

SAPIENTIA

Revista trimestral



La declaración del testigo y del perito en el juicio oral, algunas similitudes y diferencias

El daño moral como resultado de un accidente de tránsito, frente a la valoración subjetiva del juzgador

La evolución del delito de enriquecimiento injustificado en Panamá

MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

S.E. José Ayú Prado Canals

Presidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Segunda de lo Penal
Presidente de la Sala Cuarta de Negocios Generales

H.M. Hernán De León

Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Primera de lo Civil

H.M. Luis Ramón Fábrega

Presidente de la Sala Tercera de lo Contencioso
Administrativo y Laboral

H.M. Oydén Ortega Durán

Sala Civil

H.M. Angela Russo de Cedeño

Sala Civil

H.M. Jerónimo Mejía Edward

Sala Penal

H.M. Harry Díaz

Sala Penal

H.M. Cecilio Cedalise Riquelme

Sala Contencioso Administrativo y Laboral

H.M. Abel Augusto Zamorano

Sala Contencioso Administrativo y Laboral

CONSEJO EDITORIAL

Doctor Luis Camargo

Magistrado del Tercer Tribunal Superior

Doctor Miguel Espino

Magistrado del Primer Tribunal Superior

Magíster Carlos Valentín Rivas

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones

Magíster Porfirio Salazar

Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio
en Coclé

Magíster Jennifer Saavedra

Jueza de Juicio Oral

Magíster Carlos Arosemena

Editor

CUERPO DE PRODUCCIÓN

Diseño Gráfico

Magíster Stella Martínez

Coordinación

Señora Iraida Dutari

1,000 ejemplares.

La Revista Jurídica "Sapientia" es editada por la Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial de la República de Panamá.

Palacio de Justicia Gil Ponce, Segundo Tribunal Superior, Planta Baja, Ancón.

Teléfono (507) 212-7469

Correo electrónico: sapientia@organojudicial.gob.pa

Panamá, 2017

Colaboradores

Mgter. Viterbo Quintero

Juez de Juicio Oral del
Sistema Penal Acusatorio del
Primer Circuito Judicial de Panamá

Licdo. Edwin Beitia

Oficial Mayor en el Juzgado Cuarto Liquidador
de Causas Penales de Chiriquí

Mgter. Alberto González Herrera

Defensor Público del
Primer Circuito Judicial de Panamá

Mgter. Andrés A. Mojica García de Paredes

Asesor del Centro de Documentación Judicial (Cendoj)

Dra. María Cristina Chen Stanziola

Abogada Litigante

Nota Editorial

La revista Sapiencia culmina un año más de edición; seguros estamos, que el año 2017 abonamos al desarrollo intelectual de todos los profesionales del derecho y de nuestros lectores en general.

A quienes apoyaron esta iniciativa, les expresamos nuestro más profundo agradecimiento y les exhortamos a mantener su compromiso con el desarrollo y evolución literaria de nuestra institución en el venidero año 2018. Al Consejo Editorial, nuestro reconocimiento por la prolija y dedicada labor realizada en cada edición de la revista Sapiencia.

La Sección de Editorial y Publicaciones honra, en esta edición, a todas las Secciones que integran nuestro Centro de Documentación Judicial (Cendoj) y, en particular, a la labor de Digitalización de Expedientes Judiciales que custodian la Sección de Archivo Judicial, gestión administrativa que fortalece la justicia del Siglo XXI con la que están comprometidas nuestras autoridades.

El Cendoj le extiende sus deseos de prosperidad y unión a toda la familia del Órgano Judicial en estas fiestas de fin de año.

Carlos Arosemena
Editor



RESEÑA DE LA PORTADA

Título: Digitalización de Expedientes

Autor: Editorial del Órgano Judicial

Fecha: 01 de diciembre de 2017

Técnica: Collage digital

Fotografía del personal del Departamento de Digitalización de Expedientes de la provincia de Panamá de la Sección de Archivo Judicial del Órgano Judicial.

MENSAJE DEL PRESIDENTE



La revista Sapiencia viene acrecentando su contenido y alcance, gracias al interés demostrado por nuestros funcionarios por contar con un escenario escrito que le sirva como repositorio de su visión de la normativa patria, originada de su interpretación y aplicación diaria en los diversos tribunales y jurisdicciones que conforman este Órgano del Estado panameño.

En este su octavo año de edición, la revista Sapiencia ha cumplido nuevamente con su misión y ha salido fortalecida y con los bríos suficientes, para seguir bregando por los senderos de las ideas.

Es compromiso de la alta gerencia de nuestra institución seguir apoyando la producción literaria de sus colaboradores, por lo que exaltamos este tipo de iniciativas y exhortamos a toda la comunidad forense a mantenerse prestos y atentos a cada una de las publicaciones de la revista Sapiencia.

Sirva esta plataforma, para expresarles a todos un venturoso año 2018 e invitarlos a sumarse a las acciones encaminadas a robustecer la administración de justicia de nuestro país.

José E. Ayú Prado Canals

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

La declaración del testigo y del perito en el juicio oral, algunas similitudes y diferencias Mgter. Viterbo Quintero	6
El daño moral como resultado de un accidente de tránsito, frente a la valoración subjetiva del juzgador Licdo. Edwin Beitia	14
La evolución del delito de enriquecimiento injustificado en Panamá Mgter. Alberto González Herrera	26
Introducción a las reformas incorporadas por la ley 61 de 2017 a la ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otras disposiciones Mgter. Andrés A. Mojica García de Paredes	44
Consideraciones en torno a la ley 2 de 2011 y su impacto en la constitución de sociedades anónimas en Panamá. Dra. María Cristina Chen Stanziola	70
Edición de libros	79

LA DIGITALIZACIÓN

DE LOS EXPEDIENTES PROCESALMENTE TERMINADOS O CON SALIDA

La digitalización de los expedientes con salida que custodia la Sección de Archivo Judicial del Centro de Documentación Judicial (Cendoj), tiene su génesis en la visión de una justicia del Siglo XXI de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, que lo incorpora como una línea de actuación dentro de los Imperativos Estratégicos de su Programa de Trabajo.

La trayectoria hacia la materialización de este emprendimiento se presentó dinámica, comprometida, coordinada y, en particular, revestida de la mística de los funcionarios de las Secciones de Investigación y Estudio de la Legislación Judicial y de Archivo Judicial del Cendoj, de la Secretaría Técnica de Modernización y Desarrollo Institucional y la Dirección de Informática que, con el apoyo de la alta gerencia de nuestra institución, lograron sumarse a un proyecto sin precedente en el Órgano Judicial, en cuanto al manejo de los expedientes que se custodian en las Secciones de Archivo Judicial.

A través de la Secretaría Técnica de Modernización y Desarrollo Institucional se desarrolló un Subsistema de Movimiento de Documentos Judiciales Electrónicos para los Negocios Procesalmente Terminados, que es un componente nuevo de digitalización que se integra al Gestor Documental de Sistema Automatizado de Gestión Judicial (SAGJ), que permite relacionar el expediente digitalizado con el Tarjetero Electrónico o Tramitación Electrónica de Negocios (TEN), para su despliegue y visualización; de igual forma, permite que el tribunal genere de manera rápida y oportuna la lista de expedientes que contienen los bultos, el número del propio bulto y la nota remisoría; a su vez, almacena información respecto a la ubicación física del expediente, detallando la zona, anaquel, lado, bandeja, contenedor y número de caja; esta nueva modalidad de almacenamiento reemplazará el sistema de localización actual basado en un método manual de búsqueda.

Este importante servicio, en su primera fase, está en práctica en los despachos jurisdiccionales del II Circuito Judicial del I Distrito Judicial (distrito de San Miguelito), en particular, en el Juzgado II Municipal Civil, con quien se ha logrado exitosamente digitalizar y relacionar sus expedientes archivados y visualizarlos en formato pdf. desde el propio despacho.





Fotos: Departamento de Imprenta de la Sección de Editorial y Publicaciones - Cendoj

LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO Y DEL PERITO EN EL JUICIO ORAL, ALGUNAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Mgter. Viterbo Quintero

Juez de Juicio Oral del Sistema Penal Acusatorio del
Primer Circuito Judicial de Panamá

Correo electrónico: viterbo.quintero@organojudicial.gob.pa.

LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO Y DEL PERITO EN EL JUICIO ORAL, ALGUNAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Resumen

El ensayo trata sobre la prueba testimonial, específicamente la declaración del testigo y del perito, abordando algunas de sus similitudes y diferencias, así como la forma en que estas pruebas se integran al juicio oral en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio que rige en Panamá. Igualmente, se hace un breve recorrido sobre el filtro de admisibilidad que deben superar dichos elementos probatorios, (pertinencia, utilidad y legalidad), para poder que sean admitidos en juicio, y cómo se debe potenciar los principios que rigen este sistema en la práctica de los mismos.

Abstract

The essay is about the testimonial evidence, specifically the witness and the legal expert declaration, entering upon some of their similarities and differences, the same as the way in which these evidences incorporate to the oral judgement in the new penal judgement system in the accusatory style which rules in Panama. Likewise, it is done a brief passed over on the admissibility filter which they should overcome those probative elements, (relevance, usefulness and legality), in order to be accepted in the judgement, and how the principles which rule this system should be maximized in the practice.

Palabras Claves

Oralidad, intermediación, testimonio, perito, acusatorio, juicio

Keywords

Orally, immediacy, testimony, expert, accusatory, judgement

En nuestro novedoso sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, es la prueba madre del juicio oral, la testimonial, pues como es sabido, este es un sistema que se basa entre otros principios en la oralidad e intermediación, lo que provoca que las

pruebas han de presentarse en su mayoría, pues hay excepciones, por intermedio de testimonios en el juicio, donde el Tribunal de Jueces podrá percibir directamente sus dichos.

La definición de testimonio tiene

varias acepciones, pero por útil y práctica, me permito citar la siguiente: "testimonio es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia o representativa, que un tercero hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza." (Echandía, 1998, página 14).

Expresado lo anterior, tenemos que en juicio pueden presentarse entre otras, declaraciones de testigos y peritos, los primeros declaran sobre un hecho que pudo haber percibido directa o indirectamente, mientras que el segundo lo hace en base a una materia que requiere conocimientos especiales, ya sea ciencia, arte o técnica.

En ese sentido, la primera semejanza que tienen estos dos medios de prueba, son que para poder ser aceptados como parte de los elementos a ser desahogados en juicio, tienen que ser sometidos inicialmente en fase intermedia, al tamiz de la pertinencia, utilidad, y desde luego de su licitud, de conformidad con los artículos 377 (licitud de las pruebas), y 378 (oportunidad y relevancia), del Código Procesal Penal.

Este filtro es de vital relevancia, para que no lleguen a juicio pruebas que no son de utilidad para el caso, o lo que es mucho más peligroso, que no sean lícitas

En ese sentido, se puede describir la pertinencia de la prueba como la íntima relación que guarda el medio probatorio en este caso el testimonio, con la causa o proceso. Pues nada ofrecería a efectos de establecer la verdad, un elemento de prueba que no guarda relación o es ajeno

al debate.

En cuanto a la licitud de la prueba, esto significa que el juzgador no puede fundar su decisión en medios obtenidos con violación a la ley, por ende, solo podrán valorarse los obtenidos lícitamente.

También, debemos tener bien claro, que tanto la prueba de un declarante o perito, debe ser insertada mediante su presencia y en oralidad en juicio, por lo que no es permitido que deposiciones anteriores, sean introducidas por su lectura.

Lo referido en el párrafo anterior, es establecido de forma clara por el artículo 379 del Código Procesal Penal, que señala los medios de prueba que únicamente pueden ser introducidos por lectura en juicio, sentenciado la norma, que: "cualquier otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor".

En otro aspecto, existe una diferencia en cuanto a la admisión de un testigo y un perito como medio de prueba y es que, mientras que no existirán testigos inhábiles, de conformidad con el artículo 389 del Código Procesal Penal, como perito, solo podrá fungir la persona natural que acredite mediante certificado o diploma su idoneidad para la materia que rendirá dictamen, (exceptuándose los casos prácticos), lo que quiere decir que en este caso, no todos están habilitados para desempeñar la labor, ni podrán ser admitidos como los testigos.

Otra situación que me parece de particular interés, es que un testigo

cuando se presenta en juicio luego de ser juramentado e individualizado, será interrogado por la parte que lo adujo, y posteriormente conainterrogado por la contraparte, esto significa que obviamente el testigo no expone nada, sino a instancia de quien lo interroga o conainterroga. Contrario a esto, la norma que hace alusión a las reglas de la declaración del perito en juicio, (artículo 414 del Código Procesal Penal), señala que luego de que el presidente de la audiencia, juramente e individualice al perito, procederá a indicarle que exponga brevemente el contenido y las conclusiones de su pericia.

Lo anterior tiene como consecuencia, que contrario al testigo, el perito al momento de iniciar su intervención, sin ser preguntado por quien lo adujo, y mucho menos conainterrogado, procederá a deponer sobre el contenido de su examen pericial y las conclusiones a las cuales llegó, a instancia del juzgador

Este tipo de actividad logra, a mi entender, ser contraria a los principios de separación de funciones y de prohibición de prueba de oficio, pues con estas preguntas permitidas al juzgador, podrían introducirse elementos que lograrían acreditar ciertos hechos.

Al respecto del tema anotado, traemos a colación, lo señalado por el autor Pedro Alfonso Pabón Parra: "En un proceso como el diseñado bajo los principios acusatorios la actividad probatoria incumbe en primer término al órgano de persecución y, en segundo lugar, aunque también de manera prevalente a la defensa; así es el esquema del proceso interpartes, que se inicia con

la pretensión acusatoria de la fiscalía no se compadece con la posibilidad de que el juez cuente con unas libertades y facultades para allegar al proceso los elementos de juicio, encaminados a verificar la existencia de hechos." (Pabón, 2015, página 333).

Ante este tipo de situaciones, debemos recordar que nuestro Código Procesal Penal, impone una interpretación conforme a sus principios, por lo que al encontrar una norma que difiere o le es antagonista, debe buscar la aplicación más concordante o la norma más favorable a sus postulados básicos, comprendidos en el Título I, Capítulo I, Garantías, Principios y Reglas.

Y es que debemos entender que son las normas de procedimiento penal las que deben adecuarse a los principios del sistema acusatorio, y no que sean los principios los que tengan que adecuarse a las normas.

Ahora, me referiré a las reglas del interrogatorio, que si bien es cierto parece que el codificador optó por establecer las mismas para la declaración de un testigo y la de un perito, esto no puede ser tan simple como parece hacerlo ver la norma, pues tenemos que tomar en consideración la notable diferencia sobre un testigo que solo declara sobre hechos que pudo percibir directa o indirectamente, y el de un profesional idóneo como lo es el perito, a quien se le ha encomendado un dictamen científico.

En ese sentido, el artículo 397 del Código Procesal Penal, que establece reglas sobre el testimonio, dispone que se evitará que el declarante conteste

preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, igualmente se evitará que el interrogatorio se produzca con presiones indebidas y sin ofender la dignidad de quien declara.

De esa misma forma, el artículo 400 del Código Procesal Penal, dispone que en el interrogatorio las partes que hubieren presentado al testigo o perito no podrán formular preguntas que sugieran las respuestas, esto es sugestivas.

Ahora bien, como observamos la norma citada no hace distinción en cuanto a la prohibición de preguntas sugestivas en el interrogatorio independientemente que el mismo se realice a un testigo o perito, por lo que podría interpretarse que este tipo de preguntas están prohibidas tanto en el interrogatorio de testigos como en el que se efectúa al perito.

Pero tendría el mismo sentido evitar preguntas sugestivas a un testigo, que solo viene a declarar sobre lo que pudo percibir referente al hecho que es objeto del proceso, que a un perito idóneo que es experto en determinada materia, ciencia o arte, y que con anterioridad se le pidió que preparara un dictamen basado en sus conocimientos técnicos o científicos, a mi entender no.

Esto lo sostengo, porque es claro que al testigo cuando es interrogado no se le deben sugerir las respuestas, pues de este modo no es él quien está declarando, sino quien pregunta, tomemos en cuenta que esta será su participación en juicio y la oportunidad para que el Tribunal escuche su dicho al ser interrogado, debiendo tal como lo señala el código hacerles preguntas de

manera amplia. Sin embargo, en el caso del perito, no parece tan lógico prohibir preguntas sugestivas, tomando en cuenta su carácter de especialista en la materia, y porque obviamente ya elaboró con anterioridad un informe sobre el cual será cuestionado.

En ese sentido, mientras que con las preguntas al testigo se busca la verdad o falsedad de su dicho sobre la percepción de un hecho; con las preguntas al perito lo que se busca es determinar lo exacto o equivocado de su dictamen técnico o científico.

Mientras que un testigo puede ser fácilmente conducido por preguntas sugerentes, esto no debiese pasar ante un perito idóneo conocedor de su materia, que realizó de antemano un dictamen, y que declara en juicio de forma objetiva e imparcial.

Recordando lo señalado, por el autor Pedro Alfonso Pabón Parra, el mismo indica que: “Ni aún en los sistemas acusatorios más puros, como pueden considerarse los del derecho anglosajón, se exige del perito respuestas sometidas a idénticas reglas que las vigentes para el testigo.” En ese sentido, añade el autor a propósito de las preguntas sugestivas al perito, que: “la doctrina se pronuncia por la admisibilidad de estos cuestionamientos en el interrogatorio de peritos, pero se distinguen sus efectos respecto del nivel de experiencia que representa el experto en la rendición de dictámenes ante los tribunales; así, estas preguntas no se deben temer delante de un perito diestro o curtido, ...” (Pabón, 2015, página 373).

Volviendo sobre el

contrainterrogatorio, el artículo 400 del Código Procesal Penal, en su segundo párrafo, dispone que durante éste, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos, u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, admitiéndose las preguntas sugestivas.

Esta norma, dio pie a que se pensara que el contrainterrogatorio debía versar exclusivamente sobre lo ya preguntado en el interrogatorio, o que el mismo no podía ser amplio, ya sea que se preguntara a un testigo o perito, lo cual limitaba el marco de cuestionamientos al declarante por la parte que no lo propuso, siendo el caso que esta declaración le era justamente opuesta a sus intereses.

Recordemos que nuestro Código Procesal Penal, debe interpretarse conforme a los principios, la Constitución, y los tratados y convenios internacionales ratificados por Panamá, para este caso específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos, (interpretación conforme).

En ese sentido, la interpretación debe potenciar el principio de estricta igualdad de las partes, el principio de contradicción, y el de prohibición de indefensión, a fin de permitir la formulación de preguntas amplias a la contraparte.

A propósito de la prohibición de indefensión, el Tribunal Constitucional Español, ha señalado que: “la prohibición de la indefensión implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes en posición de igualdad, dispongan de las mismas

oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de su tesis. Los principios de audiencia, contradicción e igualdad, relacionados entre sí, debe respetarse, o de lo contrario se produce indefensión.”

De esta misma forma, la Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, aclaró mediante resolución de 21 de junio de 2013, que los principios de contradicción y estricta igualdad de las partes, permiten que en el contrainterrogatorio se pueda interrogar de manera amplia a un testigo que ofreció la contraparte. Al respecto, la referida resolución dictaminó lo siguiente:

“De haber atendido la regla básica y primaria contenida en esta norma, el Tribunal de Juicio habría considerado que efectivamente, la contradicción y estricta igualdad de las partes, forman parte de los principios en atención a los cuales, debe interpretarse la normativa que integra el sistema penal acusatorio, y que, aunque el artículo 399 del Código Procesal Penal establezca para la contraparte, la posibilidad del contrainterrogar a los testigos, el artículo 398, le permite interrogar de manera amplia, limitándola únicamente a no realizar sugerencias, ofrecer la respuesta o presionar. De allí que, haciendo prevalecer los citados principios, el Tribunal de Juicio debe permitir la formulación de preguntas amplias a la contraparte, bien sea el Fiscal o la defensa, respetando las reglas previstas por el

artículo 398 *lex cit*, pues como atinadamente reclama el censor, la certeza sobre la credibilidad del testimonio solo puede adquirirse, permitiendo el pleno ejercicio del derecho de contradicción.”

Como vemos, el análisis del desahogo de la prueba testimonial o pericial, no es pasivo en cuanto a su forma, debiendo el litigante conocer además las distintas técnicas a fin de realizar su trabajo de forma adecuada, para así representar los mejores intereses de su defensa.

En ese sentido, no es extraño en la práctica testimonial, observar ciertas falencias técnicas del interviniente, que

producen un desistimiento tácito en el desahogo de la prueba, producidas por un agotamiento por no saber utilizar las técnicas de interrogatorio, contrainterrogatorio, objeciones, refrescar memoria, evidenciar contradicción, de forma correcta; lo cual solo puede ser combatido con permanente preparación.

En fin son muchas las situaciones que se darán, en donde el debate sobre la práctica de la prueba testimonial irá forjando un criterio jurisprudencial, el cual repetimos, debe ser una interpretación conforme a la Constitución, los principios que rigen el sistema, y los tratados y convenios internacionales ratificados por Panamá.

