

Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL



Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos



MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

S.E. Luis Ramón Fábrega Sánchez
Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral
Presidente de la Sala Cuarta de Negocios Generales

H.M. Angela Russo de Cedeño
Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia
Presidenta de la Sala Primera de lo Civil

H.M. María Eugenia López Arias
Presidenta de la Sala Segunda de lo Penal

H.M. Hernán A. De León Batista
Sala Primera de lo Civil

H.M. Olmedo Arrocha
Sala Primera de lo Civil

H.M. José E. Ayú Prado Canals
Sala Segunda de lo Penal

H.M. Maribel Cornejo Batista
Sala Segunda de lo Penal

H.M. Carlos Vásquez Reyes
Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral

H.M. Cecilio Cedalise Riquelme
Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral

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

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).

Teléfono: (507) 315-1445

Correos electrónicos: sapientia@organojudicial.gob.pa
editorialisjup@gmail.com

COMITE EDITORIAL

Doctora Edita de Garibaldi
Editora

Sección de Editorial y Publicaciones del ISJUP
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Marlene Rosero
Profesora de Español y Especialista en
Docencia Superior y Lingüística.

Magíster Stella Martínez
Diseño Gráfico

Licenciado Alexis Sealy
Publicista

CONSEJO EDITORIAL

Doctor Cecilio Cedalise Riquelme
Magistrado de la Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral de la
Corte Suprema de Justicia
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctor Luis Camargo
Magistrado del Tercer Tribunal Superior del
Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctor Miguel Espino
Magistrado del Primer Tribunal Superior del
Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster José Correa
Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del
Tercer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctor Ricaurte Soler Mendizábal
Director del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Jennifer Saavedra
Jueza de Juicio Oral del
Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Aracelly Vega
Jefa de la Unidad de Acceso a la Justicia y Género
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Anixa Santizo
Asistente de Magistrado de la Sala Civil
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Andrés Mojica García de Paredes
Secretario General
Fiscalía General de Cuentas de la República de Panamá

Doctor Francisco Javier Gorjón Gómez
Subdirector de Posgrado
Facultad de Derecho y Criminología
Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Doctora Leonor Buendía Eisman
Investigadora, evaluadora de revista internacionales y de
Comités Editoriales,
Universidad de Granada.

Doctora Edita de Garibaldi
Editora
Sección de Editorial y Publicaciones del ISJUP
Órgano Judicial de la República de Panamá

Panamá, 2021

Mgter. Erick Javier González González

Juez de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá
Sistema Penal Acusatorio.
Órgano Judicial de Panamá

Mgter. Zulgenis Ester Fornaris Parejo

Profesora Universidad Simón Bolívar
Tutora Programa Todos a Aprender

Dr. Richard Jonathan Lemus Gil

Abogado – Oficina de Asesoría Legal
Ministerio de Economía y Finanzas

Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Juez de Garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá,
Órgano Judicial de Panamá

Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro

Juez Primero de Circuito Ramo Civil,
Órgano Judicial de Panamá

Nota Editorial

La sección Editorial y Publicaciones del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP), dedica esta cuarta y última edición de la Revista Sapiencia, diciembre 2021 a destacar la labor realizada por la Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos.

En el 2001 mediante Acuerdo de Pleno No. 294 de 6, la Corte Suprema de Justicia establece el primer centro de mediación en el edificio Dorchester. Posterior mediante Acuerdo No. 225 de 19 de junio de 2003, modificó artículos del Acuerdo de Pleno No. 294 de 6 de septiembre de 2001, en el sentido de ampliar la posibilidad de crear más centros a nivel nacional, así como las modalidades del servicio, incluyendo la modalidad judicial.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante Acuerdo No. 252 de 31 de mayo de 2006 se crea la Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, instancia administrativa judicial adscrita a la Sala Cuarta de Negocios Generales, encargada de ejecutar las políticas y decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de métodos alternos de solución de conflictos; y encargada de promover las políticas y procedimientos que permiten cumplir con los objetivos.

Luego de veinte (20) años de la creación del primer centro, en la ciudad de Panamá, se han creado trece (13) centros y sus respectivas instalaciones habilitadas en despachos judiciales.

Es importante señalar, que esta edición aborda temas como: la Importancia de la Mediación en la Solución de Conflictos Privados en Panamá y Los principios de la mediación y sus abordajes desde la normatividad en Colombia y el derecho internacional privado.

