependencia de las personas con respecto a los grupos (Morales, López y Vega, 1992; Triandis, 1995).

dadas; libertad de testar, libre contratación entre cónyuges, los derechos de la mujer han sido ampliados, etc.

3. Precisión conceptual.

El testamento mancomunado se le conoce también como testamento de hermandad, mutuo, en mancomún. Es “aquel en el que dos o más personas manifiestan su última voluntad, y el otorgamiento de últimas voluntades de varias personas se practica en un solo instrumento. El Código Civil en el artículo 701 establece varios requisitos:

1. No pueden testar dos o más personas mancomunadamente.
2. En un mismo instrumento. En realidad, esta es una de las características más importantes de este testamento porque es precisamente otorgarlo en un solo instrumento lo hace mancomunado.
3. Ya lo haga en provecho recíproco. Este es un elemento fundamental de esta forma de testar porque definitivamente lo que se busca es el intercambio de los bienes al fallecimiento.
4. O en beneficio de un tercero. En esta parte el Código Civil no hace más que reconocer que el testamento mancomunado se puede realizar en beneficio de un tercero.

La verdad es que la amplia libertad de testar adoptada por nuestro Código Civil mediante la ley 2 de 1916, favorecía el testamento mancomunado porque no hay obligación de dejar los bienes a determinadas personas como ocurre en las legítimas. Sin embargo, a pesar de haber adoptado libertad de testar se decidió prohibir el testamento de hermandad adoptando así el sistema del código civil español.

Una de las razones de la prohibición de este testamento es la coacción que una de las partes puede ejercer sobre otra. Que pasaría en el caso de que existe un divorcio y sobre todo el tema de la revocabilidad- Pero es precisamente estos temas que nos hacen pensar que es necesario regularlo adecuadamente.

4. Derecho comparado.

En cuanto al derecho foral aragonés, nos encontramos con una noción legal recogida en el art. 406.3 CDFA, donde se define esta institución como el “acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de sus bienes o de parte de ellos”. Así las cosas, y centrando primero nuestra atención en la doctrina alemana, debe señalarse que el BGB no define en sede alguna el testamento mancomunado; por lo que es necesario acudir a conceptos de elaboración doctrinal. Tomando como ejemplo a KIPP, lo definía como “la unión de los testamentos de varios testadores en un solo acto de otorgamiento” (ZENKORTA, 2010) mientras que, por ejemplo, W. SCHLÜTTER considera que “existe testamento mancomunado cuando varios testadores plasman sus últimas voluntades de forma conjunta. (ZENKORTA, 2010) La diferencia fundamental

entre estas dos legislaciones es que la alemana lo circunscribe a la familia, al matrimonio, a las parejas unidas, pero siempre en el entorno familiar. El derecho aragonés es más amplio en este sentido y existe posibilidad a cualesquiera personas, sin necesidad de que entre ellas medie parentesco o relación de consanguinidad. Pero lo importante es que el testamento mancomunado ha sido aceptado en estas legislaciones.

Existe igualmente una gran cantidad de trabajos científicos que abogan por la regulación adecuada del testamento mancomunado. El derecho es evolutivo y debe nutrirse de las necesidades de la sociedad en su conjunto y adoptar nuevas formas ante las realidades que existen.

Conclusiones

1. La prohibición del testamento mancomunado está estrictamente relacionado con sus orígenes. El hecho de que la codificación francesa original lo prohibiera marcó su censura en casi todos los ordenamientos jurídicos.
2. La doctrina alemana no solo lo admite, sino que lo acepta en las relaciones familiares o de consanguinidad. Y el derecho aragonés lo deja abierto para que se puede realizar.
3. Hoy este tipo de testamento es necesario para resolver conflictos de la titularidad de los bienes en el seno familiar. Si bien es cierto, que el testamento es unilateral, hay amplia libertad de testar y es esencialmente irrevocable es necesario regularlo y no prohibirlo.
4. Una de las razones fundamentales de la prohibición del testamento mancomunado es básicamente la capacidad de la mujer, que no podía administrar sus bienes. Estas razones históricas y sociales han sido superadas.

Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, M. Curso de Derecho Civil, Volumen V, Derecho de Sucesiones, Bosch, 1989.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, M.E, La corresponsividad del Testamento Mancomunado: Estado de la cuestión”; RDCA 1997-III-1- accesible

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, M.E; “El Testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el S. XVI hasta la actualidad, El Justicia de Aragón, 1997.

DELGADO ECHEVERRÍA. J., y PARRA LUCÁN. M.A (coords.), Manual de Derecho Civil Aragonés, 3 Ed., El Justicia de Aragón

SÁNCHEZ-RUBIO, GARCÍA, A., El Testamento Mancomunado Aragonés - Revista de Derecho Civil Aragonés, RDCA-2012-VIII.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: La nulidad matrimonial: análisis jurídico, Edit. Cuadernos Cívitas, Madrid, 2002. (nt. 638) –

RUIZ CARAZO, Alberto: “Los pactos sucesorios en el derecho civil de Vizcaya”, en *Derechos civiles de España*, Vol. 1º, dirigido por Rodrigo BERCOVITZ y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS, Edit. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 457-472. (nt. 428)

SALINAS QUIJADA, Francisco: “De las donaciones y sucesiones”, en *El Fuero de San Sebastián y su época*, Edit. Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1972, pp. 362-378. (nt. 249)

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo VI, Vol. 1º, 2ª ed., Edit. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910. (nt. 348)

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “De la revocación e ineficacia de los testamentos”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1836-1847. (nt. 887).

Datos de la autora. Belquis Cecilia Sáez Nieto.

Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Ex. Directora del Centro de Investigación Jurídica. Corresponsal de la Editorial Reus en Panamá. Miembro de la Academia Panameña de Derecho. Doctoranda en Derecho con especialización en Derecho Civil.

B. DERECHOS HUMANOS

El Derecho a la ciudad y su conexión con la participación ciudadana.

Por: *Vanessa Campos Alvarado.
Abogada e Investigadora, CIJ
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá
vanecamposalva10@gmail.com

Artículo recibido 11 / nov./ 2021

Aprobado 21 / nov./ 2021

Introducción I. Antecedentes. II. ¿Que motiva la construcción de la ciudad? III. El derecho a la construcción de la ciudad es un derecho humano. IV. ¿Cómo se concreta ese derecho a la ciudad hoy? V. ¿El ejercicio del derecho a la ciudad es efectivo? VI. ¿Es la participación ciudadana parte del ejercicio del Derecho a la ciudad? Conclusiones, Referencias Bibliográficas.

Resumen

El presente trabajo relaciona la Teoría del Sociólogo y Filósofo Henri Lefevre sobre el Derecho a la ciudad y su vinculación con un instrumento político democrático de participación ciudadana. El Derecho a la ciudad se caracteriza por una construcción colectiva de esta en la búsqueda de mejores condiciones de vida en la cual los ciudadanos tengan un papel relevante en la toma de decisiones.

Tradicionalmente la construcción de la ciudad se encuentra en manos del sector capitalista (inmobiliario) que presenta iniciativas en torno a reformas en el desarrollo urbano algunas de ellas con impacto negativo sobre el ambiente y participación ciudadana coyuntural. Estos proyectos son sometidos a instrumentos de participación ciudadana a los que se les critica por la poca valorización de los aportes y sugerencias ante la toma de decisiones. Tanto la participación ciudadana como el Derecho a la ciudad tienen una conexión estrecha en el ejercicio de derechos ciudadanos ante el desarrollo urbano.

Palabras claves.

Derechos Humanos, justicia, equidad, desarrollo humano, construcción colectiva

Abstract

The present work relates the Theory of the Sociologist and Philosopher Henri Lefevre on the Right to the City and its link with a democratic political instrument of citizen

participation. The Right to the city is characterized by a collective construction of the city in the search for better living conditions in which citizens have a relevant role in decision-making.

Traditionally the construction of the city is in the hands of the capitalist sector (real estate) that presents initiatives regarding reforms in urban development, some of them with a negative impact on the environment. These projects are subjected to citizen participation instruments, which are criticized for the low value of contributions and suggestions when making decisions. Both citizen participation and the Right to the city have a close connection in the exercise of citizen rights in urban development.

Keywords.

Human rights, justice, equity, human development, collective construction

Introducción

El Derecho a la ciudad no es un tema nuevo. Desde el año 1968 el Teórico Lefevre, Henri sociólogo, geógrafo y estudioso del materialismo histórico en general, se refiere al derecho a la ciudad como una construcción colectiva en la cual los miembros de la sociedad contribuyen en esta tarea. Su pensamiento lo lleva a repensar el desarrollo de las ciudades como un territorio habitable y democrático.

Se trata de lograr una mayor participación en las políticas urbanas por los ciudadanos. Esto comprende una integración de la colectividad para lograr una transparencia en el ordenamiento del territorio. Es un sistema inclusivo tanto del individuo como de toda organización que se constituya con el propósito de hacer una construcción de la ciudad de forma participativa.

El derecho a la ciudad parte de la participación en la construcción de las políticas públicas y en el ordenamiento territorial siempre siguiendo el camino de la equidad y transparencia y la inclusión.

La Teoría de Lefevre eleva la ciudad a una creación que va más allá de los intereses del sector capitalista. De esta forma lo replantea MATHIVET, Charlotte como "... El derecho a la ciudad tomando en cuenta el impacto negativo sufrido por las ciudades en los países de economía capitalista, con la conversión de la ciudad en una mercancía al servicio exclusivo de los intereses de la acumulación del capital"¹.

Se trata de crear una ciudad en la cual se integre mayormente la participación ciudadana.

El modelo al cual hace referencia MATHIVET y LEFEVRE prima la intervención del sector capitalista en el cual predominan las infraestructuras que generan beneficios económicos para el sector inmobiliario a través del ofrecimiento de bienes y servicios de particulares y de franquicias.

¹ MATHIVET, Charlotte. El derecho a la ciudad: claves para entender la propuesta de crear "Otra ciudad posible". <http://base.d-p-h.info/es/fiches/dph/fiche-dph-8034.html>. Publicación de septiembre de 2009. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

El modelo que se pretende en el derecho a la ciudad mira más hacia las necesidades de los ciudadanos. “El derecho a la ciudad es la posibilidad de construir una ciudad en la que se pueda vivir dignamente, reconocerse como parte de ella, y donde se posibilite la distribución equitativa de diferentes tipos de recursos: trabajo, de salud, de educación, de vivienda, recursos simbólicos: participación, acceso a la información, etc.”².

Aun cuando esta Teoría se originara en los años 60 tiene vigencia en el sustento de la gobernanza.

En un Estado ideal la gobernanza plantea la dirección de un país buscando o promoviendo el desarrollo tanto económico como social. Esto a su vez deriva en una institucionalidad con mayor fuerza toda vez que al dar mayor participación a los ciudadanos se refuerza la eficacia de su gestión y su credibilidad ante ellos siempre y cuando sus aportes sean considerados en los programas para el desarrollo de las áreas mencionadas.

La gobernanza como parte de esta participación en la construcción de las ciudades pretende que esta alcance un desarrollo sostenible integrando a la colectividad. Todo lo anterior, de forma sostenible en el tiempo.

Y esto tiene una razón que lo justifica toda vez que los ciudadanos conocen de las necesidades de la población y en ese sentido las ciudades deben adecuarse a estas primordialmente como parte fundamental del derecho al desarrollo humano, la igualdad y el derecho a la participación ciudadana.

Lo que evidencia el diseño de nuestras ciudades responde a las demandas del sector que posee el capital sin considerar espacios para el esparcimiento más allá del ofrecimiento de servicios de franquicias, comercios y tecnología al servicio de este sector.

I. Antecedentes.

Aun cuando se plantea la Teoría del Derecho a la ciudad esta cobra mayor apoyo a partir de las Cumbres Internacionales.

En el año 1992 cuando se realiza la Cumbre de Río denominada Cumbre de la Tierra participa la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC). Constituye una alianza de carácter internacional compuesta por académicos y participantes en movimientos sociales cuyo propósito es lograr las mejores condiciones para los asentamientos humanos³. Se origina en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos realizada en el año 1976.

Entre sus objetivos se encuentran hacer efectivos los derechos humanos concernientes al derecho a viviendas adecuadas. Dentro de la estructura del denominado HCI se encuentra La Red de Derecho a la Vivienda y la Tierra (HLRN) que da seguimiento y promueve el derecho a la vivienda y a la tierra teniendo como instrumento jurídico las normas de derecho internacional.

² *Ibíd.*

³ Coalición Internacional Del Hábitat (HIC) - Red de derecho a la Vivienda y a la tierra (HLRN). <https://www.righttofoodandnutrition.org/es/coalicion-internacional-del-habitat-hic-red-de-derecho-la-vivienda-y-la-tierra-hlrn>. Consultada el 19 de octubre del 2021.

La necesidad de defender estos derechos a la vivienda radica en las condiciones actuales sobre el crecimiento de nuestras ciudades y sus condiciones de inequidad. Se habla de inequidad por la distribución de las tierras para su uso considerando que estas se constituyen de "... territorios, con gran riqueza y diversidad económica, ambiental, política y cultural"⁴, considerando que no todos los ciudadanos tienen acceso igualmente a estos recursos.

Esto se debe principalmente al modelo que se está utilizando para el crecimiento de las ciudades que favorecen los mejores espacios para aquellos que tienen el poder económico y estableciendo barreras que hacen separaciones de tipo social. Las ciudades actuales presentan un modelo caracterizado por: "... por establecer patrones de concentración de renta y poder que generan pobreza y exclusión, contribuyen a la depredación del ambiente y aceleran los procesos migratorios y de urbanización, la segregación social y espacial y la privatización de los bienes comunes y del espacio público"⁵

Las políticas del Estado abren un espacio muy reducido para la participación ciudadana en lo referente al desarrollo urbano. En tanto las empresas del sector inmobiliario son las que solicitan el cambio de zonificación que es un factor determinante para establecer las actividades y tipos de construcciones que se realizarán en determinados sectores.

El ciudadano común no es el que solicita los cambios de zonificación. Solo se les consulta mediante audiencias, foros como parte de un procedimiento preestablecido por Ley.

El sector del poder económico decide sobre las transformaciones de la ciudad. Es el que tiene el poder en este sentido.

Al realizarse estos espacios de participación, se registran por las autoridades que organizan la consulta o espacio de participación, cualquier otro medio de participación que se produzca. Incluso se registra si se convoca y si asistente o no los interesados si la actividad quedó desierta. Esto significa que si se cumplió con el espacio de participación independientemente de la asistencia o no de los interesados.

Sin embargo más que el cumplimiento de este requisito preocupa si las sugerencias o propuestas serán valoradas por los que toman decisiones.

La participación ciudadana en el proceso de construcción de las ciudades constituye una dinámica de gran importancia para la toma de decisiones. Por esto es importante la concurrencia a estos espacios.

La construcción de las ciudades debe ser un trabajo conjunto en el cual todo aquel que pueda aportar debe hacerlo para que se edifique una ciudad con mayor equidad. Esto significa que deben existir en estos espacios además de actividades comerciales, aquellas en suman al esparcimiento familiar, a la salud, a mejorar las condiciones laborales y de salud.

⁴ Derecho a la ciudad. <https://hic-al.org/que-hacemos/derecho-a-la-ciudad/>. Consultada el 29 de octubre de 2021.

⁵ *Ibidem*.

II. ¿Que motiva la construcción de la ciudad?

Hacer una transformación en el modelo de construcción de las ciudades en las que el capitalismo ha tenido un efecto negativo ya que torna la ciudad en un escenario que se dirige a satisfacer las necesidades de los sectores económicos. Esto significa que se convierte en un medio para la acumulación de capitales. La ciudad se transforma en un objeto de cambio.

La Teoría de Henri Lefevre un filósofo y sociólogo francés, plantea la conversión de una ciudad mercancía a una ciudad que retoman los ciudadanos apropiándose de esta con las consecuencias que se reflejaran en un medio que se dirige a la satisfacción de necesidades colectivas con lo cual se convierte en un entorno político que permite a los ciudadanos una participación política ya que permite las manifestaciones de voluntad en esa construcción.

La construcción de la ciudad se convierte en una forma de contrarrestar la expansión desequilibrada de las ciudades en favor de un solo sector y hace esta elaboración más activa y participativa.

Los modelos neoliberales se caracterizan por ser una “... corriente ideológica que defiende la libertad de empresa y una menor intervención del Estado. De este modo, se fomenta la privatización de los factores de producción y la libertad del mercado”⁶.

El resultado de la aplicación de este modelo es mayor concentración de poder para el sector capitalista inclinación que favorecen los gobiernos al dejar en manos de este el modelo de construcción de la ciudad que manejan por los cambios de uso de suelo y en otras mediante los estudios de impacto ambiental.

Por tanto, se requiere un mayor control sobre sus actividades expansionistas debido a los modelos de construcción de la ciudad en donde prevalece la voluntad de este sector de capital independientemente de los espacios formales de participación ciudadana desarrollados en las regulaciones especiales de Estudios de Impacto Ambiental, zonificación y usos de suelo de las ciudades entre otras.

El Sector inmobiliario, capitalista toma la ciudad y la diseña con pocos controles estatales y los mecanismos formales de participación ciudadana se convierten en un requisito que se coteja mediante un check list y que verifica que se cumplió una tarea. Por ejemplo la convocatoria de participación ciudadana como un mero requisito .Se deja constancia de cumplir con este. Por una parte es importante definir este cumplimiento. No obstante, por otra, ¿Cuál es la calidad de la participación ciudadana? ¿Se valora?

El asunto va más allá de expresar: se cumplió con este “requisito” .Sino, tener muy presente cual es la calidad de este. En otras palabras ¿es efectivo? Y al decir si es efectivo: ¿están las partes de esta relación Estado, Sector de capital y ciudadanos estos últimos debidamente tomados en cuenta y en equilibrio frente a la toma decisiones en lo atinente a la construcción de la ciudad?

⁶ Economipedia. <https://economipedia.com/definiciones/neoliberalismo.html>. Consultado el 8 de noviembre de 2021.

El modelo neoliberal ha implementado la privatización de los espacios de la ciudad. Esto significa mayor auge por las actividades comerciales como las industrias. Además que la construcción de la ciudad se torna un valor de cambio y no un producto de un equilibrio frente a las decisiones que moderaran su construcción para evitar los excesos de un solo sector frente a los otros sobre a todo de aquellos con mayor poder económico que se imponen construyendo ciudades con franquicias y centro comerciales sin la existencia de un espacio en que los ciudadanos puedan compartir, recrearse, observar manifestaciones culturales entre otras.

III. El derecho a la construcción de la ciudad es un derecho humano.

La declaración Universal de Derechos Humanos elaborada por la representación de países del mundo y de diverso sectores culturales y jurídicos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 mediante Resolución 217 A. Su contenido es una defensa de los derechos humanos indistintamente. Entre estos se encuentra el Derecho a la vivienda.

El Derecho de la vivienda es abarcador y debe ofrecer bienestar de forma equitativa. Se ha observado que los espacios, específicamente suelos que crean diferencias entre individuos dependiendo de clases sociales lo cual no debería producirse considerando que todos los ciudadanos deben reconocerse como iguales y no mediante restricciones de espacios preferentes que no les son permitidos a clases más desposeídas.

Las viviendas y los servicios en su entorno, debe beneficiar el desarrollo humano y a la vez ser capaces de participar en su construcción aportando y sugiriendo todo aquello que sirve colectivamente al desarrollo humano.

La forma indicada para saber cuáles son estos otros beneficios para los ciudadanos es por vía de consulta directa y que se valoren sus propuestas. Esto significa que lleguen a concretarse las más viables y que beneficien a las mayorías- No es exclusivamente la morada de los ciudadanos de un sector sino el contexto en el cual se desarrolla la vida humana y todo aquello que contribuya a su bienestar y a una vida digna.

Así en su artículo 25 del cual se hace referencia a un extracto perteneciente a la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 25:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios

Los elementos citados son parte fundamental en los derechos humanos especialmente en aquello que coadyuva al desarrollo físico y mental y por ende favorecen el desarrollo humano.

Se han escuchado argumentos contra la participación ciudadana que van desde el desconocimiento de la materias que se someten a consulta hasta indicar que los aportes o sugerencias o recomendaciones no tienen una base científica pues puede no existir una formación especializada de aquellos a los que se les consulta. Este argumento puede

resultar poco válido si se considera el saber basado en la experiencia que también tiene un valor intrínseco. Por otra parte, quienes verdaderamente pueden ofertar un aporte significativo en la construcción de la ciudad son aquellos que viven en contacto directo con el tema que involucra a los sectores y que además es una forma democrática de integrar a todos los interesados en la toma de decisiones.

Sin embargo la integración no debe ser algo representativo, o figurativo es una manifestación democrática de la voluntad de la ciudadanía sobre la cual desean expresarse y que se tomen en cuenta en este caso en la construcción de la ciudad.

Aun cuando la Teoría de Henri Lefevre data de algunos años se mantiene vigente. Y se ha retomado de alguna forma en los ordenamientos jurídicos actuales pero de una forma muy superficial y que no llena las expectativas de los ciudadanos que esperan influir con sus aportes en la toma de decisiones.

Las iniciativas transformadoras de la ciudad y constructoras de esta provienen de otros sectores que pertenecen al del poder económico y en virtud del cual deciden como serán las ciudades sin que los ciudadanos que concurren y aportan o sugieren participen en los diseños de las ciudades. En su lugar, el sector inmobiliario apoyado fuertemente por los gobiernos de los Estados reafirman mediante instrumentos legales ese derecho de cambiar el usos de suelo, someten a evaluación de impacto ambiental a proyectos I y con derecho de participación mediante consultas, foros, encuestas.

Se han objetado a estas formas de participación ciudadana que no siempre se aplica o sea hace indebidamente estos instrumentos a quienes pueden verse directamente afectados y/o involucrados con determinados proyectos. Esta situación puede incidir en la calidad de instrumentos que se apliquen como las encuestas, con lo cual no deberían validarse sino se aplica a una sección representativa del área de los proyectos.

Por otra parte, la construcción de una ciudad es el desarrollo participativo e integrativo de sectores sociales por lo que debe ser algo más que un tema coyuntural. Es decir que, se aplique para determinadas actividades y no mediante una forma permanente de participación.

Esta es precisamente una de las objeciones al tema de participación ciudadana como instrumento para la construcción de la ciudad. En este sentido, la participación ciudadana aplicable a la construcción de la ciudad requiere de espacios permanentes y constantes para un verdadero ejercicio democrático en la construcción de la ciudad.

Un derecho tan importante que permite influir directamente en el uso de espacios para el desarrollo humano teniendo en cuenta sus derechos prioritarios. Se encuentran en espera de condiciones de vida aptas para vivir, trabajar, recrearse, esparcimiento desarrollar actividades en pro de la salud, educación y laborales próximos a los hogares permitiendo una mayor unidad entre sus miembros favoreciendo un mejor calidad de espacios y tiempos para compartir.

Como se observa la aplicación del derecho a la ciudad en debida forma es muy abarcador por lo que hay que ser cauteloso en que se secuestre o limite este derecho a quienes se someterán a ciertas condiciones de vida muchas en las que no tuvieron participación directa pero que sugiere una reforma al modelo actual de construcción de las ciudades.

El desconocimiento o desvalorización de los aportes de los ciudadanos conlleva atentar contra principios democráticos y de justicia que son parte esencial del proceso de consulta además de evidenciar una concentración de poder en un solo sector social.

Se limita el ejercicio de la gobernanza como forma de compartir el poder en la búsqueda de un equilibrio entre el Estado y los asociados. Tratando de que los procesos de cambio en las sociedades sean más democráticos.

Es importante la gobernanza en este sentido toda vez que, existen en el medio una pugna entre derechos e intereses a los que el Estado debe dar respuesta ya que de ello dependerá también la credibilidad, eficiencia y aceptación de los regímenes políticos. Es preciso recordar que el Estado tiene una misión que cumplir ante el bienestar general y que en la medida en que esto se cumpla se consolidaran los procesos de participación ciudadana y la democracia.

Como quiera que la materia que se somete a consulta a través de foro o audiencias obedece a una razón: conocer de viva voz de los ciudadanos su sentir respecto a proyectos o actividades, ya que estas acciones tendrán un impacto social, en donde los ciudadanos tienen derecho a defender y aportar valga la redundancia para el mejor ejercicio de sus derechos así como sus deberes.

La construcción de una ciudad y el derecho de participar en esta tarea implica el derecho a la ciudad. Que debe ser una construcción equitativa, justa, que permita una vida de calidad para un desarrollo digno. Una ciudad con estructuras que permitan condiciones de salubridad adecuadas, acceso a servicios, sin sectorizaciones supeditas a tipos de grupos sociales definidos por estatus económicos sino acordadas tomando en cuenta las necesidades de los ciudadanos.

Las conferencias citadas y foros en materia del hábitat humano buscan un equilibrio en el cual se priorice el desarrollo humano toda vez que las ciudades son construidas para servir y satisfacer necesidades humanas. No solo en función de la obtención de mayores capitales para un solo sector.

Con esta actitud de desarrollo que favorece el sector del capital para lograr mayor acumulación, el poder se concentran en un solo sector y los principios de justicia y equidad pierden espacio lo que puede favorecer mayormente a una parte de la relación entre Estado y asociados lo cual puede redundar en el detrimento de los derechos humanos de los menos privilegiados. Esto puede traer como consecuencia que se valora en forma desigual el capital frente al desarrollo humano. Cuando el capital debe dinamizarse en función del desarrollo humano.

IV. ¿Cómo se concreta ese derecho a la ciudad hoy?

Actualmente el derecho a la ciudad hace una apertura muy limitada a la ciudadanía y de tipo coyuntural cuando se requiere realmente un espacio permanente.

El ciudadano necesita tiempo para informarse, para la reflexión y consulta con especialistas si así lo tiene a bien para efectos de aportar verdaderas contribuciones en toma decisiones. Por otra parte, al hablar de construcción de la ciudad la dimensión del tema es más abarcador. Esto involucra no observar la ciudad como parcelas individuales en donde

predomine el poder de un sector sino como un bloque que requiere una buena distribución de espacios y contribuciones.

El intento de transformar espacios de forma individual puede tener un alto costo en relación al acceso a derechos como el agua y servicios si son debidamente planificados en función de conexiones territoriales y acordes con densidades de población además de tener muy presente las calidades de las infraestructuras preexistentes en las ciudades.

No debe pasar desapercibida la interconexión de las ciudades para que múltiples servicios no pierdan su continuidad garantizar el acceso y abastecimiento permanente como parte del complemento necesario para un desarrollo humano.

A manera de ejemplo, hoy se encuentran ciudades en plena ciudad con deficiencias en estos servicios. Por esto la construcción de la ciudad debe ser objeto de un estudio concienzudo y participativo.

V. ¿El ejercicio del derecho a la ciudad es efectivo?

Esta es una pregunta que frecuentemente se hacen los ciudadanos. El temor radica en el predominio del poder de ciertos sectores que se impone a los intereses colectivos perdiendo fuerza los derechos de estos frente al de los sectores económicos poderosos.

En la búsqueda de un equilibrio se considera factible un espacio permanente que integre el abordaje conjunto de todas las propuestas y que además permita las que provienen de la ciudadanía. Se sugiere esto toda vez que la participación ciudadana tal y como está amparada por instrumento legales los promotores de proyectos son quienes hacen las propuestas de cambios de zonificación uso de suelo, proyectos que promueve este sector.

Ante este panorama es el sector inmobiliario el que lleva la batuta en las transformaciones que se producen en la ciudad.