CONCLUSIONES

La prueba testimonial, sea cual sea el tipo de testigo que la rinde, tiene como efecto primario que no se materializa hasta tanto no haya sido desahogada en juicio, por lo cual esta es una etapa crítica y esencial del proceso en cuanto a la forma en que se deben introducir, para apuntalar los elementos de convicción con que cada parte cuenta.

La adecuada técnica de interrogatorio y contrainterrogatorio, así como los ejercicios propios del desahogo de la prueba testifical, constituyen un baluarte para las pretensiones de

quien sabe practicarlos, por lo que la especialización debe ser el derrotero a seguir, si se quiere que triunfe su teoría del caso, ya que de la simbiosis teoría del caso y prueba, depende alcanzar la pretensión que se quiere acreditar en juicio.

No olvidando además que este sistema acusatorio se cimienta sobre estructuras que lo sostienen, llamadas principios, y que su inobservancia trae como consecuencia el debilitamiento de todo el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

1. ECHANDIA, Davis. Teoría Judicial de la Prueba, Tomo II.
2. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. La Prueba Pericial.
3. Constitución Política de la República de Panamá
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos
5. Código Procesal Penal Panameño



Mgter. Viterbo Quintero

Ha ocupado durante más de 16 años diversos cargos en el Órgano Judicial de la República de Panamá, que guardan relación con la rama civil, penal, agraria, contencioso administrativa y constitucional.

Posee, Maestría en Derecho Procesal con Énfasis en Principios del Debido Proceso y Tutela Judicial de la Universidad Latina, Diplomado en Sistema Penal Acusatorio de la UPAM, Curso Habilitante

del Sistema Penal Acusatorio, Curso Orientación al Sistema Penal Acusatorio Panameño, ABA ROLI PANAMA, Curso Generalidades del Sistema Penal Acusatorio de Escuela Judicial de Panamá, Postgrado en Derecho Procesal Penal del INEJ, Diplomado La Gestión Bancaria y sus Operaciones del Instituto Bancario Internacional, Diplomado La Gestión Bancaria y sus Operaciones en la Prevención del Delito Financiero del Instituto Bancario Internacional, Curso de Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, España.

Actualmente, se desempeña como Juez de Juicio Oral del Sistema Penal Acusatorio del Primer Circuito Judicial de Panamá.



Colecciones en esta comunidad



AA. Libros [1]



AB. Ponencias [0]



AC. Documentos Históricos [0]



AD. Documentos Técnicos [0]



Fotos: Sección de Documentación y Bibliotecas Jurídicas - Cendoj

EL DAÑO MORAL COMO RESULTADO DE UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, FRENTE A LA VALORACIÓN SUBJETIVA DEL JUZGADOR

Licdo. Edwin Beitia

Oficial Mayor en el Juzgado Cuarto Liquidador de Causas Penales de Chiriquí

Correo electrónico: edwin.beitia@organojudicial.gob.pa

EL DAÑO MORAL COMO RESULTADO DE UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO, FRENTE A LA VALORACIÓN SUBJETIVA DEL JUZGADOR

Resumen

El concepto de daño moral se fundamenta en el sufrimiento o en el trastorno psicológico. La indemnización de este daño se torna en una tarea compleja, toda vez que, al tratarse de un daño impalpable, su determinación resulta difícil, y más aún, su cuantificación. La estimación del daño moral es un ejercicio subjetivo, ya que, la aflicción moral es un sentimiento inherente al fuero interno de la persona. Por esa razón, el establecimiento de pautas estándar u objetivas podrían distorsionar la propia naturaleza del mismo y deformar las bases que lo caracterizan.

Abstract

The moral damage is based on suffering or psychological disorder. Compensation for moral damage is a very complex duty, for the reason that it alludes to an intangible damage and its delimitation and quantification becomes a very hard work. Estimation of moral damage is a subjective performance, because moral distress is an inherent feeling of personal conscience. That is why, stablishing standard and objectives guidelines could twist its nature and deform its characteristic foundations.

Palabras Claves

Daño, sentimiento, víctima, resarcir, acreditar, valorar, equidad.

Keywords

Damage, feeling, victim, to compensate, to certify, to value, fairness.

INTRODUCCIÓN

Ese dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo o el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, a raíz del actuar negligente de quien conduce un vehículo y ocasiona un accidente de tránsito, son situaciones que diariamente viven las víctimas que han sufrido un

daño moral, y que muchas veces no pueden volver a llevar una vida como la que tenían antes del imprevisto. La pregunta es ¿tendrá este agravio reparación alguna?, la indemnización del daño moral es un tema que probablemente presenta mucha dificultad, tanto para los abogados encargados de solicitarla en sus demandas como para los jueces que

deben resolver tales peticiones y ello nos lleva a realizar este análisis.

CONCEPTOS BÁSICOS

Al iniciar este análisis, es importante tener claro, dos conceptos que utilizaremos a lo largo del tema, por un lado, tenemos, el “accidente de tránsito” y por el otro, el “daño moral”.

Al hablar de, “*accidente*”, inmediatamente iniciamos un ejercicio reflexivo que nos conecta directamente con la eventualidad, la imprevisibilidad y en ocasiones con lo fortuito; sin embargo, para el caso específico de “*accidente de tránsito*” nos referimos a un suceso imprevisto que altera la marcha normal de un vehículo que transita por la calle, en el cual se causan daños a una persona o a una cosa de manera repentina, debido a factores externos e imprevistos, como lo es, la acción negligente o irresponsable de un conductor que, aunque no tenga la intención de lastimar actúa con culpa.

Los accidentes de tránsito tienen diferentes escalas de gravedad, el tipo más grave se considera aquel en el que resultan víctimas fatales, bajando la escala de gravedad cuando solamente hay heridos, es decir que estos hechos tienen numerosas consecuencias, no sólo en pérdida de vidas sino también en forma de lesiones temporales o permanentes a las personas involucradas en un accidente de tráfico.

Por otro lado, tenemos, la locución “*daño moral*” que es el punto fundamental de este análisis, la misma, está compuesta por dos palabras, y para entenderla se hace necesario desglosarla de la siguiente

manera; al hablar de “*daño*” nos referimos a: un perjuicio o menoscabo causado por culpa de otro, mientras que, al referirnos a “*moral*” entendemos que, es aquél estado de ánimo de una persona. Siendo así, podríamos decir que, un daño moral es; el perjuicio causado por culpa de otro al estado de ánimo de una persona.

No obstante, cabe destacar, desde un punto de vista más técnico, lo que establece Cabanellas de Torres en su Diccionario Jurídico Elemental, respecto al daño moral:

“Daño Moral: la lesión que sufre una persona, en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otros”.

Otra definición concreta la encontramos en Nuestro Código Civil en el artículo 1644-A que a tenor literal dice:

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.

Como en efecto se observa, el daño moral es algo abstracto, un daño no patrimonial, por lo tanto, resulta complicada su determinación, ya que, puede acarrear diferentes perjuicios psicológicos, dependiendo de cada persona, es decir; puede que a alguien le ofenda o le aflija, lo que a otra persona no le causa nada; por ello la apreciación que se le da un daño moral, es variable en cada caso y queda a disposición del juzgador

su determinación, que requerirá de una minuciosa valoración del particular.

REPARACIÓN

Molina (2001) señala que “en las XII Tablas Romanas se establecía... la obligación de resarcir el daño injustamente acarreado, esto es la llamada -rupitia sarcito-” (p.39).

Desde la antigüedad en el derecho romano, estaba consagrado la reparación del daño causado, es decir que, no es un tema nuevo o agregado recientemente a nuestra norma sustantiva. Cabe destacar que; la doctrina considera, que la reparación pecuniaria del daño moral es resarcitoria, en otras palabras, compensatoria o indemnizatoria, a diferencia de la reparación del daño patrimonial, que es sustitutiva, es decir que, busca reemplazar el objeto dañado por uno nuevo o su equivalente en dinero.

No obstante, resulta difícil demostrar la realidad del dolor o de la aflicción de quien ha perdido a su cónyuge por la negligencia de un conductor en un accidente de tránsito, o el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, por el actuar descuidado de otro, y más aún, que ese dolor que el daño provoca no tenga precio, no significa que no sea susceptible de una apreciación pecuniaria.

Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de reparación propiamente dicha, es decir, para reemplazar con dinero un bien no patrimonial destruido, dañado

o sustraído. La valoración pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactorio, en el sentido que, debería desagrar el mal causado, aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso.

Dicho lo anterior, no se trata de poner precio al dolor, la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral, debe otorgar a la víctima una satisfacción, un consuelo, una enmienda, por la aflicción causada, por la pérdida de su tranquilidad y por la injusticia contra él cometida.

Por otro lado, el pago establecido por el dolor causado, no sólo hace referencia al menoscabo sufrido, sino también a la actuación de quien causó el perjuicio, es decir, al reconocimiento del carácter ofensivo y reprochable de su proceder y ello es lo que hoy conocemos como justicia restaurativa, que es aquella que busca, además de penalizar a quien cometa un delito; resarcir el daño causado a la víctima, que por razones ajenas a su voluntad se encuentra padeciendo un dolor moral.

A esa restauración los romanos la llamaban “pecunia doloris” que no, es más, que ese precio que el tribunal le pone al dolor moral de la víctima.

Cabe señalar que, no existe una tabla que nos muestre cuáles son los daños morales y cuál debe ser el precio que un tribunal debe otorgarle a ese daño, sin embargo, es allí donde el juzgador basado en la sana crítica, en la lógica, en el sentido común y en su experiencia, luego de un análisis exhaustivo del caso, procede a darle un valor al daño moral causado.

ACREDITACIÓN

Es importante indicar que antes de llegar a establecerle un precio al daño moral, se hace necesario saber cómo acreditar el mal causado y en cuanto a eso, nuestra máxima Corporación de Justicia en reiterados fallos se ha pronunciado, señalando aquella **Sentencia de 26 de enero de 1998, dictada en el proceso Demetrio Basilio Lakas contra Diamantis Papadimitriu Vasiliadis**, que dice lo siguiente:

"Pero, por encima de lo que hayan dicho los peritos empleados en el esfuerzo de demostrar que se produjo un daño moral en perjuicio de la parte demandante, es mucho más importante dejar sentado el criterio de que, cuando el agravio moral consiste en la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad de un sujeto, la mera demostración de la existencia de dicha transgresión constituirá, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral ocasionado. La prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso. Por ej. el cónyuge no necesita probar que ha sufrido dolor por la muerte de su esposo o esposa, ni el padre por la muerte de un hijo, cuando el deceso ha sobrevenido con motivo de un ilícito cometido por tercero." (el subrayado es nuestro).

Lo anterior nos indica que no

existe prueba directa que taxativamente establezca sin lugar a dudas la sustantividad del daño moral que padezca una persona como consecuencia de una injusticia y al respecto, Bustamante (1997) establece que:

Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el daño moral debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta absolutamente imposible, dada la índole del mismo que reside en los más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción" (p. 247).

En efecto, lo expuesto por el precitado autor, en concordancia con la anterior jurisprudencia, nos muestra a todas luces que no hay posibilidad de "prueba directa" que demuestre la magnitud del daño moral, consistente en el impacto psicológico sufrido por el ser que ha sido víctima de una injusticia, sin embargo, es dable advertir que sí existen

medios de convicción que pudieran ayudar a demostrar más claramente el padecimiento.

En la práctica, quienes reclaman un resarcimiento en concepto de daño moral, adjuntan a su petición, evaluaciones psicológicas que acreditan afectaciones en sus emociones, como lo son; angustia, intranquilidad, culpabilidad, depresiones, entre otras, e incluso, muestran constancias médicas que establecen el alcance y visibilidad de las lesiones causadas, de igual manera presentan testimonios e informes periciales de trabajadores sociales que demuestran la convivencia o relación de la víctima con el occiso, en virtud de que, por lo delicado de la materia, la carga de la prueba recae en quien demanda y si bien es cierto, todas ellas, aunque son piezas básicas que amparan o coadyuvan a demostrar la existencia de un agravio sufrido e ilustran al juez para que tenga una clara noción de lo que se está pidiendo, no son lo suficientemente contundente para medir un daño moral, porque ese daño es intangible, lo que nos indica que no se puede contar, aunado a que este tipo de daño carece de un mercado que lo valore, a diferencia de un daño patrimonial, en el cual si se destruye un vehículo, el perito realiza un avalúo al mismo y le da un valor económico.

De allí que, mal podría un juez negar la petición de resarcimiento de un daño moral al manifestar que no fue debidamente acreditado con una prueba psicológica, cuando a lo largo del proceso se ha podido conocer la existencia de un hecho culposo, la vinculación entre el daño causado y la conducta realizada que perturbó a la víctima, es decir que con el

solo hecho de existir esos tres elementos, el juzgador puede reconocer que se ha causado un daño moral y más aún, cuando fueron presentados otros medios de convicción, como los ya mencionados.

CUANTIFICACIÓN

A pesar de que el daño moral es “incuantificable” por su propia naturaleza, los juzgadores deben fallar con criterios sólidos, atendiendo a cada caso de forma analítica, valorando las circunstancias en las que, el daño se produjo y las consecuencias del mismo, dando una ponderación razonable, situándose en el plano de la equidad.

No obstante, hay que reconocer que aun con todo lo expuesto, éste sigue siendo un tema muy complejo, ya que un daño, para ser indemnizable, debe ser siempre real y cierto.

Para entender mejor este asunto, utilizaremos un ejemplo:

Por la tarde, un ciudadano salió a pasear con su esposa y su hijo de 14 años en su vehículo, mientras se dirigían a su destino, tranquilamente por la calle, ven que al frente se aproxima un carro a una velocidad muy alta, el ciudadano trata de esquivarlo para no chocar y salvar a su familia de un accidente, pero el otro carro repentinamente lo colisiona, provocando un aparatoso hecho de tránsito, donde fallece el ciudadano que llevaba a su familia de paseo. La esposa prontamente se recupera, pues solo sufrió heridas leves, sin embargo, el hijo perdió uno de sus ojos a causa de un vidrio que, con el impacto se quebró. Los peritos determinan que el señor que provocó el accidente, es el

dueño de una gran empresa y el día del accidente, el mismo iba conduciendo en estado de embriaguez, posteriormente un juez lo condenó penalmente. Ahora bien, respecto al tema en cuestión, **¿cuáles serían los daños morales? ¿Cómo se acreditarían? y ¿cómo se cuantificaría?**

De acuerdo a lo antes señalado, tenemos que: tanto la esposa como el hijo menor, son víctimas del hecho acaecido, puesto que, falleció un ciudadano que era esposo y padre respectivamente; además se encuentran, elementos básicos que dan viabilidad a la indemnización por daño moral, como lo son; la existencia del hecho, la vinculación del sujeto y el daño a la víctima.

El juez en su rol de administrador de justicia, una vez que admite la solicitud de indemnización por daño moral y le corre traslado a quien culposamente ocasionó el hecho, procede a resolver, valorando rigurosamente cada detalle para llegar a cuantificar y determinar el alcance del daño moral causado, tomando en cuenta no solo a la víctima, sino también al causante del daño y aquí podríamos mencionar que uno de esos elementos que debe poner en balanza es, la situación económica de éste último, es decir que, si el mismo, es una persona carente de recursos, sería ilusorio ordenarle a pagar una suma exorbitante de dinero, sabiendo que aunque realice su mayor esfuerzo no la podrá cancelar. En ese sentido la doctrina establece que; no se pretende, a través de la compensación del daño moral la obtención de un enriquecimiento o lucro indebido, sino, que su cálculo ha de obedecer a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, de acuerdo

a los parámetros establecidos en el artículo 1644a del Código Civil, que son: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. (subrayado nuestro). Al respecto la **Corte Suprema de Justicia en fallo de 23 de enero 2015 dentro del Proceso Alcibiades Abrego vs A Raquel Wong de Ponce**, destacó lo siguiente:

...en la Declaración Indagatoria rendida por la señora RAQUEL WONG DE PONCE (a fojas 60-64) esta última vive en un barrio de clase media, así como también que de la referida Indagatoria la demandada declara, bajo la gravedad de juramento, entre otras cosas, que como empleada de la Autoridad del Canal de Panamá recibe ingresos mensuales brutos de B/. 1,300.00. Por ello, una suma justa y equitativa por los pretendidos daños morales, tomando en cuenta que los mismos no pueden constituir fuente de enriquecimiento para el demandante ni empobrecimiento para la demandada, el Tribunal fija los referidos daños morales en la suma de DIEZ MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.10,000.00).

Por otro lado, podemos pensar que no tiene relevancia la cuantía del daño para quien deba hacerle frente, en virtud de que muchas veces quien cancela todos esos gastos son las aseguradoras, no obstante, cabe señalar, sin profundizar en el tema, que, eso va a depender de la póliza adquirida y las coberturas que tenga la misma. De igual manera, la

responsabilidad recae en el demandado y más aún, si carece de este tipo de coberturas en su póliza.

Además, como quiera que el juez desconoce a las partes, lo primero que deben acreditar las víctimas, es su parentesco con el occiso, de esta manera el juzgador, comprenderá que, en atención a la edad en que el menor perdió a su padre, no cabe duda que tal hecho tiene que haber provocado un dolor psicológico al verse privado de forma violenta e imprevista de la figura paterna. Igualmente, el daño psicológico experimentado por la cónyuge sobreviviente que mantenía una relación marital de varios años con el occiso, debe dar por acreditado el daño moral que efectivamente sufrieron el hijo y la madre, sobrevivientes del hecho ocurrido.

En ese sentido, el juzgador deberá considerar, además del parentesco, otros factores que determinan la existencia del perjuicio o afectación psicológica, como, la relación del occiso con la víctima, esto es, si vivían juntos, o el afecto que se tenían, pues sin duda que la muerte o fallecimiento de una persona afecta más a quienes convivían diariamente con el occiso, que aquellos parientes, que no compartían ni mantenían con la víctima una relación similar.

De igual manera, el joven que además de haber sufrido por la muerte de su padre, perdió también uno de sus ojos, provocándole un daño estético visible que se traduce en dolor, angustia, afectación familiar, profesional y social. En este caso, tal como lo mencionamos *ut supra*, el solicitante puede presentar constancias médicas y psicológicas para

demostrarle al juez, la realidad y certeza del daño.

Por otro lado, es dable advertir que, quien pretende ser indemnizado por daño moral no debe confundir esa situación con otros aspectos similares, tales como: manifestar que el occiso mantenía un buen salario y que su familia dependía económicamente de él; en ese mismo sentido, quien perdió una parte de su cuerpo no debe hacer referencia a los gastos médicos incurridos, o que tenía planeado estudiar una especialización, puesto que, estas situaciones conllevan otro tipo de indemnización como lo son; el lucro cesante, el daño emergente, el daño al proyecto de vida, mismos que son temas de otro estadio y requieren ser estudiados individualmente, pues se alejan de nuestro norte.

De igual manera, el juzgador al momento de darle valor al daño moral causado por la pérdida de una parte del cuerpo, no debe desviarse, cuantificando el daño de acuerdo al valor monetario que tiene esa parte del cuerpo, o tomar en cuenta el costo de la cirugía, puesto que, para ello, las aseguradoras y otras entidades, tienen una tabla de valores, que le dan a cada extremidad u órgano del cuerpo perdido, así como la cobertura de los gastos médicos que conlleva un accidente de tránsito. Lo que el juez debe valorar en el caso en cuestión es la afectación psicológica ocasionada a raíz de la pérdida del ojo y la aflicción causada por la muerte de un familiar, de acuerdo a los medios de convicción aportados.

Encontrar una adecuada proporción o equivalencia entre la reparación y el daño, tratándose de la afectación de

bienes extra patrimoniales conlleva serias dificultades y exige del juzgador poner en juego sus facultades discrecionales de la manera más seria y prudente posible. Existe a lo largo de la jurisprudencia panameña un fallo de hace varios años, el cual, a pesar de su fecha, no deja de tener vigencia, y en ese sentido, nos sirve de base, para iniciar a calcular el daño moral causado, aquel fallo data de 1993 y dice de la siguiente manera:

"Ahora bien, sabido es que no hay parámetro para cuantificar el daño moral, por la especial naturaleza de los mismos. Sin embargo, nuestra más alta corporación de justicia ha establecido una determinada suma para estos casos, fijándola en B/3,000.00, bajo las siguientes consideraciones:

Este punto de vista equitativo, sin entrar en el análisis actuarial ni en las operaciones matemáticas correspondientes, lo resuelve la Sala mediante el enunciado practicado de que el cuántum de daño moral siempre ha sido fijado -jurisprudencialmente- en la suma de tres mil balboas (B/3,000.00) y no hay razones para variarlo ahora ..."

Lo antes citado, nos da una luz para interpretar que no se debe fijar una indemnización en concepto de daño moral, por debajo de la suma de tres mil balboas, sin embargo, entiéndase que esta cantidad es solamente una base que sirve de partida para que el juez comience a darle valor al daño causado y como hemos manifestado a lo largo de este ensayo, cada caso es distinto y ello implica que no todos pueden ser

valorados de la misma manera, para darle un quantum de tres mil balboas, por ejemplo el daño moral de una persona que pierde una pierna no va a ser igual al daño moral de quien pierde un dedo de la mano, por lo tanto el juez debefijarle una mayor cantidad a la indemnización de quien perdió su pierna que a quien solo perdió un dedo de la mano, sería incongruente otorgarle tres mil balboas a ambos.