Finalmente la Revista Sapiencia, el Consejo Editorial y el Comité Editorial quieren manifestar su agradecimiento a los autores/as, por su contribución en informar a la comunidad jurídica, con temas de interés nacional, a los lectores una cordial invitación a formar parte de este gran equipo, esperamos que este número resulte de su interés y continúen leyendo los artículos que aquí presentamos. Feliz navidad y próspero 2022.

Dra. Edita de Garibaldi
Editora



RESEÑA DE LA PORTADA

Título: Dirección Nacional de Métodos Alternos y Resolución de Conflictos

Foto: Congreso de la Dirección Nacional de Métodos Alternos y Resolución de Conflictos 2017.

Fecha: 2021

MENSAJE DEL PRESIDENTE



La sección Editorial y Publicaciones del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP), dedica esta cuarta y última edición de la Revista Sapiencia, diciembre 2021 a destacar la labor realizada por la Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos.

Mediante Acuerdo de Pleno No. 294 de 6 de septiembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia establece el primer centro de mediación, posteriormente mediante Acuerdo de Pleno No. 433 de 13 de diciembre de 2001, se reglamenta este servicio, creando el primer centro de mediación en el antiguo edificio Dorchester.

De esta manera surge el servicio de mediación institucional, como otra forma de solucionar los conflictos y contribuir a la solución efectiva y oportuna, creando centros de mediación en diferentes provincias del país; de esta forma el Órgano Judicial cumple con el Pacto de Estado por la Justicia del 2005, garantizando el acceso a la justicia a través de la utilización de los métodos alternos de resolución de conflictos.

En el 2015 la Corte Suprema de Justicia unifica los acuerdos y dicta otras disposiciones concernientes a los métodos alternos de resolución de conflictos; en las que incluye una nueva estructura organizacional e introduce la conformación de una unidad coordinadora de alto nivel, integrada al menos por un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, responsabilidad que desde el año 2016 hasta la fecha está a cargo del Dr. Cecilio Cedalise Riquelme, Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y dispone la creación de nuevos cargos dentro de la Dirección.

Es importante señalar, que la Revista Sapiencia, en esta edición resalta la labor de esta Dirección y aborda temas como: la Importancia de la Mediación en la Solución de Conflictos Privados en Panamá y Los principios de la mediación y sus abordajes desde la normatividad en Colombia y el derecho internacional privado.

Finalmente, invitamos a los autores a continuar cultivando el hábito de escribir, desde las diferentes instancias jurídicas y a los lectores nuestro agradecimiento sincero, por su preferencia y confianza.


Dr. Luis Ramón Fábrega Sánchez
Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia

Índice

La Importancia de la Mediación en la Solución de Conflictos Privados en Panamá.

Mgter. Erick Javier González González

10

Los principios de la mediación y sus abordajes desde la normatividad en Colombia y el derecho internacional privado.

Mgter. Zulgenis Ester Fornaris Parejo

28

La violación del deber de información en el marco de la responsabilidad precontractual.

Dr. Richard Jonathan Lemus Gil

42

Inteligencia artificial en el poder judicial Resoluciones para su aplicación en un Sistema Penal Acusatorio.

Mgter. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

56

Índice

Obligaciones en el derecho civil panameño.

Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro

72

Métodos Alternos de Resolución de Conflictos

Reseña histórica

La Corte Suprema de Justicia mediante Acuerdo de Pleno No. 294 de 6 de septiembre de 2001 crea el primer centro de mediación, para la atención de asuntos extrajudiciales que voluntariamente promovieran los usuarios del sistema judicial; este servicio fue reglamentado mediante Acuerdo de Pleno No. 433 de 13 de diciembre de 2001 de 13 de diciembre de 2001. El primer centro estaba en el antiguo edificio Dorchester.

De esta manera surge el servicio de mediación institucional, como otra forma de solucionar los conflictos, contribuyendo con ello en la solución efectiva y oportuna de las controversias de los usuarios que son presentadas en el sistema judicial; desde este primer reglamento, se establecieron aspectos importantes del servicio como: su naturaleza, funciones de los centros y funcionarios adscritos a estos, responsabilidades, facultades y obligaciones éticas de los mediadores, normas sobre el procedimiento, procedencia de los casos sometidos a mediación entre otros.