Las propuestas deben provenir igualmente de los ciudadanos y el Estado contribuir en el desarrollo de aquellas que permitan una mejor ciudad justa con acceso a todos los ciudadanos de espacios, servicios y en definitiva en la presentación de propuestas que no solo deben provenir del sector capitalista.

En conclusión se percibe gran insatisfacción de la ciudadanía sobre los espacios de propuestas con predominio del sector capitalista, el espacio coyuntural, la visión individualizada del desarrollo urbano y por la desvaloración de los aportes de los ciudadanos del gobierno frente a estos.

VI. ¿Es la participación ciudadana parte del ejercicio del Derecho a la ciudad?

La extensión del derecho a la ciudad propuesto por el Teórico filósofo y sociólogo Henri Lefevre tiene una conexión con la participación ciudadana un mecanismo democrático y político para el ejercicio de los derechos y que se sustenta en el ordenamiento constitucional de la República de Panamá en su artículo 41 y 42. En este caso se encuentra ligado a la participación ciudadana en el desarrollo urbano.

Por una parte permite al ciudadano la presentación de peticiones lo cual da sustento a la presentación de propuestas en el desarrollo del derecho a la ciudad partiendo del texto del artículo Constitucional 41, teniendo el ciudadano elevar su petición al organismo estatal correspondiente.

En materia de motivaciones del derecho de petición como se denomina este derecho como forma de participación ciudadana, las propuestas relacionadas con el desarrollo urbano el cual se encuentra contenido en el derecho a la ciudad (H, Lefevre). La materia por la cual se elevaría la o las propuestas puede clasificarse como de interés social ya que responde a un beneficio colectivo que es un fin del Estado.

Por otra parte y resulta preocupante que una propuesta bien formulada de un ciudadano debe hacer una larga cola para la selección de proyectos para poder ser aprobado y pudiendo salir aventajadas algunas del sector de poder económico. Es en este sentido, que también debe existir equidad tanto en la prelación de propuestas como en la equidad para presentarlos.

La Carta fundamental de la República desarrolla de forma continua otros aspectos vinculados a la participación ciudadana como el derecho a la información.

El hecho de establecer espacios muy limitados para la intervención de la participación ciudadana frente a proyectos que requiere una mayor consulta constituyen una limitante para el ejercicio del derecho de participación ciudadana pues inhibe al ciudadano de poder realizar mayores consultas e informarse sobre temas que pueden afectar los derechos colectivos.

Por esto se recalca nuevamente los espacios de participación ciudadana en el ejercicio del derecho a la ciudad de forma permanente y no coyuntural. De esta forma los ciudadanos pueden informarse mejor e incluso presentar propuestas con mayor sustento.

En un estudio realizado del tema del Derecho a la Ciudad en relación con la participación ciudadana por la Universidad Nacional Autónoma de México en el Año 2016 sobre el Derecho a la ciudad se analiza las políticas Públicas y el Derecho a la Ciudad por la especialista ZICCARDI, Alicia quien retoma las ideas de CABRERA A, Magela con respecto a Panamá y su concepción de la dinámica de la participación ciudadana que plasma de esta forma:

“.. las ciudades con mejor calidad de vida son aquellas capaces de promover la participación activa de la ciudadanía en los procesos de construcción, apropiación y administración colectiva de la ciudad⁷”.

Es así como el derecho a la ciudad es una construcción colectiva participativa inherente a los derechos ciudadanos.

Siguiendo la línea de pensamiento de CABRERA A, Magela “... explica cómo ésta, al igual que otros movimientos sociales panameños, son el resultado de la frustración ante el

⁷ ZICCARDI, Alicia. Capítulo I Políticas Públicas y el Derecho a la ciudad en El Derecho a la ciudad en América Latina. Visiones desde la política. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe. Coordinación de Fernando Carrión y Jaime Erazo. P. 15. México 2016.

debilitamiento de las políticas públicas y el significativo crecimiento de una inoperante burocracia⁸”.

La participación ciudadana también es objeto de esta burocracia. Se convierte en solo trámites y procedimientos que sigue el Estado de tipo administrativo. Esta conversión a un procedimiento burocrático desvirtúa sus propósitos.

En la línea de pensamiento de CABRERA A, Magela que cita ZICCARDI, Alicia en el texto descrito caracteriza el derecho a la ciudad y sus consecuencias así como el impacto que reciben las ciudades producto de la influencia del sector económico en esta construcción no equitativa .

“...reflexiona sobre las acciones que enfrentan el caótico crecimiento de la ciudad y expone cómo el urbidio se extiende en Ciudad de Panamá con graves consecuencias, dispersión urbana, privatización del Espacio Público y transformación de los ciudadanos en consumidores y clientes⁹”.

El crecimiento que se produce en la ciudad va en la línea de los sectores económicos más que en los derechos ciudadanos al punto que el segundo imperante los absorbe igualmente al punto de que es aceptada esta dinámica de desarrollo de las ciudades impuestas por un sector.

Existe en este medio una pugna por el desarrollo económico, por el control del diseño de la ciudad por las inmobiliarias y una participación ciudadana muy débil ante las murallas que construye el poder económico y que apoya el gobierno frente a los derechos ciudadanos y su participación.

Esto en cierta forma también desalienta a los sectores que ante su posición débil poco es lo que pueden lograr. Mientras otros sectores siguen haciendo resistencia para ser valorados como pilares que favorecen y que deben participar en la construcción de la ciudad.

El derecho a la información como parte de la participación y elemento necesario para ejercer el Derecho a la Ciudad.

El Derecho a la información se encuentra regulado en el artículo 42 de la República de Panamá en el cual se expresa:

Artículo 42. Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.

En cuanto a la significación de la información ante la participación ciudadana tiene un valor en la ampliación de los espacios de información ya que de la forma en que se viene realizando, el poder sigue concentrándose en los sectores de poder económico y el Estado que aprueba o desaprueba las transformaciones que se dan en la ciudad. Frente a estos puede tornarse ilusorio el derecho a la ciudad y su herramienta fundamental la participación ciudadana.

⁸ *Ibídem.*

⁹ *Ibídem.*

Conclusiones

Tal como se desarrolla el derecho a la ciudad que va en una perfecta conexión con la participación ciudadana tiene la dinámica de un requisito que se coteja con un *check list* que es insuficiente para el ejercicio de este derecho y no favorece ni la equidad ni la democracia frente a las demandas de los ciudadanos ante el Estado .

El bienestar de la ciudadanía es más profundo que colocar una marca que indica el cumplimiento de la participación sin una verificación de la calidad y eficacia de la participación.

Los espacios en que participan los diversos sectores deben ser equitativos sobre todo cuando se debe aplicar efectivamente en el ejercicio del Derecho a la ciudad que debe ser el reflejo del respeto a los derechos humanos que favorezca el desarrollo humano y calidad de vida.

Tanto el derecho a la ciudad como la participación ciudadana se complementan y son formas del ejercicio del derecho democrático que debe influir notoriamente en la toma de decisiones.

Referencias Bibliográficas

Constitución Política de la República de Panamá

Declaración Universal de los Derechos Humanos 1945.

Economipedia. <https://economipedia.com/definiciones/neoliberalismo.html>. Consultado el 8 de noviembre de 2021.

MATHIVET, Charlotte. El derecho a la ciudad: claves para entender la propuesta de crear “Otra ciudad posible”. <http://base.d-p-h.info/es/fiches/dph/fiche-dph-8034.html>. Publicación de septiembre de 2009.

Coalición Internacional Del Hábitat (HIC) - Red de derecho a la Vivienda y a la tierra (HLRN). <https://www.righttofoodandnutrition.org/es/coalicion-internacional-del-habitat-hic-red-de-derecho-la-vivienda-y-la-tierra-hlrn>. Consultada el 19 de octubre del 2021.

Derecho a la ciudad. <https://hic-al.org/que-hacemos/derecho-a-la-ciudad/>. Consultada el 29 de octubre de 2021.

ZICCARDI, Alicia. Capítulo I Políticas Públicas y el Derecho a la ciudad en El Derecho a la ciudad en América Latina. Visiones desde la política .Universidad Nacional Autónoma

de México. Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe. Coordinación de Fernando Carrión y Jaime Erazo. México 2016.

Datos de la autora: VANESSA M. CAMPOS A.

La autora es Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas egresada de la Universidad de Panamá. Especialista en Docencia Superior de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Panamá. Con Postgrado en Gerencia Estratégica de la Investigación Social egresada de la Universidad Especializada de las Américas (UDELAS). Especialista en Investigación Social, egresada del Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá. Maestranda en Ciencias Sociales con Énfasis en Teorías y Métodos de Investigación del Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá. Con Diplomados en Derecho Ambiental, Investigación en el Nivel Superior, Gobernanza y Participación ciudadana y Métodos Alternos de Resolución de Conflictos. Fue Directora Encargada del Centro de Investigaciones Jurídicas, Jefa de la Sala de Consulta de Legislación Delia U de Brenes del Centro de Investigación Jurídica y hasta la presente fecha Investigadora Jurídica del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. E-mail: vanecamposalva10@gmail.com

C. DERECHO DE ARRENDAMIENTO

ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE BIENES INMUEBLES EN PANAMÁ

Mgtr. Oziel De Gracia
Investigador, Centro de
Investigación Jurídica de la
Universidad de Panamá
odg_25@hotmail.com

Artículo recibido 25/ oct. / 2021

Aprobado 12 / nov./ 2021

SUMARIO:

- I. Introducción, II. Derechos y Obligaciones del Arrendador y Arrendatario Financiero, III. Requisitos Esenciales del Contrato de Arrendamiento Financiero, IV, Terminación del Contrato de Arrendamiento, V. Efectos Fiscales, VI. Personas Autorizadas a Practicar el Arredramiento Financiero de Inmuebles y Tarifas de Registro y Supervisión, VII. Conclusiones.

Resumen:

Este artículo busca hacer un análisis de la ley 179 de 16 de noviembre de 2020 que regula el arrendamiento financiero de bienes inmuebles en Panamá.

Palabras Claves:

Arrendamiento Financiero de Bienes Inmuebles, Arrendador Financiero, Arrendatario Financiero, Superintendencia De Bancos, Efectos Fiscales, Leasing.

Resume:

This article seeks to make an analysis of Law 179 of November 16, 2020 that regulates the financial leasing of real estate in Panama.

Keywords:

Financial Lease of Real Estate, Financial Lessor, Financial Lessee, Superintendency of Banks, Tax Effects, Leasing.

I. Introducción

Este artículo busca hacer un análisis de la ley 179 de 16 de noviembre de 2020 que regula el arrendamiento financiero de bienes inmuebles en Panamá, este es un tema de actualidad debido a que esta ley es bastante nueva, ya que data de noviembre de 2020 y este artículo busca instruir a las personas que lean el mismo acerca de este tema. Aquí se explica quiénes son las personas autorizadas para desempeñar el arrendamiento financiero de bienes inmuebles en Panamá, requisitos del contrato, efectos fiscales, obligaciones del arrendador y del arrendatario financiero de bienes inmuebles en fin todo lo relacionado con esta ley.

II. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR Y ARRENDATARIO FINANCIERO

Antes de entrar en este punto es importante mencionar que la entidad que se encarga de la regularización y supervisión del arrendamiento financiero es la Superintendencia de Bancos de Panamá.

Dentro de los principales derechos y obligaciones tanto del arrendador como del arrendatario que encontramos en la ley 179 de 2020 tenemos los siguientes:

Derecho y Obligaciones del Arrendador:

- Deben ser empresas autorizadas para dedicarse al negocio del *leasing* inmobiliario, dentro de esta categoría figuran los bancos, las empresas fiduciarias, empresas financieras y empresas arrendadoras de las cuales hablaremos en el punto V de este artículo.
- La adquisición del bien inmueble (presente o futuro) le incumbe al arrendador financiero.
- El arrendador financiero tendrá derecho al cobro de alquileres como contraprestación al bien inmueble arrendado.
- En caso de darse una terminación anticipada del contrato, ya sea por incumplimiento del arrendatario, ya sea porque la opción de compra fue ejercida por arrendatario, el arrendador financiero podrá reconocer en sus libros el valor del inmueble restituido.
- Para que el arrendador financiero traspase el inmueble a los beneficiarios del arrendatario, este deberá recibir la cancelación de los saldos adeudados, el valor residual o el precio pactado para la adquisición.

- En caso de impago del alquiler, el arrendador podrá optar por la terminación del contrato.
- El arrendador financiero podrá ceder el contrato de arrendamiento financiero a otro arrendador autorizado sin consultar con el arrendatario. Sin embargo, debe informar al arrendatario financiero el nombre de su nuevo arrendador, y la fecha en la cual la cesión se hizo efectiva.

Derechos y obligaciones del arrendatario financiero

- El arrendatario expresamente selecciona el bien inmueble a adquirir o por construir.
- El arrendatario tiene derecho al uso y goce del bien objeto del contrato.
- El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, una vez registrado en el Registro Público, será oponible frente a terceros a favor del arrendatario financiero.
- El arrendatario deberá notificar al arrendador de cualquier siniestro o hecho susceptible de afectar la situación jurídica del bien, que sea de su conocimiento.
- El arrendatario solo podrá realizar las mejoras autorizadas por el arrendador financiero.
- En caso de venta del bien a favor de un tercero, el arrendador deberá reconocer a favor del arrendatario las sumas en concepto de anticipos, abonos y amortización sobre el valor de adquisición del inmueble que este haya invertido.
- Al final el periodo de arrendamiento el arrendatario dispondrá de por lo menos una de las siguientes opciones. Devolver el bien, extender el periodo de arrendamiento, o ejercer una opción de compra sobre el bien a favor del arrendatario o un tercero vinculado a él.
-
- En caso de venta o traspaso judicial o extra judicial, el nuevo arrendador quedará obligado a respetar el contrato, a favor del arrendatario.
- El arrendatario financiero asumirá frente a terceros la responsabilidad por daños ocasionados durante el ejercicio del derecho de uso y goce del bien inmueble, en materia civil, penal, administrativa, ambiental o cualquier otra.

III. REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

La ley 179 de 2020 en su artículo 7 nos detalla una serie de requisitos que en total son 23 que se deben cumplir para la validez del arrendamiento financiero de bienes inmuebles y muchos de estos son los mismos o similares al contrato de arrendamiento de bienes inmuebles común, aquí se resumen estos elementos:

- El contrato debe ser escrito.
- Descripción detallada de las partes
- Identificación y descripción de los bienes inmuebles sujetos al arrendamiento financiero.
- Tasa de interés nominal y efectiva para la determinación de la porción del alquiler que corresponde a intereses.
- Precio de adquisición, para determinar el alquiler mensual a pagar.
- Formula o metodología para el cálculo del alquiler y las porciones que se aplicaran a intereses, capital y seguros.
- Declaración de las partes que el contrato se realiza bajo las leyes de la República de Panamá y están sujetos a ellas.
- Facultades, derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario financiero.
- Debe constar que el contrato producirá efectos entre las partes a partir que el arrendador y arrendatario o de los apoderados de las partes, hayan sido autenticadas ante notario o en caso de escritura pública desde su inscripción.
- Debe constar que la etapa de arrendamiento financiero inicia desde que el arrendador entrega el uso y goce del inmueble al arrendatario financiero, tendrá efectos frente a terceros desde la fecha de inscripción de la propiedad del bien a favor del arrendador en el Registro Público.
- El contrato de arrendamiento financiero de bienes inmuebles no será por un periodo menor de 5 años o no mayor del periodo acordado entre el arrendatario y arrendador, para cubrir el anticipo estimado y ejercer la opción de compra.
- El arrendatario solo podrá realizar las mejoras autorizadas por el arrendador financiero.
- El arrendatario deberá notificar al arrendador de cualquier siniestro o hecho susceptible de afectar la situación jurídica del bien.
- El contrato deberá establecer las condiciones generales o específicas para la restitución del bien al arrendador y las condiciones para la terminación del contrato.
- En caso de venta del inmueble por parte del arrendador a favor de un tercero, el producto de la venta corresponde al arrendador. En este supuesto, el arrendador deberá reconocer a favor del arrendatario las sumas en concepto de anticipos, bonos y

amortización sobre el valor de adquisición del bien inmueble, que este haya invertido y que de alguna forma no hayan sido reconocidas, siempre que el arrendador haya recuperado las sumas que le son adeudadas bajo el contrato de arrendamiento. Esto aplica si hay una terminación por mutuo acuerdo o por incumplimiento del arrendatario.

- En el contrato se debe pactar que al finalizar el contrato el arrendatario disponga por lo menos de una de las siguientes opciones:
 - - A. Devolver al arrendador el bien objeto del contrato.
 - B. Convenir una prórroga sobre la base de los cánones o alquileres predeterminados o por determinar.
 - C. Adquirir los referidos bienes por su valor residual o por el precio pactado en el contrato. El arrendador y el arrendatario pueden convenir que el bien se le sea traspasado al arrendatario, o que la adquisición sea realizada por un tercero vinculado al arrendatario, según determinen las partes.
- El contrato podrá incluir el ejercicio de la opción de adquisición anticipada.
- En caso de fallecimiento del arrendatario el arrendador podrá traspasar el inmueble a favor de la persona o personas designadas por el arrendatario como beneficiarios, siempre que haya recibido la cancelación de los saldos adeudados, así como el valor residual o precio pactado para la adquisición del bien.
- La designación de beneficiario o beneficiarios se hará a través de documento privado, con las formalidades que el arrendador determine, siempre que se cumplan las formalidades, la designación de beneficiarios y la transferencia del inmueble a favor de estos, se considerara realizada en debida forma y esta no podrá ser disputada.
- El contrato de arrendamiento debe incluir las causales de terminación, incluyendo en los casos de incumplimiento lo siguiente:
 - - A. Las causales de incumplimiento del contrato, los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos y los medios de notificación al arrendatario.
 - B. La obligación del arrendador de notificar al arrendatario el evento de incumplimiento que causa el procedimiento de restitución del bien inmueble.
 - C. El derecho del arrendatario a someter cualquier controversia con el contrato a proceso sumario estipulado en el Código Judicial.

Importante mencionar que habrá nulidad en el contrato cuando el bien inmueble objeto del contrato tenga un gravamen, salvo que el acreedor o titular del gravamen autorice, expresamente y por escrito, la celebración del contrato que trata.

IV. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

La terminación del contrato de arrendamiento financiero de bien inmueble se dará salvo lo contrario pactado en el contrato de arrendamiento en los siguientes casos:

- Cuando el arrendatario financiero decida no ejercer la opción de compra pactada a su favor y devuelva al arrendador financiero el bien objeto del contrato.
- Cuando las partes decidan dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo.
- Por incumplimiento del arrendatario del pago del alquiler acordado.
- Por cualquier causa establecida en el contrato o en la ley 179 de 2020.

En caso de incumplimiento de alguna de las dos partes, si es por arrendatario podrá pedir la terminación del contrato y si es por parte del arrendador podrá exigir el pago de los alquileres.

V. EFECTOS FISCALES

El contrato de Arrendamiento financiero de bienes inmuebles también tiene algunos incentivos fiscales como se van a mencionar en este punto:

A. (ISR): Son deducibles del impuesto sobre la renta:

- La porción de los alquileres correspondientes a intereses que se paguen por razón del arrendamiento.
- Los gastos en que incurra el arrendador financiero.

B. (ITBMS). Los alquileres pagados no serán gravados con el impuesto de transferencia de bienes corporales muebles y la prestación de servicios (ITBMS) por un período de cinco años.

C. (ITBI.) Todo bien inmueble que, al finalizar el contrato de arrendamiento financiero, sea traspasado al arrendatario financiero o al beneficiario que este haya designado con fines sucesorios, no estará sujeto al impuesto de transferencia de bienes inmuebles (ITBI).

VI. PERSONAS AUTORIZADAS A PRACTICAR EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES Y TARIFAS DE REGISTRO Y SUPERVISION.

Las personas jurídicas autorizadas para ejercer el negocio de arrendamiento financiero son:

- Los bancos

- Las empresas fiduciarias
- Las personas autorizadas por la Superintendencia de Bancos de Panamá.

Estas empresas que se dediquen al arrendamiento estarán sujetas a las obligaciones de supervisión y prevención que para tales propósitos desarrolle la superintendencia de bancos.

El capital mínimo asignado que tendrán que tener las empresas que se dediquen al arrendamiento financiero de bienes inmuebles será de (US \$750,000.00), las cuales serán revisadas periódicamente por la Superintendencia de Bancos de Panamá.

Las empresas que soliciten la autorización para ejercer el negocio de arrendamiento financiero de bienes inmuebles de Panamá están sujetas a un pago de (US \$30,000.00), pagadero a la Superintendencia de Bancos de Panamá. La tarifa por supervisión anual será de (US\$ 15,000.00) y también se le pagará a la Superintendencia de Bancos de Panamá.

VII. CONCLUSIONES

Si bien es cierto la ley 179 de 16 de noviembre de 2020 que regula el arrendamiento financiero de bienes inmuebles es una ley reciente, en Panamá se venía practicando algo muy parecido, en el caso de las promotoras muchas arrendaban el bien y de los alquileres se iba sumando para la cuota inicial si la persona deseaba comprar el bien. Hoy con esta ley ya vemos esta materia regulada con los elementos que debe contar el contrato, con los incentivos fiscales que ofrece el arrendamiento de bienes inmuebles, con las personas jurídicas que pueden desarrollar este tipo de negocio y de algo para mí muy importante un mínimo de dinero que tienen que tener para responder en caso de un problema, esto hasta cierto punto le da tranquilidad al arrendatario de bienes inmuebles en caso de que surja algún problema. Me parece una figura muy buena, ya que con los incentivos fiscales que ofrece es una forma de financiamiento que ayuda a ahorrar a la persona que la tome, eso sí se sabe que en este tipo de contratos los arrendamientos son mucho más altos que con otras figuras.

BIBLIOGRAFÍA:

Ley 179 (16 de noviembre de 2020) que regula el arrendamiento financiero de bienes inmuebles y dicta otras disposiciones.

Ricardo A. Ceballos (s. f.) El arrendamiento financiero de bienes inmuebles en Panamá obtenido de <https://icazalaw.com/es/arrendamiento-financiero-de-bienes-inmuebles-en-panama/> consultado el 12 de octubre de 2021.

Datos del autor. OZIEL DE GRACIA

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María la Antigua. Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Santa María La Antigua. Maestría en Derecho Marítimo en la Universidad Deusto Bilbao España. Investigador del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Correo electrónico: odg_25@hotmail.com

D. DERECHO PENAL

TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD DE CULTO. Y REFORMA PENAL

Por: Virginia Arango Durling
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Panamá
E-mail: varangodurling@gmail.com

Artículo recibido 23 / nov. / 2021

Aprobado 30 / nov. / 2021

RESUMEN

La tutela penal de los delitos contra la Libertad de culto en el Código Penal del 2007 se orienta en la Carta Constitucional que reconoce la libertad religiosa como una de sus manifestaciones a todas las personas sin distinción en todos los aspectos, incluyendo lo referente al respeto que se debe tener a los cadáveres o sepulturas, y la discusión sobre su eliminación como delito hasta ahora no ha sido tema de debate, aunque si se han planteado reformas penales en torno a la modificación de los actuales tipos penales se denota una deficiente técnica legislativa, un exagerado casuismo y la eliminación de las penas alternativas.

PALABRAS CLAVES: Libertad de culto, ofensas, penas, cadáveres, sepulturas

ABSTRACT

The criminal protection of crimes against Freedom of worship in the Criminal Code of 2007 is guided by the Constitutional Charter that recognizes religious freedom as one of its manifestations to all people without distinction in all aspects, including the respect that Corpses or graves must be kept, and the discussion about their elimination as a crime has not been the subject of debate until now, although if penal reforms have been proposed around the modification of the current criminal types, a deficient legislative technique is denoted. An exaggerated casuism and the elimination of alternative penalties.

KEYWORDS: Freedom of worship, offenses, penalties, corpses, graves

Sumario: 1. Determinaciones previas 2. Los delitos contra la libertad de culto en la legislación vigente 3. Consideraciones finales y Reforma penal.

1. Determinaciones previas

Desde hace más de un año reposa en la Asamblea de Diputados una propuesta de reforma penal al Código Penal 2007, que modifica un sinnúmero de delitos, pero que en esta ocasión solo pretendemos referirnos a los “Delitos contra la libertad de culto”, que aparecen comprendidos en los artículos 172 y 173, y que comprenden los siguientes: el Impedimento o perturbación del ejercicio de un culto permitido (Art. 172), y las Ofensas a cadáveres as sepulturas (Art. 173).

En cuanto a los delitos bajo estudio hay que tener presente que nuestra Carta Magna reconoce la libertad religiosa (art. 35), la cual comprende: a) la libertad de conciencia o creencia; b) la libertad de culto; y, c) la libertad de propagar las ideas religiosas.

En consecuencia, el Estado panameño tutela la libertad religiosa en sentido amplio, la libertad de culto para efectos del Código Penal, aunque el texto constitucional señale que la mayoría de los panameños profesa la religión católica, y se protege y reconoce la libertad de culto a todas las personas sin distinción, sus manifestaciones en todos los aspectos, incluyendo lo referente al respecto que se debe tener a los cadáveres o sepulturas.

Se trata de la tutela penal de la libertad religiosa para todas los individuos por las ofensas públicas o privadas que se realicen a quienes profesan una religión, que se ve afectada por el ultraje a sus ministros, la profanación a los cadáveres, la perturbación a sus ceremonias, entre otras.

Por lo que respecta a estos delitos su incidencia es frecuente, se realiza no solo en los cementerios, sino en hospitales, funerarias, sin embargo, escasamente se reflejan en las estadísticas, por ejemplo, en el año 2017, se señala un caso de profanación de cadáveres

Y por lo que respecta a las personas afectadas, cabe señalar, que nadie se escapa, de estos delitos, en concreto de la profanación de cadáveres, y tenemos entre otros, el caso de Charles Chaplin (1889-2017), de Evita Perón cuyos restos fueron sustraídos, de Juan Domingo Perón, fallecido en virtud del cual le cortaron las manos, sin que hayan aparecido,

2. Los delitos contra la libertad de culto en la legislación vigente.

2.1 La perturbación al ejercicio de un culto.

El artículo 172 dice lo siguiente:

“Quien mediante amenaza, violencia o ultraje impida o perturbe el ejercicio de un culto que se profese en la República será sancionado con cincuenta a cien días multa o trabajo comunitario.

De esta forma, el legislador panameño castiga toda perturbación el ejercicio de un culto permitido en la República, en cuanto tales actos se emplean la amenaza, la violencia o ultraje, que, en el caso de nuestro país, usualmente no se presenta.

Sin embargo, valga señalar que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, confirmó la condena de un sujeto interpuesta por la Audiencia Provincial de Baleares, España, en donde varios sujetos interrumpieron una misa en la Iglesia de Sant Miquel de Palma de Mallorca, en febrero de 2013, protestando contra la reforma de la ley de aborto (Portilla Arnaiz,2017).

En lo que respecta, al análisis dogmático, el agente de estos delitos es cualquier persona, siendo un delito común, inclusive puede ser tanto un particular que profese o no profese una determinada religión o un servidor público.

Sujeto pasivo, recae sobre todos los miembros del culto, son afectados por las perturbaciones en la libertad religiosa, y también el ministro del culto respectivo.

El comportamiento delictivo, es alternativo: impedir, perturba o ultrajar el ejercicio de un culto religioso permitido en la República. Por impedir el ejercicio de un culto debemos entender que el sujeto imposibilita la ejecución de un acto o ceremonia religiosa.