Lo anterior lo corroboramos con algunas consultas en donde, los Tribunales han otorgado diferentes cuantías, atendiendo específicamente a cada caso, tenemos que:

- *El caso de **MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ DE CHAVARRÍA Y OTROS vs INDUSTRIAS LÁCTEAS, S. A. Y MOISÉS QUIJADA MENESES, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2015) CONDENÓ a los demandados solidariamente a pagar en concepto de daño moral a los actores MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ DE CHAVARRÍA, la suma de TRESCIENTOS MIL DÓLARES (\$.300,000.00); a su hijo menor de edad CARLOS ALFREDO CHAVARRÍA MUÑOZ, el monto de CUARENTA MIL DÓLARES(\$.40,000.00); y a MARTA EUGENIA CÁRDENAS SÁENZ DE CHANG la suma de OCHENTA MIL DÓLARES (\$.80,000.00), en atención a que la esposa sufrió un daño mayor que el hijo, puesto que, el menor a su corta edad no sabría distinguir el daño causado por la pérdida de su padre y a la hermana porque no convivía con el occiso. Además de que, por ser una empresa grande, podía hacerle frente al pago de la suma ordenada.***
- *El caso de **ALCIBIADES ABREGO vs***

RAQUEL WONG DE PONCE (2015), la Sala estimó que la indemnización otorgada en concepto del daño moral que sufrió el señor **ALCIBÍADES ÁBREGO**, por la suma de B/. 10,000.00, fue interpuesta por el Tribunal Ad quen, en base al derecho lesionado, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las además circunstancias del caso.

- El caso de **HENRY FRACH PRETEL vs JACINTO MIRANDA PINO (2014)** El Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá CONDENÓ solidariamente a HENRY FRENCH PRETTEL a pagarle a JACINTO MIRANDA PINO, la cantidad de, TRES MIL DÓLARES (B/. 3,000.00) en concepto de daño moral, haciendo alusión a que solamente el demandante tuvo una lesión en su brazo izquierdo.

Como en efecto se observa, no se le ha otorgado a ninguno la misma cantidad, en concepto de resarcimiento por daño moral, en virtud de que, ningún caso mantiene la misma calidad de partes o daños, vemos como, se han fijado indemnizaciones desde la más mínima de tres mil balboas, otras de diez mil balboas, relativamente acorde al status económico de un panameño y sumas cuantiosas de dinero, como lo fue la de trescientos mil balboas. Lo anterior es lo que hace interesante este tema, la falta de pautas estándar para valorar el mal psicológico causado, ya que, las mismas podrían distorsionar la propia naturaleza del daño moral y deformar las bases que lo caracterizan.

Este problema de valoración al daño moral no solo es un asunto de

Panamá, incluso en países con una vasta experiencia jurídica, como lo es España, encontramos que su jurisprudencia arriba a la misma conclusión que la nuestra, veamos el siguiente extracto de un fallo:

Siguiendo a Domenech Pascual (2015) hay que entender las afirmaciones del Tribunal Supremo de que el daño moral no admite, por definición, una cuantificación según "criterios económicos"; por lo que, "salvo que concurren otras circunstancias que permitan una evaluación distinta, sólo [cabe] acudir a la prudencia para fijar la indemnización", es decir, atender a la "experiencia del propio Tribunal... sobre el valor del padecimiento humano en las distintas situaciones de la vida" (STS, 3a, Sección 6a, 5.5.2009, Rec. 10374/2004; RJ 5167; ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez).

Al comparar los diferentes criterios, y observando que esta materia es tan delicada por su naturaleza, toda vez que, la misma es difícil de medir por ser intangible, nos lleva a plantear que, el juez nunca debe proceder arbitraria y desproporcionadamente, ya sea fijando sin motivación suficiente, una cantidad demasiado elevada o extremadamente ínfima a cada caso, su actuar debe atender a la petición de la víctima, los medios de convicción aportados, al alcance del daño, y la situación económica del demandado; evitando un lucro indebido para la víctima que en ocasiones pretende aprovecharse de la situación, pero que tampoco sea burlada con una suma irrisoria; es decir que ello requiere de un amplio estudio y análisis del caso, para lograr sin lugar

a dudas, una efectiva administración de justicia, tanto para la víctima, como para

el causante del daño.

CONCLUSIONES

Una vez culminado este ensayo, debemos tener claras las siguientes conclusiones:

- El daño moral es la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, por lo tanto, es intangible.
- La reparación del daño moral, debe otorgar a la víctima un consuelo o una enmienda, por la aflicción causada, no un enriquecimiento indebido.
- No existe prueba directa que demuestre o mida el alcance del daño moral, pero si hay medios de convicción que dan la certeza de la existencia como lo son certificados psicológicos, informes de trabajadores sociales etc.
- El cálculo del daño moral debe ser

cónsono a parámetros establecidos en el artículo 1644a del Código Civil, que son, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

- La cuantificación del daño moral exige del juzgador poner en juego sus facultades discrecionales de la manera más seria y prudente a fin de dar un fallo acorde a la realidad.

Con lo anterior no consideramos haber agotado el tema y esperamos que lo expuesto sea provechoso para más avanzados y profundos estudios en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

1. **Bustamante, J.** (1997) Teoría General de la Responsabilidad Civil. Argentina: Abeledo Perrot.
2. **Cabanellas, G.** (2005), Diccionario Jurídico Elemental (17a. ed.). Argentina: Heliasta.
3. **Centro de Documentación Judicial,** (2017) Órgano Judicial De Panamá. Recuperado de <http://www.organojudicial.gob.pa/registro.html>.
4. **La cuantificación del daño moral en España,** CREMADES y CALVO SOTELO – ABOGADOS. Recuperado de <https://www.cremadescalvosotelo.com/noticias-legales/la-cuantificacion-del-dano-moral-en-espana>.
5. **Moreno, J.M.,** (2011). Código Civil de la República de Panamá. Panamá: Misrachi & Pujol.
6. **Molina, J. & Concepción J. L.,** (2001). La Responsabilidad del Fabricante como Concreta Manifestación de la Teoría del Riesgo Panamá: Escuela Judicial.
7. **Olano, C.A.,** (1996). Tratado Técnico Jurídico Sobre Accidentes de Circulación y Materias Afines, (4a. ed.). Colombia. Librería del Profesional.

Licdo. Edwin Beitia



Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Chiriquí en 2015.

Inició labores en el Órgano Judicial como Estenógrafo del Juzgado Municipal Civil del Distrito de David y a partir del 2016 pasa a ejercer el cargo de Oficial Mayor en el Juzgado Cuarto Liquidador de Causas Penales de Chiriquí.

Actualmente cursa la Maestría en Derecho Penal dictada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Registro Judicial Digital Mensual – Año 2016

Registro Judicial - CENDOJ, Registro Judicial Mensual

de enero de 2016

Registro Judicial Digital Mensual - Año 2015

Registro Judicial - CENDOJ, Registro Judicial Mensual

de junio de 2015

Registro Judicial Digital Mensual - Año 2014

Registro Judicial - CENDOJ, Registro Judicial Mensual

de octubre

Registro Judicial Digital Mensual - Año 2013

Registro Judicial - CENDOJ, Registro Judicial Mensual

de octubre

Registro Judicial Digital Mensual - Año 2012

Registro Judicial - CENDOJ, Registro Judicial Mensual

de octubre

REGISTRO JUDICIAL - CENDOJ

Consulta de Fallos

- Fallos en General
- Registro Judicial Digital Mensual
- Fallos en General - Tribunales Superiores
- Repertorio Juridico Digital
- Lista de Jurados de Conciencia
- Jurisprudencia CIDH



Fotos:Sección de Registro Judicial y Análisis de Jurisprudencia - Cendoj

LA EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN PANAMÁ

Mgter. Alberto González Herrera

Defensor Público del Primer Circuito Judicial de Panamá

Correo electrónico: agonzalezherrera26@yahoo.com

LA EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN PANAMÁ

Resumen

El delito de enriquecimiento ilícito es un instrumento de lucha contra la corrupción, el mismo facilita la preservación de las funciones públicas dado que conmina al funcionario público a observar un desempeño honesto en el cual rinde cuentas de la procedencia legítima de sus ingresos. En Panamá, existe desde el año 1982 prevista por el Código Penal. El Código vigente lo mantiene con la denominación de enriquecimiento injustificado de funcionario público.

Abstract

The criminalization of "illicit enrichment" prosecute corrupt officials, the need to prove of the legitimate origin of his his fortune. In 1982's Panamenian penal code incorporation illicit enrichment. Today is a mandatory offense "public officials unjustified enrichment".

Palabras Claves

Tipificación, enriquecimiento ilícito, funcionario público.

Keywords

Criminalization, illicit enrichment, public official.

INTRODUCCIÓN

El legislador acude al derecho para regular la vida de los individuos en la sociedad, la operación del Estado, sus órganos e instituciones así como las relaciones entre los particulares, y, entre éstos y el Estado. Con el conjunto de normas de Derecho administrativo y de Derecho disciplinario, se trata de evitar las faltas en la correcta prestación de las funciones públicas, el comportamiento

deshonesto de los funcionarios, la pérdida de credibilidad en las instituciones y la deficiente calidad de los servicios públicos. Si estos preceptos no resultan adecuados se emplean los preceptos punitivos o de naturaleza penal. Es entonces, al tener que se lesiona gravemente el bien jurídico-penal en la esfera de la Administración Pública o existe amenaza concreta al mismo, puede el legislador disponer de la tutela mediante el uso del tipo penal (LUZÓN

PEÑA, 2004: 83; QUINTERO OLIVARES, 2009: 72). Dada la relevancia y la utilidad social que tiene la Administración Pública, surge la necesidad de incriminar los comportamientos más graves que la afectan, creando el legislador tipos penales especiales (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 59; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006: 73; MIR PUIG, 2011: 119-121). Uno de los instrumentos para salvaguardar la Administración pública, el actuar transparente del funcionariado así como el correcto desempeño de las tareas públicas observando la Constitución, la ley, además de los Códigos de Ética, es el tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Si cada precepto plasmado en la norma penal con la enunciación de los elementos que la conforman describe el hecho punible, queda determinada la tipicidad, y resulta entonces importante comprobar sino se da ninguna causa de justificación ni de atipicidad, nos permitirá inferir la antijuridicidad después de su ejecución, y si el sujeto manifiesta que es consciente de ese actuar prohibido, existe capacidad de culpabilidad a efectos de poder investigarlo y juzgarlo. Eso sí no pueden los tipos penales convertirse en textos casuísticos ni en medios donde puedan encajarse cualesquiera de las formas de desviación social por su apertura y falta de determinación (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 106). Del mismo modo, hay que tomar en cuenta las características que al momento de manifestarse presenta la conducta del funcionario público. Si un hecho no posee todos los elementos para apegarse al tipo penal en un supuesto dado, resulta atípico, tornándose en innecesario examinar si es antijurídico o no, el mismo.

Desde su aprobación mediante Ley N°14/2007 de 18 de mayo, de 2007, el Código penal panameño ha sufrido a la fecha 25 modificaciones en su articulado, siendo las dos últimas la Ley N°60/2016 de 30 de noviembre de 2016 que refoma la Ley 29 de 30 de noviembre de 2001 sobre la menor de edad embarazada y dicta otras disposiciones y la Ley N°4/2017 de 17 de febrero de 2017 que reforma el Código Judicial, el Código Penal y el Código Procesal Penal, sobre medidas que eviten el hacinamiento en centros penitenciarios y dicta otras disposiciones. Esto pone en evidencia que en nuestro medio no hay líneas claras con una Política criminal que ponga freno a la desafortada reforma del Código penal. El papel que debe jugar la política criminal aporta todos los factores que justifican las reformas penales, no sólo considerando los aspectos políticos y los criterios de mayor seguridad que usualmente se alegan como válidos (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 196). A efectos de comprender lo dispuesto por el injusto penal de enriquecimiento injustificado o enriquecimiento ilícito de funcionario público en la república de Panamá, pasamos al examen de sus antecedentes, previsión legal, reformas, la conducta típica y formas de ejecución. Resulta imperativo desentrañar el contenido de la conducta incriminada de enriquecimiento ilícito de funcionario público, para alcanzar el mayor grado de claridad y certeza en torno a su aplicación, en virtud del acatamiento y la observancia de los instrumentos internacionales que se han ido ratificando por el país y lo sugieren como medida punitiva contra la corrupción en la Administración Pública. Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

han sido ratificadas por la república de Panamá mediante las Leyes N°42 de 1 de julio de 1998 la primera, y la N°15 de 10 de mayo de 2005. Ello, sin olvidar que la figura del enriquecimiento ilícito de funcionario público no resulta novedosa en nuestro medio, por haber sido adoptada con el texto de Código Penal de 1982, como una de las manifestaciones del delito de Corrupción de Servidores Públicos, bajo el apartado de los delitos contra la Administración Pública. Tenemos entonces, que la modalidad de enriquecimiento ilícito de funcionario público como forma de corrupción, tenía prevista la simbólica sanción de días-multa, para el servidor público que incurriera en su realización. La Ley N°18/1982 de 22 de septiembre de 1982, adopta el Código Penal que introduce el tipo de enriquecimiento ilícito de funcionario en la República de Panamá. Asimismo, es necesario advertir el tránsito que ha tenido el enriquecimiento ilícito de funcionario público desde su tipificación en 1982, en los diversos anteproyectos y proyectos de Código penal, su modificación en el año 2001, y, en el Código vigente.

I. Antecedentes pre-legislativos, legislativos y sus reformas

Este epígrafe procura evidenciar la evolución que la construcción del tipo de enriquecimiento ilícito de funcionario público ha observado en la legislación panameña. Partimos del Anteproyecto de Código Penal de 1971, denominado «Anteproyecto Royo» en virtud de su elaboración por el profesor Arístides Royo Sánchez, cumpliendo lo señalado en el Decreto de Gabinete N°121 de 8 de mayo de 1969 que lo designó

por encargo del régimen militar que detentaba el poder en ese momento en el país. Posteriormente, siendo Presidente de la República designado se aprueba en el año 1982 el Código Penal que deroga el Código Penal de 1922. En dicho texto, además de establecer la pena máxima en 20 años de prisión, adoptar alternativas a las penas cortas privativas de libertad, incorporar las medidas de seguridad, en el libro II, el Título X de los delitos contra la Administración Pública, incorporó diversas novedades; además del cambio de denominación del Título respecto al Código derogado (CP 1922) sustituyendo la rúbrica de los delitos contra la Cosa Pública. En dicho texto se previó por vez primera y de similar forma al Código Penal costarricense el enriquecimiento ilícito como una manera de incurrir en el delito de corrupción. Desde entonces, hasta la aprobación de la Ley N°39 de 9 de julio de 2001 impulsada para adoptar medidas más enérgicas contra la corrupción pública. La consideración del enriquecimiento ilícito de funcionario público en los anteproyectos elaborados desde finales de la década de los años noventa del siglo pasado, y los anteproyectos de los primeros años del presente siglo sirvieron al texto de Código Penal aprobado en el año 2007.

1. El Enriquecimiento ilícito de funcionario público en el Anteproyecto de Código penal de 1970 y el denominado Proyecto de 1978

Este documento fue preparado por el professor Arístides Royo, en la década de los años 70 del siglo XX e inspirado en el modelo de Código Penal Tipo para Iberoamérica, tratando de acoger y adecuar la legislación patria a las últimas

tendencias en materia penal de aquella fecha. Su texto propone la denominación en el Libro Segundo, Título III de los Delitos contra la Administración Pública, y bajo el Capítulo III, de Corrupción de funcionarios públicos, la conducta de enriquecimiento ilícito de servidor público. Desde que se entregó al gobierno nacional en marzo de 1970, la etapa de revisión del mismo y la etapa generadora del Proyecto de 1978 transcurrieron varios años (MUÑOZ POPE, 2003: 111). Aún cuando el documento contaba con 476 artículos, fue poca la divulgación del mismo desde su entrega al gobierno del Estado, lo que hizo limitada la posibilidad de crítica y discusión a nivel nacional (MUÑOZ RUBIO/GUERRA de VILLALAZ, 1975: 1). La etapa de revisión del Anteproyecto, comienza en el año 1973, puesto que en los años anteriores la atención se volcó en el movimiento de cambio que generó la Constitución de 1972. Solamente se publican en aquellos años algunos artículos en diarios del país, por Jaime De León (Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) y Abelardo Herrera (Magistrado del Segundo Tribunal Superior de Justicia) comentando partes del documento. Del mismo modo se difunden dos ediciones del anteproyecto, una por la Universidad de Panamá en el año 1974 y la otra por el Centro de Impresión Educativa del Ministerio de Educación en el año 1975 (MUÑOZ POPE, 2003: 112). El Anteproyecto consideró al Código Penal Tipo para América Latina, algunos códigos penales latinoamericanos, al igual que los Anteproyectos de: Peco para la Argentina, Padilla Castro para Costa Rica y Jiménez de Asúa para Venezuela. También, tomó en cuenta ciertos códigos penales europeos (Bulgaria,

España, Francia, Italia y Yugoslavia), el CP de Panamá de 1922 y la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (GUERRA de VILLALAZ, 1997: 8). Respecto al delito de enriquecimiento ilícito, el Anteproyecto lo contempló en la rúbrica de delitos contra la Administración Pública, dentro de la descripción de las formas de corrupción en el artículo 237.4 de la siguiente manera: «Será sancionado con pena de prisión de 2 a 6 años y de 50 a 250 días multa el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 1- Acepta una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario a fin de que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones. 2.- Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero, informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tenido conocimiento por razón de su cargo; 3º.- Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permaneciere en el ejercicio del cargo; 4º.- No justificare al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo público». Se establecieron en ese texto punitivo como ilícitos contra la administración pública, además del enriquecimiento ilícito, el cohecho, la revelación de secretos y la corrupción. Debía reprocharse acorde con esta forma de incriminación al funcionario público, porque incurría en un no hacer, una vez era llamado o requerido, y, omitir la exposición de las razones o la justificación por la que se generaba el incremento en sus haberes personales o los mantenía, a través de persona interpuesta que empleaba para disimularlo, luego de la toma de posesión de un cargo público.

En la tercera o última etapa, se elaboró un documento denominado «Proyecto de 1978», producto de la revisión total del texto del Anteproyecto de 1970, en la cual participaron algunos profesores de Derecho Penal de las Universidades de Panamá y Santa María La Antigua, miembros del Órgano Judicial y del Ministerio Público. De este documento se eliminaron y modificaron algunas disposiciones, se ordenaron los Títulos del Libro Segundo según la gravedad de los bienes protegidos y los titulares de los mismos. La Comisión que lo elaboró, entregó el «Proyecto de 1978» al Órgano Ejecutivo, en el mes de junio de 1979 y fue remitido al Consejo Nacional de Legislación en 1981, que finalmente, luego de modificarlo, lo aprobó en el año 1982. (GUERRA de VILLALÁZ, 1997: 9).

2. El Enriquecimiento ilícito de funcionario público en el Código Penal de 1982

El texto punitivo que sustituiría al Código penal de 1922, luego de 61 años de vigencia, se aprobó mediante Ley N°18/1982 de 22 de septiembre de 1982 publicado en la Gaceta Oficial N°19,667 de 6 de octubre de 1982. Dicho cuerpo normativo entró a regir el día 6 de abril de 1983, ciento ochenta (180) días después de su promulgación. El mismo varió, entre otros aspectos, la numeración del artículo que contemplaba en el Proyecto Royo, la novedosa figura de enriquecimiento ilícito de funcionario público, así como el de otras disposiciones. Tal como se tenía previsto, en el Anteproyecto de 1970, dicho delito estaba dirigido a evitar una de las modalidades de corrupción de funcionarios, contenida dentro del articulado de los delitos contra la

Administración pública. El artículo 335.4 del Código de 1982 dispone lo siguiente: *«Será sancionado con prisión de seis a dieciocho meses y de veinticinco a setenta y cinco días-multa al servidor público que sin incurrir en un hecho punible más severamente penado:*

4. No justifique, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo público.

En el caso del ordinal 4º de este artículo, la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será sancionado con veinticinco a setenta y cinco días-multa». Los elementos que dimanarían del tipo contenido en esta disposición son: el funcionario público que está activo en el ejercicio de un cargo; el incremento patrimonial que experimenta, aparte de los ingresos devengados, o los bienes con valor excesivo que utiliza a través de un tercero que lo disimula; y la falta de justificación de ese incremento luego de ser requerido (GUERRA de VILLALÁZ, 2010:134-135; MEINI, 2007: 98-99; MOLINA ARRUBLA, 2005: 374; MONTOYA VIVANCO, 2009: 64). Tanto el funcionario público, como el tercero que lo auxilia, comparten el firme objetivo de mantener dineros, bienes o recursos de dudosa procedencia, sin explicar en forma adecuada su origen (FONTÁN BALESTRA, 1993: 367; GUERRA de VILLALÁZ, 2002: 324). Al indicar la norma penal que: *«... sin incurrir en un hecho más severamente penado»*, se dota al enriquecimiento ilícito del carácter de delito subsidiario, resultando pertinente, a falta de subsunción del comportamiento del servidor público en cualesquiera de

los otros delitos relacionados contra la Administración Pública, porque su patrimonio refleja un incremento que podrá ser requerido para que justifique el enriquecimiento. Si bien es cierto, al funcionario público se le podría aplicar una pena principal de carácter conjunta o alternativa; la prisión, de seis meses a un año, y, la pecuniaria, de veinticinco a setenta y cinco días-multa, además de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas. Al tercero que actúa como persona interpuesta, se le podía aplicar la sanción pecuniaria, de veinticinco a setenta y cinco días-multa, además de la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. La pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas en la persona del funcionario se podía hacer efectiva o surtía efectos a partir del cumplimiento de la pena principal o de la sustitución de esta.