Con posterioridad a estas decisiones, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 225 de 19 de junio de 2003, modificó artículos del Acuerdo de Pleno No. 294 de 6 de septiembre de 2001, en el sentido de ampliar la posibilidad de crear más centros a nivel nacional, así como las modalidades del servicio, incluyendo la modalidad judicial, denominada así, para identificar el tipo de servicio de mediación en casos derivados de los despachos judiciales, cuando se ha entablado un proceso judicial; además cualifica al funcionario que brindará el servicio, estableciendo que solo podrá ser ejercido por personal con idoneidad,



para ejercer la profesión de mediador expedida por el Estado y dejaba abierta la posibilidad que el servicio de mediación también podría ser realizado por mediadores que no fueran servidores judiciales, previa comprobación de su idoneidad, habilidades, destrezas y experiencia.

Lo dispuesto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en este último acuerdo, se encaminó a fortalecer el servicio de mediación, contribuyendo con la desjudicialización de casos instados en los despachos judiciales y la calidad del servicio, esto con la exigencia de la idoneidad del servidor o personal de apoyo externo que ejercería tales funciones; además surgió la creación paulatina de centros en todo el país. La segunda provincia que contó con el servicio de mediación institucional fue Chiriquí en el año 2005, el segundo centro de esta provincia logró instaurarse en el distrito de Alanje en el año 2014 y con posterioridad ante la necesidad de prestar el servicio a los usuarios del área occidente de la provincia en el año 2018 se instaló dentro del juzgado municipal de Bugaba una sala de mediación y para los usuarios de la parte oriente en el año 2021 se instaló otra sala de mediación en el Juzgado Municipal de Gualaca.

En el año 2006 se crea el segundo centro de mediación en la provincia de Panamá, específicamente en el distrito de San Miguelito, en ese mismo año, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante Acuerdo No. 252 de 31 de mayo de 2006 crea la Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, instancia administrativa judicial adscrita a la Sala Cuarta de Negocios Generales, encargada de ejecutar las políticas y decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de métodos alternos de solución de conflictos; velar por el funcionamiento de todos los servicios y Centros; y es la encargada de promover las políticas y procedimientos que permiten cumplir con los objetivos, metas de esta, entre otras funciones no menos importantes.



La Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, es el cumplimiento del compromiso institucional adoptado por el Órgano Judicial en el Pacto de Estado por la Justicia en el año 2005, de garantizar el acceso a la justicia a través de la utilización de los métodos alternos de resolución de conflictos, con la aprobación por parte de la Corte Suprema de Justicia de crear la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC); este compromiso trajo consigo además, el fortalecimiento de los centros existentes a través del reacondicionamiento de sus instalaciones, de la dotación del recurso humano, mejoramiento y modernización de las herramientas básicas de trabajo y la ampliación del servicio de Mediación con la creación de centros en el resto de las provincias del país.

En cumplimiento a lo pactado, en el año 2006 el servicio de mediación institucional también se expande a la provincia de Veraguas y en el año 2007 se integra en la provincia de Colón y para el año 2009 se crea un Centro en la provincia de Herrera. Con posterioridad y ante el surgimiento de reformas procesales penales, cuyas normas de procedimiento incluyen el uso de la mediación como salida alternativa al proceso penal, se impulsa la creación de centros en las provincias cuyo nuevo procedimiento penal iniciaría, creándose en el año 2010 el centro de la provincia de Coclé y se continuó en ese mismo año con la expansión del servicio en la provincia de Bocas del Toro; y en el año 2011 se creó el centro en la provincia de Los Santos.

El servicio de mediación en el área metropolitana de la provincia de Panamá también se vio fortalecido con la creación de dos centros más, uno ubicado en el Edificio 725 Balboa en el año 2008 y otro en el Edificio de Plaza Edison en el año 2014; con la puesta en funcionamiento del nuevo procedimiento penal en las provincias del primer distrito judicial, se creó instalación para un nuevo centro en la provincia de Panamá Oeste, donde aún no se contaba con el servicio de mediación institucional y en el Edificio



de Plaza Fortuna del Sistema Penal acusatorio y en la provincia de Darién se brinda el servicio en línea. De esta manera el Órgano Judicial cumple con lo pactado e incluye en sus planes institucionales proyectos que no sólo prevén nuevas instalaciones y dotación de recurso humano, sino también dispone la realización de tareas administrativas organizacionales para mejorar el servicio y garantizar la calidad de este.