Por impedir, hay que entender, que es “Hacer que una cosa no se ejecute, no se produzca o no sea posible”, de manera que con ello el agente puede poner obstáculos para que se inicie la ceremonia, o que luego de haberla iniciado no pueda proseguirse con la misma

En cambio, perturbar, significa alterar u obstaculizar el desarrollo de un acto o ceremonia previamente iniciados, lo que incluso puede llegar hasta el extremo de “interrumpir” momentáneamente el desarrollo del acto o ceremonia. Cuando se perturba, se desordena, trastoca el desarrollo normal de las ceremonias o prácticas religiosas (Maggiore, 1957:426), mientras que también se entiende que, al perturbar una función o ceremonia, se impide también que se siga desarrollando (Pacheco Osorio: 263)

Por último, tenemos ultrajar, que significa ofender, menospreciar, vilipendiar o injuriar. Son actos que atentan contra la religión, que pueden estar dirigidos hacia sus ministros o los miembros del culto religioso que participan del mismo.

En lo que respecta al ámbito espacial, el precepto abarca solo los cultos que se profesen en la República (art.35), y en lo que respecta a los medios de ejecución requieren que sean ejecutados por medio de amenaza, violencia o ultraje.

Se trata de un hecho, que puede ser realizado de manera pública, en un lugar sagrado, o inclusive a nivel privado, incluso en las habitaciones privadas de los ministros o sacerdotes.

La norma describe un delito realizado a título de dolo, de manera que el agente está consciente de que, con su actuación, impide, perturba o ultraja un culto permitido en la República supone conciencia y voluntad de infringir la norma bajo estudio.

En consecuencia, no es admisible la forma culposa de este delito.

No hay reparo, respecto a las formas de aparición delictiva, es posible la tentativa en estos delitos, y su consumación se presenta tan pronto se da el resultado de perturba o impedir el ejercicio de un culto que se profese en la República.

Son autores los que realizan la conducta descrita en el tipo, y nada impide que puedan darse las diversas formas de autoría, y de participación criminal. En cuanto a esto último es frecuente, los supuestos de instigación para cometer este tipo de hechos.

Finalmente, como consecuencia jurídico penal, se castigan estos hechos con pena de cincuenta a cien días multa o trabajo comunitario.

La figura del concurso de delitos ha sido considerada posible, cuando el agente en el transcurso de una ceremonia realiza un robo, estando ante un supuesto de concurso ideal.

2.2 Ofensa a cadáveres o sepulturas

El artículo 173 del Código Penal vigente dice lo siguiente:

“Quien profane o ultraje el cadáver de una persona, sustraiga en todo o en parte sus Restos mortales o viole una sepultura será sancionado con prisión de seis a veinte meses”.

Tradicionalmente en las legislaciones dentro de los delitos contra la libertad de culto, se ha reconocido y se tutela la inviolabilidad de los difuntos, de sus sepulturas y por ende el respeto hacia los restos humanos y hacia las tumbas (Mendoza Tronconis, 1957: 258).

Al analizar el delito bajo examen observaremos que se trata del mismo bien jurídico protegido la libertad de culto, que en este caso se manifiesta en el respeto a la inviolabilidad de los difuntos.

Se trata de actos que, en el plano del tipo objetivo, el sujeto activo es cualquiera persona, siendo un delito común, ya que la norma no establece cualidades especiales en el mismo. En ocasiones estamos ante individuos que profanan las tumbas por razones de odio, por cultos satánicos, o por robar.

El sujeto pasivo directamente tutelado es el Estado, cuyo interés es conservar intactos los cadáveres o las sepulturas que los contienen, aunque también son los familiares que quedan consternados ante este tipo de actos.

El comportamiento castigado consiste en tres tipos de acciones alternativas: a) profanar o ultrajar un cadáver humano; b) Sustraer, en todo o en parte, los restos mortales; y, c) violar una sepultura.

Hay que tener presente, que los actos de profanar o ultrajar un cadáver humano, así como sustraer en todo o en parte los restos mortales, recae sobre un objeto material que es el cadáver humano. Situación distinta, lo constituye violar una sepultura, cuyo objeto material es la sepultura misma.

A continuación, nos vamos a referir a las distintas acciones castigadas en este precepto.

La primera de ellas lo constituye Profanar o ultrajar un cadáver humano,

La expresión profanar, de acuerdo con el Diccionario significa "Tratar sin el debido respeto una cosa que se considera sagrada o digna de ser respetada", de manera que cuando se profana un cadáver humano, se está irrespetando lo que se considera como sagrado, se está deshonrando, o como indica Mendoza Tronconis (1957:252), se le da un uso indigno a cosas respetables.

En opinión de POLAINO ORTS (2008:3), "no puede considerarse profanación de cadáver, por ejemplo, seccionarlo para extraer los órganos vitales donados por el fallecido a fin de implantarlos a determinados enfermos, ni tampoco la utilización de los cadáveres con fines pedagógicos o de investigación, por los profesionales o estudiantes en prácticas de Medicina, ni por supuesto la exploración somática de los fallecidos a efectos de esclarecer las causas del fallecimiento. Sostener lo contrario, es decir: que esas acciones constituyan un delito de profanación de cadáver, no sólo supondría un despropósito jurídico-penal por mor de una arbitraria y desproporcionada extensión de la norma penal, sino que resultaría absolutamente inviable al situar a la Sociedad al borde del colapso, pues nadie podría desempeñar impunemente su rol, no habría investigación, ni ciencia, ni progreso, y todo estaríamos bajo sospecha permanente por todas nuestras acciones cotidianas: habría que considerar antijurídica, por ejemplo, la acción de unos bomberos que, ante un incendio, derribaran la puerta de una vivienda y penetraran en ella (¿alguien se atrevería a imputarles un delito de daños y otro de allanamiento de morada?), o sancionar al policía que, ante el paso de una comitiva o de una procesión de Semana Santa, nos detuviera el paso, impidiéndonos atravesar la calzada ejerciendo nuestra libertad ambulatoria (¿detención ilegal por parte de autoridad? ¿Coacción?). Por ello, estas acciones cotidianas, realizadas en el ejercicio de un rol, no es que resulten justificadas, sino que no constituyen ni siquiera acción penalmente relevante: parafraseando al famoso penalista alemán Franz von Liszt, podríamos decir que "no hay acción, no hay injusto, no hay delito".

En otras palabras, cuando el legislador se refiere a profanar, alude a conductas graves

(Polaino Ports, 2008: 6),” está pensando en conductas tan graves como, por ejemplo, consumir el coito con un cadáver (acción que no puede calificarse de violación, al carecer el muerto de titularidad del bien jurídico “libertad sexual”). Es evidente que mantener relaciones sexuales con un cadáver supone a un “uso diverso al debido”, faltando el respeto debido a la memoria del muerto”.

De manera tal, que resulta incongruente que a un médico forense se le denuncie por profanación de cadáveres al presumir que los tocamientos realizados sobre la víctima se hicieron con fines libidinosos, pues la conducta a nuestro juicio se adecua al arte medico (Polaino Ports, 2018:6).

Por el contrario, hay profanación y violación de sepulturas, cuando las personas son sorprendidos por el cuidador del Cementerio Municipal con el ladrido de los perros y observa que varios sujetos llevan en sus manos, se avisa a las autoridades y al efectuar la inspección corporal le incautan “un saco contentivo en su interior de un cráneo y un crucifijo de los usados en los panteones (TS 2007).

Por otro lado, cuando se ultraja, se menosprecia, ofende o vilipendia el cadáver de una persona, por ejemplo, escupir sobre el mismo.

En lo que respecta al ámbito de realización de este delito, puede realizarse tanto de manera pública como privada, y los actos de profanar son actos irrespetuosos sobre el mismo, incluyendo los actos de necrofilia. De esta manera puede incluirse actos como “escupir,

ensuciar, desnudar o disponer al cadáver en posiciones grotescas e irreverentes, colocarle máscaras o símbolos burlescos, desfigurarlo, extraerle los dientes o cortarle el cabello), mutilarlo, ejecutar sobre él actos de brutalidad (como golpearlo), actos obscenos (como besos lujuriosos, mordiscos o masturbación sobre el cadáver) o, incluso, actos depravados, como la necrofilia (Maggiore:442-3, Téllez Rodríguez, 2020:45)

b) Sustraer en todo o en parte restos mortales.

El acto de sustraer en todo o en parte restos mortales se ha estado realizado desde hace mucho tiempo, y la Iglesia Católica ha indicado que personas como brujos o chamanes, así como estudiantes de medicina negocian con huesos humanos.

A diferencia de las conductas anteriores que consisten en profanar o ultrajar un cadáver, acá, por el contrario, se quitan o se llevan el cadáver de donde está a otro lugar y por distintas razones, o parte de ellas.

La sustracción en estos casos debe entenderse que se realiza en el cementerio donde reposan los cuerpos de las personas fallecidas, en el sepulcro, nicho (Tellez Rodríguez, 2020:43), aunque la norma no determina el ámbito espacial, de manera que pudiera efectuarse inclusive en la morgue, o en el hospital.

Se trata de un sujeto activo indeterminado, cualquiera persona puede realizar la sustracción, sin embargo, el sujeto pasivo es el Estado ya debe proteger la libertad de culto, aunque indirectamente también son afectados sus familiares, sus allegados, los cuales tienen profundos vínculos sentimentales que mantenían con el difunto, que padecen un menoscabo en el sentimiento religioso que profesan dado que soportan el duelo y comparten con él el último paso de su existencia y, además, porque detectan un quebranto en el respeto que se debe a la persona que fúnebremente honran con los ritos propios de estos eventos y la erección de un monumento (tumba, sepulcro, osario o urna mortuoria) (Tellez Rodríguez, 2020:43).

El objeto material es el cadáver o los restos mortales de la persona fallecida. Por cadáver, de acuerdo con la RAE es el cuerpo sin vida, especial de una persona. Cadáver es sinónimo de restos morales, y cuando se habla de cadáver, se refiere a los restos mortales de la persona tras su muerte.

Aún más, de acuerdo con la Ley 52 de 1995, que deroga la Ley 10 de 1983, cadáver “es el cuerpo de una persona en el cual se ha producido muerte cerebral, diagnosticada de conformidad con la presente Ley. Por lo mismo es persona fallecida aquella cuyo cuerpo, de acuerdo con este numeral, se considera cadáver (art. 1º, no.3), en el contexto de la normativa que reglamenta la utilización de órganos de una persona fallecida, para trasplantes previo consentimiento de la persona fallecida o de sus familiares.

La problemática que presenta la normativa en este caso, es que el concepto de cadáver en su sentido científico permite la sustracción de órganos por parte de personas para el tráfico de órganos para trasplante, tal como podemos mencionar el caso de un médico que retira el tejido corneal de un cadáver, sin consentimiento de sus familiares para luego venderlo, o también cuando la persona se le extrae el corazón para dárselo a un donante, o simplemente realizar el hecho para afectar la libertad de culto. En ese sentido, tenemos que habiéndose dictaminado la muerte cerebral se mantiene en óptimas condiciones cuando sean destinados para trasplantes u otros usos terapéuticos (ar.4), pero para ello se requiere consentimiento de las personas que señala la Ley (art. 10º)

Ahora bien, a nuestro modo de ver en su momento la finalidad del legislador fue la de tutelar la libertad de culto, la dignidad humana que algunos reconocen (Pinto, Gómez, Marulanda, 2018:1) y no otros intereses, como ocurre en la actualidad con el delito de tráfico de órganos, en virtud del cual se sustrae parte del cadáver para ser vendido.

En consecuencia, debemos tener claro, que tal como está la norma permite un concurso de delitos, pues por un lado se atenta contra la libertad de culto, se irrespeta el cadáver, y por otro se concurre en un delito de tráfico de órganos. En consecuencia, si los fines del agente son simplemente sustraer los restos mortales sin fines de venderlos se concreta el delito bajo examen, de lo contrario habría un concurso real o material de delitos con el delito de tráfico de órganos, castigado en el artículo 456, que dice lo siguiente:

Quien posea, transporte, almacene, reciba, entregue, ofrezca, venda, compre o traspase de cualquiera manera, en forma ilícita, órganos, tejidos o fluidos humanos será sancionado con prisión de diez a doce años.

c)... Violación de una sepultura.

Usualmente entendemos por “violación de una sepultura” el exhumar el cadáver depositado anteriormente. En el uso corriente, quiere decir “desenterrar” al cadáver.

En la doctrina, sin embargo, se entiende por violación de una sepultura el destruir, dañar o deteriorar la sepultura donde se encuentran los despojos humanos (Mendoza Troconis, 1957: 255, Pacheco Osorio, 1960: 272). Para algunos autores, también se reputa como tal la alteración de la lápida.

En este caso, la exhumación del cadáver sólo constituye delito cuando se efectúa en forma ilegítima, ya que los actos realizados en cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o con fines científicos excluyen la antijuridicidad de estos (Rodríguez Devesa, 1983: 874).

Las acciones castigadas en este precepto son hechos dolosos, de manera que la culpa es inadmisibles. En cuanto a los motivos para realizar este tipo de hechos es variado, por desprecio, burla, u odio al fallecido o a su familia, para robar o por hechicería, y en estos supuestos no puede ser invocado como causa de justificación.

En cuanto a las formas de aparición del delito, estos delitos se consuman tan pronto se realizan las diversas acciones de profanar, ultraja un cadáver, o sustraer en todo o en parte sus restos mortales o viole una sepultura, y la tentativa es admisible.

En caso de que se realice la violación de la sepultura y no haya cadáver, el hecho serio impune, pues en este caso falta el objeto que justifica la existencia de la norma, no podrá justificar un respeto hacia un cadáver inexistente.

Autor es el que profana o ultraja el cadáver, sustrae en todo o en parte sus restos mortales o viola una sepultura humana.

La participación criminal es admisible y se rige por las reglas generales.

Este delito es castigado con la pena de seis a veinte meses de prisión. No se establecen circunstancias Es posible el concurso real o material.

3. Consideraciones Finales y Reforma penal.

En lo que respecta a estos delitos la tradición legislativa ha sido la de tutelarlos penalmente, aunque como advierte ACEVEDO (2008:262), en las discusiones de la Comisión Codificadora se evaluó su castigo a nivel administrativo, no obstante, más tarde afirma que por consideraciones teocráticas, se reincorporaron los tipos penales.

La discusión sobre su eliminación como delito hasta ahora no ha sido tema de debate en nuestro país, pero por el momento abogamos porque se mantengan estos hechos con una sanción leve y pena alternativa, dado la escasa gravedad de estos.

Decimos esto porque el Derecho Penal mediante la incriminación de este delito fija las condiciones necesarias para la realización por el individuo de esos derechos fundamentales que le garantiza la Constitución, y ha de hacerlo para los ataques graves, cuando no sean neutralizados por otras ramas del Derecho, en consecuencia, estamos ante un fenómeno social valorativamente positivo o, dicho también de otra manera, un bien jurídico merecedor de protección penal (Fernández Coronado, 1986:38)

De este estudio se aprecia que se tutela la libertad de culto, desde la perspectiva de profanación de cadáveres, la sustracción, y el ultraje, así como todo acto que impida o perturbe un culto permitido en la República, y que las consecuencias jurídicas no son graves.

Se trata de hechos que pueden ser realizados por cualquier persona, siendo un delito común, y en la que el sujeto pasivo es el Estado como titular de la libertad de culto, aunque directamente son afectados sus familiares, allegados por estos actos que atentan contra los sentimientos de piedad y respeto hacia las personas fallecidas.

Es un hecho particular, que en estos delitos pueda darse el concurso de delitos, toda vez que en ocasiones no solo se realiza el acto en concreto, por ejemplo, de sustraer en todo o en parte los restos de las personas fallecidas, sino que a la vez puede tener en mente otros hechos punibles, como el robo, o el tráfico de órganos.

Por lo que respecta a las reformas penales que reposan en la Asamblea de Diputados se modifican las disposiciones legales, sin embargo, se mantienen como delitos, aunque se han eliminado las penas alternativas que se fijaba para ellos, que, a nuestro modo de ver, no es positivo desde el punto de vista de individualización de la pena.

De conformidad con las recientes propuestas reformas penales los Delitos contra la Libertad de culto quedan de la siguiente manera:

Art. 172

Quien mediante amenaza, violencia o ultraje impida o perturbe el ejercicio de un culto que se profese en la República será sancionado con cincuenta a cien días multa

Art. 173

Quien profane o ultraje el cadáver de una persona o sus *cenizas o restos óseos*, sustraiga a todo o en parte sus restos mortales o viole una sepultura, altere o dañe *urnas funerarias, panteones, lapidas o nichos* será sancionado con prisión de seis a veinte meses”.

Como se desprende los cambios atienden respecto a la estructura de los tipos penales, en concreto en el artículo 173, así como también en lo referente a la pena, de manera que en este último supuesto se eliminan las penas alternativas.

En la profanación de cadáveres, el legislador ha considerado incluir también las cenizas o restos óseos, como así por ejemplo lo contempla el legislador español en el artículo 526 que dice así:

“El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”.

De esta manera el objeto material no solo lo constituye el cadáver en sí, sino también las cenizas o restos óseos en los actos de profanación o de ultraje, en este caso las cenizas son el resultado del proceso de cremación del cadáver que se coloca usualmente en una urna, y los restos óseos no es más que los restos humanos de la persona fallecida, que se ha constituido como un negocio lucrativo ilícito, que consiste en venderlo a estudiantes de medicina, según sea evidenciado por las autoridades de Cochabamba en Bolivia (2017). En otros casos, como es usual, la profanación de los restos óseos se ha realizado con fines rituales satánicos.

También la reforma penal incorpora sanciones para ultrajar, destruir, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, y en cuanto a esto es novedoso lo referente a las urnas funerarias y nichos, aunque es necesario hacer un análisis al respecto.

Si observamos la actual legislación en su artículo 173, alude a profanar o ultrajar un cadáver, sustraer en todo o en parte sus restos mortales o violar una sepultura será sancionado con prisión de seis a veinte meses.

Los panteones de acuerdo con el diccionario son “monumentos funerarios destinado a la sepultura de varias personas, generalmente de la misma familia”, lapida, por el contrario, es el “término se utiliza habitualmente para designar a la lápida funeraria: una piedra labrada (en pedernal, granito, mármol, etc.) que marca el lugar donde se encuentra una sepultura”.

También, es necesario aclarar el concepto de nicho, que es el “Hueco o cavidad en un muro que sirve para colocar el cadáver o las cenizas de un difunto; en especial, el que hay en las construcciones de los cementerios”.

Por otro lado, la "sepultura es el lugar en el que está enterrado un cadáver. El término compone expresiones como "dar sepultura", que significa precisamente enterar un cuerpo sus restos".

Tomando en cuenta lo explicado, se aprecia que el legislador ha querido individualizar el objeto material del delito de Profanación de cadáveres, llegando a un exagerado casuismo y, en nuestra opinión, resulta innecesario pues la violación de una sepultura abarca el lugar donde reposa el cadáver o las cenizas de una persona fallecida, como son los panteones, las lapidas, y las urnas funerarias, o nichos, aunque semánticamente exista una ligera diferencia.

En cuanto a los comportamientos delictivos, se denota una deficiente técnica legislativa, en cuanto a la conducta de ultrajar, destruir, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, pues es innecesario hacer referencia al "ánimo de ultrajar, en otro caso, porque dañar o destruir son acciones equivalentes

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO DURLING, V. (1980) "La tutela penal de los derechos políticos y económicos" Anuario de Derecho, Panamá, Universidad de Panamá.

- Introducción a los derechos humanos (2000), Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

-Manual de Derechos Humanos (2013), Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

ARANGO DURLING, V. MUÑOZ POPE, C. MUÑOZ ARANGO, C. (2021) Derecho Penal Panameño, Parte Especial, Panamá.

BASTERRA, D. (1989) El derecho a la libertad religiosa. Su tutela jurídica, España, Universidad Complutense de Madrid.

EL VIAJERO, 6 tumbas profanadas de personajes famosos

<https://www.elviajerofisgon.com/magazine/6-tumbas-de-personajes-famosos-que-han-sido->

EL TIEMPO (2017), La venta de resto óseos, el silencioso negocio continúa inmerso en las carreras de medicina de Cochabamba, pese a las prohibiciones de las universidades, <https://www.lostiempos.com/especial-multimedia/20180702/clandestino-negocio-venta-huesos>.

FERNANDEZ CORONADO, A. (1986), La tutela penal de la libertad religiosa, Madrid, Anuario de Derecho.

GUERRA DE VILLALAZ, A. (1984). Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial I y II, Panamá, Universidad de Panamá.

IRRURETA GOYENA, J. (1932), Delitos contra la libertad de cultos, raptos y estado civil, Montevideo, Barreiro Ramos.

MAGGIORE, G. (1955), Derecho Penal, Vol. IV, Bogotá, Temis.

MARTÍN RETORTILLO, L., Libertad religiosa y orden público, un estudio de jurisprudencia, Madrid, Tecnos, Madrid.

MENDOZA TRONCONIS, J. (1975), Curso de Derecho Penal Venezolano, Caracas, El Cojo.

MORILLAS CUEVA, L. (1977), Los delitos contra la libertad religiosa, Granada, Universidad de Granada.

MUÑOZ ARANGO, C.E. (2014), Delitos de ofensas a cadáveres o sepulturas, Universidad de Panamá.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PACHECO OSORIO, J. (1970), Comentarios al nuevo Código Penal, Madrid, Imprenta M Tello, Isabel la Católica, Madrid, 1970.

PINTO, B. J., GOMEZ, A. I., MARULANDA, J. y LEON, A. H., (2018) Necroética: el cuerpo muerto y su dignidad póstuma (2018), <https://revistas.fucsalud.edu.co/index.php/repertorio/article/download/13>

POLAINO ORTS, M. (2008), Profanación de cadáveres y Derecho Penal, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20080616_47.pdf

RODRIGUEZ DEVESA, J. (1983) *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid.

SIRACUSANO, P. (1983), I delitti in materia di religione, Beni giuridici e limiti dell' "intervento penale, Milano, Dott. Giuffrè editore.

TELLEZ RODRIGUEZ, L.F. (2010) El irrespeto a cadáveres en la legislación penal Colombiana. Un delito de descanso eterno, Cuadernos de Derecho Penal, No. 4, 2010, Colombia, Universidad Sergio Arboleda.

VENEZUELA, Decisión del Tribunal Séptimo de Primera instancia en funciones de control de Anzoátegui (Extensión Barcelona, de 5 de diciembre de 2007). <https://vlexvenezuela.com/vid/fiscal-defensor-juan-gregorio-portillo-286351427> Venezuela

DATOS DE LA AUTORA: DRA. VIRGINIA ARANGO DURLING:

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Panamá. Se graduó de Licenciada en Derecho, Universidad de Panamá. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España (1989). Investigadora en el Centro de Investigación Jurídica. Decana a. i. de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Es autora de numerosas obras en Derecho Penal y Derechos Humanos. E-mail: varangodurling@gmail.com

**EL OBJETO MATERIAL EN LOS DELITOS
DE HURTO AGRAVADO.**

Por: Campo Elías Muñoz Arango
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Panamá
E-mail: campoema@gmail.com

Artículo recibido 00/nov./ 2021

Aprobado 00 /dic./ 2021

RESUMEN

En los delitos contra el patrimonio económico, el objeto material de los delitos suele ser diverso, en algunos tenemos que recaer sobre cosas muebles, inmuebles y en algunos hechos en ambos, aunque tengan un solo bien jurídico protegido, que es el patrimonio económico, y esa diversidad de objetos la tenemos en los delitos de hurto, robo, apropiación indebida que recae sobre una cosa mueble ajena, en el delito de daño sobre bienes muebles e inmuebles, y en la usurpación, que de manera exclusiva el objeto material son las cosas inmuebles, sin embargo, en esta ocasión nos dedicaremos a examinar el objeto material en el hurto agravado. En el caso del hurto agravado si bien es una cosa mueble ajena el objeto material determinamos que es de indistinta naturaleza, son bienes de dominio colectivo, particular, social y cultural que justifican una sanción más grave.

PALABRAS CLAVES: objeto material, hurto, inmueble, mueble delito.

ABSTRACT

In crimes against economic patrimony, the material object of the crimes is usually diverse, in some we have to fall on movable and immovable things and in some facts on both, even if they have only one protected legal asset, which is the economic patrimony, and this diversity of objects in the crimes of theft, robbery, misappropriation that falls on someone else's personal property, in the crime of damage to movable and immovable property, and in usurpation, which exclusively the material object is things property, however, on this occasion we will examine the material object in aggravated theft. In the case of aggravated theft, although the material object is a movable object, we determine that it is of an indistinct nature, they are goods of collective, private, social, and cultural domain that justify a more serious sanction.

KEYWORDS: material object, theft, property, movable and immovable things

Sumario: 1. introducción 2. El objeto material en los delitos de hurto agravado. Su clasificación 3. Un examen al objeto material en los hurtos calificados 4. Conclusiones.

1. Introducción

En el Código Penal vigente se castiga el delito de homicidio que consiste según indica el 131 en causar la muerte de otro, con pena de prisión de diez a veinte años, hecho que atenta contra la vida de las personas.

1. Introducción

En el Capítulo I de los Delitos contra el patrimonio económico tenemos los delitos de hurto agravados y observamos que el objeto material aun cuando recae sobre bienes muebles es de diversa naturaleza, tema el cual vamos a desarrollar en el presente ensayo.

Los delitos contra el Patrimonio económico en el código penal no solo comprenden el hurto sino otros delitos como la extorsión, secuestro, retención indebida y el bien jurídico protegido en estos delitos es el patrimonio de una persona.

Hoy en día, el código prefiere hablar de patrimonio económico y con ello se parte de que comprende todos los valores económicos de la persona con carácter individual, así lo ha dice MUÑOZ CONDE (2013, p.353) en cuanto que el bien jurídico es de carácter personal, es el patrimonio, entendido este como el conjunto de derechos y obligaciones referible a cosas u otras entidades que tienen un valor económico, y que debe ser valorables en dinero.

Dentro de los delitos de hurto el objeto material recae sobre bienes muebles de diversa naturaleza y contenido, así, por ejemplo, en el hurto de automóviles recae sobre una cosa mueble ajena que es el automóvil, pero también puede tener como objeto material, animales como es el caso del Abigeato.

En el Código Penal, como veremos a continuación hay distintos tipos penales que castigan el delito de hurto, aunque en esta ocasión solo nos ocuparemos del objeto material en los delitos de hurto agravado.

2. El objeto material en los delitos de hurto agravado. Su clasificación.

El objeto material en los delitos contra el patrimonio económico es diverso, por un lado, hay delitos que el objeto material recae sobre bienes muebles en otro caso sobre bienes inmuebles y muebles, y únicamente sobre bienes inmuebles.

BRAMONT ARIAS (1997:287), nos expresan que los delitos contra el patrimonio afectan el patrimonio económico y recaen tanto en bienes muebles como inmuebles.

De esta manera, tenemos los Delitos contra el patrimonio según el objeto material sobre el que recae el comportamiento típico

- Delitos que recaen sobre bienes muebles (hurto, robo, apropiación indebida)
- Delitos que recaen sobre bienes inmuebles, usurpación

- Delitos que recaen sobre bienes muebles e inmuebles, estafa, extorsión, y daño.

Durante el desarrollo de este trabajo pasaremos a analizar de manera individualizada cada una de los tipos agravados del delito de hurto, destacando sus aspectos más importantes, y con ello podremos determinar que la cosa mueble ajena es de naturaleza distinta, no solo particular, sino colectiva y en ocasiones pública, lo cual sin duda fundamenta la agravación de la pena por la afectación al patrimonio económico.