Con ello, la protección de la Administración Pública estaba encaminada a no afectar ese deber del funcionario, que debía actuar correctamente, no aprovechándose del cargo que ocupaba. La benignidad anotada obedece a que el CP en el artículo 82 contemplaba la posibilidad de sustituir la pena de prisión que no superara un año, sino procedía la suspensión condicional, por la conversión a días-multa o la reprensión pública o privada. El legislador en el Código Penal derogado, tipificó el injusto de enriquecimiento ilícito de funcionario público como una de las modalidades del tipo de corrupción, de similar manera a la contenida en el Código Penal de 1970 de la hermana república de Costa Rica. Señala el artículo 344 del texto

punitivo costarricense lo siguiente: «Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 4. No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público». A los diecinueve años de existencia, el tipo de enriquecimiento ilícito alcanza su reconocimiento como tipo autónomo, gracias a la reforma efectuada al Código Penal, mediante la Ley N°39/2001 de 16 de julio de 2001. Pero antes de entrar al examen de su configuración, veremos la propuesta que hacían los anteproyectos de Código Penal de 1998 y de 1999.

3. El enriquecimiento ilícito en el Anteproyecto de Código Penal de 1998

Surge este anteproyecto del producto de la revisión del documento entregado por la Comisión designada por el Órgano Ejecutivo para preparar un Proyecto de Código Penal, a través de la Ley N°21/1993 de 10 de diciembre de 1993 y del Decreto Ejecutivo N°588 de 7 de diciembre de 1995. Mantuvo este documento al hecho punible de Enriquecimiento ilícito o Enriquecimiento injustificado de funcionario público, en el Libro II, Título X, dentro de los delitos contra la Administración Pública, ubicándolo en el Capítulo IV denominado «Del enriquecimiento ilícito». El mismo se elaboró con el fin de dotar al país de una legislación acorde con los nuevos tiempos democráticos y la doctrina penal más moderna. En dicho capitulado se proponen tres modalidades de enriquecimiento ilícito o enriquecimiento injustificado de funcionario público,

a saber: el enriquecimiento ilícito de servidor público o tipo básico, el enriquecimiento a través de un tercero «*extraneus*» y el enriquecimiento ilícito de particulares.

3.1. Enriquecimiento ilícito propio o básico

Constituye el enriquecimiento ilícito propio o directo, el tipo básico, como injusto especial, dirigido al mantenimiento del correcto ejercicio de las funciones públicas. Se incrimina en el artículo 339, el comportamiento de aquel funcionario, que durante su permanencia en el cargo se aparta de sus tareas, aprovecha el ejercicio de funciones públicas, acrecienta su patrimonio y no logra justificar la procedencia de ese incremento. Lo describe el artículo 339 de la siguiente manera: *«Será sancionado con prisión de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación para ejercer funciones públicas, por igual término, el servidor o ex servidor público que haya obtenido un enriquecimiento ilícito durante su permanencia en el cargo. La prisión será de cuatro (4) a diez (10) años cuando el enriquecimiento implique un incremento en los bienes por más de cien mil (B/.100,000.00) balboas. Se apreciará como un indicio grave en su contra, cuando el servidor, exservidor público o particular no pueda acreditar el aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquéllos respecto de los cuales se conduzca como dueño»*. Bastaba entonces, para este precepto del anteproyecto, que el funcionario público perciba el aumento de su patrimonio durante el período de ejercicio de funciones públicas, y, no logre mostrar la procedencia legítima de

los bienes a su nombre o de los que se maneja como su dueño, al ser requerido o luego de dejar de ocupar el cargo. Dada la separación de la conducta del partícipe en un tipo aparte, el tipo quedó reducido a la persona del funcionario público, y al interés de sancionarle por aprovechar el cargo para enriquecerse. Procura esta forma de incriminación la protección al correcto ejercicio de las funciones públicas, evitando que el funcionario se desvíe por afán de la mejoría económica personal. Espera la norma del funcionario público que realice su comportamiento apegado al desempeño honesto sin afán de enriquecerse. De darse un incremento patrimonial y el servidor público no logra justificarlo, la consecuencia jurídica es la pena de prisión, como pena única aplicable al funcionario y al intermediario si existe su participación.

3.2. Enriquecimiento ilícito a través de un tercero “extraneus”

La condición de “extraneus” obedece a que el partícipe no posee la calidad de servidor público y pese a que mantenga todos los bienes del enriquecimiento solo podrá ser sancionado por dicho hecho. (SUÁREZ SÁNCHEZ, 2000: 20). La condición de extraneus, obedece a que el partícipe no posee la calidad de servidor público y pese a que mantenga todos los bienes del enriquecimiento solo podrá ser sancionado por dicho hecho. El Enriquecimiento ilícito con el empleo de intermediarios, testaferros o mediante la colaboración de terceros, se dirige a la incriminación de los sujetos ajenos al ejercicio de funciones públicas que colaboran o se prestan al hecho prohibido a los servidores del Estado. Se prevé que resultaría aplicable a quienes podrían

fungir como los administradores o poseedores, de los bienes que el servidor o exservidor público, han adquirido ilegítimamente, durante su permanencia en el cargo. Apunta el artículo 340 lo siguiente: «*Quien haga figurar como propios los bienes que el servidor o ex servidor adquirió ilegítimamente, será sancionado con prisión de dos (2) a cuatro (4) años*». La acción delimitada por el tipo, se dirige al tercero que presta ayuda, colaboración o apoyo al funcionario público, colocando, registrando, inscribiendo o manejando a su nombre, los bienes adquiridos ilegítimamente. Se tiende a la tutela de las funciones públicas, tipificando en este precepto, la categoría de cómplice primario, incriminando el acto de participación criminal, con desatinada técnica de tipificación.

3.3. Enriquecimiento ilícito de particulares

Se trata de innovar incorporando el injusto de Enriquecimiento ilícito de particulares, similar al existente en la legislación penal colombiana. Este tipo penal se introdujo en Colombia, mediante el Decreto N°1895 de 24 de agosto de 1989, como consecuencia del Estado de sitio y el día 3 de octubre de 1989 la Corte Suprema de Justicia lo declaró acorde a la Constitución. Así, ZALAMEA LETCHMAN/CASTRO SABBAGH, 2001: 19-20, última consulta 15/7/2017). Resultó una rareza del texto de este Anteproyecto, porque no hay lesión alguna de la Administración Pública y mucho menos de las funciones públicas. Con la consideración del delito de Enriquecimiento ilícito de particulares, tenemos que la norma no establece cómo se da o produce ese enriquecimiento del particular. Destaca

el artículo 341 lo siguiente: «*Si quien ha obtenido el enriquecimiento ilícito es un particular, la sanción será de dieciocho (18) meses a tres (3) años, en el supuesto del primer párrafo del artículo 339; de dos (2) a seis (6) años, en el del segundo párrafo*». Esta técnica de tipificación se pone en práctica para reprimir al tercero que como intermediario o gestor de negocios, facilita al funcionario público incrementar su patrimonio sin justificación, adolece del respeto a los principios de: taxatividad, mínima intervención y legalidad. No describe en forma clara, cómo se adquiere ese enriquecimiento por el particular?; cómo es que se afecta o lesiona un interés social de valía?; así, cómo cuál es el verbo rector que produce el enriquecimiento ilícito, para desentrañar la acción del sujeto? Termina el precepto anterior dejando una planteada una situación vaga e imprecisa. A diferencia de lo previsto por el Código Penal de 1982, este Anteproyecto incurre en excesivo casuismo, al establecer tres tipos autónomos de enriquecimiento, tratando de evitar supuestas lagunas de punibilidad en cuanto a los sujetos que auxilien al funcionario público en el ocultamiento o salvaguarda de los bienes adquiridos ilícitamente.

4. El Enriquecimiento ilícito en el Anteproyecto de Código Penal de 1999

Luego que el Órgano Ejecutivo ordenará revisar el trabajo de lo hecho bajo el Anteproyecto de Código Penal de 1998, contando con la participación de funcionarios de la administración de justicia, el Colegio Nacional de Abogados y profesionales independientes designados para esta

tarea. Curiosamente, el Órgano Ejecutivo no remitió el Anteproyecto de Código Penal a la Asamblea Legislativa porque un ministro del gabinete del entonces presidente Ernesto Pérez Balladares, temía que se aprobará con la figura de enriquecimiento ilícito tal como estaba prevista (MUÑOZ POPE, 2003: 120-121). Este documento resultó el Anteproyecto de Código Penal de 1999. El Libro Segundo, Título XII, de los delitos contra la Administración Pública, configura en el capítulo IV, el enriquecimiento ilícito, delimitándolo en el artículo 391 anotando lo siguiente: *«El que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público, siempre que el hecho no constituya otro delito, será castigado con prisión de tres (3) a seis (6) años, inhabilitación para ejercer cargos públicos por igual período y multa equivalente al triple del beneficio económico recibido. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento patrimonial no justificado. Se entenderá que hay enriquecimiento ilícito, no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban»*. Volvía el texto de este Anteproyecto a mantener similitudes con el tipo penal de enriquecimiento ilícito del Código Penal de 1982, el cual tenía previsto que el funcionario público justificara el incremento patrimonial experimentado luego de ocupar una posición o cargo dentro de la Administración Pública. También señala que el enriquecimiento es delito subsidiario, y, asimismo, define lo que se debe entender como

enriquecimiento ilícito, adicionando a la situación del incremento al patrimonio con dinero, cosas o bienes; la disminución de las deudas. Sigue manteniendo como elementos del injusto penal: la condición de funcionario público, el enriquecimiento patrimonial y la no justificación de dicho enriquecimiento.

Como parte de las consecuencias jurídicas, se adicionan a las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, la pena de multa, equivalente al triple del beneficio económico recibido. La construcción de este tipo en el Anteproyecto, sigue en alguna medida el modelo de la legislación argentina, dándole la categoría de concepto y elemento normativo al enriquecimiento.

5. La reforma al Código Penal de 1982 mediante la Ley N°39/2001

Existiendo el Anteproyecto de Código Penal, con una importante cantidad de ventajas e instituciones novedosas, no había el interés por parte del Órgano Ejecutivo de llevarlo a la instancia legislativa, lo que seguía aprovechado el Ministerio Público para proponer más reformas al texto punitivo de 1982, siendo una de las últimas la que operó con la Ley N°39/2001 de 16 de julio de 2001. Con esta ley, se adoptaron medidas contra la corrupción reformando los delitos contra la Administración Pública. Sobre esta situación de continuas reformas al texto del articulado del Código Penal afirma MUÑOZ POPE: *«En los últimos años asistimos a una constante reforma del Código Penal de 1982, que ha visto alterada su estructura básica por la introducción de nuevos delitos o la reforma*

de muchos otros sin que se tomen en cuenta cuestiones esenciales o que se adopten reformas que sean necesarias para evitar una distorsión de la escala valorativa del mismo» (MUÑOZ POPE, 2003: 8). Estas modificaciones obedecieron a las constantes críticas por supuestos actos de corrupción y demás comportamientos reprochables denunciados por los medios de comunicación y la opinión pública en el país que señalaban a servidores públicos como los presuntos responsables de diversos delitos afectando la Administración Pública. Entre estos cambios, se modifica el texto del artículo 335 del Código Penal, que contemplaba el tipo de enriquecimiento ilícito. La Ley 39/2001 extrae la literalidad del numeral 4 del artículo 335 del Código Penal, lo modifica y lo reinserta con un nuevo texto, como el artículo 335-A. Dicho precepto describe el hecho punible y lo prevé como enriquecimiento ilícito de funcionario público, dotándolo de autonomía e independencia frente a la figura de corrupción de funcionario público. La figura se dirige a la salvaguarda y preservación de la función pública, a la exigencia al funcionario público que justifique el incremento patrimonial que ha percibido o maneja por persona interpuesta para disimularlo, desde que asumió el cargo y hasta un año después de haber cesado en él. De igual forma, se le contempla como tipo subsidiario del resto de delitos contra la Administración Pública. Se sostiene que el enriquecimiento es consecuencia del aprovechamiento del cargo y de la comisión de otro delito que no puede probarse, y para llenar esa falta de prueba y evitar la impunidad, es subsidiario o a falta de otro delito cometido, el tipo de enriquecimiento (NÚÑEZ, 1999: 456;

PABÓN PARRA, 1997: 235). Resulta el tipo de enriquecimiento ilícito descrito de la siguiente manera: «El que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, adquirido desde que asume el cargo o empleo público y hasta 1 año después de haber cesado en él, sin haber incurrido en un hecho punible más severamente penado, será sancionado con prisión de 2 a 5 años, 100 a 365 días-multa e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual período al de la pena de prisión. La pena será de 4 a 10 años si la cuantía del enriquecimiento supera la suma de cien mil balboas (B/.100,000.00). En la misma sanción incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Se entenderá que hay enriquecimiento ilícito, no sólo cuando el patrimonio se hubiese aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban». Al mismo tiempo, tenemos que el legislador sigue exigiendo como elementos del tipo objetivo, que exista un enriquecimiento de un funcionario público; que se haya verificado ese enriquecimiento desde la asunción del cargo público hasta que cesó en su ejercicio; y que no lo pueda justificar al ser requerido. En cuanto a la sanción, el legislador optó por incrementar la pena del tipo, ubicándola entre los 2 a 5 años de prisión, por el tipo básico, y, por el tipo cualificado, la agrava fijándola de 4 a 10 años de prisión, si el enriquecimiento del funcionario excede los cien mil balboas o dólares. La misma penalidad procede aplicar sea del tipo básico o del tipo agravado de enriquecimiento, si se

constata la colaboración o participación de un tercero que sirve o se presta para disimular el incremento patrimonial del funcionario. Por otra parte, entre las modificaciones para combatir la impunidad de conductas como esta, se aumenta la prescripción de la acción penal por un término que resulta igual al doble de la pena máxima prevista por el tipo respectivo a fin de no dejar lagunas generadoras de impunidad y de sustracción de la acción de la justicia. Dispone el último inciso del artículo 93 del Código Penal luego de la reforma efectuada por la Ley 39/2001 lo siguiente: «En los delitos de homicidio doloso, contra la seguridad colectiva que implique peligro común, secuestro, peculado, **enriquecimiento ilícito**, delitos patrimoniales contra cualquier entidad pública y de asociación para cometer delitos de tráfico de drogas ilícitas o delitos conexos, la acción penal prescribirá en término igual al doble de la pena máxima establecida para cada uno de estos delitos». Este precepto al igual que el Código Penal de 1982 rigió hasta el día 21 de mayo de 2008, dando a paso su sucesor de 2007.

6. El Enriquecimiento ilícito en el Anteproyecto de Código Penal de 2005

El interés por actualizar la legislación punitiva patria renació en el año 2005, cuando se genera un nuevo Anteproyecto de Código Penal, el cual es consecuencia de las revisiones realizadas a los anteproyectos de Código Penal elaborados hasta el año 1998, buscando afinar lo que debía ser la futura legislación penal patria. Se mantiene al delito de enriquecimiento ilícito. Con esta redacción el Anteproyecto

mantiene el señalamiento, del tipo como delito subsidiario, tal como ocurre en: Colombia (art. 412 CP) y Cuba (art. 150 CP).

Dentro del Título XII de los Delitos contra la Administración Pública, capítulo IV del enriquecimiento ilícito, en el artículo 385 que apunta lo siguiente: «*Quien al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, adquirido desde que asume el cargo o empleo público y hasta un año después de haber cesado en él, sin haber incurrido en un hecho punible más severamente penado, será sancionado con prisión de 2 a 5 años y 100 a 365 días multa e inhabilitación para ejercer cargo público por igual período al de la pena de prisión. La pena será de 4 a 10 años si la cuantía del enriquecimiento supera la suma de quinientos mil balboas (B/.500,000.00). En la misma sanción incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Se entenderá que hay enriquecimiento ilícito, no solo cuando el patrimonio se hubiese aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos ilegítimos, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban*». Así como en los Anteproyectos antes examinados, el Proyecto de Código Penal de 2005, respecto al delito de enriquecimiento ilícito o enriquecimiento injustificado de funcionario público, tiene como presupuesto para poder endilgar la conducta al funcionario, el que éste no haya incurrido en un hecho punible con pena superior. Queda con ello, de manifiesto la subsidiariedad del tipo de enriquecimiento ilícito (CANCINO,

2003: 136). De la misma forma, se mantiene la extensión del concepto de enriquecimiento ilícito a la extinción de deudas u obligaciones que afectaban el patrimonio del funcionario. La conducta típica en el aspecto objetivo, es el enriquecimiento que se constata en la persona del funcionario, y la no justificación por éste, al ser requerido; el porqué del incremento patrimonial que lleva por sí mismo o a través una tercera persona, desde que asumió el cargo público y hasta al año después haber cesado en el mismo. La realización del tipo básico genera la consecuencia de la sanción conjunta o alternativa de prisión, días-multa y de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Mientras que el tipo agravado de enriquecimiento presenta una sanción mayor si la cuantía del enriquecimiento supera los quinientos mil balboas (B/. 500.000.00) a diferencia de los cien mil balboas (B/. 100.000.00) que estableció la Ley 39/2001 para el Código Penal de 1982. Dicha concepción del delito de enriquecimiento ilícito, como instrumento enfocado a preservar el correcto desempeño de los funcionarios y mantener la operatividad de las instituciones estatales lo muestran como una conducta de las de mayor gravedad entre las previstas para reprimir la afectación a la Administración Pública.

7. El Enriquecimiento ilícito en el Anteproyecto de Código Penal de 2006

Finalmente, la necesidad de un nuevo Código Penal para la República de Panamá toma forma, y el delito de enriquecimiento injustificado, se presenta con otra concepción. Producto

del trabajo de la Comisión Codificadora de Panamá creada mediante Decreto Ejecutivo N°541 de 17 de noviembre de 2005. A este injusto penal lo prevé el Libro Segundo, Título IX los Delitos contra la Administración Pública, dentro del capítulo IV, artículo 343. Este artículo sostiene lo siguiente: *«El servidor público que obtenga personalmente o por interpuesta persona, dinero, bienes o valores, que al ser requerido por la autoridad competente, no justifique la procedencia lícita de éstos, será sancionado con prisión de cinco (5) a diez (10) años. La pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión, si lo injustificadamente obtenido supera la suma de cien mil balboas (B/. 100,000.00). Las penas establecidas en éste artículo serán aplicadas al partícipe, a quien figure como dueño a sabiendas de que la suma de dinero, bienes o valores fueron adquiridos injustificadamente, y al ex-funcionario público que haya realizado la conducta descrita en éste artículo hasta cinco (5) años después de haber cesado sus funciones»*. La tipificación del delito de enriquecimiento ilícito o enriquecimiento injustificado en este Anteproyecto de 2006 frente a la normativa vigente en aquél entonces, pone en evidencia la intención del codificador de sentar lecciones ejemplarizantes con sanciones elevadas, a la persona del funcionario público que persigue ostentar la apariencia de riqueza o enriquecimiento personal, y, al ser requerido por la autoridad competente, no logró justificar la procedencia lícita de los dineros, bienes o valores adquiridos. Como tipo agravado, se tiene el enriquecimiento que excede los cien mil balboas o dólares, siendo extrema la reacción penal al prever una pena de prisión de diez (10) a quince (15) años. A la vez, al tercero o

“extraneus” se presta al enriquecimiento, haciéndose pasar como dueño para mantener los valores, dineros o bienes del funcionario que se adquieren sin justificación debida, recibirá la misma sanción que recibe el autor por el enriquecimiento injustificado básico y por el enriquecimiento agravado. También, se extiende la posibilidad de persecución penal a la persona del funcionario público que ha cesado en el ejercicio del cargo hasta 5 años después de haberlo dejado. Esta propuesta sienta una diferencia sustancial con los modelos en los que a partir de dejar el cargo de funcionario público, al sujeto se le puede investigar hasta los dos siguientes a su salida. Así, Argentina (art. 268.2 CP) y Colombia (art. 412 CP). Un vacío que presentaba este precepto, es que prescinde de la consideración de la extinción o cancelación de las deudas que afectaban al patrimonio del funcionario, como una de las modalidades de enriquecimiento ilícito.