Respecto a esto último, la Corte Suprema de Justicia dicta el Acuerdo de Pleno No. 685 de 12 de noviembre de 2015 que unifica los acuerdos hasta ahora dictados referentes a los métodos alternos de resolución de conflictos y dicta otras disposiciones concernientes a estos; en las que incluye una nueva estructura organizacional que introduce la conformación de una unidad coordinadora de alto nivel a cargo integrada al menos por un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, responsabilidad que desde el año 2016 hasta la fecha está a cargo del Dr. Cecilio Cedalise Riquelme, Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y dispone la creación de nuevos cargos dentro de la Dirección.

Este acuerdo además, describe funciones y atribuciones de los servidores judiciales en estos nuevos cargos, dispone la implementación de nuevo método, establece la programación entre instancias administrativas judiciales para lograr objetivos de la dirección, con la Secretaría de Comunicación para la elaboración de planes de divulgación del servicio de mediación y con el Instituto Superior de la Judicatura (ISJUP) para la formación especializada en métodos alternos de resolución de conflictos a mediadores y otros servidores judiciales y contribuir en la formación académica de la materia con instituciones nacionales e internacionales.

Los datos estadísticos de las operaciones realizadas en los trece (13) centros y sus respectivas instalaciones habilitadas en despachos judiciales, luego de veinte (20) años de la creación del primer centro, evidencian los buenos resultados de la apuesta institucional de contar con un servicio integrado de solución alternativa en el sistema de justicia, como una referencia a nivel regional, ante la confianza de los usuarios en el servicio; de los servidores judiciales quienes referencian casos a los centros para no judicializar las causas y el incremento de número de casos judiciales derivados a mediación.

San Miguelito



Plaza Edison

La Importancia de la Mediación en la Solución de Conflictos Privados en Panamá

Mgter. Erick Javier González González

Juez de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá

Sistema Penal Acusatorio.

Órgano Judicial de Panamá

Correo electrónico: ejgg02@hotmail.com

La Importancia de la Mediación en la Solución de Conflictos Privados en Panamá

Recibido: Agosto 2021

Aprobado: Septiembre 2021

Resumen

En este trabajo se analizan los aspectos generales de la mediación con énfasis en la solución de conflictos privados para que los casos en los juzgados, especialmente civiles y comerciales, puedan ser derivados a mediación. De allí, que es importante crear conciencia en los Abogados para que transiten de una cultura del litigio hacia una cultura de paz. En este orden de ideas, hay un alto índice de causas por resolver en la jurisdicción civil y comercial, lo que trae como problemática el aumento del rezago judicial. Por tal motivo, la mediación es un instrumento eficaz para que las partes intervinientes puedan solucionar de manera pacífica su conflicto, permitiendo de esta manera reducir el índice de causas pendientes por dar respuesta. A su vez, se robustece la cultura de paz frente al alto índice de litigio que se percibe en los juzgados, procurando además beneficios para las partes en cuanto a reducción de tiempo, ahorro de dinero y se minimiza el desgaste tanto físico como emocional.

Abstract

In this paper, the general aspects of mediation are analyzed with an emphasis on solving private conflicts so that cases in court, especially civil and commercial, can be referred to mediation. Hence, it is important to create awareness in Lawyers to move from a culture of litigation to a culture of peace. In this vein, there is a high index of cases to be resolved in the civil and commercial jurisdiction, which brings as a problem the increase in judicial backwardness. For this reason, mediation is an effective instrument for the intervening parties to peacefully resolve their conflict, thus reducing the index of pending cases to be answered. At the same time, the culture of peace is strengthened in the face of the high rate of litigation perceived in the courts, also seeking benefits for the parties in terms of reducing time, saving money and minimizing both physical and emotional wear and tear.

Palabras Claves

Mediación, conflicto, paz, abogado y solución.

Keywords

Mediation, conflict, peace, lawyer and solution.

1. Introducción

El ejercicio de la abogacía requiere ser replanteado para transitar de una cultura del litigio hacia una cultura de paz, para que de esta manera las personas tengan un ágil acceso a la justicia de manera pacífica, pronta y efectiva. En pleno siglo XXI un buen abogado además de conocer el desarrollo de un proceso en la jurisdicción ordinaria debe ser capaz de proponer a sus clientes que hay métodos alternos de solución de conflictos como la mediación, cuyo resultado puede ser satisfactorio para las partes involucradas con múltiples beneficios. Por tal motivo, la mediación puede tener lugar previamente a la iniciación de un proceso o fuera de éste (mediación extrajudicial) o dentro del desarrollo de un proceso (mediación judicial).