3. Un examen al objeto material en los hurtos calificados.

En el artículo 214 del Código Penal, reformado por las Leyes 68 de 2009 y 108 de 21 de noviembre de 2013, tenemos los hurtos agravados o calificados, en la que observaremos que el objeto material es diverso, pero antes de ello por su importancia analizaremos brevemente algunos aspectos sobre los mismos.

3.1 Hurto en oficinas, archivos o establecimientos públicos (art. 183) o en otros lugares destinados a uso público

El art. 214, numeral 1º, del Código Penal tras la reforma penal mediante Ley 68 de 2009, sanciona con pena de cinco a diez años de prisión, “Cuando el hurto se cometa en las oficinas, centros educativos, archivos o establecimientos públicos, sobre cosas que se mantienen allí o cuando se cometa en cualquier otro lugar, sobre cosas destinadas al uso público”, o se cometa en una iglesia o templo religiosos.

El fundamento de la agravante radica en la naturaleza del lugar de comisión del hecho y de la cualidad de los objetos que pueden ser apoderados por el autor del delito que merecen una tutela penal, pues se trata de “cosas custodiadas en oficinas, archivos o establecimientos públicos” o en otro caso de aquellas cosas destinadas a algún servicio público, que cumplen una función de utilidad pública, o en templos o iglesias, de ahí que no recaiga sobre cosas pertenecientes a los particulares que hayan colocado allí (Mendoza Tronconis, 1975,:103).

La norma en sí pretende darle respuesta a una realidad social, en la que se ve afectado el patrimonio escolar, público y privado por el apoderamiento frecuente de equipos, materiales o de otra naturaleza, que en ocasiones resulta difícil recuperarse o, reemplazarse en el acto.

El objeto material en este tipo agravado se constituye en cualquier objeto mueble, como documentos, lámparas, computadoras o muebles de oficina que están en los establecimientos públicos, en otro caso en objetos religiosos o de cualquier otra naturaleza que estén al alcance del sujeto activo del delito.

3.2 Hurto con destreza (Art.214 No.2)

El numeral 2º del art. 214 contempla el hurto con destreza de la siguiente manera:

“Cuando el hurto se haga por medio de destreza, despojando a una persona de un objeto que lleva consigo”.

Es una forma de hurto que se caracteriza por la destreza o habilidad en el agente que ejecuta el hurto, y esta facilidad, agilidad y astucia, con que lo hace, es una situación peligrosa para los asociados (Mendoza,1975:112), ya que logra desprevenido a los mismos, y vence la vigilancia normal del hombre en el hurto (Ranieri, 1975: 48)

MOLINO ARRUBLA (1996:250), nos dice que, no solo la destreza, habilidad, sutileza, da lugar a una mayor facilidad en la ejecución del hecho, sino que permite que se logre una mayor impunidad.

El empleo de la destreza para cometer el hurto debe coincidir con el apoderamiento de la cosa mueble ajena, por el carterista, de ahí que se niegue esta agravante cuando se presente con posterioridad al hecho, por ejemplo, desaparecer después la cosa mueble robada.

En el hurto con destreza, el objeto material casi siempre es dinero, tarjetas de crédito, que tiene la persona en sus bolsos o bolsillos.

3.3 El hurto agravado por razón de abuso de confianza.

El numeral 3 del art. 214 que a continuación dice lo siguiente:

“Cuando el hecho se cometa en abuso de confianza, resultante de relaciones recíprocas, de empleo, de prestación de servicios o del hecho de habitar en una misma casa el autor y la víctima del hurto”.

Se da con mucha frecuencia realizado por los colaboradores, por criados, mayordomos, dependientes de almacén, empleados de fábrica, bancos, talleres, etc., comúnmente conocido como *hurto doméstico* o por confianza, en virtud de la cual estas personas sin el consentimiento del dueño se apoderan de cosas que reciben o se encuentran por razón del contrato de trabajo, pero que permanecen dentro de la órbita de vigilancia del dueño (Arenas, 1962, p.495)

Se fundamenta la agravante en la *deslealtad del agente* y en la dificultad del dueño o del poseedor por vigilar los objetos de su propiedad (Arenas, 1962:496), pues al apoderarse el agente de una cosa mueble ajena, amparado o prevalido de la *confianza* que en él se tiene o ha tenido por parte de la víctima, revela un mayor grado de culpabilidad, una mayor facilidad en la comisión y menor dificultad en la defensa (Molina 1996, p.195-6, Mendoza Tronconis, 1975:135).

Tratándose de este tipo de hurto, el objeto es una cosa mueble, de distinta naturaleza, desde alimentos comestibles, joyas, cuadros, de interés y valor para el sujeto activo.

3.4. Hurto calamitoso

El art. 214 numeral 4o° castiga con pena de cuatro a seis años de prisión “Cuando el hecho se comete contra la víctima de desastres, calamidad, conmoción pública o de un contratiempo particular que le sobrevenga”.

Hay dos aspectos a destacar en este tipo de hurto tenemos dos elementos: a) un elemento objetivo y otro subjetivo. En lo objetivo hay que tener en cuenta la circunstancia en que se realiza el apoderamiento, es decir, durante una calamidad, desastre, conmoción pública, que puede provenir de un hecho proveniente de la naturaleza o del hombre, como un incendio, naufragio e inclusive de contratiempo particular pérdida de un familiar o ser querido (Fontan, 1969:480, Chiossone, :480, Molina, 1996:191).

Por lo que respecta al ámbito subjetivo, supone que el sujeto activo se aprovecha de la indefensión en que se encuentra la persona en el momento en que está agobiada, desesperada, por las circunstancias difíciles que está padeciendo en ese momento por la calamidad. En ese sentido, se refleja en la conducta del agente una particular perversidad, ante un hecho en que las personas conmovidas o espantadas, dejan sus bienes, y el sujeto con “suficiente espíritu de cálculo se entrega al pillaje con más facilidad (Soler, 1970: 216, (Pérez Pinzón:.58).

Por todo lo anterior, merece un mayor reproche este apoderamiento de bienes, producto de estas circunstancias y de la indefensión del sujeto pasivo, pues el ladrón se vale del desorden, descuido, de la desesperación que produce una calamidad pública un desastre o una perturbación del orden público efectuando el hecho para satisfacer su codicia (Febres Cordero, 1993: 448).

En este tipo de hurto, el agente tomará cualquier objeto mueble que pueda llevarse rápidamente y pasar desapercibido en una calamidad, simulando que los está custodiando o salvando de esa situación.

3.5 Hurto nocturno

El numeral 5º del art. 214 del Código Penal del 2007 tras la reforma penal mediante Ley 68 de 2009, establece pena de cinco a diez años de prisión, para el hurto que se cometa" de noche en un lugar destinado a habitación".

Es en este caso la nocturnidad es el elemento objetivo que fundamenta la gravedad de la pena respecto del hurto simple, por cuanto la penumbra de la noche, evidencia en el agente un mayor grado de culpabilidad, al realizar el hecho esperando esta condición favorable lo que coloca en una situación difícil a la víctima y le permite asegurar un mayor grado de impunidad (Molina ,1996:245, Arenas, 1962: 499).

En síntesis, el hurto nocturno se caracteriza por permitir una mayor facilidad, efectividad en el delito y probabilidad de impunidad por la dificultad de la identificación, y desde nuestro punto de vista coincidimos con el legislador que tales apoderamientos merecen una sanción más grave (Bramont Arias Torres/ García Catizano, 1997. 299, Tocora, 1983:86-87).

La nocturnidad del hecho permite al agente llevarse objetos muebles de diversa naturaleza y generalmente de valor, entra a una vivienda para llevarse joyas mientras duermen los dueños, objetos valiosos que están en las habitaciones y que pueda llevarse y sacarle provecho.

3.6 Hurto con Fractura o fuerza sobre las cosas

El numeral 6º del artículo 214 dice lo siguiente “Cuando el autor para cometer el hecho o para transportar la cosa sustraída, destruye, rompe o fuerza obstáculos de cualquier naturaleza

establecidos para proteger a la persona o a la propiedad” será sancionado con pena de cinco a diez años de prisión.

El fundamento de la pena en este tipo de hurto es el *modus operandi*. La violencia material que quebranta los mecanismos de defensa de la cosa mueble ajena (romper vidrios de urna en la que está la joya) o vencer otros elementos propios que ofrecen restricciones al apoderamiento (Molina, 1996.: 118).

Al igual que sucede con el hurto por escalamiento no castigado a partir del Código Penal del 2007, se demuestra lo decisivo del agente que tratará de superar todos los obstáculos para perpetrar el hecho punible, lo que refleja agilidad en un caso, y audacia en el agente que trata de vencer todos los obstáculos defensivos de las cosas (Soler, Pérez., Mendoza,)tales como por ejemplo, romper la ventana de un vehículo para sustraer un equipo de radio, hacer un hueco en la pared o techo de la vivienda de su víctima, utilizar una pata de cabra, para fracturar un candado de una puerta o de una caja (Núñez:223) y Fontan Balestra:227),

En este tipo de hurto, el objeto material, son joyas, dinero que se encuentra resguardado en un lugar por parte del dueño o del poseedor.

3.7 Hurto con violación de sellos (art. 214 numeral 7º)

En concreto la norma castiga gravemente el hurto cometido violando sellos colocados lícitamente por un servidor público", sellos que se imponen por orden de la autoridad para identificar determinadas cosas (Vgr. autoridad judicial), por ejemplo, en caso de quiebra, embargo, el papel sellado, depósitos judiciales etc., con fines de asegurar la identificación e integridad de una cosa en un momento dado (Chiossone: 483).

Con ello el agente viola (rompe, altera, desaparece) el sello colocado por algún funcionario público, con fines de “frustrar la voluntad del Estado que representa el símbolo destinado a la conservación e identificación de la cosa (Febres, 1971:459). La pena es de cinco a diez años de prisión.

3.8. Hurto con simulación o suplantación de autoridad

Este hurto agravado el objeto material es una cosa mueble de distinta naturaleza, en la cual el agente facilita la ejecución del hecho punible. Así por ejemplo, “cuando el autor al cometer el hurto finge ser agente de la autoridad”, de manera que la razón de la incriminación radica en la mayor facilidad en la comisión y en la correspondiente dificultad en la defensa, lo cual refleja un mayor grado de culpabilidad y por otro la vía de impunidad (Art. 214 numeral 8, Molina, 1996: 209),

Estamos ante un hurto con simulación, (Ranieri, 1975: 50) que, aunque no lo mencione el código puede estar acompañada de la utilización de una insignia o carné de funcionario público, de un uniforme de policía, de tal forma que con ello engañe al sujeto pasivo. En consecuencia, el agente en consecuencia debe aducir la calidad de agente de autoridad, anunciarse (Molina, 1996:212) cuando en realidad no lo tiene. En opinión de Maggiore (1956: 58), quien simula la cualidad de funcionario público o de encargado de servicio público es lo que usurpa dicha calidad.

Con este hurto agravado, tenemos un delincuente que se revela como una autoridad idónea, lo que aumenta el riesgo para el patrimonio por la natural tendencia a confiar, en personas que aparentan investidura oficial, la sociedad siente más amenazada ante ladrones simuladores que ante quienes se valen de otros medios contra los cuales es más fácil defenderse (Arenas: 497).

En otras legislaciones se observa, que este hurto alcanza los hechos cometidos por servidores públicos, mediante disfraz, uniforme, habito religioso o de otra naturaleza, en la que se fundamenta la agravación porque se facilita el acto delictuoso y favorece la impunidad.

3.9 Hurto por razón de la naturaleza del objeto y su destino

En este apartado hemos agrupado los distintos objetos que pueden ser objeto de hurto, y que constituyen hurto calificado según el artículo 214:

- a) Aquellas cosas que están destinados a la defensa de la seguridad nacional o a procurar auxilio en las calamidades domésticas (numeral 9),
- b) Las que constituyen parte del patrimonio histórico de la Nación (numeral 10),
- c) Son objetos de valor científico, artístico, cultural o religioso,
- d) Están destinados al servicio o a la utilidad o a la relevancia de un número indeterminado de personas o librado a la confianza pública (numeral 10),
- e) Se destinen a la prestación de un servicio público de energía eléctrica, agua, telefonía y televisión abierta o cerrada (numeral 14).

a. *Objetos con una finalidad social o estatal (art.214.num.9).*

En este sentido, se fundamenta la agravante en el hecho de que el sujeto se apodera de cosas muebles ajenas que cumplen una finalidad social o estatal, en algunos casos imprescindibles o irremplazables a las cuales la autoridad estatal considera que merecen una protección especial, y a la cual el agente conoce de la condición de dichos bienes (Calderón Choclan, p. 788).

Con toda razón, el legislador ha considerado oportuno el sancionar la sustracción de objetos que están destinados a la *defensa de la seguridad nacional o a procurar auxilio en las calamidades públicas* (numeral 9), así como también en el caso de hurto de cosas destinadas al servicio público, como son el apoderamiento de objetos que se emplean en la prestación de un servicio público de energía eléctrica, agua, telefonía y televisión abierta o cerrada (numeral 14), así como lo relativo al patrimonio histórico nacional, se intensifica su agravación en el hurto, dado que afectan o lesionan intereses nacionales (Soriano Soriano, 1993: 164 y ss.).

b. *Objetos con valor científico, artístico, religioso y cultural, etc. (art.214, num.10)*

La agravante se fundamenta en la naturaleza de los objetos por el valor que representan para los asociados, así, por ejemplo, se mencionan los objetos de valor religioso, que están destinados a la reverencia de un número indeterminado de personas, en la que no se afecta individualmente un sujeto sino un número plural de personas el ser sustraído por los delincuentes. Aún más doctrinalmente se ha indicado que el fundamento de la agravación reside en la cosa misma y no en

atención al dueño (González Rus, 1996, p.463). Se excluyen los delitos contra el patrimonio que aparecen castigados de manera autónoma.

c. Objetos librados a la confianza pública (art.214.num.10).

Son objetos “librados a la confianza pública”, los que están confiados a la probidad de los ciudadanos, que comprenden las flores, frutas, plantas, jardines, tapas de las alcantarillas, los postes de alumbrados públicos, los bancos de una plaza o un parque, los buzones, señales luminarias (Ranieri,1975, p.52), las mercancías expuestas en ferias, exposiciones o mercados, el dinero contenido en las alcancías destinadas a recoger limosna de los fieles, los cuadros de los museos, entre otros, y que están más alcance de los delincuentes y por consiguiente pueden ser hurtado con mayor facilidad (Febres,1971:.443),ya que están desprovistos de vigilancia y custodia (Mendoza, 1975:134)

En consecuencia, se aprecia una mayor culpabilidad en el agente, por la facilidad de la comisión y la mayor dificultad en la defensa, de esos objetos (Molina, p.239) que por su naturaleza están expuestos a la confianza pública.

3.10. El hurto por medios tecnológicos maniobras fraudulentas de carácter informático (art. 214, num.13) y por la cuantía del hurto.

El fundamento de la agravación en primer término se encuentra en el mecanismo que emplea el agente del delito para apoderarse de la cosa mueble ajena, por medios informáticos, que constituyen nuevas modalidades delictivas de la era informática, que justifican la intervención del legislador, y en segundo lugar, la agravación obedece a la cuantía de lo hurtado (art. 214, num.11), que es superior a Veinte mil (\$20,000.000). En estos casos el objeto material recae sobre una cosa mueble el dinero.

3.11 El hurto en atención al sujeto pasivo (arts. 214, num.14 15,).

Los numerales 14, 15, del artículo 214 (Ley 15/2009) fundamentan la mayor pena en el hurto en atención al sujeto pasivo: a) cuando se comete en perjuicio de un turista nacional o extranjero, b) cuando se trata de conductores o usuarios del transporte público durante la prestación del servicio. En ambos casos, se trata de situaciones que frecuentemente se han realizado en nuestro país, a lo que el legislador interviene aumentando la pena a tales comportamientos.

La fundamentación para la agravación de la pena tratándose de los turistas, anteriormente viajeros, radica en el hecho de que se trata generalmente de ladrones adiestrados que actúan en parejas, y se aprovechan del apresuramiento, de la falta de custodia o disminución de ella de los objetos, y en general de la condición psicológica del viajero, para maliciosamente realizar con éxito su fechoría, aprovechando la ocasión favorable en que este se encuentra descuidado (Soler, 1970:.227, Mendoza, 1975:.118)

En otros casos, la agravante puede justificarse, partiendo del hecho principal de que se trata de cosas indispensables que le son despojadas a los viajeros y que en un momento determinado le es difícil reemplazar (Arenas: 498).

Como se aprecia en esta agravante, el objeto material es diverso, se protegen tanto el dinero como los objetos (equipaje) pertenecientes a estos (objetos accesorios, paraguas, máquinas fotográficas, equipaje), en cualquier tipo de transporte que estos empleen, así como en lugares, como las estaciones o salas de espera (Fontan Balestra, 1969:162, Maggiore, 1956:59), siendo independiente el lugar donde puedan ser sustraídos los objetos, en la calle, en el hotel, en las terminales de buses, en el metro, etc.

3.12 Hurto de bienes de uso público. El hurto cosas que se destinan para la prestación de un servicio público o privado de energía eléctrica, agua, telecomunicaciones, y televisión abierta o cerrada.

A partir de la reforma penal mediante Ley 70 de 2013, se adiciona el numeral 16 y se modifica el párrafo final del artículo 214, con la finalidad de castigar severamente los actos en virtud del cual los delincuentes de manera frecuente se apoderan de bienes de uso público, que constituye el objeto material de este delito, como son por ejemplo los cables de electricidad, de uso telefónico, entre otros, por el valor de tales metales, ocasionando perjuicios a las empresas que prestan los servicios públicos y a los asociados.

Es importante tener presente, que la norma en examen no establece sanciones para el hurto de energía eléctrica, como suele suceder en el derecho comparado, pues si observamos más adelante el legislador ha preferido ubicar este tipo de comportamientos dentro de los delitos de estafa.

En el caso de que se trate de empleados de la empresa propietaria de la cosa o bien hurtado o por un empleado de la empresa contratista que presta servicio a la empresa propietaria de la cosa o bien hurtado, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad. La sanción será de dos a cuatro años de prisión, cuando la cosa hurtada sea de uso educativo y el hecho se cometa fuera de un centro de educación.

4. Conclusiones

El estudio que hemos realizado determina que el objeto material del delito de hurto agravado es variado, aun cuando se trate de una cosa mueble ajena, y para ello el legislador ha procedido a establecer distintos tipos agravados tomando en cuenta la naturaleza de este.

En consecuencia, el objeto material del delito de hurto agravado es diverso desde bienes personales o individuales, hasta bienes colectivos que están destinados a un servicio o utilidad pública, de aquellos que tienen un valor cultural, religioso o científico, que por tanto merecen la intervención del Estado para castigar más gravemente este tipo de hechos, razón por la cual hemos procedido a examinar diversos aspectos, no solo referente al objeto material, sino también a su estructura dogmática jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, J. R. (2009), Derecho Penal, Parte General y Especial. Comentarios al Código Penal, Panamá, Imprenta Taller Senda.

ARENAS, A. (1962), Delitos contra la vida y delitos contra la propiedad, Bogotá, Editorial Temis.

BRAMONT, L. A., GARCIA CANTIZANO, M., (1997), Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lima, Editorial San Marcos.

CARDENAS, R. (1977), Derecho Penal Mexicano del Robo, México, Editorial Porrúa.

FEBRES CORDERO, H. (1971), Derecho Penal. P.E., Caracas, Italgráfica.

FONTAN BALESTRA, C. (1969, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

GARCÍA ARAN, M. (1998), El delito de hurto, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998;

MAGGIORE.G. (1955), Derecho Penal, Bogotá, Temis.

MENDOZA TRONCONIS, J. C. (1975), Curso de Derecho Penal Venezolano, Caracas, Empresa El Cojo.

MOLINA ARRUBLA, C. M. (1996) Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer.

MUÑOZ CONDE, F. (2013), Derecho Penal. P.E. Valencia, Tirant Lo Blanch.

MUÑOZ POPE, C.E (2005-6), Estudios de la Parte Especial, Tomo I y II, Panamá.

NUÑEZ, R. C. (1965), Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Bibliografía Omega.

PEÑA CABRERA, R. (1988), *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II, Parte Especial, Lima,

POLAINO NAVARRETE, M. y otros (1997) Curso de Derecho Penal. P. E, Madrid, Marcial Pons.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. (1946), El hurto propio, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

SOLER, S. (1970) Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, TEA.

SORIANO S., J. (1993). Las agravantes específicas comunes al robo y hurto, Valencia, Tirant lo Blanch.

ZUGALDIA, J. M. (1988), Delitos contrala Propiedad y el Patrimonio, Madrid, Akal.

DATOS DEL AUTOR. CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO.

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Panamá. Miembro de la Comisión de Evaluación del Programas de Estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Autor de artículos y monografías en Derecho penal.

E. DERECHO PROCESAL PENAL

Procedimiento de la Prisión Provisional en la Legislación española

Por: Nadia Noemí Franco Bazán
Catedrática de Derecho Penal
CRUSAM
Correo electrónico: nnfbol@gmail.com

Artículo recibido 25 / Nov, / 2021

Aprobado 30 /nov. / 2021

Resumen

El presente artículo desarrolla el procedimiento legal de la prisión provisional que está contemplado en la Legislación Española, y, fundamentalmente a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se desarrollan los siguientes puntos: Introducción. A. Competencia. B. Audiencia Previa. C. Autos. 1. Auto que decreta la prisión provisional. 2 Auto que acuerde la prolongación de la prisión provisional. 2. Auto que decreta la libertad provisional. D. Recursos. 1. Recurso de Reforma. 2. Recursos de Apelación. Bibliografía.

Palabras Clave

Prisión provisional, competencia, auto, recurso de reforma, recurso de apelación, libertad provisional

Abstract

This article develops the legal procedure of provisional detention that is contemplated in Spanish Legislation, and, fundamentally, through the Law of Criminal Procedure. The following points are developed: Introduction. A. Competition. B. Prior Hearing. C. Autos. 1. Order ordering pre-trial detention. 2 Order granting the extension of pre-trial detention. 2. Order ordering provisional release. D. Resources. 1. Resource of Reform. 2. Appeals. Bibliography.

Keywords: Pre-trial detention, jurisdiction, order, appeal for reform, appeal, provisional release

Introducción

Mediante este artículo que hemos titulado **Procedimiento de la prisión provisional en la legislación española** intentamos realizar un aporte al estudio de esta medida cautelar que resulta para nosotras, como estudiosa y practicante del Derecho, una medida cautelar que sigue aplicándose indiscriminadamente cuando debería ser la última de las alternativas a decretar por el juez.

A través de la historia y también de las legislaciones de los diferentes países se han venido utilizando diferentes nombres para connotar, en esencia el mismo concepto. Es así como tenemos: prisión preventiva, prisión provisional, detención preventiva, detención provisional. En esencia tenemos que la prisión provisional, al igual que las otras acepciones, es una medida cautelar de carácter excepcional, decretada por el juez en situaciones de necesidad extrema, mediante la cual éste dispone privar de su libertad a una persona, durante el curso del proceso penal en el que se encuentra acusada, sin que exista una sentencia judicial condenatoria firme. Esto se hace con el fin de prevenir eventuales acciones que puedan dañar a terceros o la marcha del proceso.

La prisión preventiva debe conservar y garantizar que la misma sea de carácter excepcional y extremo, misma que corresponde a una medida punitiva ante o extra *delictum*, ya que la libertad personal es un derecho humano consagrado en casi todas las constituciones del mundo.

Para que la prisión provisional sea decretada, deben concurrir ciertos requisitos que deben ser examinados apropiadamente por el Juez en forma minuciosa y exhaustiva. Estos requisitos son: que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare, es decir, que el examen de los antecedentes, expuestos en la audiencia respectiva, permitan presumir que la persona respecto de la cual se pide la medida cautelar ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor y; por último, que concurren antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva, es indispensable para el éxito de la investigación que lleva a cabo la Fiscalía, porque el mismo puede, de estar en libertad, obstaculizar el curso de la justicia o que existe peligro de fuga.

A. COMPETENCIA

Antes de adentrarnos a precisar, según la legislación española vigente, la competencia para dictar la prisión preventiva se considera oportuno revisar algunos elementos generales sobre este aspecto del proceso penal.

Vamos a referirnos, en un primer punto, a qué es lo que significa la competencia y posteriormente los diferentes grupos de competencia, a saber: competencia objetiva, competencia funcional, competencia territorial.

En el caso de la Jurisdicción Penal, cuando nos referimos a la competencia significa la determinación de quién será el juzgador que le corresponderá atender el caso. Según indica Teresa ARMENTA DEU, al referirse a los órganos de competencia en la Jurisdicción Penal, se han establecido los siguientes, por el artículo 26 LOPJ:

- Juzgados de Paz.
- Juzgados de Instrucción o Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.
- Juzgados de lo Penal.
- Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- Juzgados de Menores.
- Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.
- Juzgados Centrales de Instrucción.
- Juzgados Centrales de lo Penal.
- Juzgado Central de Menores.
- Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

- Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.
- Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En cuanto a la competencia objetiva se refiere a la clase de órgano, de los anteriormente mencionados, al que le corresponde enjuiciar. MORENO CATENA señala que "La competencia objetiva puede definirse como la distribución que hace el legislador entre los distintos tipos de órganos que se integran en el orden penal para el enjuiciamiento en única y primera instancia de los hechos por los que se procede."¹ La competencia objetiva está determinada por tres parámetros que son: "de un lado se tiene presente si se inculpan como partícipes en los hechos delictivos a personas aforadas, cuyo enjuiciamiento se reserva a un determinado tribunal; de otro lado, se tiene en cuenta la clasificación de las infracciones en delitos y faltas; finalmente, respecto de los delitos se toma en consideración el tipo de delito y la cuantía de las penas."² La competencia objetiva a su vez estará condicionada a aspectos como:

- **Competencia objetiva según la materia.** En el caso de la prisión privativa de libertad son los Juzgados Centrales de lo Penal, establecidos por el artículo 65.1 LOPJ los que pueden dictar prisión preventiva de no más de cinco (5) años en los casos de los delitos que la permiten.
- **Competencia objetiva según la persona:** Las personas aforadas. Sobre este punto señala Teresa ARMENTA DEU³ que: "En algunos casos, la ley introduce alteraciones en relación con las reglas de competencia ordinaria o por razón de la materia estableciendo que las causas por delito seguidas contra ciertas personas deban ser falladas por determinados órganos judiciales. Es lo que se conoce con el término de aforamiento." Por ejemplo, el artículo 61 LOPJ "estipula una Sala Especial del Tribunal Supremo para enjuiciar causas contra los Presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos ellos o la mayor parte de ellos."
- **Competencia objetiva según la pena.** En el caso de la prisión preventiva son los Juzgados de lo Penal los que atienden los casos en los que la Ley permite esta medida cautelar.

La competencia objetiva se distribuye del siguiente modo, entre los diferentes tribunales del orden penal:

1. **Juzgados de Paz:** "Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo que la competencia corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer." (Artículo 14.1 LECrim). Conocerá, además, de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626 CP (comisión de actos incívicos contra bienes públicos), 630 CP (abandono de jeringuillas o instrumentos peligrosos), 632 CP (maltrato cruel de animales), 633 CP (perturbación del orden en audiencias, actos públicos o espectáculos), así como las faltas de amenazas del artículo 620.1º y 2º CP, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código.
2. **Juzgados de Instrucción:** Son competentes para el enjuiciamiento de todas las faltas que se cometan en el municipio donde tengan su sede, excepto las que correspondan al Juez de Violencia contra la Mujer o al Juez Central de Instrucción. (Art. 14.2 LECrim)

¹ MORENO CATENA, "La Competencia", en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex Editorial, Madrid, 2001, p. 90.