8. El enriquecimiento ilícito en el Código Penal de 2007

El nuevo Código Penal panameño, adoptado por medio de la Ley N°14/2007 de 18 de mayo de 2007, a la figura de enriquecimiento ilícito, le denomina «enriquecimiento injustificado» y lo describe en el Libro Segundo, Título X, de los Delitos contra la Administración Pública, Capítulo Tercero, artículo 345. Sostiene dicho precepto lo siguiente: «*El servidor público que, personalmente o por interpuesta persona, incrementa indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, y cuya*

procedencia lícita no pueda justificar será sancionado con prisión de tres a seis años. La pena será de seis a doce años de prisión si lo injustificadamente obtenido supera la suma de cien mil balboas (B/.100,000.00). La misma sanción se aplicará a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado. Para efectos de esta disposición, se entenderá que hay enriquecimiento injustificado, no solo cuando el patrimonio se hubiera aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban». A diferencia del tipo de enriquecimiento ilícito de funcionario público previsto por el Código Penal de 1982, nos habla el tipo actual de incremento indebido, frente a los ingresos legítimos adquiridos durante el ejercicio del cargo y hasta los cinco (5) años después de haber cesado en el mismo, que no hayan podido justificarse. Se agrava la penalidad si la cuantía del enriquecimiento excede los cien mil balboas (B/.100.000.00) o cien mil dólares (US.100.000.00) con la pena única de seis (6) a doce (12) años de prisión. Asimismo, se estima como enriquecimiento injustificado además del incremento patrimonial con dinero, cosas o bienes, respecto a los ingresos legítimos, la cancelación o extinción de obligaciones que gravaban el mismo. Extiende la nueva norma, el período de tiempo para exigir la responsabilidad penal, desde que el funcionario público asumió el cargo hasta que lo abandona; comprende un término de cinco (5) años, dentro de los cuales, el Estado puede requerir la justificación del incremento que experimentó o la disminución de deudas que haya experimentado el

funcionario público en su patrimonio.

9. El texto único de Código Penal de 2007

La entrada en vigencia del Código Penal de 2007 el día 23 de mayo de 2008, reveló algunos puntos que quedaron pendientes de determinación y otros que generaban lagunas de interpretación en algunas normas de la parte general, lo que trajo como consecuencia que días antes a la entrada en vigencia se modificara parcialmente el Código Penal mediante Ley N°26/2008 de 21 de mayo de 2008; luego de ello, variaron otras disposiciones, que se dieron con la Ley N°5/2009 de 14 de enero de 2009, Que modifica artículos del Código Penal y del Código Judicial (Gaceta Oficial N°26202-A de 15 de enero de 2009), la Ley N°68/2009 de 2 de noviembre de 2009, Que reforma artículos del Código Penal y del Código Judicial (Gaceta Oficial N°26401-B de 2 de noviembre de 2009) y la Ley N°14/2010 de 13 de abril de 2010, que adiciona un artículo al Código Penal (Gaceta Oficial N°26510-C de 13 de abril de 2010. Ante este panorama, el legislador dispuso la

emisión de un Texto Unico de Código Penal para reordenar todo el articulado del Código de 2007 luego de modificado. Dicho texto apareció publicado en la Gaceta Oficial N°26,519 de 26 de abril de 2010. A la fecha, siguen aprobándose reformas al Código Penal, pero el delito de enriquecimiento ilícito o enriquecimiento injustificado de funcionario público, se mantiene en el mismo Título de los Delitos contra la Administración pública, Capítulo III, y desde el año 2010, en el artículo 351. A la fecha en torno a la aplicación de este precepto punitivo solo contamos con la sentencia dictada el día 5 de marzo de 2015 por la Subcomisión de Garantías de la Asamblea Nacional de Diputados que juzgó al magistrado Alejandro Moncada Luna y aprobó el acuerdo de pena, en el que se le impuso la pena de 60 meses de prisión por enriquecimiento injustificado y falsedad de documentos, además de la inhabilitación para ejercer funciones públicas por el término de 5 años y el decomiso de dos apartamentos (Diario La Prensa, 5 de marzo de 2015, última consulta: 15/7/2017).

CONCLUSIONES

El empleo del enriquecimiento injustificado constituye un instrumento valioso para combatir la corrupción de servidores públicos.

Alcanzar una Administración

pública con funcionarios probos no es una utopía; mejorar el nivel de vida e igualarlo al que llevan a los ricos y famosos no es posible en detrimento del servicio público.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (2006), *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Edit. Trotta, Madrid.
- CANCINO, A. (2003), “Delitos contra la Administración Pública” en: *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 91-56.
- Diario La Prensa, “Moncada Luna a prisión por la comisión de dos delitos”, 5 de marzo de 2015, disponible en: www.prensa.com/judiciales/Moncada-Luna-obligado-comparecer_0_4156084472.html
- FONTÁN BALESTRA, C. (1993), *Tratado de Derecho Penal, tomo VII, parte especial*, actualizada por A.C. LEDESMA, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- GUERRA de VILLALÁZ, A. E. (1997), *Historia de la Codificación penal durante la Época republicana en Panamá, Cuadernos de conferencias y artículos N°5*, Órgano Judicial, Panamá.
- GUERRA de VILLALÁZ, A. E. (2002), *Derecho Penal, parte especial*, Mizrachi & Pujol, Panamá.
- GUERRA de VILLALÁZ, A. E. (2010), *Compendio de Derecho Penal*, Lithoeditorial Chen, Panamá.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2004), *Curso de Derecho Penal, parte general*, Edit. Universitas, Madrid.
- MEINI, I. (2007), *Delitos contra la Administración Pública*, USAID, Panamá.
- MIR PUIG, S. (2011), *Derecho Penal, parte general*, 9ª. ed., a cargo de V.
- GÓMEZ MARTÍN, Reppertor, Barcelona.
- MOLINA ARRUBLA, C. M. (2005), *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá.
- MONTOYA VIVANCO, I. (2009), «El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión» en: MONTOYA VICANCO (editor) *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2010), *Derecho Penal, parte general*, 8ª. ed., Tirant, Valencia.
- MUÑOZ POPE, C. E. (2003), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª. ed., Panamá Viejo, Panamá.
- MUÑOZ RUBIO, C. E./GUERRA de VILLALAZ, A. E. (1975), *Observaciones al Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Dr. Aristides Royo*, Universidad de Panamá, Imprenta universitaria, Panamá.
- NÚÑEZ, R. (1999), *Manual de Derecho Penal, parte especial*, 2ª. ed., actualizada por V. F. REINALDI, Ediciones Marcos Lerner, Córdoba.
- PABÓN PARRA, P.A. (1997), *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ciencia y Derecho, Bogotá.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2009), *Parte general del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATTS, 3ª. ed., Aranzadi, Navarra.

- SUÁREZ SÁNCHEZ, A. (2000), “El sujeto activo en los delitos contra la Administración pública” en: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N°68, Volumen 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 13-42.
- ZALAMEA LETCHMAN, A. C./ CASTRO SABBAGH, C. I., (2001), *El enriquecimiento ilícito de*

particulares-un análisis jus filosófico a la luz del constitucionalismo colombiano, Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, disponible en: javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-04.pdf.



Mgter. Alberto González Herrera

de postgrado en Docencia Superior, Universidad de Panamá.

Obtuvo el Certificado de Docencia del Tercer Ciclo en el Programa de Doctorado “Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología” y el Certificado-Diploma de Estudios Avanzados de Tercer Ciclo de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, claustro donde tiene matriculada su tesis doctoral que está en preparación.

Docente en diversas universidades, desde 1993 ha ocupado diversos cargos en el Órgano Judicial. Desde el 2001 es Defensor Público del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, es egresado del Sistema de Estudios de Postgrado de la Universidad de Costa Rica con el título de Especialista en Ciencias Penales.

Magíster en Derecho con especialización en Ciencias Penales por la Universidad de Panamá, estudios



Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial

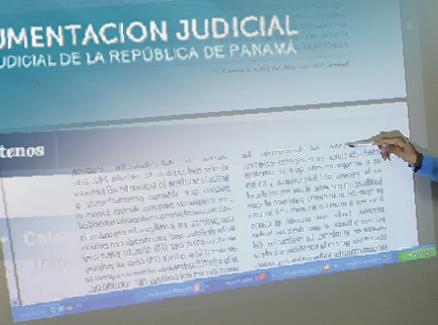
editorial@organojudicial.gob.pa
Teléfono: 212-7469



Bienvenidos al Cendoj

El Centro de Documentación Judicial, es una unidad técnica adscrita al Órgano Judicial, cuyas funciones son la selección, ordenación, tratamiento, difusión y publicación de información jurídica legislativa, jurisprudencial y doctrinal, para ponerla a disposición de los operadores de justicia y usuarios del sistema. En este espacio virtual nuestros operadores de justicia y usuarios en general, podrán tener acceso al ordenamiento jurídico, jurisprudencia, doctrina y demás información jurídica, cuya consulta diaria es demandada en razón de la labor que desempeñan.

La constante evolución informática nos ubica en una era digital. Ello nos permite, que a través de las redes telemáticas de información, logremos mantener una conversación e Intercambiar Ideas e Información con habitantes de lugares muy recónditos, en cuestión de segundos.



- Documentos
- Novedades Normativas
- Proyectos de Ley

Sitios de Documentación



Biblioteca Judicial



Editorial y Publicaciones

Centro Judicial

Fotos: Sección de Investigación y Estudio de la Legislación Judicial - Cendoj

INTRODUCCIÓN A LAS REFORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 61 DE 2017 A LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Mgter. Andrés A. Mojica García de Paredes
Asesor del Centro de Documentación Judicial (Cendoj)
Correo electrónico: a.mojica@organojudicial.gob.pa

INTRODUCCIÓN A LAS REFORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 61 DE 2017 A LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

“El conocimiento es la mejor inversión que se puede hacer”

Abraham Lincoln

Resumen

La legislación que regula las adquisiciones públicas en nuestro país ha sido objeto de múltiples modificaciones desde la promulgación de la ley 22 de 2006; ejercicio legislativo que ha introducido novedosas herramientas para fortalecer la transparencia, eficacia y eficiencia en el proceso para adquirir los bienes, servicios y obras que demandan los gobernados. Las más recientes modificaciones han sido introducidas por la ley 61 de 2017; modificaciones que, por demás, persiguen aclarar y ampliar conceptos propios de la materia y adecuar los procedimientos de selección de contratista a las exigencias de este mundo globalizado al cual nuestro país pertenece.

Abstract

The legislation that regulates public procurement in our country has been subject to multiple modifications since the enactment of Law 22 of 2006; legislative exercise that has introduced innovative tools to strengthen transparency, effectiveness and efficiency in the process to acquire the goods, services and works demanded by the governed. The most recent modifications have been introduced by Law 61 of 2017; modifications that, moreover, seek to clarify and broaden concepts of the subject and adapt the contractor selection procedures to the demands of this globalized world to which our country belongs.

Palabras Claves

Adquisiciones públicas, selección de contratista, licitación, bienes, servicios y obras, funcionario, contrato público, proponentes, transparencia.

Keywords

Public procurement, selection of contractor, tender, goods, services and works, official, public contract, proponents, transparency.

Desde la descentralización de las adquisiciones públicas, introducida por la hoy derogada Ley 56 de 1995, la legislación patria aplicable a esta importante actividad estatal ha sido objeto de múltiples modificaciones o ajustes, a fin de contar con una normativa cada día más robusta, precisa, amigable y técnica que garantice, en particular, la transparencia en el gasto del erario, como la adquisición, al mejor precio y mayor calidad, de los insumos que requiere la administración pública, para atender oportunamente las múltiples necesidades de los gobernados.

No obstante lo anterior, somos del convencido criterio que el sesudo manejo, pleno conocimiento y correcta aplicación de la normativa reguladora de las adquisiciones públicas es la única garantía, para que los actos de selección de contratista no se conviertan en escenarios inertes, ilusorios, dilatorios y alejados de su objetivo; para ello, la capacitación constante, oportuna e integral por parte de las instituciones sujetas a esta ley como de los posibles oferentes es indefectible, por no decir obligatoria. Cabe recordar, que el sistema de contratación y compras públicas es un proceso que involucra la activa participación de la entidad licitante, de los oferentes y de las instancias gubernamentales llamadas a fiscalizar, juzgar y refrendar los mismos, quienes deben estar alineados e inmersos en una correcta y unificada interpretación de la normativa vigente aplicable.

Por tanto, en esta ocasión hemos querido, dada las limitaciones de extensión del presente examen exegético, solo introducirnos a enunciar

las más importantes innovaciones que a esta legislación introduce la promulgación de la ley 61 de 2017, que seguros estamos instará a los interesados a ahondar en su contenido, alcance y repercusión, evento que coadyuvará en la labor de adquisiciones que realizan las instituciones públicas y demás entidades que se rigen por esta normativa.

Únicamente para ubicarnos en el escenario actual, hemos de exteriorizar que la ley 22 de 27 de junio de 2006, reglamentada por el Decreto Ejecutivo N.º 366 de 2006, desde que entró a regir el 28 de diciembre del mismo año, ha sido modificada por la ley 35 de 2006, ley 2 de 2007, ley 21 de 2008, ley 41 de 2008, ley 69 de 2009, ley 80 de 2009, ley 12 de 2010, ley 30 de 2010, ley 66 de 2010 y ley 48 de 2011; facultando esta última a la Asamblea Nacional, para elaborar un Texto Único, mismo que fue publicado en la Gaceta Oficial N.º 26829 del 15 de julio de 2011; es decir, poco más de dos meses después de su promulgación. Cabe destacar, que en cuanto a la ley 48 de 2011, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró que era inconstitucional la frase “sin mayor fundamentación” contenida en su artículo 20 y los artículos 22, 28 y 29 de esta misma excerta legal.

No obstante, el Texto Único del año 2011, elaborado por la Asamblea Nacional, asimismo ha sido modificado por la ley 15 de 2012, ley 62 de 2012, ley 82 de 2012, ley 12 de 2016 y, más recientemente, por la ley 61 del 2017, siendo esta última la que enunciaremos.

La ley 61 de 2017 es el decimoquinto estatuto que se ha encargado de insertar ajustes al procedimiento de adquisiciones

públicas vigente en nuestro país; mismo que de los 152 artículos del Texto Único de 2011 de la ley 22 de 2006, modifica 73, adiciona 20, deroga 3 y redenomina sus Capítulos VIII y XVI, cambiando el texto de la Ley, a nuestro criterio, en un 65%.

La ley 61 de 2017, nace del Proyecto de Ley 305 de 2016, presentado a la Asamblea Nacional, previa autorización del Consejo de Gabinete, por el Ministerio de Economía y Finanzas el 18 de febrero de 2016; de su exposición de motivos se desprende que la finalidad de las reformas es: "...hacer más eficientes los procesos de compras estatales y mejorar los niveles de transparencia en el sistema de contrataciones del Estado."

De igual forma, la referida exposición de motivos, en cuanto al norte de las reformas propuestas, nos revela que:

En el momento actual se hace necesario reformar la Ley 22 de 2006, en parte para retomar el camino desandado con las reformas realizadas, y en parte para relanzar un nuevo objetivo colectivo de transparencia y eficacia de la Administración, y el uso racional de los recursos del Estado. En efecto, lo que ha centrado la acción del Estado al preparar el presente proyecto de Ley, es la eventual adopción de normas que, aunadas a los esfuerzos materiales y humanos, contribuyan a potenciar los objetivos señalados.

...

Dada la repercusión de las

contrataciones públicas en la ejecución de proyectos que impactan sensiblemente la vida de los panameños, hemos elaborado este proyecto de Ley, que busca lograr un equilibrio entre la transparencia y la eficiencia, así como la equidad y la competencia en la contratación pública en nuestro país.

Sin el ánimo de agotar el tema, pero sí de introducirnos en la esencia de las modificaciones que incorpora la ley 61 de 2017, debemos partir indicando que cuenta con una *vacatio legis* de seis meses contados a partir de su promulgación; evento que se materializó el viernes 29 de septiembre de 2017, por lo que entrará a regir el día jueves 29 de marzo de 2018.

Otra de las características de las reformas es que estas no tendrán efecto retroactivo; por tanto, los procedimientos iniciados y los contratos perfeccionados, a la entrada en vigencia de las mismas, se regirán por las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento.

Al igual que se indicó en la citada ley 48 de 2011, se dispone que la Asamblea Nacional elaborará un nuevo Texto Único de la ley 22 de 2006, mismo que unificará e incluirá las reformas introducidas por la ley 15 de 2012, ley 62 de 2012, ley 82 de 2012, ley 12 de 2016 y la ley 61 del 2017; como, a su vez, las decisiones emitidas por nuestra Corte Suprema de justicia sobre la inconstitucionalidad de alguno de sus artículos.

A la espera del nuevo Texto Único

de la Ley 22 de 2006, evitaremos, en la mayoría de los casos, hacer referencia al número de los artículos modificados y adicionados, a fin de evitar confusiones futuras; por tanto, nos circunscribiremos a enunciar las mismas y a exponer algunas consideraciones al respecto, cuando lo consideremos prudente.

Ubicados en los antecedentes y entorno legal de estas reformas, conozcamos entonces las modificaciones del Texto Único de 2011 de la ley 22 de 2006 incorporadas por la recién promulgada ley 61 de 2017.

Iniciamos indicando que la actual Unidad de Adquisiciones y Contrataciones del Estado adscrita al Vice Ministerio de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas pasa a formar parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas. Recordemos que a esta instancia le corresponde, entre otras, conocer y tramitar, hoy en día, las diversas solicitudes de aprobación al procedimiento excepcional de contratación hasta la suma de B/.300,000.00.

Referente a su ámbito de aplicación, la ley 61 de 2017 agrega que esta no sólo regirá los contratos públicos sino también "...los procedimientos de selección de contratista"; lo anterior, a nuestro criterio, para ser más específico. A su vez, elimina a la Caja de Seguro Social del ámbito de aplicación de la presente Ley y se agregan a las Juntas Comunales, para estas últimas ya no de forma supletoria. E indica que las contrataciones que realicen las asociaciones de interés público y las fundaciones constituidas por entidades públicas, cuyo patrimonio esté constituido con fondos públicos,

donaciones o préstamos al Estado deberán someterse, del mismo modo, a los procedimientos de esta Ley.

Al glosario del Texto Único de la ley 22 de 2006, aparte de redefinírseles los conceptos de "adjudicación", "catálogo electrónico de productos y servicios", "contratación menor", "contrato llave en mano", "convenio marco", "licitación para convenio marco", "licitación por mejor valor", "licitación para convenio marco", "licitación por mejor valor con evaluación separada", "licitación pública" y "recurso de impugnación", le agrega, la ley 61 de 2017, los términos y definiciones de los conceptos de "inhabilitación", "pago anticipado", "precio de referencia" y "recurso de apelación" y elimina el término y definición del acto de selección de contratista denominado "Licitación Abreviada", procedimiento del que prescinde o deroga estas nuevas reformas. Los referidos términos, que si bien no son novedosos, los define así:

"Inhabilitación. Sanción que el Estado aplica a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, así como a los integrantes de un consorcio o asociación accidental, que hayan incumplido contratos u órdenes de compra."

"Pago Anticipado. Suma de dinero entregada en concepto de adelanto al contratista para la oportuna y debida ejecución del contrato, de acuerdo con lo señalado en el pliego de cargos."

"Precio de Referencia. Es aquel precio establecido por las

entidades licitantes, después de hacer investigación de mercado del bien, servicio u obra que se requiere adquirir. Este precio será la base para determinar el porcentaje de riesgo u onerosidad de una propuesta, cuando se apliquen estos criterios.”

“*Recurso de Apelación.* Recursos que pueden interponer los contratistas del Estado ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en contra de las resoluciones que emitan las entidades contratantes, mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato u orden de compra y sancionan al contratista por el incumplimiento de contrato u orden de compra, y contra la resolución que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas en la que se impone multa a los servidores públicos. Este recurso agota la vía gubernativa.”

La ley 61 de 2017, en cuanto a las normas reguladoras de la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, mantiene a las normas constitucionales, al contenido de la ley 22 de 2006 y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos; no obstante, agrega la frase que en caso de conflicto se atenderá este orden de prelación, lo que nos enfatiza lo ya sabido que al momento de resolver una desavenencia en cuanto a la aplicación normativa se le dará prevalencia a lo

contenido, en ese sentido, en cada una de las fuentes citadas, atendiendo su nivel jerárquico. Acentuamos, que mantiene la presente norma lo referente a que los vacíos en el procedimiento de selección de contratista se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo general, es decir la ley 38 de 2000 y, en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial.

Otras de las innovaciones introducidas por la ley 61 de 2017 al Texto Único de la ley 22 de 2006, es la determinación de lo que deberá entenderse por las condiciones básicas y mínimas que regirán las relaciones de los miembros de un consorcio o asociación accidental y que, por tanto, deben estipularse en el documento de su constitución. Consideramos que esta innovación le imprimirá mayor formalidad y precisión a este instrumento de formación del conocido *joint venture* o asociación empresarial tan *proliferada* y garantizará mayor transparencia y claridad al momento de deslindar responsabilidades.

Agregan al epígrafe y contenido del artículo del Texto Único de la ley 22 de 2006, referente a los contratos celebrados en virtud de acuerdos o convenios de cooperación internacional a aquellos de asistencia o ayuda de la misma índole. Ello amplía y abarca las diversas denominaciones y alcances que estos acuerdos o convenios tienen en la actualidad, lo que garantizará la debida incorporación de las normas y los procedimientos previstos en estos y la aplicación de la ley 22 de 2006 en forma supletoria.