En este orden de ideas, con la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio en Panamá se ha robustecido la mediación penal pero dicho impacto no se ha visualizado en la mediación civil y comercial. De allí que, en este trabajo investigativo se hace énfasis a los aspectos más relevantes de la mediación, el papel que juegan las universidades en la formación integral del futuro abogado haciendo énfasis en los métodos alternos de solución de conflictos, el rol del abogado en la mediación teniendo en cuenta la alta litigiosidad que se percibe en la jurisdicción civil como comercial lo que da como resultado un elevado rezago judicial en los casos por resolver y también en la importancia de la mediación en la solución de conflictos civiles y comerciales en aras de que las partes intervinientes se sientan satisfechas de acceder a una justicia diferente donde pueden encontrar beneficios.

2. Generalidades de la mediación

La mediación en la actualidad es una herramienta esencial para la solución efectiva del conflicto y un camino para construir la

cultura de paz, por lo que los abogados deben tener nociones de dicha temática para que puedan asesorar a sus clientes sobre esta forma alterna de acceder a una justicia rápida, flexible, confidencial, económica y colaborativa. Por ende, en este apartado se hace énfasis a sus principales tópicos.

2.1. Concepto de métodos alternos de solución de conflictos

Se puede entender que los métodos alternos de solución de conflictos “son técnicas aplicables a un caso concreto para encontrar la solución al conflicto o controversia” (Gorjón & Steele, 2016, p. 14). Por ende, como su denominación lo indica, son instrumentos de acceso a la justicia pero de manera alterna o diferente, donde las propias personas involucradas son capaces de encontrar una solución al conflicto o bien pueden ser asistidas por una tercera persona neutral que las orientará a encontrar la mejor solución e incluso esa tercera persona debe ser idónea.

Es por ello que, dependiendo del país o el autor que se consulte, los métodos alternos de solución de conflictos (MASC) se les ha dado diversas denominaciones como: Métodos Alternos para la Resolución de Disputas (MARD), Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), Gestión Alternativa de Conflictos (GAC), Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (MARS), entre otras.

Además, cabe resaltar que entre los principales y más conocidos métodos alternos de solución de conflictos se pueden mencionar los siguientes: Negociación, mediación, conciliación, arbitraje, transacción, círculos de paz, med-arb, mini juicios, entre otros.

2.2. Concepto de mediación

Hay muchos conceptos sobre mediación pero a continuación se destacan los más

relevantes, iniciando con lo que establece el Decreto Ley, 5 (1999) que señala lo siguiente

Artículo 52. Se instituye la mediación como método alternativo para la solución de conflictos de manera no adversarial, cuyo objeto es buscar y facilitar la comunicación entre las partes, mediante la intervención de un tercero idóneo, llamado mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de éstas, que ponga fin al conflicto o controversia.

Además, se puede entender por mediación según menciona Schiffirin (1995) “la técnica mediante la cual son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión”. (Como se citó en Clare, 2004, p. 39)

En este orden de ideas, “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (Ley 5, 2012).

Al respecto, la mediación es un procedimiento que permite que dos o más personas puedan entablar un diálogo asistido por una tercera persona idónea, llamada mediador, que los orientará para que ellas puedan encontrar una solución a su conflicto que sea satisfactoria y de esta manera puedan firmar un acuerdo que debe ser cumplido.

Se debe establecer que actualmente hay varios tipos de mediación dependiendo del área o ámbito en que se desarrolla, por ejemplo: Mediación civil, mediación comercial, mediación penal, mediación escolar, mediación

familiar, mediación comunitaria, mediación policial, mediación de consumo o de asuntos del consumidor, mediación agraria, mediación ambiental, mediación en conflictos de tierra, mediación sanitaria, mediación en conflictos de arrendamiento, mediación organizacional, entre otras.