² MORENO CATENA, "La Competencia", en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ibid

³ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcial Pons. Quinta edición. Madrid p. 68

3. **Juzgados de lo Penal:** "Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquellos..." (Art. 14.3 LECrim)
4. **Juzgado Central de lo Penal:** "Tiene la misma competencia que los Juzgados de lo Penal, pero respecto de los tipos delictivos cuyo conocimiento se atribuye a la Audiencia Nacional (arts. 65 y 89 bis.3 LOPJ)"⁴
5. **Audiencias Provinciales:** Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás delitos, excepto los casos que correspondan al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. (art. 14.4 LECrim).
6. **Juzgados de Violencia sobre la Mujer:** son competentes en las siguientes materias:
 - a) Instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los "delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género." (Art. 14.5 a LECrim)
 - b) "Instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas en la letra anterior." (Art. 14.5 b. LECrim)
 - c) "Adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia." (Art. 14.5 c. LECrim)
 - d) "Conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del Libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado." (Art. 14.5 d. LECrim)

Según MORENO CATENA se entiende por competencia funcional la relativa a "establecer con toda precisión los tribunales que han de intervenir en cada fase del procedimiento o en cada concreto acto procesal que se lleve a efecto: desde las primeras diligencias, pasando por la investigación de los hechos, por el acto del juicio, los recursos, las distintas cuestiones que a lo largo de todo el procedimiento pueden plantearse, hasta la total ejecución de la sentencia."⁵

⁴ MORENO CATENA, "La Competencia", en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 91.

⁵ MORENO CATENA, "La Competencia", en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 92.

En lo que respecta a la competencia funcional, señala ARMENTA DEU que "además del enjuiciamiento propiamente dicho (juicio oral y sentencia), existen en el proceso penal otros cometidos o tareas que, a su vez, pueden (a veces deben) venir atribuidos a órganos diferentes del enjuiciador. Cuando hablamos de competencia funcional, nos referimos concretamente a la competencia para la instrucción de las causas (1), el conocimiento de los recursos (2), la resolución sobre las cuestiones de competencia (3), la sustanciación de los incidentes de recusación (4) y la ejecución de la sentencia (5)"⁶

Por otro lado, la competencia territorial define a qué órgano judicial le corresponderá conocer del caso penal. La LECrim ha señalado que se podría establecer que como regla general la competencia territorial se otorga en función del lugar donde se cometió el delito (*forum commissi delicti*).⁷

MORENO CATENA comenta, con relación a la competencia territorial, que "habida cuenta de que generalmente existe un buen número de tribunales del mismo tipo con un concreto ámbito territorial en donde ejercen la potestad jurisdiccional, es necesario precisar con exactitud y fijeza cuál sea el órgano jurisdiccional llamado para resolver sobre cada proceso penal (el de Alicante o el de Zaragoza), para satisfacer de modo adecuado las garantías constitucionales del proceso penal."⁸

Se denomina fueros los criterios para determinar la competencia territorial. Es así como tenemos dos tipos de fueros:

- **Fuero preferente-- lugar de comisión:** Se establece casi con carácter preferente o exclusivo para determinar la competencia territorial el fuero del lugar donde se cometió la infracción penal (*forum delicti commissi*).

La determinación del lugar exacto donde se cometió el delito no es siempre materia fácil y definitiva porque éste puede variar durante los hallazgos del curso de la investigación de allí que algunas veces se puede establecer un fuero provisional (*forum praeventionis*) hasta que se determine con precisión el lugar exacto de la comisión del delito.

- **Fueros subsidiarios:** Teresa ARMENTA DEU⁹ señala que, en el caso específico que es materia de esta tesis doctoral: la prisión provisional, los artículos 502.1 LECrim y 505.4 LECrim establecen con claridad que pueden decretar la prisión provisional el Juez o Magistrado instructor, el Juez que forme las primeras diligencias y el Juez de lo penal o el Tribunal que conozca de la causa.

Sobre los antecedentes históricos de la determinación de la competencia en la legislación española BARONA VILAR aclara que desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 la intención era la de fijar la competencia para determinar la prisión provisional en la figura del juez de Instrucción. La autora indica que: "Con la Ley de 1882 se pretendía fijar claramente la competencia para dictar la prisión provisional por el mismo juez que instruyera en el proceso, porque, considerada la prisión provisional como la medida que más graves consecuencias puede producir de cuantas diligencias constituyen el sumario, sería el juez de instrucción el único que puede hallarse en condiciones para apreciar con exactitud, y según las especiales circunstancias de cada caso, la conveniencia de la

⁶ ARMENTA DEU, Teresa, **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, Op. cit., p. 69.

⁷ ARMENTA DEU, Teresa, **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, Op. cit., p. 71.

⁸ MORENO CATENA, "La Competencia", en **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, Op. cit., p. 98.

⁹ ARMENTA DEU, Teresa, **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, Op. cit., p. 174.

adopción y pertinencia de tan grave determinación."¹⁰ Según expresa la misma autora, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 lo que buscaba era delimitar la competencia ya que "...la Ley procesal de 1872 y la Compilación de 1879 que le sucedió no contenían precepto alguno que determinara la competencia del juez instructor..."¹¹

MORENO CATENA indica que: "La prisión provisional puede decretarse por la autoridad judicial competente a lo largo de todo el procedimiento penal, siempre que se den los presupuestos examinados con anterioridad, aparezca como medida indispensable para cumplir los fines de aseguramiento de la persona del imputado que el ordenamiento le atribuye y se siga el procedimiento oportuno."¹²

B. AUDIENCIA PREVIA

La celebración de la audiencia previa antes de decretar la prisión provisional se desprende del principio de audiencia, también llamado principio de contradicción, que a su vez forma parte de los principios jurídico-naturales o necesarios del proceso. El principio de audiencia es "un principio general del Derecho que suele formularse o exponerse en los siguientes términos 'nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio'. En latín, lengua con que se expresan muchas reglas y principios jurídicos, éste se enuncia con los términos *audiatur et altera pars* ('óigase también a la otra parte')."¹³

Resulta una exigencia elemental del proceso que antes de emitir una condena, resolución prejudicial o cualquier auto a un sujeto jurídico se le permita la oportunidad de actuar en defensa de sus legítimos intereses y derechos fundamentales consagrados en los tratados, convenios o pactos internacionales así como en la Constitución y las leyes. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.2, establece los derechos mínimos de los individuos que se encuentren acusados de un delito, y, entre ellos está el derecho a ser oído y a defenderse. Esto no sería posible sin la oportunidad de una audiencia. El referido artículo establece lo siguiente:

- "14.2 Toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección
 - c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se

¹⁰ BARONA VILAR, Silvia, **Prisión Provisional y Medidas Alternativas**, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988, Op. cit., p. 31.

¹¹ BARONA VILAR, Silvia, **Prisión Provisional y Medidas Alternativas**, Op. cit. p. 32.

¹² MORENO CATENA, Víctor, "**La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas. Las restricciones de la libertad personal, antes de la sentencia firme**", compilado por GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, Colex Editorial, Madrid, 2001, p. 293.

¹³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime, **Derecho Procesal**, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1999, p. 49.

- le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable..."

Para salvaguardar el principio de audiencia se debe dar al imputado, que podría verse afectado gravemente con una medida cautelar que implique la prisión provisional u otra, todas las oportunidades, como señala el Pacto antes citado, para que realice las alegaciones en su defensa, incluso con la ayuda de un Intérprete o un traductor.

DE LA OLIVA SANTOS, refiriéndose al principio de audiencia, reflexiona en los siguientes términos: "El principio de audiencia no es un postulado teórico ni su formulación clásica constituye una proclamación meramente retórica. Es un criterio operativo del que se deducen_ aunque la deducción no se realice, a veces, con plena conciencia y reflexión_ conclusiones legislativas y jurisprudenciales, plasmadas incluso en auténticas instituciones jurídicas procesales."¹⁴

ULL SALCEDO se refiere a la audiencia previa del siguiente modo: "En el caso de que el juez entienda que procede la prisión provisional, deberá convocar una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar en que se decrete o bien la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza (párrafo primero del art. 505.1 LECRIM). Así pues tanto la prisión provisional como la libertad provisional con fianza se acordará siempre a instancia de parte cuando el juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa lo considere oportuno por concurrir los requisitos del art. 503 de la LECRIM (existencia de un delito sancionado con pena igual o superior a dos años o pena inferior si el imputado tuviera antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso, que haya motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar auto de prisión, y que se persiga alguno de los siguientes fines: a) que no se produzca riesgo de fuga para asegurar la presencia del imputado en el proceso; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en el caso de que exista un peligro fundado y concreto; c) evitar que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima; y d) evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). De esta forma, se establecen mayores garantías para el imputado al no dejarse tal decisión ni en las solas manos del juez ni en las del Ministerio Fiscal y partes acusadoras."¹⁵

El principio de audiencia del cual se deduce la audiencia previa al auto que decreta la prisión provisional, va estrechamente ligado al derecho de defensa. Esto es así por cuanto, si dentro de un proceso las partes en contra esperan un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, es lógico suponer que las dos, en igualdad de condiciones, tengan, por un lado, el derecho a denunciar, acusar

¹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime, **Derecho Procesal**, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1999, p. 50.

¹⁵ ULL SALCEDO, María Victoria, "La Prisión Provisional y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", pp. 435 y 436. En: Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, N° 26, 2005. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2005-26-419BA18C&dsID=PDF>

y solicitar condena y de la otra parte, a recurrir, por un lado al principio de presunción de inocencia, básico en el ordenamiento jurídico, y, para poder hacerlo, a beneficiarse del derecho de defensa.

Con relación al estrecho vínculo entre el principio de audiencia y el derecho a defensa se expresa DE LA OLIVA SANTOS en los siguientes términos: "Pero si se quiere dotar al principio de audiencia de un perfil claro, y por tanto, netamente distinto de otras exigencias de justicia, de otros principios y criterios (como el principio de igualdad de las partes, del que trataremos enseguida), se debe estimar que su contenido se circunscribe a impedir una resolución jurisdiccional perjudicial o condenatoria de quien no haya podido, *en absoluto*, intervenir en el proceso correspondiente o a impedir que se dicten normas jurídicas determinantes o permisivas de semejante resultado."¹⁶

Más adelante sigue diciendo DE LA OLIVA SANTOS, vinculando el principio de audiencia y el derecho a defensa, lo siguiente: "Esto significa que, si bien toda infracción del principio de audiencia ocasiona indefensión y lesión del derecho de defensa (en sentido contrario, a nuestro entender sin fundamento alguno, el art. 238.3º LOPJ, del que parece desprenderse que algunas infracciones del principio de audiencia pudieran producir indefensión), no toda indefensión constituye infracción del principio de audiencia."

Sobre la audiencia, en el caso de la prisión provisional, la LECrim en sus artículos 505.1 al 505.5 desarrolla aspectos como los siguientes:

- Requisito de audiencia previa
- Máximo de plazo para la celebración de la audiencia
- Requisito de asistencia legal para el acusado

Si el juez decide la prisión provisional sin haber cumplido con el requisito de la audiencia hará mérito para que se suspenda la resolución de prisión provisional. A continuación se presentan algunas características de la audiencia expresadas por ARMENTA DEU¹⁷:

- Simplicidad. Esto quiere decir que la audiencia debe realizarse de la forma más sencilla posible porque lo más importante es la resolución.
- Alegaciones y proposición de celebración de pruebas. Sólo se prevé en la audiencia las alegaciones, proposición y celebración de pruebas, si las mismas pueden practicarse en las 72 horas que establece el artículo 505.3 LECrim.

C. AUTOS

BARONA VILAR indica que "La resolución que acuerde la prisión provisional deberá revestir la forma de auto motivado."¹⁸

El Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado "De la forma de dictar resoluciones y del modo de dirimir las discordias" en su Capítulo Primero que lleva por nombre "De las Resoluciones Procesales" establece las particularidades de cada una de las resoluciones de carácter judicial que dictan los Juzgados y Tribunales.

¹⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime, **Derecho Procesal**, Op. cit., p. 53.

¹⁷ ARMENTA DEU, Teresa, **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, Op. cit., p. 175

¹⁸ BARONA VILAR, Silvia, **Prisión Provisional y Medidas Alternativas**, Op. cit. p. 37.

Se estipula en el Artículo 141 de la LECrim en qué casos o circunstancias las resoluciones se denominarán Autos. El mismo artículo también determina ciertas características o requisitos que debe reunir el auto. Así tenemos que el referido artículo esclarece lo siguiente:

"Artículo 141. Las resoluciones de carácter judicial que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán...Autos, cuando decidan incidentes o puntos esenciales que afecten de una manera directa a los imputados o procesados, responsables civiles, acusadores particulares o actores civiles; cuando decidan la competencia del Juzgado o tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, cuando decidan recursos contra providencias o decretos, la prisión o libertad provisional, la admisión o denegación de prueba o del derecho de justicia gratuita o afecten a un derecho fundamental y, finalmente, los demás que según las Leyes deben fundarse...

Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten..."

Al preguntarnos sobre cuántos miembros del Tribunal deberán estar presentes para dictar un auto, dependiendo de los asuntos, éste aspecto se define en el artículo 145 LECrim que dice:

"Artículo 145. Para dictar autos en los asuntos de que conozca el Tribunal Supremo bastarán tres Magistrados y para el dictado de sentencias serán necesarios siete, salvo que la Ley disponga otra cosa.

Para dictar autos y sentencias en las audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia bastarán tres Magistrados. Cuando no asistieren Magistrados en número suficiente para constituir Sala, se estará en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial..."

Otra pregunta típica sería: ¿A quién corresponde proponer los autos e incluso a quién corresponde su redacción definitiva? Este aspecto está solventado por el Artículo 147 numeral 4º de la LECrim que dice así:

"Artículo 147. Corresponderá a los ponentes: ...

4º Proponer los autos o sentencias que hayan de someterse a discusión del Tribunal y redactarlos definitivamente en los términos que se acuerden..."

1. Auto que decreta la prisión provisional

Para que de la detención provisional se pase a una prisión provisional se requiere que se emita un auto poniendo tanto al procesado como al querellante en el caso de que se hubiese presentado querrela particular. La LECrim estipula al respecto de la modificación de una detención a una prisión provisional lo siguiente:

"Artículo 501. El auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificará al querellante particular, si lo hubiere, y al procesado, al cual se le hará saber, asimismo, el derecho que le asiste para pedir de palabra o por escrito la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciera."

En atención a lo expresado por los artículos 506.1 y 506.3 LECrim, para decretar la prisión provisional se deberá emitir una resolución. Esta resolución debe establecer los presupuestos y elementos valorativos, según explica ARMENTA DEU, que han llevado a decretar la prisión provisional. El auto expresado en el artículo 506.3 LECrim requiere ser notificado tanto al imputado como a los ofendidos y perjudicados por el delito, cuya seguridad pueda verse afectada por la resolución.

Según BARONA VILAR¹⁹ la legislación española no tiene expresamente delimitado un modelo o los elementos mínimos que debe contener el auto que decreta la prisión provisional. Considera la autora que como mínimo debe contener los siguientes elementos:

- Datos generales del imputado
- Hecho delictivo
- Delimitación de los motivos de la prisión provisional

Numerosos autores reconocen las deficiencias que presentan los autos o resoluciones que decretan la prisión provisional, entre otras razones porque no son debidamente motivadas, fundamentalmente porque carecen de suficientes elementos o razones que justifiquen el privar a alguien de su libertad, en contravención al sagrado principio de presunción de inocencia. Al respecto se transcribe lo señalado por IBÁÑEZ: "Se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones. Al margen de la incidencia de las actitudes personales en cada supuesto específico, ello obedece, en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia. Baste señalar que la motivación, no obstante su papel central en la tarea jurisdiccional sigue sin ser objeto de una disciplina específica: no se enseña, que es una de las razones por las que en muchos casos seguramente no llegará a aprenderse nunca."²⁰ Sin embargo, más que un asunto de mero formalismo o tecnicismo del saber hacer, el mismo autor confiesa también su preocupación por el fondo del problema que es el de encontrar motivos sustanciales que justifiquen una medida cautelar: prisión provisional que justifiquen un atentado contra el sagrado principio de presunción de inocencia. IBÁÑEZ señala que: "Pero, no obstante esto, hay otra razón que grava notablemente el cumplimiento del deber de motivar las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones de aquéllas. Y, siendo éstas *confesables*, por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincentes o verosímilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia."²¹ Sencillamente, en la práctica cotidiana se observa la evasión de esta responsabilidad y se acude a "motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o

¹⁹ BARONA VILAR, Silvia, **Prisión Provisional y Medidas Alternativas**, Op. cit., pp. 38-40.

²⁰ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, **El juez y la prisión provisional**, en **Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales**, Colección Estudios, Coordinada por Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 27.

²¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "El juez y la prisión provisional", en **Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales**, Op. cit., p. 27.

incluso a través de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación."²²

Sobre este punto consideramos prudente recordar que, reiteradamente, el Tribunal Constitucional Español ha insistido en la necesidad de motivar las resoluciones y más aquellas que representan una privación del derecho de libertad, en otras palabras se debe expresar claramente las razones que legitiman la medida. (SSTC 128/1995 de 26 de julio, f.j. 3.º; 177/1998, de 14 de septiembre, f.j. 3.º; 47/2000 de 17 de febrero, 164/2000, de 12 de junio, f.j. 5.º; 165/200 de 12 de junio, f.j. 3º, y 304/2000 de 11 de diciembre, f.j. 4º). La Constitución Española en su artículo 120.3 expresa que "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública."

La ausencia de una motivación en el auto o resolución que decreta la prisión provisional también pone en tela de juicio el respeto al principio de proporcionalidad así como el por qué se impone la medida. Como dice SANGUINÉ: "induce a pensar que el órgano actuante no ha realizado el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto, por lo que, ante su falta (que constituye un síntoma de exceso), la medida puede tacharse de desproporcionada."²³

Refiriéndose a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la obligatoriedad de motivar la resolución que dicta la prisión provisional, comenta SANGUINÉ que este Tribunal "ha consolidado su doctrina acerca de la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, y específicamente de aquellas que afectando a la libertad personal tienen por causa la investigación de un delito, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación, es una *exigencia formal del principio de proporcionalidad* y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la *legalidad* y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el *juicio de ponderación* entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger a fin de comprobar la necesidad de la medida."²⁴

Para que se cumplan las formalidades procesales, el auto que decreta la prisión provisional debe cumplir, por todo lo anteriormente expresado, con los requisitos de enunciar: los datos generales del imputado, el hecho delictivo y los motivos que llevan al Juez o Tribunal a decretar la misma. Este último punto es de singular importancia. La necesidad de motivar el auto que decreta la prisión provisional está debidamente consignada en el artículo 17 de la Constitución Política Española así como en el artículo 141 LECrim ("Los autos serán siempre fundados..."); el artículo 506.1 LECrim ("El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos..."). En este punto vale señalar que SANGUINÉ ha considerado que la fundamentación y la motivación no pueden ser considerados como sinónimos. Dice él que: "una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser motivada, puede citar muchas disposiciones, pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad concreta que se está apreciando. Asimismo, una resolución puede ser razonada, pero no estar fundada en Derecho, supuesto que concurre si un Juez justificara su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos o no reconocibles como aplicación al ordenamiento jurídico. En definitiva, la motivación es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que ha de contener un razonamiento lógico".²⁵

²² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, **El juez y la prisión provisional**, en **Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales**, Op. cit., p. 27.

²³ SANGUINÉ, Odone, **Prisión provisional y derechos fundamentales**, Op. cit., p. 548.

²⁴ SANGUINÉ, Odone, **Prisión provisional y derechos fundamentales**, Op. cit., p. 551.

²⁵ SANGUINÉ, Odone, **Prisión provisional y derechos fundamentales**, Op. cit., pp. 554-555.

SANGUINÉ²⁶ menciona cuáles han de ser los requisitos que deben expresar los motivos que sustenten la resolución que adopte la prisión provisional. Estos se resumen así:

a) Razones de la decisión.

b) Fundamento de Derecho en que se basa la decisión que incluya las circunstancias fácticas que la legitiman.

c) Debe ser concreta y no abstracta. Debe contener las razones de hecho y de derecho que justifican la resolución. Si se generaliza en la motivación esto equivale a una ausencia de motivación. "Si la prisión provisional es acordada sin motivación individualizada, hay vulneración del derecho a la libertad personal. Falta una motivación suficiente y razonable si la resolución o auto hace una valoración genérica de circunstancias objetivas pero no las individualiza ni personaliza respecto de cada uno de los presos preventivos; y por otra, tampoco hace mención a una finalidad que legitime constitucionalmente la medida."²⁷

d) No debe ser tácita ni implícita. Esto significa que se debe tener mucho cuidado con los modelos o formularios impresos estereotipados porque se debe atender las particularidades de cada caso consistente con las características particulares del mismo.

e) Debe presentar un inventario del material probatorio. Razones por las que se seleccionó el material fáctico. Este requisito presenta la cobertura que permita demostrar que la medida es congruente con el objetivo constitucional que la respalda.

f) Debe reflejar los indicios racionales de criminalidad y la existencia de "los fines justificativos que puede inferirse a través de los datos obrantes en la causa y que legitiman la adopción de esta grave medida restrictiva del derecho a la libertad".²⁸ En otras palabras, la motivación debe expresar el *fumus boni iuris* (juicio de imputación) que sustente que hay razonables sospechas de la comisión de un delito por el imputado así como también el otro requisito de la prisión provisional que es el *periculum in mora* (peligro de fuga).

g) Suficiencia y razonabilidad de la motivación en función de la ponderación de los intereses en juego. Recuérdese que por un lado está la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por otro lado la realización de la Administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos. En consecuencia, el órgano judicial debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de dicha medida y que esta ponderación no sea arbitraria y, muy por el contrario resulte congruente con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. Debe tenerse presente que la prisión provisional es una medida de aplicación excepcional subsidiaria y proporcionada, y requiere ser especialmente congruente con los fines que la legitiman.

2. Auto que acuerde la prolongación de la prisión provisional

El artículo 506.1 LECrim, se refiere, igualmente, a la necesidad de dictar una resolución que adoptará la forma de auto cuando se requiera prolongar la situación del imputado sometido a prisión provisional. Tanto el auto que decreta la prisión provisional como aquel que la prolongue debe ser motivado. Asimismo, este auto debe ser comunicado a ambas partes: tanto al imputado como a los ofendidos y perjudicados, quienes deben ser puestos en conocimiento de la prolongación de la prisión provisional.

Al respecto de los eventos que pueden provocar la prolongación de la prisión provisional Víctor MORENO CATENA indica que: "Fruto de una interpretación literal de la disp. Trans. 11a del CP (ya se hace extremadamente difícil asumir otra no sólo por la complejidad de otra fórmula o solución, sino también por la claridad de la norma del CP y su alusión expresa a las leyes

²⁶ SANGUINÉ, Odone, **Prisión provisional y derechos fundamentales**, Ibid.

²⁷ SANGUINÉ, Odone, **Prisión provisional y derechos fundamentales**, Op. cit., p. 555.

²⁸ SANGUINÉ, Odone, **Prisión provisional y derechos fundamentales**, Op. cit., p. 557.

procesales, aunque es preciso convenir en que se trata de una disposición en muchos casos regresiva), a lo largo de la primera o única instancia la prisión no podrá durar más de tres meses cuando se trate de una causa por delito al que corresponda pena de arresto de 7 a 15 fines de semana. Si el delito tuviera señalada pena de 6 meses a 3 años de prisión, no durará más de un año, ni más de dos años cuando la pena sea superior."²⁹ Sin embargo, el autor reconoce, más adelante, que aunque "Esta es la regla general; no obstante, en los dos últimos casos se establece la posibilidad excepcional de ampliación, de modo que si concurrieren circunstancias que hicieran prever que la sentencia no pudiera dictarse en esos plazos y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente, con audiencia del imputado y del MF y mediante auto."³⁰

3. Auto que decrete la libertad provisional

En lo referente a la libertad provisional sin fianza y la libertad provisional con fianza, algunos aspectos relativos a la materia están señalados en los artículos 505.1 al 505.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que analizaremos en este aparte.

El artículo 505.1 LE Crim estipula en qué momento se decreta la libertad provisional sin fianza. Obsérvese a continuación en la norma que se citará que deberá ser antes de convocar la audiencia que se podrá decretar la misma.

"Artículo 505.1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza."

La misma norma antes aludida establece que la libertad provisional con fianza se puede solicitar ya sea por las partes acusadoras o por el Ministerio Fiscal una vez convocada la audiencia por el Juez de Instrucción o el Tribunal que deba conocer de la causa. Nuevamente, los artículos 505.2 al 505.5 LECrim reafirman que la libertad provisional con fianza se solicita y decreta en la audiencia que deberá tener lugar dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial. Veamos a continuación la parte correspondiente del artículo aludido:

"Artículo 505.2. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza."

"Artículo 505.3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas antes indicadas en el apartado anterior."

²⁹ MORENO CATENA, Víctor, "La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas", en Gimeno Sendra, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, **Lecciones de derecho procesal penal**, Editorial COLEX, Madrid, 2001, p 297.

³⁰ MORENO CATENA, Víctor, "La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas", en Gimeno Sendra, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, **Lecciones de derecho procesal penal**. Ibid.

"Artículo 505.4. El Juez o Tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes la instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido."

El artículo 505.4 LECrim es claro al expresar que el Juez deberá liberar al imputado si ninguna de las partes solicita la medida cautelar de libertad provisional con fianza como tampoco la prisión provisional dentro del plazo de 72 horas a partir de la detención del imputado.

Asimismo, la LECrim en su artículo 505.5, prevé la posibilidad de decretar la medida cautelar de libertad provisional con fianza ante el evento de que la audiencia no se pueda celebrar.

"Artículo 505.5. Si por cualquier razón la audiencia no pudiere celebrarse, el Juez o Tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas, el Juez o Tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia."

Consideramos que el evento anterior de posibilidad de una segunda audiencia tendría cabida únicamente en el caso de que todavía el Juez o Tribunal no haya agotado el plazo de las 72 horas estipulado en los artículos 505.2 y 505.3, porque la redacción de este podría interpretarse como que la no celebración de la primera audiencia pudiese dar lugar a que comience a correr un nuevo plazo de otras 72 horas.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de modificar cuantas veces sea necesario el auto que ha decretado la prisión provisional. Lo anterior implica que el procesado puede ser sometido a prisión provisional y liberado en reiteradas ocasiones. Sobre este aspecto pasamos a citar lo al respecto señala el artículo 539 de la LECrim. Como veremos, este artículo hace referencia a cualquiera de las siguientes situaciones: ya sea para suspender la prisión provisional; para acordar nuevamente la prisión provisional; para modificar la fianza, en caso de que se hubiese decretado; o para agravar las condiciones de la libertad provisional con fianza.

"Artículo 539. Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa. En consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.

Para acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505.

No obstante, si a juicio del Juez o Tribunal concurrieren los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el

imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia.

Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte."