Al Texto Único de la ley 22 de 2006, la ley 61 de 2017 le adiciona a las funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), la de organizar e implementar mecanismo de desarrollo de capacidades y competencias en las materias reguladas en la Ley; con esta nueva función, se materializa lo contenido en la exposición de motivos del supra citado Proyecto de Ley, que a su letra indicaba:

Para profesionalizar a los servidores públicos que laboran en las oficinas de compras institucionales la Dirección General de Contrataciones Públicas debe capacitar a estos en el conocimiento de la normativa vigente, la promoción de mejores técnicas en compras públicas y la utilización de las herramientas que colaboran en la gestión, mediante la implementación de un programa de capacitación...

Este artículo, también, amplía y actualiza el alcance de las competencias contenidas en los numerales 3, 5, 6, 8, 11, 13, 14 y 15 del respectivo artículo e introduce la facultad del Director General para delegar en otros funcionarios de la Dirección sus funciones o atribuciones.

Se establece que los funcionarios que trabajan en el Departamento de Compras deberán estar sometidos a un proceso de capacitación constante sobre temas propios de contrataciones públicas; estableciendo un mínimo de cuarenta horas al año, que será certificado por la DGCP. Sobre el particular, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, señaló:

Para profesionalizar a los servidores públicos que laboran en las oficinas de compras Institucionales, la Dirección General de Contrataciones Públicas deberá capacitar a estos en el conocimiento de la normativa vigente, la promoción de mejores prácticas en compras públicas y la utilización de las herramientas que colaboran en la gestión, mediante la implementación de un programa de capacitación con una duración de 40 horas como mínimo al año.

Se introduce un nuevo artículo al Texto Único de la ley 22 de 2006, que lista nueve infracciones o faltas en las que pueda incurrir un funcionario para ser sujeto de una multa por parte de la DGCP; multa que del 1% del salario bruto ha pasado a un máximo de 30% del mismo, entre estas apreciamos las siguientes: incurrir en división de materia; adquirir sin autorización de la DGCP bienes, servicios y obras codificados o incluidos en el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios; incumplir con las órdenes emitidas por la DGCP; favorecer a un proveedor con información privilegiada; no emitir el documento de recepción de bienes, servicios y obras en el término de ley, entre otras.

En cuanto a los derechos del contratista se adiciona que uno de estos es: "Solicitar prórrogas dentro del plazo de cumplimiento, cuando el retraso se deba a razones no imputables al contratista. En aquellos casos, en donde el retraso se deba a razones imputables a la entidad contratante, el contratista tendrá derecho a recibir la prórroga sin la aplicación de

la multa establecida en el contrato." Si bien este derecho estaba ya previsto en la Ley, se lista expresamente como un derecho más del contratista. Se precisa indicar, que como enfatiza la norma las prórrogas, cualquiera sea la causa, deben solicitarse dentro del término de vigencia contractual.

En cuanto a las causales de incapacidad legal para contratar con el Estado, la ley 61 de 2017 introduce al Texto Único de la ley 22 de 2006, a los morosos en el pago de la multa por incumplimiento del contrato, y en particular, por "tribunales panameños" a quienes hayan sido declarados judicialmente responsables por la comisión de delitos contra la Administración Pública, Blanqueo de Capitales, Terrorismo, Financiamiento del Terrorismo y otros delitos relacionados. A su vez, se aplica a las empresas o personas jurídicas cuyos accionistas mayoritarios, directores, dignatarios, gerentes o representante legal, hayan sido condenados por estos mismos delitos, en el caso que el delito esté vinculado a las actividades de la empresa o sus empresas afiliadas, consorcios o accionistas.

Al abordar los principios generales de la contratación pública, la ley 61 de 2017 introduce al Texto Único de la ley 22 de 2006, el Principio de Igualdad de Proponentes y lo desarrolla en un nuevo artículo. Este recoge aspectos ya contemplados en la legislación, no obstante, hace hincapié en que está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas para ningún proponente; siendo su alcance el siguiente:

Artículo 20-E. Principio de

igualdad de los proponentes. Este principio tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.
2. Las entidades no podrán fijar en los pliegos de cargos cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.
3. La adjudicación deberá hacerse sobre los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre las que se efectuó el acto público.
4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías.

A su vez, la ley 61 de 2017 introduce los artículos 20-A, 20-B, 20-C, 20-D, a

través de los cuales incorpora en la ley 22 de 2006 y amplía los principios de eficacia, publicidad, eficiencia y debido proceso, ya previstos en el Decreto Ejecutivo N.º 366 de 2006, así:

Artículo 20-A. Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento de selección de contratista, así como los que intervienen en la relación contractual, harán prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto de contratación sobre aquellos formalismos cuya realización no incidan en su validez, no determinen aspectos importantes de la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento de selección de contratista, ni causen indefensión a los interesados.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los servidores públicos observarán las normas aplicables a los procedimientos de selección de contratista sin añadir requisitos y eliminando las formalidades no exigidas por la ley, salvo cuando en forma expresa lo exija el pliego de cargos o leyes especiales.
2. Los servidores públicos concebirán el procedimiento de selección de contratista como un medio, y no como un fin en sí mismo.

Artículo 20-B. Principio de publicidad. Todas las entidades reguladas por esta Ley están

obligadas a divulgar toda la información relacionada con los procedimientos de selección de contratista que realicen y los contratos que celebren.

La Dirección General de Contrataciones Públicas garantizará que los actos que se realicen en los procedimientos de selección de contratista que celebren las diferentes instituciones del Estado y en la etapa contractual sean debidamente publicados y motivados por las entidades contratantes, de conformidad con los mecanismos que establece esta Ley. Por consiguiente, podrán ser conocidos por los proponentes, contratistas y terceros interesados a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los servidores públicos darán publicidad a los procedimientos de selección de contratista por medio del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" para que el más amplio grupo de posibles proponentes y el público en general estén enterados.
2. Los servidores públicos prepararán los pliegos de cargos y demás documentos en un lenguaje claro, preciso y conciso.
3. Los actos de apertura de propuestas y los realizados por vía electrónica estarán

abiertos al público.

4. Los servidores públicos pondrán a disposición de los posibles proponentes los pliegos de cargos y demás documentación e información relevante, desde el momento en que se anuncia la convocatoria del acto público respectivo en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" hasta que finaliza la etapa contractual. Los servidores públicos elaborarán los instructivos y manuales de forma clara y concisa.

Artículo 20-C. Principio de eficiencia. Se entiende que es eficiente la actividad cuando se utilizan la capacitación y los medios adecuados para cumplir las tareas y obligaciones con ahorro de tiempo y de gastos, simplificando los procedimientos burocráticos.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. La Dirección General de Contrataciones Públicas capacitará el personal que permita su funcionamiento y el de las demás entidades contratantes para que puedan ejecutar exitosamente todas las actuaciones inherentes a los procedimientos de selección de contratista y los contratos.
2. Los servidores públicos utilizarán los medios que permitan realizar sus tareas

y obligaciones de manera diligente.

3. La Dirección General de Contrataciones Públicas adoptará mediante resoluciones e instructivos, las medidas para que todas las entidades contratantes simplifiquen los trámites y eliminen los requisitos burocráticos.

Artículo 20-D. Principio del debido proceso. Todas las personas tienen derecho a que se le brinden las garantías esenciales tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista y, en las demás etapas de la contratación pública, a ser oídas y hacer valer sus derechos ante la entidad contratante, la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los servidores públicos observarán las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública y durante la ejecución del contrato hasta su liquidación.
2. Los servidores públicos están obligados a admitir los reclamos y conceder los recursos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.
3. Los servidores públicos están obligados a contestar en

tiempo oportuno los reclamos y los recursos, de acuerdo con lo que establece esta Ley.

Se modifica el alcance del “equilibrio contractual” aplicándolo a todo contrato público aunque no sea de duración prolongada y se le redenomina “equilibrio económico del contrato”, así:

Artículo 21. Equilibrio económico del contrato. En los contratos públicos se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas debidamente sustentadas y probadas, no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos que sean necesarios para restablecer el equilibrio económico, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros, si a ello hubiera lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiera, se realizará de la manera que se establezca en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado.

El equilibrio económico al

que se refiere este artículo no comprenderá, en ningún caso, la modificación de las cláusulas del contrato celebrado con el Estado para conseguir la equiparación de las condiciones y los términos de la contratación. En consecuencia, queda eliminada toda forma de equiparación para garantizar la competitividad y el desarrollo de obras y actividades, así como la prestación de servicios a través de normas uniformes, claras y transparentes en concordancia con este principio.

Se amplía el alcance de la no constitución de la división de materia, previsto en el Texto Único de la ley 22 de 2006, incluyendo que esta se verificará cuando se realice también para evadir las competencias, autorizaciones o aprobaciones en las contrataciones; a su vez, se indica que no se verificará división de materia en órdenes de compra o contratos en razón del procedimiento especial de adquisiciones de emergencia, mismo que queda así:

Artículo 23. División de materia. No se podrá dividir la materia de contratación en partes o grupos, con el fin de que la cuantía no llegue a la precisa para la celebración del acto público o el procedimiento que corresponda o para evadir las competencias, autorizaciones o aprobaciones en las contrataciones.

En caso de existir división de materia, la adjudicación será nula y al servidor público infractor se le impondrán las sanciones legales correspondientes.

No se considerará que existe división de materia cuando se emitan órdenes de compra o contratos producto de convenio marco ni órdenes de compra o contratos en razón del procedimiento especial de adquisiciones de emergencia.

El reglamento desarrollará esta materia.

Se elimina el requerimiento de la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas de la disponibilidad presupuestaria, en los casos de los contratos plurianuales o la no disponibilidad presupuestaria al momento de convocar el acto, ello se desprende de la modificación al artículo sobre disponibilidad presupuestaria contenido en el actual Texto Único de la ley 22 de 2006, que queda así:

Artículo 24. Disponibilidad presupuestaria. Cuando el contrato haya de obligar a una entidad licitante al pago de alguna cantidad, se acreditará en el expediente respectivo la partida presupuestaria correspondiente, indicándola en los documentos de la contratación.

Cuando la ejecución de un contrato corresponda a un periodo fiscal distinto o a más de un periodo fiscal, se podrá realizar el procedimiento de selección correspondiente, atendiendo las disposiciones contenidas en la Ley de Presupuesto vigente. La Contraloría General de la República podrá dar su refrendo al contrato respectivo, siempre que el contrato estipule

claramente las cantidades que deberán ser pagadas con cargo al ejercicio fiscal de que se trate. Las entidades incluirán en sus presupuestos de las próximas vigencias fiscales los recursos financieros programados a pagar durante estas vigencias fiscales correspondientes.

Se establecen nuevos requerimientos en cuanto al contenido del Pliego de Cargos, en particular a la incorporación en estos del concepto favorable de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental cuando la adquisición de bienes y servicios involucren Tecnologías de la Información y la Comunicación con sumas superiores ahora a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), quedando así:

Artículo 25. Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista o del procedimiento excepcional de contratación, el correspondiente pliego de cargos o término de referencia, que contendrá:

1. El aviso de convocatoria con la indicación del precio de referencia y la correspondiente partida presupuestaria. Cuando la entidad lo estime pertinente podrá incluir el margen de riesgo u onerosidad.
2. Los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista.

3. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.
4. Las condiciones y la calidad de los bienes, las obras o los servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
5. Los requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes.
6. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.
7. Los criterios y la metodología de ponderación de las propuestas que van a ser utilizados por la entidad licitante, cuando en el procedimiento de selección de contratista existan parámetros adicionales al precio. En este caso, se debe incluir una tabla que indique claramente los puntajes y las ponderaciones que formen parte del criterio de selección.
8. Las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales, referentes al objeto de la contratación.
9. Los modelos de formularios que deberán completar y presentar los proponentes, como las fianzas, el proyecto de contrato, los modelos de cartas, las declaraciones juradas cuando procedan y demás documentos y certificaciones que se requieran.
10. Los anexos en caso de que así se requiera.
11. Las reglas de adjudicación en casos de empate en los precios ofertados por dos o más proponentes, que se definan en el reglamento de esta Ley.
12. En los casos de adquisición de bienes y servicios que involucren Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) con sumas superiores a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), la certificación que indique el concepto favorable a las especificaciones técnicas del pliego de cargos por la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental.

Dicho concepto se fundamentará en la viabilidad técnica y de gestión para la sostenibilidad de la solución propuesta, basados en los principios de eficiencia, eficacia y economía.

Presentada la solicitud con los documentos requeridos por la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, esta tendrá un plazo de hasta diez días hábiles para dar respuesta.

Los pliegos de cargos o contrataciones que contengan componentes de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) que superen el monto de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), estos

componentes deberán contar con el concepto favorable de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental.

Los contratos llave en mano que incluyan equipamiento deberán contar con respaldo técnico, garantías, repuestos y mantenimiento necesarios, los cuales se definirán en el pliego de cargos.

Los pliegos de cargos son públicos y pueden ser consultados y obtenidos por todos los interesados en participar en un procedimiento de selección de contratista, a través de medios electrónicos de comunicación informáticos y de tecnologías afines o de manera física. Cuando se adquieran en forma física, el interesado asumirá los costos de reproducción.

Los pliegos de cargos se regirán por los modelos y las circulares o guías generales, emitidos por la Dirección General de Contrataciones Públicas, sin perjuicio de las particularidades y los requerimientos especiales en cada caso.

Se debe incluir en el Pliego de Cargos condiciones para el buen uso del agua, de la energía y de los recursos naturales, así lo indica el adicionado artículo 25-A al Texto Único de la ley 22 de 2006, que a su letra indica:

Artículo 25-A. Uso eficiente del agua y la energía. Las entidades licitantes incluirán en los pliegos de cargos condiciones y requisitos para el uso racional y eficiente del

agua y la energía y la conservación de los recursos naturales.

La compra de equipos que utilicen energía eléctrica y/o energía primaria deberá cumplir con el índice para la eficiencia energética normado y reglamentado por la Dirección General de Normas y Tecnología Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias.

Se reduce de B/. 3,000.000.00 a B/. 500.000.00 el monto de los actos de selección de contratista en donde se exigirá que las acciones de la empresa sean nominativas, así lo indica la modificación incorporada al Texto Único de la ley 22 de 2006.

Se establecen nuevos aspectos a incorporar en las condiciones especiales de los pliegos de cargos, tal y como se aprecia en el modificado artículo 28 del Texto Único de la ley 22 de 2006, que queda así:

Artículo 28. Condiciones especiales. Las condiciones especiales son las estipulaciones elaboradas por la entidad licitante, aplicables a un procedimiento de selección de contratista determinado, en atención a sus elementos específicos.

Dentro de estas condiciones se incluirán, necesariamente, la forma de adjudicación, si esta se realizará de manera global o por renglón; el método de evaluación cuando proceda y los criterios de ponderación; la determinación del precio de referencia por rubro y total; la necesidad de

presentación de declaraciones juradas; los factores objetivos de selección; el plazo para formalizar la adjudicación y la firma del contrato; la forma de pago; las condiciones de trabajo, de subcontratación y de cesión de contrato; las formas de modificar el contrato, los acuerdos suplementarios y los plazos de entrega, entre otros.

Se modifican, amplían y reducen los términos mínimos de publicación de las convocatorias y pasan todos a días hábiles, así se aprecia en el modificado artículo referente a la publicación de la convocatoria contenido en el actual Texto Único de la ley 22 de 2006, mismos que quedan así:

Artículo 33. Publicación de la convocatoria. Dependiendo del monto y de la complejidad de la contratación de bienes, servicios u obras, la publicación de la convocatoria se efectuará tomando en consideración los plazos mínimos que a continuación se detallan:

1. Cuando el objeto del contrato recae sobre bienes y servicios:
 - a. No menor de tres días hábiles, si el monto del contrato u orden de compra es mayor de diez mil balboas (B/. 10,000.00) y no excede los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).
 - b. No menor de cinco días hábiles, si el monto del contrato es mayor de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) y no

excede los ciento setenta y cinco mil balboas (B/.175,000.00).

- c. No menor de treinta días hábiles, si el monto del contrato es mayor de ciento setenta y cinco mil balboas (B/.175,000.00). Cuando el objeto del contrato recae en obras:
2. Cuando el objeto del contrato recae en obras:
 - a. No menor de tres días hábiles, si el monto del contrato es mayor de diez mil balboas (B/. 10,000.00) y no excede los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00).
 - b. No menor de cinco días hábiles, si el monto del contrato es mayor de cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00) y no excede los trescientos mil balboas (B/. 300,000.00).
 - c. No menor de diez días hábiles, si el monto del contrato es mayor de trescientos mil balboas (B/. 300,000.00) y no excede los tres millones de balboas (B/. 3,000,000.00).
 - d. No menor de quince días hábiles, si el monto del contrato es mayor de tres millones de balboas (B/. 3,000,000.00) y no excede los siete millones de balboas (B/. 7,000,000.00).
 - e. No menor de treinta días hábiles, si el monto del contrato es mayor de siete millones de balboas (B/.

7,000,000.00).

No obstante, la entidad contratante podrá establecer un plazo menor de treinta días hábiles en la contratación de bienes, servicios u obras, que en ningún caso será menor de ocho días hábiles en las circunstancias siguientes:

1. Cuando la entidad contratante haya publicado un aviso en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", con una antelación no menor de treinta días hábiles de la fecha límite para la presentación de las propuestas, que contengan una descripción del acto público, los plazos aproximados para la presentación de las propuestas y, resulte apropiado, las condiciones para la participación en dicho acto y la dirección en donde se puede obtener la documentación relativa a la contratación;
2. Cuando una entidad contrate mercancías o servicios comerciales que se venden o se ofrecen para la venta y que son regularmente comprados y utilizados por compradores no gubernamentales para propósitos no gubernamentales;
3. Cuando se produzca un estado de urgencia, debidamente acreditado, que haga impráctico o no viable cumplir con el plazo

previsto. En este caso, la entidad contratante emitirá una resolución al respecto, la cual deberá ser publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", o

4. Cuando la entidad contratante para contrataciones recurrentes indique en el aviso inicial de contratación futura que en los avisos subsiguientes se indicarán los plazos para presentar ofertas de conformidad con este párrafo.

Se adiciona el artículo 34-A. al Texto Único de la ley 22 de 2006, para dedicarle un artículo específicamente en la referida Ley sobre la obligatoriedad de la consulta al Catálogo Electrónico de Productos y Servicios antes de gestionar un acto de selección de contratista o excepción de este, ya previsto el mandato tanto en la ley 22 de 2006 como en el Decreto Ejecutivo 366 de 2006, mismo que a su letra indica:

Artículo 34-A. Consulta al Catálogo Electrónico de Productos y Servicios. Antes de convocar el procedimiento de selección de contratista de que se trate o de acogerse al procedimiento excepcional o especial de contratación, las entidades verificarán si los productos o servicios requeridos están o no incluidos en el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios.

Si los productos o servicios requeridos están incluidos en

el Catálogo, la entidad estará obligada a adquirirlos de este, salvo que por razones fundadas, les sea más beneficioso la realización del procedimiento que corresponda, en cuyo caso requerirán la autorización de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Se enfatiza en el Texto Único de la ley 22 de 2006 que las reuniones previas y de homologación serán públicas y se recalca la aprobación unilateral por parte de la entidad licitante de los documentos o condiciones en caso que no se resuelvan las discrepancias.

Indica el modificado Texto Único de la ley 22 de 2006 que toda consulta o solicitud de aclaración que requiera presentar los interesados en participar en un procedimiento de selección de contratista que exceda la cuantía de B/. 300,000.00 deberá realizarse con una antelación no menor de cinco días hábiles antes de la fecha de celebración del acto público. A nuestro criterio, este es un término adicional para presentar consultas o solicitud de aclaraciones, después de verificada la reunión previa y de homologación, misma que es obligatoria para aquellos actos de selección de contratista que exceda la cuantía de B/. 175,000.00.

Se modifican y reducen los términos de antelación con que deben ser publicadas las modificaciones al pliego de cargos, así lo indica el modificado artículo referente a las modificaciones al Pliego de Cargos del Texto Único de la Ley 22 de 2006, mismo que queda así:

Artículo 38. Modificaciones

al pliego de cargos. Toda modificación que pretenda introducirse al pliego de cargos deberá hacerse de conocimiento público, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", en atención al monto con la siguiente antelación:

1. No menor de un día hábil, antes del día de la celebración del acto de selección de contratista, si la cuantía excede de diez mil balboas (B/. 10,000.00) y no supera los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).
2. No menor de cuatro días hábiles, antes del día de la celebración del acto de selección de contratista, si la cuantía excede de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) y no supera los quinientos mil balboas (B/.500,000.00).
3. No menor de seis días hábiles, antes del día de la celebración del acto de selección de contratista, si la cuantía excede de quinientos mil balboas (B/.500,000.00).

En caso de que se presente alguna situación que impida a la entidad licitante publicar el aviso de modificación al pliego de cargos en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", o de que esta no se encuentre aún acreditada para utilizarlo, la entidad publicará los avisos de convocatoria en un diario de circulación nacional, en dos ediciones seguidas en días distintos, los que permanecerán

expuestos al público durante el mismo plazo en los lugares destinados por la entidad para la fijación de edictos o anuncios en general.