2.3. Principios de la mediación

En el Decreto Ley 5 (1999) que regula la mediación en general en Panamá, se establecen seis principios cardinales que deben cumplirse en un proceso de mediación pero la doctrina ha considerado otros principios que complementan a los mismos. A continuación se explican brevemente cada uno de ellos y son:

Autonomía de la voluntad de las partes: Las partes deben tener disponibilidad de asistir a la mediación porque quieren resolver el conflicto. Por tanto, la mediación “es un proceso que para poder ser efectivo debe ser voluntario y que ninguna de las partes en conflicto concurra obligada o coaccionada. Así, tienen libertad para abandonar el proceso en el momento que lo deseen” (Álvarez et al., 2013, p. 62).

Equidad: Se refiere a la igualdad que debe existir entre los mediados como también hace énfasis al empoderamiento de cada uno de los participantes en el desarrollo de la mediación, nadie es más importante que otro ni tampoco nadie tendrá más poder que otro. Además, dicho principio hace eco a que el acuerdo (de llegarse a dar) debe ser satisfactorio para ambas partes (tratar de que sea equilibrado en 50% y 50%).

Neutralidad: Hace énfasis a que en la mediación el mediador no puede mezclar sus creencias religiosas, sentimientos, formas de pensar o cualquier criterio subjetivo con el conflicto y que por ende, influya en el resultado del proceso de mediación. Además, las partes deben dejar de un lado cualquier pensamiento

subjetivo o prejuicio que pueda dañar el buen desarrollo de la mediación.

Confidencialidad: Se refiere a que todo lo que se haga o diga en la mediación debe quedar allí y no se puede divulgar. Por tanto, “ninguna información debe ser entregada ni compartida con personas ajenas al proceso. Para ello, se deberá firmar un documento de confidencialidad en el que se haga constar explícitamente su obligación legal y moral de guardar el debido silencio” (Álvarez et al., 2013, p. 62).

Economía: Con la mediación hay un ahorro muy significativo de tiempo, dinero y esfuerzo tanto físico como mental, ya que “a diferencia de los procesos vinculantes de justicia ordinaria, la mediación es relativamente rápida y económica, debido –principalmente- a su corta duración” (Clare, 2004, p. 20).

Eficacia: Se refiere a que el mediador debe cumplir las reglas que señala el ordenamiento jurídico para el desarrollo de la mediación en aras de que dicho procedimiento sea ágil y que al final del camino exista satisfacción para las partes, ya sea que se haya llegado o no a un acuerdo. Por ende, de concretarse dicho acuerdo se espera que las partes lo cumplan. El éxito de una mediación no se mide por el acuerdo alcanzado, ya que puede que los mediados no lograron un acuerdo pero pudieron hablar y comprender la situación como el punto de vista del otro, lo cual también representa ganancia.

Buena fe: Las personas que deciden ir a mediación deben mantener un comportamiento adecuado como tener en mente tratar de resolver el conflicto de la mejor manera posible. Por ende, Álvarez et al., (2013) señalan que

Dado que al ser un proceso en el que nadie obliga a ninguna de las partes a participar en él, es necesaria una actitud honrada por parte de

los participantes en la mediación. Al tener que compartir información para poder llegar a una solución del conflicto, es necesaria una actitud colaboradora y honesta. (p. 62)

Imparcialidad: El mediador no debe con las partes “posicionarse nunca a favor o en contra de ninguna de ellas. Esto implica que el mediador no da opiniones, ni soluciones, tan sólo ayuda a sus clientes en el proceso para que ellos mismos encuentren la solución a sus conflictos” (Álvarez et al., p. 62). El mediador no debe inclinarse por ninguna de las partes y si considera que hay un conflicto de interés, debe declararse impedido.

Oralidad: La mediación descansa en una escucha activa y un diálogo sincero, por lo que hay que saber expresarse de manera clara como sencilla. De allí que, “las actuaciones se surten en audiencia, con la presencia directa de las partes, que pueden exponer su posición en forma verbal” (Gorjón & Steele, 2016, p. 22).