D. RECURSOS

Contra el auto que decreta la prisión provisional existen varios recursos a que puede acceder la persona, por conducto de su defensa. Odone SANGUINÉ establece que los recursos que caben en el caso de la prisión provisional son los mismos que caben en todo proceso penal. SANGUINÉ, quien a su vez hace referencia a María Isabel HUERTAS MARTÍN y Jaume ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, indica que: "Con carácter general, puede decirse que los medios de impugnación y el *régimen de recursos de revisión* de los autos de prisión o libertad provisionales, son los mismos que caben en toda clase de procesos penales, es decir, la tutela jurisdiccional ordinaria, el recurso de amparo constitucional y, una vez agotadas las posibilidades de recurso que ofrece el ordenamiento jurídico interno, podrá el condenado alegar la vulneración de algún derecho fundamental interponiendo, en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva, una demanda ante el Secretario General del Consejo de Europa, de la que podrá conocer la Comisión y, en su caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo."³¹

1. Recurso de reforma

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el **recurso de reforma**. El artículo 384 LECrim establece no solamente la figura sino el procedimiento y casos en que el recurso de reforma puede ser utilizado. Siempre y cuando el procesado no se encuentre en situación de incomunicación podrá valerse de un letrado para alguna de las siguientes motivaciones (Artículo 384 LECrim):

- Instar la pronta terminación del sumario
- Solicitar la práctica de diligencias que le interesen
- Formular pretensiones que afecten a su situación

En lo concerniente al recurso de reforma señala el artículo 384 LECrim, que el imputado tiene derecho a hacer uso del recurso de reforma dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la resolución que decreta la prisión provisional. A continuación se transcribirá el texto de la misma norma:

"Artículo 384...Contra los autos que dicten los Jueces de Instrucción, decretando el procesamiento de alguna persona, podrá utilizarse, por la representación de ésta, recurso de reforma dentro de los tres días siguientes al de haberle sido notificada la resolución; y contra los autos denegatorios de la

³¹SANGUINÉ, Odone, **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**, Op. cit., p. 99 (HUERTAS MARTÍN, M. Isabel: **El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba**, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1999, pp.65.70; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: "La nueva regulación procesal de la prisión preventiva", en Revista Jurídica de Catalunya, 1997, IV, P. 956, quien menciona que puede prescindirse del previo agotamiento de los recursos internos cuando sean previsible que dichos recursos no van a ser resueltos en un plazo razonable.

reforma podrá ser interpuesto recurso de apelación en un efecto dentro de los cinco días siguientes al de notificación del auto denegatorio a la representación recurrente..."

De la norma anterior se infiere que en el proceso penal el procesado tiene, además del recurso de reforma, el de apelación. Sin embargo, como se verá más adelante para poder acceder al recurso de apelación, luego de denegado el de reforma, tendría que haberse interpuesto subsidiariamente. Veamos lo que al respecto estipula el artículo 384 de la LECrim.

"Artículo 384...También podrá ser interpuesto el recurso de apelación en un efecto subsidiariamente con el de reforma, en cuyo caso el juez instructor declarará admitido aquel al denegar éste. Si se diera lugar a la reforma, quedando sin efecto los procesamientos antes acordados, se estará a lo preceptuado en el párrafo siguiente, en cuanto a la reproducción de la solicitud de procesamiento ante la Audiencia.

Contra los autos denegatorios de procesamiento, sólo se concederá a quien haya solicitado éstos el recurso de reforma, utilizado dentro de los tres días siguientes al de la notificación.

Contra los autos denegatorios de la reforma así pretendida, no se podrá utilizar recurso de apelación ni ningún otro recurso; pero podrá reproducirse ante la Audiencia correspondiente la petición de procesamiento formulada por la parte a quien le haya sido denegada, cuando, personada ante dicho Tribunal, si hace uso de tal derecho, evacue el traslado a que se refiere el artículo 627 de esta misma Ley, precisamente dentro del término por el cual le haya sido conferido dicho traslado...

Cuando la resolución del recurso de reforma interpuesto contra un auto denegatorio de procesamiento sea favorable al recurrente y, por tanto, se acuerde el procesamiento primeramente solicitado contra la resolución en que así se declara, podrán las representaciones de los procesados a quienes afecte utilizar los mismos recursos de reforma y apelación otorgados a los procesados directamente en este mismo artículo."

En el caso del procedimiento abreviado, contemplado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su Título II (Del procedimiento abreviado), Capítulo Primero (Disposiciones Generales), también se contempla el recurso de reforma, mismo que es ampliamente desarrollado en los artículos 766.1 y 766.2 LECrim que pasamos a transcribir a continuación:

"Artículo 766.1. Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de los Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento.

2. El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación."

En cuanto al plazo para la presentación del recurso de reforma, este tema está desarrollado en el artículo 211 de la LECrim que dice así:

"Artículo 211. Los recursos de reforma o de súplica contra las resoluciones de los jueces y Tribunales se interpondrán en el plazo de los tres días siguientes a su notificación a los que sean parte en el juicio..."

El procedimiento abreviado no ha contemplado los plazos para la presentación del recurso de reforma, por lo que podría asumirse que es el mismo que en el juicio ordinario.

Consideramos importante evacuar las preguntas de ¿Ante quién se presenta el recurso de reforma; quiénes son competentes para conocerlos; y quiénes pueden presentarlos y en cuántas copias? Estas preguntas encuentran su respuesta en los Artículos 219 al 222 de la LECrim, en los siguientes términos:

"Artículo 219. El recurso de reforma y apelación se interpondrán ante el mismo juez que hubiere dictado el auto..."

"Artículo 220. Será juez competente para conocer del recurso de reforma el mismo ante quien se hubiese interpuesto, con arreglo al artículo anterior..."

"Artículo 221. Los recursos de reforma, apelación y queja se interpondrán siempre en escrito autorizado con firma de letrado."

"Artículo 222...El que interpusiere el recurso de reforma presentará con el escrito tantas copias del mismo cuantas sean las demás partes, a las cuales habrán de ser entregadas dichas copias."

Otro aspecto que se considera importante aclarar es en qué momento el Juez deberá resolver el recurso de reforma una vez presentado. Sobre este particular se encuentra respuesta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el último párrafo de su artículo 222, que dice así:

"Artículo 222...El juez resolverá el recurso al segundo día de entregadas las copias, hubiesen o no presentado escrito las demás partes..."

2. Recurso de apelación

ULL SALCEDO desarrolla el punto del recurso de apelación del siguiente modo: "La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre introduce en este aspecto una reforma sustancial al regular la tramitación del recurso de apelación mediante los cauces del procedimiento abreviado. Así pues, el nuevo art. 507 de la LECRIM establece que "contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766."³²

³² ULL SALCEDO, María Victoria, María Victoria, "La Prisión Provisional y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, N°26, 2005, p.441.

A continuación se transcribe, por completo, el artículo 507.1 LECrim para que se observe que existe también un máximo de días para que el Juez o Tribunal resuelva el mismo. En este mismo artículo se aprecia, igualmente, que tiene carácter preferente para su tramitación.

"Artículo 507.1. Contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766, que gozará de tramitación preferente. El recurso contra el auto de prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días."

Al igual que en el caso del recurso de reforma, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha contemplado el recurso de apelación en el juicio abreviado. Este aspecto está desarrollado como se vio con antelación en la sección correspondiente al recurso de reforma, en el artículo 766.1 y 766.2 de la LECrim.

Tal como en el caso del recurso de reforma, el recurso de apelación debe ser interpuesto ante el mismo juez que hubiere dictado el auto. (Artículo 219 LECrim).

A diferencia del recurso de reforma en donde el mismo Juez ante quien se interpuso será competente para conocer del recurso de revisión, en el caso del recurso de apelación "Será tribunal competente para conocer de la apelación aquel a quien correspondiese el conocimiento de la causa en juicio oral." (Artículo 220 LECrim)

De igual forma que en el caso de la presentación del recurso de reforma, el de apelación se deberá interponer "siempre en escrito autorizado con firma de letrado". (Artículo 221 LECrim)

Una interrogante que es importante despejar es aquella referida al momento en que puede presentarse el recurso de apelación. Al respecto el artículo 222 de la LECrim establece lo que se transcribe a continuación:

"Artículo 222. El recurso de apelación no podrá interponerse sino después de haberse ejercitado el de reforma; pero podrán interponerse ambos en un mismo escrito, en cuyo caso el de apelación se propondrá subsidiariamente, por si fuere desestimado el de reforma..."

Hemos considerado oportuno señalar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal también establece el plazo para la presentación del recurso de apelación, en el caso de un juicio abreviado. Este aspecto está desarrollado en el artículo 766.3 de la LECrim en los siguientes términos:

"Artículo 766.3 El recurso de apelación se presentará dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto recurrido o del resolutorio del recurso de reforma..."

Asimismo, en el caso del juicio abreviado, se ha contemplado en el procedimiento del recurso de apelación la posibilidad de solicitar la celebración de vista. Veamos lo que señala el artículo 766.5 LECrim al respecto:

"Artículo 766.5. Si en el auto recurrido en apelación se acordare la prisión provisional de alguno de los imputados, respecto de dicho pronunciamiento podrá el apelante solicitar en el escrito de interposición del recurso la celebración de vista,

que acordará la audiencia respectiva. Cuando el auto recurrido contenga otros pronunciamientos sobre medidas cautelares, la audiencia podrá acordar la celebración de vista si lo estima conveniente. El Secretario Judicial señalará la vista dentro de los diez siguientes a la recepción de la causa en dicha Audiencia."

Otro aspecto que usualmente llama la atención es aquel referido a los efectos en que puede ser admitido el recurso de apelación. Al respecto aclara el Artículo 223 de la LECrim lo siguiente:

"Artículo 223. Interpuesto el recurso de apelación, el Juez lo admitirá, en uno o en ambos efectos, según sea procedente."

En el caso de que el recurso de apelación se admita en ambos efectos tiene un trámite diferente a aquel que se realiza si el mismo es admitido en un solo efecto. Veamos lo que dice la LECrim, en sus artículos 224 y 225, sobre el particular:

"Artículo 224. Si se admitiere el recurso en ambos efectos, el Secretario Judicial remitirá los autos originales al Tribunal que hubiere de conocer de la apelación, y emplazará a las partes para que se apersonen éste en el término de quince si el Tribunal fuere el Supremo o diez días, si fuere el Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia."

"Artículo 225. Si el recurso no fuere admisible más que en un solo efecto, el juez, en la misma resolución en que así lo declare en cumplimiento del artículo 223, mandará sacar testimonio del auto primeramente recurrido, de los escritos referentes al recurso de reforma, del auto apelado y de cuantos otros particulares consideren necesario incluir, fijando el término dentro del cual ha de quedar expedido el testimonio, término que se contará desde la fecha siguiente a la de la resolución en que se fije..."

El término que, según lo expresado en el primer párrafo de este artículo ha de fijar el juez para expedir el testimonio no excederá nunca de quince días, pudiendo ser prorrogado a instancia del actuario hasta este límite si se otorgase por menor tiempo; pero si antes de expirar los quince días el actuario exhibiera al juez más de cien folios escritos del testimonio, sin que éste estuviera terminado, el juez podrá acordar la prórroga por un término prudencial, que en ningún caso excederá de diez días. La exhibición de los folios escritos en número mayor de cien, antes de expirar el primer término, se hará constar mediante diligencia, que firmarán el juez y el actuario, en el lugar al cual alcance el testimonio al ser exhibido, teniendo las partes derecho a que se les exhiba esta diligencia al serles notificada la providencia de prórroga."

Hay dos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativos al proceso del recurso de apelación que consideramos son lesivos al principio de derecho de defensa que legítimamente le asiste al acusado por cuanto no les permiten acceso a algunas informaciones del sumario. Nos referiremos a los artículos 225, 226 y 229. Veamos, en primer lugar al Artículo 225 en su segundo párrafo que transcribimos a renglón seguido:

"Artículo 225...Dentro de los dos días siguientes al de serles notificada esta providencia, sin necesidad de ninguna otra, el Ministerio Fiscal y el apelante podrán pedir al juez que sean incluidos en el testimonio los particulares que crean procede incluir, y el juez acordará sobre lo solicitado, dentro del siguiente día, sin ulterior recurso, teniendo siempre presente el carácter reservado del sumario..."

"Artículo 226. Para el señalamiento de los particulares que hayan de testimoniarse no podrá darse vista al apelante de los autos que para él tuvieren carácter de reservados."

Al respecto del contenido de los artículos 224, 225 y 229 LECrim, que se transcribirá posteriormente, se refiere Odone SANGUINÉ³³ señalando que los mismos presentan problemas de impugnación, respeto a la vulneración del derecho de defensa del imputado. Veamos lo que dice el artículo 229 LECrim en su último párrafo respecto al secreto del sumario, el cual consideramos que vulnera, igual que los dos anteriormente citados, el principio de legítima defensa:

"Artículo 229. Si el apelante se hubiese personado, el Secretario judicial le dará vista de los autos por término de tres días para instrucción.

Después de él seguirá la vista, por igual término, a las demás partes personadas, y por último al Fiscal, si la causa fuese por delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, o de aquellos que puedan perseguirse previa denuncia de los interesados (155).

Sin embargo, de lo dispuesto en los párrafos anteriores, no se dará vista a las partes de lo que fuese para ellas de carácter reservado, tal como lo hubiera acordado el Juez o Tribunal."

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁNEZ, Perfecto. (1997). "**El juez y la prisión provisional**", en: Prisión provisional y detención preventiva y derechos fundamentales, Cuenca. p. 15.

ANGULO GONZÁLEZ, Guillermo. (1992). **Captura, aseguramiento y libertad**. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. p. 114.

³³ Sobre el particular dice SANGUINÉ, Odone, **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**, op. cit., p. 101, que: "Plantea graves problemas de impugnación, y respeto a la vulneración del derecho de defensa del imputado, la declaración de secreto interno del sumario--el externo rige siempre--en los procesos de notoria relevancia y de una compleja instrucción, lo que implica que las partes personadas, con la excepción del Ministerio Fiscal, no puedan conocer las actuaciones. En primer lugar, el legislador debería señalar un plazo máximo muy restrictivo para el secreto sumarial en el caso que el imputado esté en prisión provisional. La LECr, al regular el recurso de apelación, especifica que no se remitirán al Tribunal Superior ni se dará vista a las partes de las actuaciones que hayan sido declaradas reservadas para ellas (arts. 225 párrafo segundo, 226 y 229 párrafo tercero LECr). Pero ello implica en indefensión de las partes que no pueden acceder a actuaciones secretas. Esta forma de tramitación es inconstitucional por vulnerar el derecho de defensa, según veremos a continuación."

ARMENTA DEU, Teresa. (2010). **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. Editorial Marcial Pons. Quinta edición. Madrid. 351 páginas.

AROCENA, Gustavo A.; ATENCIO BONILLA, Digna M.; ÁVILA, Keymer; BALCARCE, Fabián I.; BELZÚ ALARCÓN, Francisco; CALDERÓN PAZ, Carlos A.; CUAREZMA TERPAN, Sergio J.; FERNÁNDEZ, Odir; FRANCO BAZÁN, Nadia Noemí; GOITE PIERRERA, Mayda; HOUD VEGA, Mario A.; MEDINA CUENCIA, Arnel; MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto y REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2016). **Luces y Sombras de los procedimientos penales en América Latina**. INEJ. Managua. 449 páginas.

BARONA VILAR, Silvia. (1988). **Prisión provisional y medidas alternativas**. Librería Bosch. Barcelona.

BARONA VILAR, Silvia. (1996). **La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional 128/1995, de 26 de julio)**. Revista General de Derecho N°618. p1825.

CABANELLAS, Guillermo. (1984). **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. p. 420.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. (1999). **Derecho Procesal**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid. p. 49.

FRANCO BAZÁN, Nadia Noemí. (2015). **La Detención Preventiva desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales y las Garantías Procesales**. Revista Lex. Colegio Nacional de Abogados. Panamá.

FRANCO BAZÁN, Nadia Noemí. (2015). **Medidas Cautelares en el Proceso Penal Panameño**. Revista Lex. Colegio Nacional de Abogados. Panamá.

GIMENO SENDRA, Vicente. (1996). **La prisión provisional y el derecho a la libertad**. La Ley N°6. p. 1644.)

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. (2001). **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. Editorial Colex. Madrid.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. (1997). **El juez y la prisión provisional, en Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales**. Colección Estudios. Coordinada por Marino Barbero Santos. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. p. 27.

MORENO CATENA, Víctor. (2001). **La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas. Las restricciones de la libertad personal, antes de la sentencia firme**. Compilado por GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Colex Editorial, Madrid, p. 288.

ORTEGO PÉREZ, Francisco. (1997). **Breves notas en torno a la prisión provisional: la audiencia del art. 504 bis 2 L.E.Crim**. Revista Justicia N°1. p. 187.

PÉREZ GORDO, Alfonso. (1984). **Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la L.E.Crim y en los textos legales y jurisprudenciales**. Revista Justicia, 1984, No.1. p. 16.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. (2010). **Enjuiciamiento Criminal**. Atelier. Barcelona, p. 272.

RODRÍGUEZ HERMOSO, Francisco. (2001). **Formularios Procesales Penales**. Editorial Comares. Séptima edición. Granada. 764 páginas.

SANGUINÉ, Odone. (2003). **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**. Tirant Monografías. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

SENDRA GIMENO, Vicente. (1997). **La prisión provisional y derecho a la libertad**. Compilación de BARBERO SANTOS, Marino. Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales. Colección Estudios. Universidad de Castilla-La Mancha. Murcia. p. 141.

ULL SALCEDO, María Victoria. (2005). **La Prisión Provisional y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. pp. 435 y 436. En: Boletín de la Facultad de Derecho N° 26. UNED. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2005-26-419BA18C&dsID=PDF>

CÓDIGOS Y LEYES

Código Penal y Legislación Complementaria. (2000). Civitas Ediciones, Biblioteca de Legislación. Vigésima sexta edición. España. 766 páginas.

Código Penal Español con últimas reformas de la LO 5/2010, que entraron en vigencia el 23 de diciembre de 2010. 288 páginas.

Legislación Penitenciaria. Biblioteca de Textos Legales. Editorial Tecno. Cuarta edición. España. 2000. 349 páginas.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Editorial Tecno s, España. 2000, 623 páginas.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2010. 277 páginas.

DATOS DE LA AUTORA: DRA. NADIA NOEMÍ FRANCO BAZÁN

Nació en Grenoble, Francia. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá (1999). Especialista en Estudios Criminológicos del ICRUP (2000). Postgrado en Docencia Superior de la Universidad Latina de Panamá (2000), Máster en Práctica Jurídica de la Universidad de Salamanca (2004), Postgrado en Derecho Público de la ULACIT (2013). Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la ULACIT (2013). Maestría en Derecho Procesal de la UAM (2014). Posgrado en Derecho Procesal Penal con mención a los Principios, Garantías y Reglas Constitucionales que fundamentan el Sistema Acusatorio del INEJ de Nicaragua. (2014). Doctorado en Derecho de la Universidad de Salamanca (2014), Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del INEJ (2015). Posgrado en Sistema Penal Acusatorio de UDELAS (2016). Catedrática de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y coordinadora la Maestría en Derecho con Especialización en Derecho Penal del Centro Regional Universitario de San Miguelito (CRUSAM) de la Universidad de Panamá. Presidenta del Centro Internacional de Formación e Investigación Jurídica de Centroamérica. Presidenta de la Unión Nacional de Abogadas (2020-2021). Miembro del Centro de Estudios de Justicia de las Américas de la OEA (2022-2025). *Correo electrónico*: nnfbol@gmail.com

F. CIENCIA POLÍTICA

NUBES Y RELOJES. EL LEGADO PATRIÓTICO DE CARLOS IVÁN ZÚÑIGA GUARDIA DESDE LA RECTORÍA DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMÁ¹

Por: **Rubén Darío Rodríguez Patiño**
Catedrático de Ciencia Política
rodpat53@cwpanama.net

Artículo recibido 10 / oct. / 2021

Aprobado 15 / oct. / 2021

I. Dos legados trascendentales

Descubrir la *noción de tiempo* e integrarla a las disciplinas sociales, como una de las variables en las faenas de investigación, se ha hecho lugar común.

¿Cuánto tiempo necesitamos?, ¿qué tan rápido debemos actuar?, ¿qué deberíamos hacer primero?, son -entre muchas- las interrogantes habituales de políticos astutos y politólogos entendidos.

Andreas Schedler y Javier Santiso sostienen que “(...) *la determinación del momento justo [y] el sentido de la oportunidad lo es todo en política*”. Pudiera afirmarse que esa lógica temporal, subyacente a la realidad política, estuvo presente -explícita o implícitamente- en el Rector Carlos Iván Zúñiga Guardia cuando impulsó -en 1993- la creación de una **Comisión de Estudios Constitucionales** en el seno del Instituto de Estudios Nacionales (IDEN) de la Universidad de Panamá.

Efectivamente, el Rector Zúñiga Guardia requirió de la Comisión del IDEN la elaboración de “*un proyecto de Constitución moderna, que sirviese como documento de trabajo en el evento de que adviniese una Constituyente.*”

Sea como fuere, el **Anteproyecto de Constitución de la República de Panamá** - preparado por el IDEN- y la creación del **Instituto del Canal de Panamá**, constituyeron los dos legados fundamentales del esfuerzo patriótico que el Rector de la Universidad de Panamá, Carlos Iván Zúñiga Guardia, ofreció al Estado y a la Sociedad panameñas en esos momentos aciagos y cruciales del último decenio del siglo XX panameño.

¹ Palabras pronunciadas por el Magíster Rubén Darío Rodríguez Patiño en la inauguración de la Cátedra Carlos Iván Zúñiga Guardia en la Facultad de Humanidades de la Universidad de Panamá.

II. Los traumas finiseculares

Desde una perspectiva histórico-jurídica, el régimen autoritario inaugurado el 11 de octubre de 1968 perduró -con fases diferenciadas- por algo más de dos décadas. La **Constitución de 1972**, superación normativa del gobierno provisional *de facto*, expresó -entre otras cosas- la personalización del poder político en grado superlativo al conferirle prerrogativas excesivas al General Omar Torrijos Herrera.

Sin embargo, cuando el caudillo militar firma en 1977 -en su condición de Jefe de Gobierno de la República de Panamá- los Tratados del Canal de Panamá, la contraparte norteamericana, representada por Jimmy Carter, presidente de los Estados Unidos de América, reclama al gobierno encabezado por Torrijos Herrera el cumplimiento de un paquete de reformas atinentes a los *derechos humanos*, al igual que una apertura del sistema político. Ésta se materializa a través de las **Reformas Constitucionales de 1978**.

La muerte de Torrijos Herrera en 1981 y el ascenso del General Rubén Darío Paredes a la jefatura de la Guardia Nacional, un año después, promoverán la reforma constitucional de 1983. Este acto jurídico viabiliza una significativa mutación del sistema político que culmina con el Referéndum Popular aprobatorio de la **Constitución de 1983**.

Sobreviene después -el 20 de diciembre de 1989- la cruenta invasión armada norteamericana. A raíz de esta medida de fuerza se instala en el poder político la coalición opositora que participó en las Elecciones Generales de mayo de ese año. Y el 21 de diciembre de 1989 el flamante gobierno de Guillermo Endara Galimany emite el **Estatuto de Retorno inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional**, que convalida el orden jurídico surgido del Pacto de 1983. Empero, dado que este último contenía "*residuos deletéreos que debían ser expurgados*", afloró la malograda propuesta de **Reformas Constitucionales de 1992**, rechazada en referéndum -"*desacertado requisito*"- en noviembre de ese año (César Quintero Correa).

En fin, el desmoronamiento de la dictadura militar no conduce a nuevas reglas jurídico-políticas, tornando imperiosa -desde entonces- una **Asamblea Constituyente** que renueve y modernice normativamente las relaciones entre el Estado y la Sociedad panameñas. Este problema, y la cuestión relativa al cumplimiento de los **Tratados del Canal de Panamá de 1977**, dominaran el escenario istmeño de los años noventa.

III. El Anteproyecto de Constitución

A instancias del Rector de la Universidad de Panamá, Carlos Iván Zúñiga Guardia, el director del Instituto de Estudios Nacionales, Miguel González Marcos, integró una **Comisión de Estudios Constitucionales**, cuyo propósito básico era redactar un *Anteproyecto de Constitución Política*.

De la mencionada comisión interdisciplinaria formaron parte dos eminentes constitucionalistas istmeños, aludo -desde luego- a César Quintero Correa y Carlos Bolívar Pedreschi. La integraron -asimismo- Dimas Lidio Pitty y el propio director del IDEN, González Marcos. Todos ellos contaron con los auxilios de Bernardo Fernández, Jorge Giannareas, Rafael Murgas Torraza, Adán Arnulfo Arjona y Sebastián Rodríguez Robles.

Un documento forjado por la comisión indicada fue presentado al Rector Zúñiga Guardia al finalizar el año 1993, quien lo ofreció a la ciudadanía panameña en los albores del año siguiente.

Del *Anteproyecto de Constitución* redactado por la Universidad de Panamá fueron tomadas -entre otras- las nociones en torno a la desmilitarización de la Fuerza Pública y la regulación constitucional del Canal de Panamá, que se validaron en sucesivas Reformas Constitucionales posteriores.

Empero, y también desde el punto de vista sustantivo, pueden subrayarse las propuestas del *Anteproyecto* que aluden al establecimiento de **Diputados Nacionales y Provinciales**, que -ciertamente- representan a la Nación y no a las provincias; la concepción de un Título acerca de las **Garantías Jurisdiccionales Fundamentales**, y sugerencia de criterios funcionales para la **Reforma de la Constitución**.

No obstante, son los aspectos procedimentales del *Anteproyecto* - esclarecidos en la *Exposición de Motivos* del documento- los que han mantenido en el devenir de los años un carácter modélico. Me refiero al aparato conceptual, doctrinal y metodológico, y a la técnica formal, que orientaron las faenas de los comisionados.²

IV. Nubes y Relojes

Las *nubes* constituyen el tiempo subjetivo. Se tornan la representación mental del tiempo que elucubran los actores políticos. Los *relojes* constituyen el tiempo objetivo. Prefiguran la distribución cronológica del tiempo, esto es, asumen la forma de un cronograma que es trazado sobre un *presupuesto* del tiempo disponible (Schedler y Santiso). Ambos enfoques conjugados, el primero cualitativo y el segundo cuantitativo, estuvieron ausentes en la mayoría de los actores de la etapa que siguió a la invasión de 1989. Carlos Iván Zúñiga Guardia fue una excepción.

La intromisión armada estadounidense llevó a la palestra dos aspectos centrales de la crisis nacional. En efecto, la crisis institucional y la crisis económica asumieron una notoriedad innegable. La primera convocaba a una imperiosa reforma política; la segunda urgía la

² La monografía de Miguel González-Marcos titulada “*Diseño de Constituciones. El Anteproyecto de Constitución de la República de Panamá del Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá de 1994*”, ofrece los detalles de la discusión correspondiente. Este trabajo aparece en el **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004: pp. 757-776.

recuperación económica. ¿Qué debieron hacer los actores decisorios en el escenario pos invasión? ¿Qué es primero? ¿Qué es segundo?

Los actores tenían que manejar las restricciones temporales. El tiempo era -como es ahora, desde luego- un recurso escaso y limitado. Sin embargo, el sentido de la oportunidad y una acertada secuencia en el accionar, pareció escabullirse. En lugar de alcanzar un consenso en torno a las reglas de una **nueva democracia**, los gobernantes privilegiaron satisfacer las expectativas de bienestar material de los agentes económicos y de la población.

V. Poner la política primero

Quizás a César Quintero Correa le parecía conveniente que los gobernantes de la coyuntura se erigiesen como **Gobierno Provisional** -así lo insinuó en la *Exposición de Motivos del Anteproyecto* del IDEN-. Pero los actores políticos decisorios optaron por ratificar, en cambio, su adhesión a la **Constitución de 1983** y suscribir, por tanto, los ciclos electorales que dimanaban de ese Pacto Fundamental. Esta camisa de fuerza centraba la agenda nacional -ineluctablemente- en los venideros comicios de 1994, soslayando una solución integral a la cuestión de la Reforma del Estado.