Cuando de la reunión previa y homologación, o por otras causas que determine la entidad licitante, surgiera la necesidad de modificar la fecha del acto de selección de contratista, esta anunciará una nueva fecha, a fin de cumplir con los plazos mínimos fijados por este artículo.

Las modificaciones o adendas en actos de adquisición de bienes, servicios u obras donde existan componentes de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) que superen el monto de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), deberán contar con el concepto favorable de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental.

La ley 61 de 2017, elimina la Licitación Abreviada, sustentándose en el hecho que no ofrece los tiempos necesarios para que los oferentes preparen sus ofertas.

El monto de las compras menores se aumenta. Se establece que estas estarán en el rango de B/.10,000.00 a B/.50,000.00. Las adquisiciones menores de B/.10,000.00 se regirán por un procedimiento expedito por cotizaciones que reglamentará el Ejecutivo. Para apreciar con mayor claridad el objetivo de esta modificación, consideramos de importancia transcribir lo que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, indicó al respecto:

Con la modificación al artículo 41, se propone dar mayor capacidad de respuesta, fluidez y facilidad operativa a los trámites que realizan las entidades del Estado, aumentando el monto de las contrataciones menores para la adquisición de bienes, servicios y obras hasta 50 mil balboas. De igual forma, se mantiene que en esta contratación no se exija fianza de propuesta ni fianza de cumplimiento, salvo que la entidad contratante lo considere necesario. También se dispone, que el Órgano Ejecutivo reglamente el procedimiento y los requisitos a que deberán someterse las entidades públicas para efectuar compras menores de B/. 10,000.00. Con esta modificación se elimina la compra menor apremiante, procedimiento que se aleja de los principios de transparencia y de equidad que debe amparar a quienes contratan con el Estado.

La Licitación Pública se eleva a montos mayores a B/.50,000.00. Dentro del término máximo de tres días hábiles después de la entrega de las propuestas se efectuará la subsanación, cuando proceda, de los documentos indicados en el Pliego de Cargos y después se remitirá a la respectiva Comisión. Aumenta el término de prórroga de la Comisión Verificadora de tres a cinco días hábiles. Se elimina la comunicación vía fax o correo electrónico del Informe de la Comisión Verificadora. Aumenta de dos a cinco días el término para hacer observaciones al Informe de la Comisión. Sobre el particular, recalamos que se establece

un término fijo para la subsanación de documentos y luego entonces se remitirá a la respectiva Comisión, ello subsana confusiones en este sentido.

Elevan a más de B/. 100,000.00 el monto base para poder convocar una Licitación por Mejor Valor. Se define qué debe entenderse por alto nivel de complejidad. En ningún caso, el precio contará con una ponderación inferior al 40% ni superior al 49% de la totalidad de los puntos que se considerarán para la adjudicación del acto público. La entidad licitante establecerá, en el pliego de cargos, el porcentaje de onerosidad que nunca será mayor del 20% del precio estimado por la entidad licitante. Aumenta de dos a cinco días hábiles el término para hacer observaciones al Informe de la Comisión. Se destaca, que sólo se podrá convocar este tipo de licitación cuando su monto sea mayor de B/. 100,000.00 y no de B/. 30,000.00, como dispone la norma actual.

Se establecen sanciones para quien inicie el objeto de una concesión previo a su refrendo contractual o autorizaciones requeridas.

Elevan a B/. 100,000.00 el monto base para poder convocar una Licitación por Mejor Valor con Evaluación Separada. Se define qué debe entenderse por alto nivel de complejidad. En ningún caso, el precio contará con una ponderación inferior al 40% ni superior al 49% de la totalidad de los puntos que se considerarán para la adjudicación del acto público.

Se establece la Licitación para Convenio Marco para la ejecución de

obras que no impliquen un alto nivel de complejidad.

Incorpora a los facultados a realizar subasta pública a las entidades autónomas y semiautónomas y las que tengan patrimonio propio, sobre los bienes de su propiedad.

Se introduce la obligación de la entidad licitante de ilustrar a los integrantes de las comisiones en las condiciones y especificaciones técnicas contenidas en el Pliego de Cargos y en los conflictos de intereses reales o aparentes con respecto a los proponentes. Se establece que el informe debe ser motivado y se señalan las reglas para cuando alguno de los miembros no está de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría. Aumentan el término de tres a cinco días hábiles para rendir un nuevo informe total o parcial y adiciona un término de prórroga hasta un máximo de cinco días hábiles, cuando así sea ordenado por las instancias correspondientes. Sobre la composición de las Comisiones Evaluadoras o Verificadoras, está sobreentendido que estas deben estar constituidas por profesionales idóneos en la materia objeto de la adquisición, pero, a nuestro criterio, también por expertos en áreas del derecho y de las finanzas que tengan la legitimación para evaluar el cumplimiento de las formalidades legales de los documentos ponderables o verificables, así como el análisis de estados financieros cuando éstos sean requeridos; en este sentido, somos del criterio que ello pareciera que será subsanado por la modificación introducida a la norma referente al Procedimiento para el Registro de

Proponentes, que a su letra indica:

Artículo 143. Procedimiento para el Registro de Proponentes.

Las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, los consorcios o asociaciones accidentales que aspiren a celebrar un contrato con el Estado, los subcontratistas, así como las personas con quienes se firme un contrato, deberán registrarse por medio de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) o de manera manual en el Registro de Proponentes que administrará la Dirección General de Contrataciones Públicas.

En este registro constará la información relacionada a la capacidad jurídica, financiera, técnica y fiscal del proponente que defina el reglamento.

Las entidades públicas no podrán requerir a los proponentes la documentación que estos hubiesen tenido que presentar para su inscripción ante el Registro de Proponentes, para lo cual la Dirección General de Contrataciones Públicas realizará las adecuaciones con el fin de que las entidades tengan acceso a dicho Registro y puedan verificar la información sobre los proponentes.

La convocatoria de un nuevo acto de selección de contratista mayor de B/. 50,000.00 será comunicado con una antelación mínima de tres días hábiles y no cinco días calendarios como indicaba la norma anterior. Y cuando es menor de B/. 50,000.00 por lo menos un día hábil

antes de celebrarse el acto.

Se introduce que el avalúo final, para los bienes inmuebles a adquirir por Estado, será el promedio de los realizados por los peritos de la Contraloría General de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas y, además, el valor del bien registrado en la Autoridad Nacional de Administración de Tierras (Anati).

Para cuando se produzcan hechos o circunstancias por los cuales la celebración de cualquiera de los procedimientos de selección de contratista, establecidos en la ley 22 de 2006, ponga en riesgo la satisfacción de los requerimientos e intereses del Estado, se modifica el Procedimiento Excepcional de Contratación, como sus causales, el informe técnico fundado, el anuncio de la intención y lo referente a la evaluación y aprobación del mismo. Se denomina Procedimiento Especial de Contratación, para aquellas adquisiciones que estén exentas del procedimiento de selección de contratista y del Procedimiento Excepcional de Contratación y para cuando el Consejo de Gabinete declare emergencia se prevé el Procedimiento Especial de Adquisiciones de Emergencia.

A las adquisiciones que realice la Dirección de Asistencia Social del Ministerio de la Presidencia (antiguo FIS) se le aplicará la ley 22 de 2006.

Se dispone que la sumatoria de las modificaciones del contrato u orden de compra con base en el interés público, no podrán sobrepasar el 40% del monto original pactado. Con ello se le pone un tope a las adendas a los contratos.

Solo se puede subcontratar en los contratos de obras previa autorización de la entidad licitante, salvo prohibición expresa contenida en el pliego de cargos y el subcontratista deberá estar inscrito en el Registro de Proponentes y no estar inhabilitado para contratar con el Estado.

Se elimina la excepción del procedimiento de selección de contratista y del procedimiento excepcional de contratación a las consultorías que no sobrepasen de B/. 300.000.00. Indica la supra citada Exposición de Motivos que con esto se elimina la discrecionalidad en la contratación de consultorías por montos inferiores a esta suma; estas deberán realizarse a través de los procedimientos respectivos.

El contratista deberá presentar el endoso de la fianza de cumplimiento una vez la entidad apruebe la prórroga. El informe de las empresas aseguradoras y bancarias debe presentarse a la consideración de la Contraloría General de la República cada seis meses y no cada año. Solo se exigirá fianza de propuesta y de cumplimiento en los actos de selección de contratistas que superen los B/. 50,000.00, salvo que así lo considere la entidad licitante.

Los pagos anticipados no podrán exceder el 20% del total del monto total contratado, a razón de la fianza de pago anticipado.

Se establecen fianzas de recurso de impugnación por un 10% para actos cuyo objeto sea bienes y servicios y por un 15% para actos relacionados con

obras. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas será el custodio de estas fianzas.

Se recalca que la responsabilidad de mantener las fianzas vigentes es de la entidad contratante.

Se reduce de treinta días a veinte, el término para que la aseguradora comunique si pagará el monto de la fianza o sustituirá al contratista. Se establece la figura del acuerdo supletorio de ejecución de fianza de cumplimiento.

Se modifica lo dispuesto sobre la devolución y cancelación de las garantías y de la ejecución coactiva del garante.

El valor total de la multa por retraso en la entrega no será en ningún caso superior al 20% del valor del contrato y deberá ingresar al Tesoro Nacional. Aumentó en un 10%.

En cuanto al recurso de impugnación, el mismo se surtirá nuevamente en el efecto suspensivo.

Se establece un término de dos días hábiles para que la Dirección General de Contrataciones Públicas admita o no la acción de reclamo e igual término para el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para el recurso de impugnación.

La contratación de concesiones. Se establecen sanciones para quien inicie el objeto de una concesión previo a su refrendo contractual o autorizaciones requeridas.

La licitación por mejor valor con evaluación separada. Este procedimiento solamente se podrá utilizar en las contrataciones que superen los B/.100,000.000.00 y no B/.20,000.000.00, como se prevé en la normativa actual.

En cuanto a las propuestas, se establece que se podrán subsanar documentos presentados con las propuestas, entendiendo como tal la corrección de estos o la presentación de aquellos no aportados siempre y cuando no se traten de documentos ponderables.

Se establecen sanciones para quien inicie el objeto de una concesión previo a su refrendo contractual o autorizaciones requeridas.

El TACP tendrá nuevas competencias, como la de conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones que sancionen a los contratistas por incumplimiento o a la que impone multa a los servidores públicos.

Los requisitos para ser magistrados del TACP. Establecen nuevos requisitos para ocupar el cargo de Magistrado del TACP, a saber la experiencia comprobada en Derecho Administrativo.

Las causales de suspensión, separación, destitución y medidas disciplinarias de los Magistrados que integran el TACP. Agregan una causal para la suspensión, separación, destitución y aplicar medidas disciplinarias de los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, la de incurrir en faltas graves al Código de Ética de los

Servidores Públicos.

También se han incorporado modificaciones o adiciones a las normas que regulan las siguientes materias:

- La donación de bienes públicos.
- La contratación por mérito.
- La cesión de contrato.
- La cesión de crédito.
- Los contratos de duración prolongada.
- El plazo para la liquidación de los contratos.
- Los contratos llave en mano.
- La constitución de las fianzas. La fianza de propuesta.
- La fianza de cumplimiento.
- La fianza de pago anticipado.
- Los beneficiarios de las fianzas.
- La ejecución y extinción de las fianzas.
- La devolución y cancelación de las garantías.
- La ejecución del garante. Los efectos de la inhabilitación.
- El incumplimiento de las órdenes de compra en convenio marco.
- La acción de reclamo. Las notificaciones de las resoluciones.
- El recurso de impugnación.
- El procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas del recurso de impugnación.
- El recurso de apelación a la resolución administrativa del contrato.
- El reparto de los recursos en el TACP.
- El agotamiento de vía gubernativa.
- El cumplimiento de las decisiones del TACP.

Como apreciamos la ley 61 de 2017 ha incorporado cambios en un alto porcentaje de las instituciones que conforman las normas regulatorias de las adquisiciones públicas en la República de Panamá; por tanto cada una de ellas

demandan un análisis individual a lo
debemos abocarnos todos los que nos

avocamos al estudio de esta importante
rama de nuestro Derecho Administrativo.

CONCLUSIONES

Las modificaciones introducidas a nuestra normativa patria de adquisiciones públicas, a través de la referida ley 61 de 2017, a nuestro humilde criterio, representa un giro de 180° al procedimiento actual, no en cuanto a las modalidades o tipos de actos de selección de contratista, sino en cuanto a sus términos, montos y mecanismos de realización.

Impone esta nueva legislación mayor preparación académica en la materia, toda vez que rompe patrones de ejecución y criterios de interpretaciones no unificados y muy enquistados en las diversas dependencias garantes de hacer de este proceso un método de adquisiciones públicas diáfano y, por demás, amigable tanto para oferentes como entidades licitantes.

Como se indicó en las primeras líneas de este breve análisis, las modificaciones introducidas por la ley 61 de 2017 reajustan la ley 22 de 2006

en un 65% de su cuerpo normativo ya modificado previamente, toda vez, que se le incorpora una mayor precisión en sus términos, conceptos, figuras jurídicas y procesos, como ajustes necesarios a sus normas sustantivas y adjetivas, lo que se complementará con las reglamentaciones ordenadas y la interpretación que las instancias administrativas y jurisdiccionales le vayan imprimiendo.

Resta aún mucho que analizar en cuanto a estas modificaciones, pero seguro estamos que el día a día en la puesta en práctica de las funciones y deberes de las Direcciones de Compras de las entidades públicas será el escenario indicado para ello.

Solo nos resta señalar, que a quienes les corresponde su puesta en práctica, contarán hoy con una ley 22 de 2006 más robusta y cimentada en la transparencia de la gestión pública.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ley 35, QUE AUTORIZA LA ACUÑACIÓN Y EMISIÓN DE MONEDAS FRACCIONARIAS DE CIRCULACIÓN CORRIENTE POR UN VALOR NOMINAL DE HASTA DOCE MILLONES DE BALBOAS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES, Gaceta Oficial, República de Panamá, 31 de octubre de 2006.
2. Decreto Ejecutivo N. ° 366, POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006 QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN, Gaceta Oficial, República de Panamá, 28 de diciembre de 2006.
3. Ley 2, QUE MODIFICA ARTICULOS DE LA LEY 51 DE 2005, ORGANICA DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES, Gaceta Oficial, República de Panamá, 8 de enero de 2007.
4. Ley 21, QUE REFORMA LA LEY 6 DE 2005, SOBRE EQUIDAD FISCAL Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN, Gaceta Oficial, República de Panamá, 15 de abril de 2008.
5. Ley 41, QUE REFORMA LA LEY 22 DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN, Gaceta Oficial, República de Panamá, 10 de julio de 2008.
6. Ley 69, QUE PROHIBE LA EQUIPARACIÓN EN LOS CONTRATOS Y OTRAS MODALIDADES JURÍDICAS EN LOS QUE EL ESTADO SEA PARTE, REFORMA DISPOSICIONES DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES, Gaceta Oficial, República de Panamá, 6 de noviembre de 2009.
7. Ley 80, QUE RECONOCE DERECHOS POSESORIOS Y REGULA LA TITULACIÓN EN LAS ZONAS COSTERAS Y EL TERRITORIO INSULAR CON EL FIN DE GARANTIZAR SU APROVECHAMIENTO ÓPTIMO Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES, Gaceta Oficial, República de Panamá, 31 de diciembre de 2009.
8. Ley 12, QUE MODIFICA Y ADICIONA ARTÍCULOS A LA LEY 22 DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Gaceta Oficial, República de Panamá, 19 de marzo de 2010.
9. Ley 30, QUE DICTA MEDIDAS PARA PROMOVER EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA AVIACIÓN COMERCIAL, REFORMA NORMAS LABORALES Y PENALES Y ADOPTA DISPOSICIONES PARA POSIBILITAR LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE INTERÉS NACIONAL, Gaceta Oficial, República de Panamá, 16 de junio de 2010.
10. Ley 66, QUE MODIFICA LA LEY 22 DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN, Gaceta Oficial, República de Panamá, 26 de octubre de 2010.
11. TEXTO ÚNICO DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, CON LAS REFORMAS APROBADAS POR LA LEY 35 DE 2006, LEY 2 DE 2007, LEY 21 DE 2008, LEY 41 DE 2008, LEY 69 DE 2009, LEY 80 DE 2009, LEY 12 DE 2010, LEY 30 DE 2010, LEY 66 DE 2010 Y LEY 48 DE 2011, Gaceta Oficial, República de Panamá, 27 de junio de 2011.
12. Ley 15, QUE ESTABLECE UNA TASA PARA CUBRIR LOS COSTOS DE

- SOTERRAMIENTO DEL CABLEADO E INFRAESTRUCTURA DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISIÓN PAGADA Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN, Gaceta Oficial, República de Panamá, 26 de abril de 2012.
13. Ley 48, QUE REFORMA LA LEY 22 DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN, Gaceta Oficial, República de Panamá, 10 de mayo de 2011.
 14. Ley 62, QUE ADOPTA DISPOSICIONES PARA PERMITIR LA IMPLEMENTACIÓN DE ALGUNOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS EN EL TRATADO DE PROMOCIÓN COMERCIAL, SUSCRITO ENTRE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Gaceta Oficial, República de Panamá, 5 de octubre de 2012.
 15. Ley 82, QUE OTORGA AL REGISTRO PÚBLICO DE PANAMÁ ATRIBUCIONES DE AUTORIDAD REGISTRADORA Y CERTIFICADORA RAÍZ DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, MODIFICA LA LEY 51 DE 2008 Y ADOPTA OTRAS DISPOSICIONES, Gaceta Oficial, República de Panamá, 9 de noviembre de 2012.
 16. Fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia N° S/N de 18 de abril de 2016, POR EL CUAL SE DECLARA QUE ES ILEGAL Y POR TANTO NULA LA RESOLUCIÓN NO.119-2009 DE 16 DE MARZO DE 2009, DICTADA POR EL MINISTERIO DE VIVIENDA.
 17. Ley 12, QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE LOS PROCESOS CONCURSALES DE INSOLVENCIA Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES, Gaceta Oficial, República de Panamá, 19 de mayo de 2016.
 18. Proyecto de Ley 305 de 2016, presentado a la Asamblea Nacional, previa autorización del Consejo de Gabinete, por el Ministerio de Economía y Finanzas el 18 de febrero de 2016, QUE MODIFICA EL TEXTO ÚNICO DE LA LEY 22 DE 27 DE JUNIO DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.
 19. Ley 61, QUE REFORMA LA LEY 22 DE 2006, QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES, Gaceta Oficial, República de Panamá, 27 de septiembre de 2017.



Mgter. Andrés A. Mojica García de Paredes

Maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Santa María La Antigua, un Postgrado en Medios Alternos de Resolución de Conflictos de la Universidad de Panamá y un Diplomado en Contrataciones Públicas de la Universidad Latina de Panamá.

Labora en el Órgano Judicial desde el año 1990, ha ocupado cargos en el área jurisdiccional como Secretario Judicial, Juez Municipal y de Circuito y Magistrado de Tribunal Superior. Se ha desempeñado como Director de Asesoría Legal; Director del Centro de Documentación Judicial y de la Sección de Investigación y Estudio de la Legislación Judicial; Secretario Ejecutivo, por parte del Órgano Judicial, del Programa de Mejoramiento de la Administración de Justicia del Banco Interamericano de Desarrollo (I etapa); Secretario Ejecutivo Ad Honórem del Consejo Judicial y Coordinador del Despacho de Presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Es egresado de la Universidad de Panamá, como Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas y cuenta con una

Autor de los ensayos: El Acto de Recepción de Propuestas Dentro del Marco de la Legislación de Contrataciones Públicas en la República de Panamá. Revista Sapiencia. Órgano Judicial. 2014 y Las Comisiones Evaluadoras y Verificadoras Dentro del Marco de la Legislación de Contrataciones Públicas en la República de Panamá. Obra Modernización de la Justicia Desde la Perspectiva Panameña y Mexicana. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. 2014, entre otras.

Actualmente labora, en asignaciones especiales, en el Centro de Documentación Judicial (Cendoj) y forma parte del cuerpo de facilitadores del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá "Doctor César Augusto Quintero Correa".



Fotos: Sección de Archivo Judicial - Cendoj

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY 2 DE 2011 Y SU IMPACTO EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN PANAMÁ

Dra. María Cristina Chen Stanziola

Abogada Litigante

Correo electrónico: chen.mariac@gmail.com

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY 2 DE 2011 Y SU IMPACTO EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN PANAMÁ.

Resumen

Tradicionalmente, el agente residente, no asumía mayores obligaciones que constituir el pacto social. Sin embargo, a la luz de la normativa vigente, hay un cambio de paradigma y le son impuestas una serie de obligaciones amplias y con particularidades, que merecen ser estudiadas.

Utilizando el método del análisis y la síntesis, este artículo busca ofrecer una visión de conjunto, acerca del nuevo régimen de responsabilidades de los agentes residentes en Panamá, ofreciendo un catálogo de estas obligaciones, a la luz de marco normativo vigente, con el propósito de ofertar una guía práctica, para los abogados que brindan estos servicios.

Abstract

Traditionally, the resident agent, did not assume greater obligations than the incorporation of new companies. However, according to the current regulations, there is a different paradigm and a number of broad obligations imposed and particularities, which deserve to be studied.

Using the method of analysis and synthesis, this article seeks to provide an overview, about the new regime on the responsibilities of the resident agents in Panama, offering a catalogue of these obligations, based on the existing regulatory framework, with the purpose of offering a practical guide for attorneys who provide these services.

Palabras Claves

Agente residente, conozca a su cliente, debida diligencia, sociedad anónima, perfil financiero.

Keywords

Resident agent, due diligence, know your client, corporation, financial profile.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Nuestra ley, permite la creación de sociedades anónimas, sin que tanto directores como dignatarios, se encuentren domiciliados en la República de Panamá. Para ello, se hace necesario contratar los servicios jurídicos y a partir de allí, se inicia la relación profesional. Situación que es contemplada en la ley que regula el ejercicio de la abogacía, (Ley 9, 1984, reformada por Ley 8, 1993) y que ha sido el criterio de nuestro máximo tribunal de justicia, que ha señalado: Como se advierte no solo existe la relación cliente-abogado por haberse otorgado Poder, sino también en aquellos casos en el que se haya gestionado la constitución de una sociedad, su inscripción y demás diligencias que la misma conlleve. Adicional, al hecho que se haya incluido como agente residente. (Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Cuarta de Negocios Generales. 11 de mayo de 2015. MP. Luis Ramón Fábrega).

En Panamá, toda sociedad anónima, debe tener un agente registrado, el cual podrá ser una persona natural o jurídica. (Ley 32, 1927, art.9). De forma tal que la redacción de la norma, permitía que cualquier agente, persona natural o jurídica, independientemente de su profesión, ejerciera las funciones de agente residente, de una sociedad anónima. No es hasta la expedición de una nueva normativa que reguló la figura, (Decreto 147, 1966) que se estableció la obligación de que dicho agente, fuese un abogado o una firma de abogados que llevara esta representación, en el entendimiento de que esta actividad, se hacía en nombre de otra persona y por

lo tanto, debía ser una representación idónea.

El rol del agente residente, fue evolucionando y a la postre, (Decreto Ejecutivo 468, 1994), se asignaban obligaciones y responsabilidades del agente registrado o residente de las sociedades anónimas, imponiendo a todos, la responsabilidad de conocer al cliente y mantener la información de éstos para identificarlo, ante las autoridades competentes, si así fuera requerido. Sobre todo, dicha responsabilidad, estuvo encaminada a vincular al letrado, con la obligación de suministrar la información requerida en el curso de investigaciones penales, relacionadas con lavado de dinero y narcotráfico.

Para la comunidad abogadil, estas responsabilidades no son del todo novedosas. Una mirada a la normativa general. (Código Judicial, 391) nos impone esta obligación, en los siguientes términos:

Todos los empleados a cuyo cargo está la custodia de documentos públicos, tienen el deber de dar de oficio, cuantas noticias, datos, informes y copias les solicitan los agentes del Ministerio Público, sin necesidad para ello de resolución de autoridad alguna.

Las personas naturales o jurídicas deberán también prestar la cooperación necesaria a dichos agentes, cuando éstos actúen en defensa de los intereses públicos o como funcionarios de instrucción, y los referidos funcionarios podrán imponer

mediante resolución motivada, multas hasta de veinticinco balboas (B/.25.00) o arresto por ocho días, a los que sin motivo justificado entorpecieren su acción con demoras, evasivas o negativas.

El suministrar información por parte del agente residente, no se considerará como una violación al secreto profesional del abogado. Al contrario, incurrirían en desacato, el abogado o socios de la firma de abogados, que sin justa causa, se rehusaren a dar la información solicitada. Lo anterior, genera un debate que va desde la naturaleza misma de la función del agente residente, hasta la afectación del secreto profesional y del traslado de un régimen de responsabilidad subjetiva, por la que tradicionalmente, han respondido los abogados en Panamá, hasta el sistema de responsabilidad objetiva que plantean estas leyes. Pero dichas aristas, por fascinantes que sean, superan la extensión y propósito de este artículo, que no es otro que llamar la atención de la comunidad jurídica, sobre un sistema de atribución de responsabilidades del abogado, en torno a su cliente, que es una realidad, en nuestro país y que es por muchos, es desconocida.

RESPONSABILIDADES DEL AGENTE RESIDENTE, A PARTIR DE LA LEY 2 DE 2011

Al catálogo de obligaciones existentes hasta ese momento, correspondió añadir las establecidas en la ley que consagra la política conoce a tu cliente. (Ley 2, 2011). La ley en comento, obliga al abogado o firmas de abogados, a conocer a sus clientes y a conservar

datos tales como: nombre completo, dirección, números de teléfono, correo electrónico, actividad principal a la que se dedica, copias de los documentos de identificación del cliente, datos de personas que puedan brindar referencias bancarias y comerciales del cliente, entre otras.

Esta serie de nuevas responsabilidades, otrora desconocida y que instala la política conoce a su cliente, requiere no sólo de su conocimiento, sino de un análisis sesudo, que no terminará en esta oportunidad.

Así las cosas, la política conoce a su cliente, (Ley 2, 2011), regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas, existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá. En su capítulo primero, señala que la ley, se aplicará a todo agente residente, de entidades jurídicas constituidas conforme a las leyes de la República de Panamá, con el propósito de contribuir a la prevención de delitos de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y cualquier otra actividad ilícita, de acuerdo con las leyes de nuestro país o de los tratados o convenios internacionales ratificados por Panamá.

La ley en comento, contiene definiciones de términos importantes, que nos parece prudente citar:

1. Abogado: profesional del Derecho con idoneidad expedida por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá

- o por la institución que en el futuro realice esta función, que ejerzan la profesión de abogadía de manera individual o mediante sociedades civiles de abogados idóneos constituidos conforme a la ley.
2. Agente residente. Abogado o firma de abogados que presta sus servicios como tal y que deberá llevar los registros exigidos por esta Ley para las entidades jurídicas constituidas de conformidad con las leyes de la República de Panamá y con las cuales mantiene una relación profesional en el presente...
 3. Cliente. Persona natural o jurídica que tenga una relación profesional como un abogado o firma de abogados, a nombre propio o de un tercero, para que le presten servicios de agente residente para una o más entidades jurídicas. (Ley 2, 2011, art.2).

Básicamente, la ley invita a que los abogados tomen medidas para conocer a los clientes, a los cuales les brindan servicios. Dichas medidas, deben adoptarse antes de la prestación del servicio y de acuerdo con el artículo 4 de la ley, en caso de no poder obtener la información antes, puede completarse dentro de los 30 días hábiles siguientes a la prestación del servicio, cuando existan razones justificadas que impidan al cliente, el poner a disposición del agente residente, la información requerida. El artículo 6 de la ley, señala que el agente residente, está obligado a aplicar las medidas para conocer a sus clientes,

para lo cual deberá exigirle, que presente evidencias satisfactorias de su identidad o de la de los terceros, por cuya cuenta actúa. En caso de tratarse, de acciones emitidas al portador, deberá el cliente, proporcionar la evidencia de quienes son los tenedores de dichas acciones.

Cada cliente debe tener un expediente, que contenga la información requerida por la ley, ya que en el artículo 6, describe puntualmente los requisitos necesarios para la debida diligencia, de la política conozca a su cliente. Para estos propósitos, la ley distingue entre persona natural y persona jurídica.

Cuando se trate de persona natural, la ley obliga a que se tenga la información del cliente o del tercero por cuya cuenta actúa, la cual consiste en el nombre completo, domicilio comercial, correos electrónicos, teléfonos de contacto, copias de las cédulas de identidad personal o sus pasaportes, referencias bancarias, personales o comerciales, declaración jurada del cliente sobre la actividad que desarrollará con la sociedad y cuando se trate de personas jurídicas, deberá acreditar además, los datos identificativos de la sociedad y del país del que está adscrito y los documentos identificativos de sus accionistas y representantes legales.

La información exigida por la ley para los clientes del agente residente, deberá ser mantenida en estricta reserva y sólo será suministrada las autoridades competentes, siguiendo los procedimientos legales establecidos, cuando así lo requieran. (Ley 2, 2011, art.8). Asimismo, la ley señala que el agente residente, deberá abstenerse de

brindar cualquier servicio al cliente, que esté en situación de incumplimiento, de las informaciones requeridas. La información requerida por la ley, deberá ser mantenida, ya sea a través de medios tecnológicos o escritos, por un periodo de hasta cinco años, contados a partir de la terminación de la relación profesional con el cliente. En aquellos casos en que el agente residente, no tenga contactos con su cliente, por un período superior a tres años y éste ha descontinuado el pago de los servicios profesionales brindados, se entenderá terminada la relación abogado-cliente, estado el agente residente, en la obligación de mantener la información de esta persona natural o jurídica, por un periodo de dos años, contados a partir de la fecha de terminación de la relación profesional.

Importa señalar que el artículo 17 de la ley, prevé que el agente residente, por el solo hecho de serlo, no será considerado autor o cómplice de las actividades que ejecute su cliente, aún en el evento de que fuese encontrado culpable de la comisión de una falta o de la infracción de normas de naturaleza administrativa, civil, penal o tributaria.

De igual forma, ante el incumplimiento de las obligaciones del agente residente, en cuanto a conocer a su cliente y la debida diligencia de custodiar la información, se faculta a las autoridades competentes, para que informen del posible incumplimiento, a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que ésta aplique las sanciones que correspondan. La acción disciplinaria, prescribe a los dos años, contados a partir del día en que el agente residente, incumple sus

obligaciones (Ley 2, 2011, arts.18 y 19). La ley conozca a su cliente, establece un régimen de sanciones, que inicia con amonestación, seguido de multa de hasta 5000 mil dólares y finalmente, la suspensión temporal de la capacidad del abogado o de la firma de abogados, para brindar el servicio de agente residente, por un término no inferior, a tres meses ni superior a tres años. Esto último, en caso de incumplimiento de manera sistemática y reiterada de los deberes establecidos en la ley. (Ley 2,2011, art. 20).

NUEVAS OBLIGACIONES, SURGIDAS CON LA LEY 23 DE 2015

La ley para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva y dicta otras disposiciones, (Ley 23, 2015), establece la obligación de aplicar la debida diligencia, entendida como aquel conjunto de procesos, que constriñen a los profesionales sujetos a supervisión, incluyendo a los abogados, a establecer procesos de identificación de sus clientes y a su vez, de elaboración de perfiles financieros y transaccionales, de forma tal que el agente residente, se asegure de la legitimidad de los fondos que utilizan sus clientes, en las transacciones en las que como abogado participa. (Ley 23, 2015, art. 4).

La referida ley de blanqueo de capitales, realiza un extenso detalle de las responsabilidades en las que incurren los profesionales sujetos a supervisión, e incluye en este rubro, a los abogados, contadores públicos autorizados y los notarios, quienes estarán sujetos a la supervisión de la Intendencia de

Supervisión y Regulación de sujetos no Financieros y enumera todo tipo de actividades profesionales, que realizamos los abogados constantemente, como compra-venta de inmuebles, compra-venta de personas naturales o jurídicas, creación o administración de fundaciones de interés privado, de sociedades anónimas, de fideicomisos y demás. Específicamente, incluye la actividad de agente residente de entidades jurídicas constituidas o existentes, conforme a las leyes de la República de Panamá. (Ley 23, 2015, art.24).

Se protege el secreto profesional del abogado, de forma tal que éstos, no tienen que reportar transacciones sospechosas, si la información la obtuvo en circunstancias en las que está sujeto al secreto profesional o privilegio profesional legal de su cliente, para su debida defensa. (Ley 23,2015, art.25).

Los profesionales sujetos a supervisión, deberán mantener la debida diligencia y asegurarse que los documentos, datos o información recopilada de sus clientes, se mantengan actualizados. En tal sentido, la ley de blanqueo de capitales, replica las obligaciones contenidas en la ley conozca a su cliente, añadiéndoles la obligación de identificar al beneficiario final de la transacción, establecer perfiles financieros y transaccionales del cliente, entre los principales requisitos. En todo caso, la información deberá custodiarse por un período mínimo de cinco años, contados a partir de la terminación de la relación con el cliente. (Ley 23, 2015, art. 29).

Los profesionales que realizan

actividades sujetas a supervisión, como en el caso de los abogados, deberán tomar las medidas necesarias para tener un conocimiento ampliado de aquellos clientes, catalogados por la ley, como personas expuestas políticamente, por considerarlos clientes de alto riesgo. Básicamente, consiste en reforzar las medidas de supervisión y seguimiento, por un seguimiento constante de las actividades del cliente, mientras dure la relación comercial. De igual forma, se prohíbe la realización de actividades, en las que el cliente no facilita el cumplimiento de las medidas pertinentes de debida diligencia y se autoriza al abogado, a efectuar el reporte de operación sospechosa. (Ley 23,2015, art. 36).

Consagra la ley, el deber de confidencialidad y reserva de la información que reciba la Unidad de Análisis Financiero, de los reportes de las actividades sospechosas, que realicen los profesionales sujetos a supervisión, los cuáles se encuentran exentos de responsabilidad civil o penal, por los reportes de operaciones sospechosas o información relacionada con el cumplimiento de la ley, que presenten a las autoridades correspondientes. (Ley 23, 2015, art.56).

Finalmente, se regula la imposición de sanciones, que van desde los cinco mil dólares hasta el millón de dólares, según la gravedad de la falta y el grado de reincidencia. Se establece la posibilidad de aplicar sanciones progresivas, mientras dure la actividad violatoria de la ley, así como la responsabilidad de tipo corporativa, para el personal directivo, ejecutivo, o administrativo de los sujetos obligados. (ley 23, 2015, arts. 59-66).

CONCLUSIONES

Históricamente, la constitución de sociedades anónimas al amparo de la ley panameña, ha sido una actividad frecuente entre los abogados, sin que existiesen mayores responsabilidades, por la prestación de dichos servicios. Sin embargo, el panorama cambia radicalmente, tras establecerse una serie de responsabilidades para el agente residente, por la creación de sociedades anónimas. Mismas que se implementaron, con la ley 2 de 2011, conocida como la ley conozca a su cliente y reforzadas por la ley 23 de 2015, sobre prevención de blanqueo de capitales y financiamiento de actividades terroristas o de armas de destrucción masivas. De tal forma, que hoy no es posible a los abogados, constituir sociedades

anónimas, sin conocer ampliamente a sus clientes, elaborar sus perfiles financieros y transaccionales, con el propósito de asegurarse de que la operación en la que participan, es legítima. Con ello, se abre paso al establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva, a cargo del abogado.

Podremos concluir que es una gran responsabilidad, ser agente residente de una sociedad anónima, puesto que el abogado asume funciones tales como servir de enlace a las autoridades panameñas, para con los directivos y accionistas de la sociedad y asegurarse de que la misma, se encuentre al día en el cumplimiento irrestricto de la ley, en las actividades que desarrolla.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Judicial de la República de Panamá. (2017). Ed. Sistemas Jurídicos S.A.
- Ley 32 de 1927, sobre sociedades anónimas. Gaceta Oficial 25,067. Panamá, República de Panamá, 16 de marzo de 1927.
- Decreto Ley 147 de 1966, por el cual se reglamenta la inscripción de ciertos documentos en el Registro Público. Gaceta Oficial 15,611, Panamá, República de Panamá, 5 de marzo de 1966.
- Ley 9 de 1984, modificada por la Ley 8 de 1993, por la cual se regula el ejercicio de la abogacía en la República de Panamá. Gaceta Oficial 22,267, Panamá, República de Panamá, 20 de abril de 1993.
- Decreto Ejecutivo 468 de 1994, por el cual se asignan obligaciones y se establecen responsabilidades del agente o residente de las sociedades anónimas.
- Gaceta Oficial 22,630, Panamá, República de Panamá, 26 de septiembre de 1994.
- Ley 2 de 2011, que regula las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá. Gaceta Oficial 26,713-C, Panamá, República de Panamá, 1 de febrero de 2011.

- Ley 23 de 2015, que adopta medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva y dicta otras disposiciones. Gaceta Oficial 27,768-B, Panamá, República de Panamá, 27 de abril de 2015.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Cuarta de Negocios Generales. 11 de mayo de 2015. MP. Luis Ramón Fábrega.



Dra. María Cristina Chen Stanziola

Panamá, con los más altos honores.

Autora de las obras: La Protección Procesal de los Derechos Humanos en Panamá. El Factoring: Una Alternativa de Financiamiento para las Empresas y Los Derechos Fundamentales en la Sociedad de la Información: Una Propuesta para su Protección en Panamá. Las sentencias constitucionales, contenidos, límites y alcances en materia de protección de los Derechos fundamentales.

Coautora de la obra: Nuevas tecnologías en la Administración de Justicia y Derechos Fundamentales y de varias obras colectivas y artículos publicados en revistas indexadas. Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y ex Miembro de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Actualmente, es catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Panamá y abogada litigante.

Doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua, con la distinción *Summa Cum Laude* y con los más altos honores. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Maestría en Derecho Mercantil, en la Universidad Santa María La Antigua; Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Panamá; Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas, de la Universidad Politécnica de Madrid, España; Especialista en Mediación en la Universidad de Panamá; Especialista en Docencia Superior Universidad Latina de Panamá. Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Abogada por la Universidad de Latina de

EDICIÓN DE LIBROS

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial solo editará obras de funcionarios de nuestra institución, salvo aquellas que por su contenido sean de utilidad para los funcionarios, cuenten con las aprobaciones correspondientes, su edición no lesione el presupuesto que la institución establece para la publicación de obras y reúnan los siguientes requisitos:

1. Que sea de autores de nacionalidad panameña.
2. Que la obra sea de contenido jurídico.
3. Que el contenido de la obra sea de actualidad e importancia sobre un tema específico.
4. Que contenga un mínimo de doscientas (200) páginas y un máximo de trescientas (300) escritas a doble espacio en página 8 ½ x 11.

Recepción de obras

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial, recibirá textos escritos que traten temas jurídicos y técnicos que sean de interés para la institución y de beneficio para la comunidad forense, científica y académica.

Para tales efectos se contemplan las siguientes prioridades:

- Que el manuscrito presentado sea original, esté inscrito en el registro ISBN y se presente con una nota donde el autor expresa que la obra (texto, gráficas e imágenes si las tiene) son de su propiedad intelectual o en su defecto ha adquirido los derechos para su uso.
- Que contribuya a la difusión de la cultura jurídica y técnica a nivel nacional e internacional.
- Que acreciente el recurso literario del Órgano Judicial.
- Que sea producto de una investigación.
- Que su contenido contemple doctrina, jurisprudencia y derecho comparado; y rigor científico en el caso de obras de carácter científico y técnico.
- Que los contenidos temáticos traten principalmente sobre las innovaciones en las áreas del saber que trata.

Normas para la entrega de manuscritos:

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial ha creado un manual de normas para la entrega de manuscritos contenidos en esta Reglamento Editorial y que establece lo siguiente:

Entrega de originales:

- El manuscrito deberá entregarse en impreso, engargolado, escrito a doble espacio en letra Arial 12 en página 8 1/2 x 11 y en digital, formato word. En

un Disco Compacto o Memoria USB identificando los archivos, el autor y la fecha. No se admitirán notas sueltas que añadan o corrijan lo entregado. Debe acompañarlo de una foto, hoja de vida resumida y nota aceptando las condiciones de la editorial para la publicación.

Estructura del original: el original entregado deberá estar completo, ser el definitivo y tener las siguientes características:

- Foliación desde la primera hasta la última página, diferenciando las páginas preliminares con número romanos y el contenido en números arábigos. Esta numeración deberá verse reflejada en el índice.
- La primera página debe contener el título de la obra, el nombre del autor o autores, tal como aparecerá en la publicación.
- El índice: debe desplegar el nombre de cada capítulo con cada una de las divisiones estructurales que contenga la obra.
- Introducción y prólogo, si lo hubiere.
- El contenido debe estar escrito en español, observando las reglas gramaticales. En caso de usar palabras en lengua distinta del español, se deberá anotar una breve explicación o traducción aproximada del término entre paréntesis o como nota a pie de página.
- El texto debe estar claro y tener ilación. Se entiende que el material entregado en digital e impreso está completo sin faltantes ni omisiones.

Contenido Gráfico:

- Los trabajos que incluyan ilustraciones, fotos, gráficos, tablas, cuadros, diagramas, etc. se entregarán en formato digital con alta resolución. Debe estar ordenado según el espacio que ocupan en cada capítulo.
- Los autores deberán presentar a la editorial la acreditación de los Derechos de Autor o la Licencia para el uso de fotografías, mapas, cuadros, etc. que no sean de su autoría y que estén incluidos en su obra. El incumplimiento de este punto, conlleva la no publicación de la obra.

Citas y notas:

- Las citas directas deben presentarse con su referencia bibliográfica. Si la cita es menor a cinco líneas, irá entre comillas en el mismo párrafo que el texto que la precede; si es mayor, se colocará en párrafo aparte con sangría de todas las líneas del lado izquierdo.
- Las notas se consignarán al pie de la página y corresponderán a su llamada en el texto que se enumerarán consecutivamente con arábigos en superíndice.

Bibliografía:

- Solo se incluirán en la bibliografía las obras citadas en el texto.
- Deberán observarse las normas APA (Asociación Psicológica Americana).