Huelga subrayar que una selección de acciones erráticas -o, en todo caso, retardada- produce nefandas consecuencias. De esta manera, diferir las reformas institucionales integrales conllevó los costos elevados aparejados a nuestra democratización demorada.

Quizás era preferible, entonces, *“poner la política primero”* -construyendo un consenso contingente-, que enfrentar la incertidumbre que todavía mana de una Asamblea Constituyente irrealizada. Incertidumbre que aun vivimos los panameños a treinta años de la intervención armada de los estadounidenses.

A todas luces, la Universidad de Panamá a través de su Rector, Carlos Iván Zúñiga Guardia, ofreció a la sociedad panameña -hace unas tres décadas- un *Anteproyecto de Constitución Política de la República de Panamá*, que enlazaba lúcidamente las nubes y los relojes del momento histórico por el que transitaba la Nación panameña.

Ciudad Universitaria, 19 de agosto de 2019.

Datos del autor: Rubén Darío Rodríguez Patiño.

Catedrático Titular de Ciencia Política. Tiene Maestría en Ciencias Sociales y Ciencia Política. Fue director del Instituto de Estudios Nacionales y se desempeñó -asimismo- como director del Departamento de Ciencia Política en tres períodos, fundando la licenciatura en Ciencia Política en la Universidad de Panamá. Ha sido docente e investigador durante cuarenta años, y es autor de libros, monografías y artículos periodísticos.

G AUTORES INTERNACIONALES INVITADOS

El derecho al Olvido en el Derecho Comparado

Por: Rubén E. Rodríguez Samudio
Universidad de Hokkaido, Japón
Correo electrónico: rubenr1618@gmail.com

Artículo recibido 06/ nov./ 2021

Aprobado 16 / nov. / 2021

Introducción

Este artículo realiza un breve análisis del derecho al olvido bajo la perspectiva del derecho comparado, iniciando con un breve recorrido histórico de su desarrollo, su naturaleza jurídica, sus alcances y límites y finaliza en un breve análisis de su aplicación ante las tecnologías de las sociedades inteligentes. La privacidad es un concepto tanto legal como cultural que ha sido descrita como una herramienta para que el individuo pueda auto superarse alejado de la influencia de la sociedad que le rodea (Cohen 2013).

La privacidad como bien jurídico puede trazarse a la idea de la propiedad privada, en particular a la propiedad sobre la vivienda y el derecho del dueño a no ser molestado en su residencia, como bien fue reconocido, por las cortes inglesas en el caso *Semayne*¹. El siglo XVIII vio el surgimiento de nuevos derechos sobre privacidad en respuesta a la proliferación de los medios impresos de comunicación ya sea bajo la *Loi Relative a la Presse* francesa de 1868 que prohibía la publicación de información sobre la vida privada o bien mediante el “derecho a ser dejado solo” introducido al derecho angloamericano por Warren y Brandeis en su trascendental artículo “*Right to Privacy*” en 1890.

En su fundamental obra “*Privacy and Freedom*” Westin (1967) describe como diversas sociedades abordan los problemas de privacidad desde una perspectiva cultural; particularmente como algunas sociedades no necesariamente consideran la residencia como un lugar privado. Esta perspectiva cultural puede observarse también en el mundo del derecho. Actualmente pueden observarse tres grandes modelos de privacidad en el derecho comparado (Rodríguez Samudio 2019). El modelo angloamericano es un sistema utilitario, enfocado en la libertad del individuo frente al Estado en donde se conjugan la innovación tecnológica y las libertades individuales. El modelo europeo, por su parte, sigue una vertiente paternalista, centrada en el individuo y a la dignidad de la persona. Finalmente, el modelo chino sobrepone el orden social a los derechos individuales de los ciudadanos

¹ (77 Eng. Rep. 194 (K.B. 1604). *The home is one's castle* (el hogar es el Castillo propio)

mediante la recolección y publicación de datos personales, ejemplificado en el Sistema de Crédito Social (Social Credit System). Muchos países, como en Latinoamérica y otros países desarrollados siguen un modelo ecléctico basado en los sistemas angloamericano y europeo.

Esta relación entre cultura y derecho también ha influido en el desarrollo del derecho al olvido, íntimamente ligado al derecho a la privacidad al punto de que puede considerarse una extensión natural de este. Aunque hoy en día suele vincularse el derecho al olvido al desarrollo de tecnologías de la información, el derecho que tienen los individuos a no ser perseguidos indefinidamente por acciones del pasado y reintegrarse a la sociedad ha sido reconocido desde aún antes de la introducción de medios digitales.

El auge de los computadores personales domésticos a finales de la década de los 80, junto al posterior desarrollo de dispositivos portátiles como laptops durante los años 90 y teléfonos inteligentes durante la primera década del nuevo milenio, requirieron un cambio de paradigma en el concepto de privacidad. A los medios escritos y entidades estatales se añaden las compañías tecnológicas como organismos que buscan recolectar la información personal del individuo, lo que da como resultado que los individuos reclamen una mayor protección sobre la recolección y tratamiento de sus datos personales. Estas reclamaciones traen a la palestra el balance que debe existir entre dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión y su extensión en la figura de la libertad de prensa y el derecho a la privacidad, principalmente bajo la perspectiva de un derecho al olvido.

Breve recorrido histórico

No es de extrañarse que uno de los primeros ejemplos claros del derecho al olvido se encuentre en el derecho angloamericano, específicamente en el caso *Melvin v Reid*² de 1931 en donde la Corte de Apelaciones de California determinó que el derecho a perseguir la felicidad consagrado en la carta magna de aquel estado demandada se extendía a no ser atacada en su honra mediante la publicación de un libro y posteriormente a una película con relación a hechos sobre los cuales fue declarada inocente por los tribunales de justicia. A pesar de esto, la jurisprudencia del Estados Unidos se volvió en contra del derecho al olvido, y actualmente reconoce la supremacía del derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional expresamente reconocida.

En el caso de *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*,³ la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos rechazó una demanda por daños y perjuicios resultado de la violación a la privacidad instituida por un padre producto de la publicación del nombre de su hija víctima de violación en un programa de noticias, basándose en la garantía constitucional de la primera enmienda de la constitución estadounidense. Aún después del reconocimiento del derecho al olvido en el derecho europeo mediante el fallo Costeja, la doctrina angloamericana se muestra reacia a su implementación en aquel país. Algunos autores consideran que se requeriría un gran empuje cultural para cambiar los precedente de la Corte (Bernstein 2020). Otros autores consideran que el derecho al olvido no se opone a

² 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931).

³ 420 U.S. 469 (1975).

los principios encontrados en el derecho subjetivo estadounidense, pero no cumple con requisitos procesales esenciales a ese sistema (Nunziato 2017).

En contraste, el derecho europeo ha sido mucho más receptivo a la figura. En 1958, una sentencia de la Corte de Casación Italiana reconoció que el “justo interés de cada individuo de no estar indefinidamente expuesto a datos que afectan negativamente su honor o reputación, relativa a la reiterada publicación de una noticia divulgada en el pasado” (Leturia 2016). Por su parte, la jurisprudencia y doctrina francesa han venido el *droit a l’oublie* desde la década de los años 60 (Moreno Bobadilla 2019). Asimismo, la *Rehabilitation of Offenders Act* inglesa de 1974 que establece que los récords relativos a crímenes u ofensas menores serán eliminados (*spent*) transcurrido un periodo establecido en la sentencia condenatoria. La salida del Reino Unido de la Unión Europea ha traído a la palestra discusiones sobre el nivel de protección que el derecho británico otorga a sus ciudadanos. En el caso particular del derecho al olvido, algunos autores consideran que a corto plazo, el derecho al olvido no se verá afectado bajo el nuevo esquema legal, aunque a largo plazo será interpretado de una manera mucho más limitada que su contraparte europea (Aidinlis 2021).

A nivel de derecho latinoamericano nos encontramos con que las cortes colombianas ya reconocían el derecho al olvido en relación con datos almacenados en bases de datos. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-414/92 la Corte Constitucional de Colombia determino que “[E]s bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido”. Igualmente, la sentencia T-551/94 revoca la sentencia de segunda instancia que argumenta que el derecho al olvido “carece de respaldo constitucional o legal, máxime cuando no se puede obligar a las entidades de crédito y financieras que entreguen dinero a ciegos. Esta postura jurisprudencial se encuentra sostenida en la sentencia T-699/14, mediante la cual se reafirma que “la jurisprudencia constitucional ha reconocido al derecho al olvido como parte de la estructura del derecho al habeas data. Ese derecho ha sido entendido como una garantía propia del titular de la información para que sus datos negativos, de carácter financiero o antecedentes penales o disciplinarios, no tengan vocación de perennidad.”

Pero no fue hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de mayo de 2014, también conocida como el caso Costeja⁴, que las discusiones sobre este derecho abandonan la esfera meramente jurídica y se eleva a la palestra internacional. En aquel caso, el demandante reclama al medio noticioso y al motor de búsqueda Google la eliminación de una noticia publicada en 1998 sobre el secuestro de sus propiedades por retraso del pago de seguridad social. Al no recibir una respuesta satisfactoria, recurre a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) para que ordene al periódico y a Google que elimine la información. La AEPD niega la solicitud contra el periódico en base a que la publicación obedecía una orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pero la reconoce en lo que respecta a Google.

El caso eventualmente llega al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que debe decidir si las disposiciones de la Directiva de Protección de Datos (Directiva 95/46/EC) son

⁴ C- 131/12.

aplicables a los motores de búsqueda. El Tribunal considera que la función de Google se adecua a la de un controlador de datos personales y por ende tiene las mismas obligaciones. Específicamente el Tribunal estableció que:

“El motor de búsqueda es “Responsable” de tratamiento de datos sobre los resultados que provea en base a la Directiva de Protección de Datos...

...el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenidos tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web y en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.”

Sin embargo, el Tribunal reconoció que este derecho de solicitar la eliminación del resultado de búsqueda no es absoluto y estableció una serie de limitaciones, a saber:

*“...al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, **si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté en la situación actual, vinculada a su nombre** por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado...*

*Puesto que [el interesado] puede... solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, **estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información** en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona.*

***Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.**” (el subrayado es nuestro).*

Tras el caso Costeja, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa desarrollando la jurisprudencia en la materia. En el caso GC et al v. CNIL⁵, el tribunal reafirmó la postura de que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de datos bajo la ley

⁵ C-136/17.

europea. Así mismo, la Corte analiza el problema del consentimiento en lo que respecta a los motores de búsqueda:

*“...de la definición del concepto de «consentimiento» que dan el artículo 2, letra h), de esta Directiva y el artículo 4, punto 11, de este Reglamento se desprende que el consentimiento debe ser «específico» y por lo tanto, referirse específicamente al tratamiento realizado en el marco de la actividad del motor de búsqueda y, en consecuencia, al hecho de que el tratamiento permite a terceros obtener, mediante una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado, una lista de resultados que incluye enlaces que dirigen a páginas web que contienen datos sensibles que le conciernen. **Ahora bien, en la práctica, es difícilmente concebible, y por lo demás no se desprende de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, que el gestor de un motor de búsqueda solicite el consentimiento expreso de los interesados antes de tratar, a efectos de su actividad de enumeración de resultados, los datos personales que conciernen a aquellos.** En cualquier caso, como han observado especialmente los Gobiernos francés y polaco y la Comisión, el hecho mismo de que una persona presente una solicitud de retirada de enlaces significa, en principio, que, al menos en la fecha de dicha solicitud, ya no consiente en el tratamiento que realiza el gestor del motor de búsqueda.” (el subrayado es nuestro).*

Sin embargo, el punto más importante de este fallo es que el alto tribunal europeo ha puesto la tarea de realizar un balance preliminar del valor de la información publicada versus el interés público en los motores de búsqueda:

*“En todo caso, **el gestor de un motor de búsqueda** que reciba una solicitud de retirada de enlaces **deberá comprobar**, a la luz de los motivos de interés público importantes a los que se refieren el artículo 8, apartado 4, de la Directiva 95/46 y el artículo 9, apartado 2, letra g), del Reglamento 2016/679 y respetando los requisitos establecidos en estas disposiciones, **si la inclusión del enlace que dirige a la página web en cuestión en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado es necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web mediante tal búsqueda**, libertad garantizada por el artículo 11 de la Carta...*

*Por lo tanto, **el gestor de un motor de búsqueda que reciba una solicitud de retirada de un enlace** que dirige a una página web en la que se publican tales datos sensibles deberá comprobar, basándose en todos los elementos pertinentes del caso concreto y teniendo en cuenta la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales del interesado al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta, a la luz de*

los motivos de interés público importantes a los que se refieren el artículo 8, apartado 4, de la Directiva 95/46 y el artículo 9, apartado 2, letra g), del Reglamento 2016/679, si la inclusión de dicho enlace en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado es estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web mediante tal búsqueda, consagrada en el artículo 11 de la Carta.” (El subrayado es nuestro).

Tras la decisión del caso Costeja, el número de artículos especializados en revistas de derecho aumenta, lo mismo que su reconocimiento ya sea por vía jurisprudencial o por un acto legislativo. En Japón, las cortes comenzaron a reconocer reclamaciones para eliminar resultados de búsqueda poco después de la publicación del caso Costa. En una sentencia de la corte de circuito de Tokio de octubre de 2014, se ordena a Google eliminar los resultados del nombre del demandante con noticias relacionadas a la mafia japonesa, siendo la primera sentencia al respecto. En 2017, la Corte Suprema de Justicia Nipona, en su primer fallo en la materia, rechaza la pretensión de suprimir los resultados de búsqueda. Sin embargo, el fallo no es un rechazo a la existencia del derecho al olvido. Por un lado, la Corte reconoce que los resultados de los motores de búsqueda son una conducta de la empresa que los administra y por ende conlleva ciertas responsabilidades en caso de que tal conducta sea ilegal.

El argumento de la Corte para rechazar la pretensión se fundamenta en que el derecho debe juzgarse tomando en cuenta el beneficio público de no divulgar la información y la razón por la cual se presenta el resultado de búsqueda. La Corte hace un balance entre el derecho del individuo y el interés público y determina que debe prevalecer el interés público. En este caso en particular, el demandante había sido acusado de actos libidinosos contra menores de edad, por lo cual había sido condenado y pagado una multa. La Corte considero que el tiempo transcurrido (tres años) y la gravedad de la conducta no permitían la aplicación del derecho al olvido, sin que esto significara un rechazo completo a la figura.

Asimismo, recientemente en Argentina, mediante sentencia de 10 de agosto de 2020, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, reconoce el derecho al olvido bajo el argumento de que:

“Ahora bien, el caso presenta un matiz peculiar, ya que se invoca un “derecho al olvido”. Esto, a mi modo ver, implica aceptar la veracidad de las noticias difundidas por el buscador, pero que el paso del tiempo debería enterrarlas al ser perjudiciales, sin causar un beneficio su difusión, por falta de interés público, histórico, científico, etc. Digo esto porque creo que, si la noticia fuera falsa, difamatoria, habría otros remedios, sin necesidad de invocar el paso del tiempo, como surge de numerosos precedentes jurisprudenciales. “

Adicionalmente la Cámara de Apelaciones agrega:

“[E]l llamado derecho al olvido es de interpretación restrictiva. Como ha resuelto esta Sala en otras oportunidades, no debe haber censura, sin perjuicio de responsabilidades ulteriores.

Aquí no hay censura, ya que se trata de noticias y difusiones que fueron reproducidas por aproximadamente 24 años. Tiempo por demás razonable.”

Por último, existen discusiones doctrinales sobre la viabilidad de incluir el derecho al olvido como parte del repertorio de derechos humanos. Por una parte, el Tribunal de Justicia Europeo ha utilizado el artículo 8 de la convención europea de derechos humanos como fundamento del derecho al olvido; sin embargo, el uso de términos como “eliminar”, “suprimir”, “remover” u “olvidar” pintan una imagen que vincula este derecho con actividades de censura (Neville 2017). Pagallo y Massimo (2019) explican que existen tres hipótesis en cuanto a la posición del derecho al olvido como un derecho humano. La primera considera que el derecho al olvido se encuadra dentro al derecho a la vida privada. La segunda hipótesis considera que el derecho al olvido es un derecho positivo, es decir, tiene su fundamento en un acto legislativo como el RGPD. La tercera hipótesis, reconoce que el derecho al olvido tiene como objetivo proteger contra potenciales lesiones en la era digital, pero que su vínculo con el derecho a la privacidad no es fácil de establecer.

Naturaleza jurídica del derecho al olvido

El debate en torno a la viabilidad o no de un derecho al olvido debe iniciar mediante un análisis de su naturaleza jurídica, enfocándonos en su alcance. El primer obstáculo que se encuentra en el derecho comparado es de naturaleza terminológica, ya que el término, se utiliza para definir dos figuras jurídicas relacionadas pero independientes.

La primera se refiere al derecho de un individuo a solicitar la eliminación de cierta información negativa o errónea referente a su persona. Este derecho recibe el nombre de derecho de supresión (*right of erasure*) y sus orígenes modernos pueden encontrarse en los servicios de historial crediticio surgidos como resultado del uso de bases de datos computarizadas. El derecho de supresión se dirige ante el individuo o ente encargado de administrar el servidor donde se encuentra la información con el objeto de la que misma sea eliminada. No debe confundirse con el derecho de rectificación, el cual solo permite solicitar la corrección de la información. Es un derecho de control sobre la información personal del individuo, en la medida que puede ejercerse ante terceros quienes solo pueden utilizar las excepciones previstas en la ley.

Por otra parte, la segunda figura describe el derecho del individuo a solicitar que su nombre sea desvinculado de ciertas páginas de internet dentro de los resultados de los motores de búsqueda, por lo que puede describirse como un derecho de desvinculación. Este derecho se dirige a los motores de búsqueda a fin de que restrinjan el acceso, sin que esto conlleve la eliminación de la información en la fuente original. Contrario al derecho de supresión, el derecho de desvinculación es un derecho de restricción al acceso, por cuanto

el titular no tiene la facultad de eliminar la información y solo puede solicitar que la misma sea restringida.

A pesar de las diferencias, ambas figuras tienen elementos en común. En primer lugar, para ejercer este derecho el titular debe informar a la persona o ente encargada de administrar o almacenar la información o motor de búsqueda, quien tiene un periodo de gracia para analizar la solicitud. En caso de que la solicitud sea rechazada o no se obtenga respuesta, el afectado puede recurrir a las instancias administrativas o judiciales según sea el caso. El segundo elemento en común es que no se trata de un derecho que se traduzca en una pretensión económica, ya que su fin es la eliminación de la corrección o la restricción al acceso.

A pesar de que ambas figuras se encuentran vinculadas al derecho de privacidad, y en menor medida al de difamación, existen elementos importantes que las distinguen. En primer lugar, la privacidad suele utilizarse para proteger información que el titular no quiere que sea revelada, el derecho de supresión y el derecho de desvinculación se enfocan en información que tiene un cierto nivel de notoriedad o que ha sido proporcionado por el titular. Por ejemplo, fotos íntimas de una persona caen bajo el paraguas de la privacidad, mientras que su participación en evento público de la cual después se arrepiente puede ser objeto del derecho de supresión o de desvinculación. En otras palabras, el carácter público de la información original es un elemento determinante.

Asimismo, las reglas de difamación no son necesariamente aplicables a los casos del derecho al olvido. El dilema surge por el hecho de que las leyes referentes a difamación protegen la honra del individuo en tanto que el derecho al olvido busca darle una segunda oportunidad para recuperar tal honra. Igualmente, dependiendo del país, existen ciertos casos en los cuales puede considerarse que ambas figuras se confunden. Los sistemas anglosajones consideran que la veracidad de la información niega la pretensión del afectado de manera absoluta (*absolute defense*). Por otro lado, en muchos países, la difamación busca proteger la honra del individuo, independientemente de la veracidad de la información.

Por ejemplo, el derecho japonés únicamente requiere que el estatus social del individuo se vea afectado y no que la información sea falsa, con la excepción de que la información revelada esté relacionada con el bien común. En estos sistemas jurídicos que aceptan las *exceptio veritatis*, permiten que el afectado reclame daños y perjuicios por la publicación de información pública y veraz, cuando la misma afecte su honor. En este tipo de situaciones, nada impide que el afectado solicite la eliminación de los datos vía el derecho de supresión y su indemnización si se reúnen los requisitos de difamación o invasión de privacidad.

La tendencia en el derecho comparado considera que el reclamar la desvinculación de la información del nombre se reserva para información verídica que afecte al titular, en cambio el derecho de supresión aplica a información falsa, no necesaria o recolectada de manera ilegal. Somos de la opinión que el uso del derecho al olvido no conlleva admitir que la información es cierta. Si bien es cierto que la publicación de información falsa le otorga al afectado una gama de acciones legales para rectificar tal situación, la gran mayoría requiere que se pruebe que la información sea falsa, lo cual no es posible en muchos casos.

Igualmente, las reglas de difamación o invasión a la privacidad requieren que la acción se dirija a la persona o ente que publica la información o en el caso de datos es responsable de su tratamiento.

Hay casos en donde la información independientemente de su veracidad ha sido publicada en un gran número de medios digitales y pone al afectado en una situación de desventaja porque tendría que entablar procesos contra cada medio, sin contar con la posibilidad de que existan otras publicaciones de las cuales no tiene conocimiento. En estos casos, el derecho al olvido, en su modalidad de desvinculación, es una manera eficiente de evitar que el nombre del afectado pueda ser usado para encontrar esa información, sin la necesidad de aumentar el número de demandados.

Conclusión

El derecho al olvido en su acepción moderna se refiere a dos derechos. El primero, el derecho a solicitar la eliminación de cierta información por ser errónea no relevante o haber sido obtenida mediante medios ilegales. El segundo, es el derecho a solicitar a motores de búsqueda que eliminen o desvinculen el nombre de páginas de internet con información que le sea perjudicial, sin que eso implique eliminar la información original. Este último no debe considerarse como un derecho de censura, por cuanto el derecho al control de acceso a la información y que el titular no puede solicitar que la misma sea eliminada; su derecho se limita a que las cortes ejerzan un control jurisdiccional sobre los métodos de acceso, principalmente los sistemas de búsqueda de internet.

A pesar de que las discusiones sobre este tipo de protección jurídica se remontan a mediados del siglo XX, los avances tecnológicos, particularmente en el campo de transmisión de la información lo han traído a la palestra pública. Asimismo, en años recientes, la posibilidad de incluir al derecho al olvido como parte de los derechos humanos se ha vuelto tema de estudio para académicos de derechos humanos y derecho tecnológico. En este momento, consideramos que el derecho al olvido no tiene unos contornos lo suficientemente definidos para reconocerlo como un derecho humano independiente al derecho a la vida privada. No obstante, las nuevas tecnologías y la jurisprudencia pueden abrir la puerta a que el mismo sea elevado al panteón de derechos fundamentales.

Bibliografía

AIDINLIS, S., 2021. The Right to be Forgotten as a Fundamental Right in the UK after Brexit. *Communications Law*, vol. 25, no. 2.

BERNSTEIN, D., 2020. Why the “Right to be Forgotten” Won’t Make it to the United States. *Michigan Technology Law Review* [en línea]. Disponible en: <http://mttlr.org/2020/02/why-the-right-to-be-forgotten-wont-make-it-to-the-united-states/>.

COHEN, J.E., 2013. What privacy is for. *Harvard Law Review*, vol. 126, pp. 1904-1933. ISSN 0017811X.

LETURIA, F.J., 2016. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de

origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales? *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, no. 1, pp. 91-113.

MORENO BOBADILLA, Á., 2019. The right to be forgotten: A gap between Europe and United States. *Revista de Comunicacion*, vol. 18, no. 1. ISSN 22271465. DOI 10.26441/RC18.1-2019-A13.

NEVILLE, A., 2017. Is it a Human Right to be Forgotten? Conceptualizing the World View. *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 15, no. 2, pp. 157-172.

NUNZIATO, D.C., 2017. Forget About It? Harmonizing European and American Protections for Privacy, Free Speech, and Due Process. *Privacy and Power A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair*. S.l.: s.n., pp. 304-328.

PAGALLO, U. y DURANTE, M., 2019. Human rights and the right to be forgotten. *Human Rights, Digital Society and the Law*. S.l.: s.n., pp. 197-208.

RODRIGUEZ SAMUDIO, R., 2019. Privacidad en la Ciudades Inteligentes. *Revista CES Derecho*, vol. 10, pp. 675-695.

WESTIN, A.F., 1967. *Privacy and Freedom annotated*. S.l.: s.n.

DATOS DEL AUTOR: DR. RUBÉN ENRIQUE RODRÍGUEZ SAMUDIO:

Doctor en Derecho, Universidad de Hokkaido, Japón.

Profesor asistente de la Universidad de Hokkaido, Japón.

Profesor Adjunto, Universidad de Keio, Japón

Abogado de la República de Panamá.

Correo electrónico: rubenr1618@gmail.com, ruben18@juris.hokudai.ac.jp

II. PARTE

RECENSIONES

COTA MENDIVEL, ADRIÁN JAZEL, “La Prevalencia de la Protección Automática en el Derecho de Autor”. Revista SAPIENTÍA. Marzo, 2021. pág. 43-51

Por: Maybelline González M.

Asistente de Investigación Jurídica

Artículo recibido 25/oct. / 2021

Aprobado 30 / oct. / 2021

Consideramos promover y presentar el artículo La Prevalencia de la Protección Automática en El Derecho de Autor ya que en él nos plantean que a pesar de existir una protección superior e Internacional consagrada en el convenio de Berna para proteger los derechos patrimoniales y Morales de los autores frente a terceros existe dentro de la legislación interna de cada país un Desamparo hacia el autor frente al reconocimiento de sus derechos.

Para entender a profundidad lo anterior debemos saber que es el derecho de autor y según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dice que es los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas.

El presente artículo hace una breve explicación sobre que es derecho de autor, ¿Qué se Considera obra literaria o artística? Y, ¿Qué facultades se les da a los creadores sobre estas? A la luz del Convenio de Berna (1886) y el cuál es ratificado por la República de Panamá.

Por otro lado, Panamá también reconoce el principio de protección automática en su artículo 1, segundo párrafo, de su ley No. 15 “Derechos de Autor y Derechos Conexos” (1994) estableciendo el límite del principio de protección automática.

En conclusión en este artículo se dice que es mediante el principio de protección automática que se da la activación de los derechos de autor al momento que la obra es materializada en un soporte físico.

Finalmente podemos señalar que el Doctor Mendivel da su recomendación personal para que haya una coordinación del principio de protección automática más efectivo que sería que en el ámbito nacional se permita actuar de la misma forma que en el ámbito internacional, es decir, sin formalidad alguna.

Y termina señalando sobre algunas recomendaciones para la “firma de autor” ¿qué es? y cómo Funciona.

<https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/3/2021/05/437/2021/sapientia-marzo-2021-1.pdf>

Mgtr. Oziel De Gracia, “El Derecho en el Fútbol de Panamá”. Anuario de Derecho N° 49 de 2020. Centro de Investigación Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad de Panamá. Pág. 167 – 179.

Por: Dylan A. Hernández A.

Asistente de Investigación Jurídica

Artículo recibido 21 /oct./ 2021

Aprobado 30 / oct. / 2021

Es normal que muchos no conozcan o ignoren que el deporte tiene bases legales y se maneja con un órgano la cual ahí entra el Derecho Deportivo y en este caso el Fútbol, uno de los deportes más atractivos mundialmente hablando.

El autor explica cómo se maneja el fútbol panameño que es el caso de la institución de la FEPAFUT, ya sea reglamentos disciplinarios y éticos derivados de la FIFA que es el máximo órgano mundial del fútbol.

Bien explica el autor, en la Federación Panameña de Fútbol existen 3 órganos jurisdiccionales que son:

A. Comisión Disciplinaria

La Federación Panameña de Fútbol cuenta con un reglamento disciplinario propio basado en el código de disciplinario de la FIFA.

De acuerdo al artículo N°62 de los estatutos de la FEPAFUT, la comisión disciplinaria estará formada por un mínimo de tres y un máximo de cinco miembros. El presidente y el vicepresidente deberán tener formación jurídica.

B. Comisión de Ética

Según la investigación del autor, en la FEPAFUT, la federación no cuenta con reglamento ético por lo tanto utiliza el de la FIFA órgano rector del fútbol mundial y la información que aparece acerca de la Comisión Ética específicamente para Panamá se pueden ver en los estatutos de la Federación Panameña de Fútbol (FEPAFUT).

C. Comisión De Apelación

Se encuentra definida en el artículo 63 de los estatutos de la FEPAFUT.

La Comisión de Apelación estará formada por un mínimo de tres (3) y máximo de cinco (5) miembros. El presidente y el vicepresidente deberán tener formación jurídica.

El procedimiento de este órgano se establecerá en el Código Disciplinario de la FEPAFUT y en su defecto en el de la FIFA. La Comisión sólo tomará decisiones por mayoría de los

miembros presentes. En algunos casos, el presidente puede tomar ciertas decisiones por sí mismo, de acuerdo con el Código Disciplinario de la FEPAFUT.

La Comisión de Apelación es competente para tratar las decisiones de la Comisión y de la Comisión de Ética que los reglamentos no establezcan como definitivas.

Los requisitos y prohibiciones para formar parte de las comisiones son los mismos que los de la comisión disciplinaria los cuales ya se mencionaron en la parte de la comisión disciplinaria y están regulados de igual forma en el artículo 13 del reglamento de disciplinario.

A toda persona que le apasione este deporte así como nuestro amado Derecho, les invito a leer el artículo de investigación por el **Mgtr. Oziel De Gracia** en el anuario de Derecho 2020 donde explica de forma jurídica todas estas bases con la que se maneja la FEPAFUT y veremos que el derecho deportivo es hoy día una figura jurídica con bastante relevancia que necesita ser analizado a fondo para entender estos mecanismos.

https://revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/2372/2186

Mgtr. C. Barragán. “*Detención provisional o libertad bajo cautela. Aproximación a un derecho garantista y utilitarista*” . *Revista Sapientia Volumen 12, No.2, Junio 2021.*

Por: Dylan A. Hernández A.

Asistente de Investigación Jurídica

Artículo recibido 21/oct. / 2021

Aprobado 30 /oct. / 2021

En esta reseña quiero opinar sobre un artículo de la revista Sapientia del Órgano Judicial sobre el tema de la Detención Provisional escrita por el autor Mgtr. C. Barragán, este es un tema bastante discutido y debatido en el Derecho Procesal Penal.

Hay que definir Detención Provisional como la medida cautelar personal de mayor severidad. Implica la limitación de libertad en centro carcelario mientras dure el proceso o persistan las condiciones que la motivaron.

El autor toma el punto de vista desde el Marco Legal que resalta que el Juez de garantías quien puede ordenar la detención provisional a petición de parte. Esto es un proceso que garantiza los derechos humanos de las personas.

Según el autor esta debería ser la última razón para decidir la situación jurídico penal de una persona ya que en pocas palabras ya se anda atentando contra el derecho de libertad de la persona y lleva a un análisis profundo al derecho de investigar por parte del Estado bajo un término llamado mínima intervención.

En pocas palabras el autor no está de acuerdo con esta medida ya que estos procesos de sentencia duran mucho tiempo y posiblemente la persona que está con esa medida es inocente del delito que se haya cometido o se ha involucrado, así hay muchos privados de libertad en Panamá.

Es importante resaltar que después de una detención preventiva o provisional se compensa los años después de la sentencia, por ejemplo: Si una persona es sentenciada a 20 años de prisión por un homicidio y pasó 2 años con la medida cautelar esperando ser enjuiciado, esta tendría 18 años por delante que cumplir como sentencia ya que este sistema penal funciona de esa manera, en pocas palabras se le restó dos años ya que con la detención provisional estuvo dos años en prisión, y así está diseñado nuestro Sistema Penal.

Invito a todos a leer el aporte del Mgtr. C. Barragán en la revista Sapientia de Junio 2021 sobre este tema tan controversial y que puede afectar a cualquiera ya sea por dolo o culpa.

<https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/flip/index.php?pdf=https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/issue/download/20/19>

Mgter. Atanacio Jesús García Vargas: “La aprehensión en el Sistema Penal Acusatorio panameño” *Revista Sapientia* N°12 Número 3 Septiembre 2021 Pág. 24 a 35.

Por: Dylan Hernández

Asistente de investigación jurídica

Artículo recibido 21 /oct./ 2021

Aprobado 30 / oct. / 2021

Este artículo aborda de manera más profunda el tema de la aprehensión y como funciona en el Sistema Penal Acusatorio, daré una especie de reseña según lo leído y analizado de este autor.

Primero hay que saber que Aprehensión es la actividad física de sujetar, asir, inmovilizar o retener a alguien para conducirlo forzosamente ante la autoridad judicial.

El Artículo 21 de nuestra Constitución Política de Panamá dice lo siguiente:

“Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él al interesado, si la pidiere. El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad. Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley”

En el Sistema Penal Mixto se aprehendía a la persona para después ponerlo a órdenes del fiscal ya que la autoridad era el Ministerio Público mientras que en la entrada del Código Procesal Penal en el año 2008 se hicieron cambios considerables como que las 24 horas son compartidas entre la policía y el Ministerio Público.

Según las estadísticas, este control desde el 2011 hasta el 2020, ha generado un total de 26, 176 de audiencias a nivel nacional y se declararon legales 25, 244 aprehensiones y es gracias al debido proceso.

Es bastante significativo ver como evoluciona nuestro sistema penal nacional y lo que aporta a esta rama del Derecho para nuestro país.

<https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/article/view/227/173>

III. PARTE

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA – DISCAPACIDAD LABORAL ASPECTOS IMPORTANTES

Por: Eyda Jazmín Saavedra H.
*Asistente Técnica de Inv. Jurídica
Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas de la Universidad de Panamá*

El artículo 1 de la Ley N° 42 de 27 de agosto de 1999, (G.O.# 23876 de 31 de agosto de 1999), “Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad”, en concordancia con el artículo 1 Ley 59 de 28 de diciembre de 2005 (G.O.# 25,457 de 4 de enero de 2006), “Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan **discapacidad laboral**”, pertenecen al grupo de disposiciones que establecen de forma precisa la política de Estado de garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el ámbito de salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura, entre otros, obligando al mismo y a la sociedad a ajustarse a los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad. (El resaltado es nuestro)

En este sentido, es necesario destacar que el numeral 4 del artículo 3 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, define discapacidad en los siguientes términos:

“Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley, en los siguientes términos se definen así:

....

4. Discapacidad. Alteración funcional, permanente o temporal, total o parcial, física, sensorial o mental, que limita la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.” Se colige claramente que las personas que sufren enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas son personas que padecen de discapacidad. Por otro lado, el artículo 8 de la Ley N° 42 de 1999, crea para las instituciones del Estado la responsabilidad de garantizar dentro de sus competencias “...el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad...”.

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, reformado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, establece lo siguiente:

“Artículo 5. La certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral **será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin**. Mientras la comisión no expida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley.”(El resaltado es nuestro)

Sin embargo, ante diversas situaciones, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá es clara, ya que indica: ...”corresponde advertir categóricamente, que el incumplimiento de la presentación de la certificación expedida por la Comisión Interdisciplinaria que refrende la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan **discapacidad laboral, no le es atribuible al demandante**, pues tal circunstancia es la consecuencia de la **pésima inactividad de la administración, al no nombrar y/o constituir de manera pronta y efectiva, la Comisión Interdisciplinaria ut supra citada, que es la obligada a expedir tan importante y necesario documento (la certificación)**” (El resaltado es nuestro)

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO JOSÉ ANTONIO CARRASCO EN REPRESENTACIÓN DE T. A., E. PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA NO.379-2011 DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011, EMITIDA POR EL ADMINISTRADOR DE LA AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Víctor L. Benavides P.
Fecha: 09 de febrero de 2015
Materia: Acción contenciosa administrativa Nulidad
Expediente: 1-2012

VISTOS:

El licenciado José Antonio Carrasco, en representación de T. Á. E., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa No.379-2011 de 8 de septiembre de 2011, emitida por el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, el silencio administrativo y para que se hagan otras declaraciones. Admitida la demanda, se corrió traslado a la Procuraduría de la Administración y, al Despacho requerido, para que rindiera éste el informe explicativo de conducta, ordenado por el artículo 33 de la Ley 33 de 1946.

“...”

VI. DECISIÓN DE LA SALA:

... “El acto administrativo impugnado lo constituye la Resolución Administrativa No.379-2011 de 8 de septiembre de 2011, emitida por el Director de la Autoridad Marítima de Panamá, que destituye a T. Á. E. del cargo que ocupaba dentro de dicha institución. Ahora bien, el artículo 1 de la Ley 43 de 2009, que modifica el artículo 2 de la Ley 9 de 1994, establece que los servidores públicos que no son de carrera son los servidores públicos no incluidos en las carreras públicas establecidas en la Constitución Política o creadas por la ley, y en particular los excluidos de la carrera pública por la Constitución Política; --acto seguido-- señala la norma en mención, que dichos funcionarios se clasifican en: de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de nombramiento regulado por la Constitución Política, de selección, en período de prueba y eventuales. En virtud de lo antes expuesto, la Sala concuerda con el Procurador de la Administración cuando indica que el recurrente no era un servidor público que gozara de estabilidad en el cargo que desempeñaba, razón por la cual la autoridad nominadora podía removerlo del mismo recurriendo a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 27 del Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, modificado por el numeral 9 del artículo 186 de la Ley 57 de 6 de agosto de 2008, orgánica de la Autoridad Marítima de Panamá...”

No obstante lo anterior, la Sala considera que el demandante se encuentra amparado por la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005 “Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan **discapacidad laboral**” (G.O. # 25,457 de 4 de enero de 2006), a pesar de no haber acreditado ante la entidad demandada la condición de paciente con enfermedad crónica, a través del certificado previsto en el artículo 5 de dicha Ley, reformado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010 “Que reforma la Ley 12 de 1998, que desarrolla la Carrera del Servicio Legislativo y dicta otras disposiciones” (G.O.# 26477-C de 25 de febrero de 2010), ... De igual forma consta a foja 15, el criterio técnico-profesional del estado de salud del señor T. Á. E., emitido por el Dr. Oliver E. Campbell, Director

Médico y Coordinador Local de Salud y Seguridad Ocupacional de la CAPPs de Vacamonte de la Caja de Seguro Social, quien señala que el señor T.Á., es paciente atendido en dicha Unidad Ejecutora del Seguro Social, y que a partir del año 2005, en su expediente clínico hay constancias de haber sido diagnosticado y tratado por enfermedad crónica degenerativa como DIABETES MELLITUS TIPO 2 (E11). Destaca esta Máxima Corporación de Justicia el hecho que, el criterio al cual hacemos referencia en el párrafo anterior, fue dirigido de manera personal a la Directora Institucional de Recursos Humanos de la Autoridad Marítima de Panamá, **lo que demuestra que la institución hoy demandada sí tenía conocimiento que el activista padecía de una enfermedad crónica degenerativa.** (El resaltado es nuestro)

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, reformado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, establece lo siguiente: “Artículo 5. La certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin. Mientras la comisión no expida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley.” Transcrita la norma anterior, corresponde advertir categóricamente, que el incumplimiento de la presentación de la certificación expedida por la Comisión Interdisciplinaria que refrende la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, no le es atribuible al demandante, pues tal circunstancia es la consecuencia de la **pésima inactividad de la administración, al no nombrar y/o constituir de manera pronta y efectiva, la Comisión Interdisciplinaria ut supra citada, que es la obligada a expedir tan importante y necesario documento (la certificación).** (El resaltado es nuestro)

Con respecto al tema de la inactividad de la administración, esta judicatura considera ineludible hacer las siguientes consideraciones, por la importancia del tema objeto del presente proceso:

A lo primero que aludiremos, será al significado conceptualmente hablando de lo que debemos entender por: “la inactividad de la administración pública”. Así las cosas, el término inactividad, en contraposición al de actividad, equivalen a “carencia de ésta”. Se infiere luego entonces a prima facie, que la **inactividad administrativa** conlleva primordialmente, la obligación del Estado de resolver expresamente cuantas solicitudes o situaciones surjan dentro del contexto de su relación con un tercero afectado en su derecho subjetivo, así como los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afectase a los ciudadanos, la cual debía llevarse a cabo dentro de los plazos máximos tolerables que no violen ni afecten el debido proceso ni mucho menos se aparten del principio de legalidad debidamente constituido en nuestro Texto Fundamental (véase artículo 18).

...

Recordemos que en presente caso sería, **la obligación de la Administración en crear una Comisión Interdisciplinaria que certifique en su momento, la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral.** Otrora señalábamos, que nuestra legislación contenciosa administrativa que es de vieja data, proclama por un cambio actual y moderno al más alto nivel contemporáneo jurídicamente hablando, al de los países del hemisferio, debe adoptar el pensamiento crítico del verdadero Derecho Administrativo que sostiene que éste, se ha caracterizado desde sus orígenes por su amplitud y dificultad; características estas que han sido bien aprovechadas por las Administraciones para lograr así en algunos casos, una mayor arbitrariedad en su actuación. (El resaltado es nuestro)

Así pues, **el administrado "de a pie"** se encuentra con un entramado administrativo de tal envergadura que en la mayoría de ocasiones, aun siendo plenamente **consciente de que la Administración ha actuado de manera irregular, decide no intervenir en defensa de sus**

derechos. A esto hay que añadir que las Administraciones Públicas cuentan para la defensa de sus intereses con un cuerpo de funcionarios excelentemente formados para desempeñar esta función de representación y defensa como son los Abogados del Estado (o la institución llamada a ser la Defensora del Estado, que en nuestro sistema jurisdiccional lo es la Procuraduría de la Administración). Todo lo anterior nos deja constancia de la dificultad existente a la hora de contender contra la Administración; sin embargo esta situación no debe hacernos decaer nuestro "Ideal de Justicia y Justicia Social", dado que en muchos casos podremos acudir a los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso administrativo cuya principal finalidad es la de revisar la actuación administrativa. (El resaltado es nuestro)

Dicho en otra palabras, lo que se persigue con una acción en contra de la Administración, es la sujeción total de la acción administrativa al dominio del órgano jurisdiccional por cuanto en ella, el administrado puede obtener la reparación en el orden patrimonial y la anulación o reforma del acto administrativo impugnado, lo que significa además, conceder al órgano jurisdiccional la facultad de establecer la condena a la Administración a indemnizar, cuando corresponda. ...

...
En atención a lo anterior, la Sala reitera que la falta de presentación la certificación expedida por la Comisión Interdisciplinaria que refrende la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, **no le debe ser atribuible al demandante, toda vez que el Estado no ha nombrado a la Comisión Interdisciplinaria** que debe expedir dicha certificación. Dentro de la litis planteada, esta Superioridad considera que se configuró lo que la doctrina considera buena fe, desde que la parte actora tenía la legítima confianza que se encontraba amparado por un régimen especial de estabilidad para el trabajador discapacitado y que solo podía ser despedido mediante la comprobación de una causa legal que amerite su remoción. (El resaltado es nuestro)

... El tratadista español Jesús González Pérez al referirse a la importancia del Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, expresa lo siguiente: “La aplicación del principio de buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en caso se persiga:” (El PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2004, Pág. 116)

La Sala Tercera ha recogido el principio de buena fe, en incontables Sentencias, siendo una de ellas, la Sentencia de 16 de diciembre de 2010, en la que se expuso lo siguiente: “En este punto, la Sala debe referirse a uno de los principios que rigen las actuaciones administrativas: el principio de buena fe. En ese sentido, el mismo es uno de los criterios rectores de las actuaciones administrativas, toda vez que las acciones entre los particulares y la Administración deben desarrollarse con apego a los principios de objetividad y buena fe. La noción de la buena fe como patrón orientador de la conducta de la Administración y los particulares ha recibido y recibe un categórico reconocimiento en la jurisprudencia sentada por ésta Sala, la cual ha reclamado su aplicación al momento de valorar la validez legal de las actuaciones administrativas. El respeto a éstos valores que deben orientar en todo momento la conducta de las autoridades administrativas, **obligan a que éstas ciñan su proceder a la rigurosa observancia de los imperativos de confianza, probidad, decoro y credibilidad, de suerte que los particulares puedan cifrar su confianza en que la Administración no va a defraudarles en su detrimento** ora mediante la alteración súbita de las condiciones en que se ha desarrollado la relación, ora dictando decisiones que infrinjan sus propios actos precedentes. (Sentencia de 19 de enero de 2009)

...
El artículo 1 de la Ley N° 42 de 27 de agosto de 1999, (G.O.# 23876 de 31 de agosto de 1999), “Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad”, en

concordancia con el artículo 1 Ley 59 de 28 de diciembre de 2005 “Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral”, pertenecen al grupo de disposiciones que establecen de forma precisa la política de Estado de garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el ámbito de salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura, entre otros, obligando al mismo y a la sociedad a ajustarse a los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad. En este sentido, es necesario destacar que el numeral 4 del artículo 3 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, define discapacidad en los siguientes términos: “Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley, en los siguientes términos se definen así:

1.... 4. Discapacidad. Alteración funcional, permanente o temporal, total o parcial, física, sensorial o mental, que limita la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.” Se colige claramente que las personas que sufren enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas son personas que padecen de discapacidad. Por otro lado, el artículo 8 de la Ley N° 42 de 1999, crea para las instituciones del Estado la responsabilidad de garantizar dentro de sus competencias “...el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad...”.

Este artículo es **concordante con el artículo 17 de la Constitución Nacional** que establece la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger la vida, honra y bienes de las personas; de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes. En virtud de lo antes expuesto, esta colegiatura considera que es deber y obligación de las autoridades nacionales y de quienes ejercemos el control de su actividad, asegurar con honestidad la efectividad de los derechos individuales y sociales de sus servidores. Por lo tanto, a juicio de esta Máxima Corporación de Justicia, al señalar el último párrafo del artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, reformado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, que mientras la comisión interdisciplinaria, no expedida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley, incumple con este deber consagrado tanto en la ley como en la Constitución.

En este sentido, en fallo dictado por la Sala Tercera, fechado el día 10 de junio de 2005, se manifestó lo de lugar: “... Esta Sala ya ha interpretado el contenido de esta disposición legal, reconociéndola como “un régimen especial de estabilidad para el trabajador discapacitado, de forma tal que proteja no sólo al **funcionario que ingresa al cargo con algún grado de discapacidad, sino también a aquel que sufre por enfermedad o accidente, algún menoscabo de sus facultades que lo coloca en situación de discapacidad.** En ambos casos, y como en cualquier otro régimen de estabilidad establecido por Ley, el trabajador así protegido sólo puede ser despedido mediante la comprobación de una causa legal que amerite su remoción” (Resaltado nuestro)

...

De igual forma, la Sala considera que el acto impugnado también vulnera el artículo 27 de la Ley 25 de 10 de julio de 2007 “Por la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, adoptados en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”, que obliga al Estado Panameño a mantener una conducta enmarcada en el reconocimiento de esos derechos y principios consagrados en esa Convención a favor de las personas con discapacidad.

En virtud de lo antes expuesto, la Sala estima que le es dable acceder a la pretensión de declarar ilegal el acto impugnado y ordenar el respectivo reintegro del demandante; sin embargo, el pago de salarios caídos debe ser negado por cuanto no es posible reconocer este derecho, en vista de que el

demandante no se encontraba amparado por la Carrera Administrativa, siendo esta la única condición en la que es posible reconocer la exención reclamada al respecto.

En consecuencia, la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES NULA, POR ILEGAL la Resolución Administrativa No.379-2011 de 8 de septiembre de 2011, emitida por el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, así como lo son sus actos confirmatorios, ORDENA EL REINTEGRO del señor T. Á. E., al puesto que ocupaba en la Autoridad Marítima de Panamá, al momento de su destitución o a otro de igual jerarquía y remuneración.

Notifíquese Y CÚMPLASE,
VICTOR L. BENAVIDES P. - LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ -- ABEL AUGUSTO
ZAMORANO - KATIA ROSAS (Secretaria)
Fuente: Registro Judicial, Febrero de 2015

IV. DATOS BIOGRÁFICOS

Y

V. CRITERIOS DE PUBLICACIÓN

IV. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES

✓ **Dra. Virginia Arango Durling:**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Panamá. Se graduó de Licenciada en Derecho, Universidad de Panamá. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España (1989). Investigadora en el Centro de Investigación Jurídica. Decana a. i. de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Es autora de numerosas obras en Derecho Penal y derechos humanos.

✓ **Mgtr. Vanessa Montserrat Campos Alvarado**

La Autora es investigadora del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá desde el año 2000. Jefa de la Sala de Consulta Delia U. de Brenes de dicho Centro, fungió como directora encargada. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Especialista en Docencia Superior de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Panamá, Postgrado en Gerencia Estratégica y de la Investigación Social de la Universidad Especializada de las Américas (UDELAS), cursa actualmente la Maestría en Ciencias Sociales con énfasis en Teorías y Métodos de Investigación en el Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá. Diplomada en Métodos Alternos de Resolución de conflictos, en Derecho Ambiental, en Investigación en el Nivel Superior, todas en la Universidad de Panamá.

✓ **Mgtr. Oziel De Gracia:**

*Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María la Antigua. Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Santa María La Antigua. Maestría en Derecho Marítimo en la Universidad Deusto Bilbao España. Investigador del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.
Correo electrónico: odg_25@hotmail.com*

✓ **Dra. NADIA NOEMÍ FRANCO BAZÁN**

Nació en Grenoble, Francia. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá (1999). Especialista en Estudios Criminológicos del ICRUP (2000). Postgrado en Docencia Superior de la Universidad Latina de Panamá (2000), Máster en Práctica Jurídica de la Universidad de Salamanca (2004), Postgrado en Derecho Público de la ULACIT (2013). Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la ULACIT (2013). Maestría en Derecho Procesal de la UAM (2014). Posgrado en Derecho Procesal Penal con mención a los Principios, Garantías y Reglas Constitucionales que fundamentan el Sistema Acusatorio del INEJ de Nicaragua. (2014). Doctorado en Derecho de la Universidad de Salamanca (2014), Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del INEJ (2015). Posgrado en Sistema Penal Acusatorio de UDELAS (2016).

Catedrática de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y coordinadora la Maestría en Derecho con Especialización en Derecho Penal del Centro Regional Universitario de San Miguelito (CRUSAM) de la Universidad de Panamá. Presidenta del Centro Internacional de Formación e Investigación Jurídica de Centroamérica. Presidenta de la Unión Nacional de Abogadas (2020-2021). Miembro del Centro de Estudios de Justicia de las Américas de la OEA (2022-2025).

✓ **:Mgtr. Campo Elías Muñoz:**

*Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales. Universidad de Panamá; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2005-2006) Graduado 2011.
XX Curso de Postgrado en Derecho en la especialidad de Derecho Penal. Universidad de Salamanca, España, curso de 60 horas, 2007.
Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003), Graduado Tercer Puesto de Honor 2005, Capitulo de honor Sigma Lambda. Universidad de Panamá; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.*

✓ **Dr. Rubén Darío Rodríguez Patiño.**

Catedrático Titular de Ciencia Política. Tiene Maestría en Ciencias Sociales y Ciencia Política. Fue director del Instituto de Estudios Nacionales y se desempeñó -asimismo- como director del Departamento de Ciencia Política en tres períodos, fundando la licenciatura en Ciencia Política en la Universidad de Panamá. Ha sido docente e investigador durante cuarenta años, y es autor de libros, monografías y artículos periodísticos.

✓ **Dr. Rubén Enrique Rodríguez Samudio:**

Doctor en Derecho, Universidad de Hokkaido, Japón.

Profesor asistente de la Universidad de Hokkaido, Japón.

Profesor Adjunto, Universidad de Keio, Japón

Abogado de la República de Panamá.

Correo electrónico: rubenr1618@gmail.com, ruben18@juris.hokudai.ac.jp

✓ **Mgtr. Belquis Cecilia Sáez Nieto:**

Doctorando en Derecho Civil. Investigadora Titular del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Catedrática en Derecho de Familia. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho Privado. Doctorando en la Universidad de Chile. Especialista en Docencia Superior. Autora de Compendio Legislativo del Código de Familia. Legislación de Seguridad Social. Derecho de Familia.

V.- CRITERIOS DE PUBLICACIÓN DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Consejo Editorial.

El Boletín de Informaciones Jurídicas contará con un Consejo Editorial que mantendrá y preservará la periodicidad de publicación del boletín virtual (cada seis meses). Dicho Consejo se hará cargo de la selección de los artículos que se publicarán en el boletín, con base en el arbitraje de especialistas o expertos. El boletín virtual también contará con evaluadores externos, quienes pasan a formar parte del sistema de arbitraje. Este grupo de los evaluadores externos está integrado por el 25% del total.

El resultado del proceso de arbitraje será comunicado por escrito al autor. En caso de considerar que el mismo no es favorable, el autor solicitará por escrito el recurso de reconsideración, con la debida argumentación.

Criterios para la Presentación de los Artículos.

A continuación se especifican los criterios a los cuales deben acogerse los artículos que se publican en el Boletín de Informaciones Jurídicas:

- Los artículos deben ser originales, con temas innovadores.
- El autor no debe presentar el artículo a otra revista o publicación.
- Enviar original (en archivo adjunto electrónico o impreso), acompañado de una copia en versión electrónica, en Word. El documento contará con un mínimo de 10 cuartillas, con 26 renglones cada una. Debe utilizarse letra Times New Román No. 12. Si el artículo cuenta con gráficas u otras ilustraciones, las mismas se ubican al final del artículo, indicándose con claridad en qué lugar del texto deben ser incluidas.
- El artículo incluirá: título del trabajo, nombre de (de los) autor (es), cargo que ocupa y dependencia donde labora.
- Cada artículo que se somete para su publicación tienen que acompañarse con un resumen en español, inglés u otro idioma de 150 palabras, aproximadamente.

Además, la identificación de las palabras claves (descriptores) en español, inglés u otro idioma.

- La metodología debe ser consistente y su aplicación adecuada al tema que trata el artículo; la estructura del artículo debe contener los elementos básicos de un artículo de investigación o de una monografía.
- Las referencias bibliográficas deben ser actualizadas, suficientes y pertinentes al tema del artículo. Estas deben aparecer al final del artículo, conformando la bibliografía.
- La elaboración de las referencias bibliográficas responden a las normas internacionales para la descripción bibliográfica, destacándose los elementos esenciales: autor, título, edición (en caso de monografías), lugar de publicación, casa editora o editorial y fecha de publicación; en el caso de las publicaciones periódicas (revistas), el volumen/año y número del fascículo. La bibliografía debe ser actualizada, procurando abarcar textos de los últimos diez años.
- Debe emplearse el sistema de citas del Reglamento de Tesis de Grado de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrado de la Universidad de Panamá, donde se designa el apellido del autor seguido del año de la publicación, el cual deberá presentarse entre paréntesis (p. e. Valdivia (2010)).

El autor o autores deberán proporcionar información relevante sobre su hoja de vida, al final de su colaboración, con indicación de su correo electrónico.