Flexibilidad: En la mediación no hay reglas rígidas ni tampoco se equipara a un juicio informal, ya que las partes tienen el poder de decisión. Al respecto, Highton (1998) menciona que “el procedimiento tiene un alto grado de informalidad, ello quiere decir que es flexible y las partes pueden variar el procedimiento de común acuerdo”. Sin embargo, se deben respetar algunas reglas mínimas establecidas en la ley, el reglamento o por el propio mediador, como el saber respetar, escuchar y hablar. (Como se citó en Gorjón y Steele, 2016, p. 22)

2.4. Modelos de mediación

Con el pasar del tiempo la doctrina ha establecido algunos modelos, teorías o escuelas de mediación respecto a la dinámica en que debe desarrollarse, los objetivos que persigue, el rol del mediador y otros aspectos que los diferencian unos de otros; pero en

esta ocasión se van a resaltar los tres modelos clásicos o más conocidos que son:

Modelo de Harvard: Sus principales defensores son Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton. Uno de los objetivos de este estilo de mediación es llegar a un acuerdo tratando de negociar las partes. En dicho modelo según Álvarez et al., (2013)

Las partes en conflicto deben centrarse en localizar intereses comunes, debiendo estar dispuestas a ganar y perder algo, ya que a cambio consiguen llegar a un acuerdo y preservan la relación, frenando la vuelta al pasado y poniendo especial énfasis en el futuro. (p. 148)

Modelo Transformativo: Sus principales defensores son Robert Bush y Joseph Folger. Se considera que “la mediación transformativa tiene éxito cuando la experiencia de las partes crece en dos dimensiones: la capacidad para fortalecer su propio yo y la capacidad para relacionarse adecuadamente con otros. Estos son los objetivos del empowerment (revalorización) y del reconocimiento” (Álvarez et al., 2013, p. 149). Este modelo de mediación es el que más se recomienda utilizar porque lo principal es ser empático para mejorar las relaciones interpersonales entre los mediados, por lo que el acuerdo pasa a un segundo plano pero de alcanzarse el mismo, es un logro.

Modelo Circular Narrativo: Su principal defensora es Sara Cobb y quien ha esparcido su difusión en Latinoamérica ha sido Marines Suárez. Este modelo “parte de la premisa de que con el lenguaje construimos y de-construimos la realidad y, por tanto, modificando las narraciones, a través de la comunicación, modificamos también la percepción que tenemos de esa realidad” (Álvarez et al., 2013,

p. 150). Su eje central es mejorar el diálogo entre las partes para así cambiar la historia y para que juntas traten de construir una nueva realidad; se recomienda para la mediación familiar.

2.5. El conflicto

Desde que se un ser humano nace convive con el conflicto, es algo natural en la vida cotidiana de cada persona. En el hogar hay diferencias entre hermanos, en la escuela existen discrepancias con compañeros de clases o en el trabajo se tiene un punto de vista distinto al del colega. Por ende, por mucho tiempo se percibía el conflicto como algo negativo o destructivo pero en la actualidad hay un enfoque positivo del mismo.

En este hilo de ideas, se debe considerar que el conflicto “es, en definitiva, un proceso interaccional en el que intervienen dos o más personas que tienen puntos de vista disímiles sobre una situación dada y en el que los involucrados desean lograr la mayor satisfacción de sus intereses y necesidades” (Clare, 2004, p. 20).

El conflicto según Vinyamata Camp (1999) “es la confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes, Esta confrontación no debería interpretarse de manera negativa, ya que los conflictos poseen aspectos positivos que permiten un desarrollo que beneficia a todas las partes involucradas”. (Como se citó en Clare, 2004, p. 19)

En la mediación el conflicto se percibe desde otra óptica porque las partes quieren encontrar una solución o al menos hacer el intento. Por ello, el conflicto según Sanabria (1997) es un

Proceso natural y necesario en toda la sociedad humana, como una de las fuerzas motivadoras del cambio social

y como un elemento creativo esencial en las relaciones humanas. No se trata de eliminarlo, sino más bien de regularlo y buscar su transformación en aras del cambio, estableciendo vías para su solución por las partes y la satisfacción de las mismas, sin que llegue a desembocar en violencia. (Como se citó en Clare, 2004, p. 19)

Un conflicto bien gestionado es sinónimo de creatividad, entendimiento, escucha asertiva, empatía, respeto, comprensión, colaboración y en fin representa el camino para construir una cultura de paz. Por ende, el conflicto no es algo malo sino que hay que saber escoger los métodos o instrumentos adecuados para saber gestionarlo, como lo es la mediación.

2.6. El mediador y sus habilidades

Después de los mediados o las partes, alguien que es un pilar importante para que la mediación se desarrolle de manera eficaz es el mediador. Por ende, el mediador es la tercera persona encargada de facilitar el diálogo entre los participantes de una mediación, por lo que debe poseer determinadas habilidades que lo hacen idóneo y lo diferencian de otros profesionales, ya que su rol debe proyectar responsabilidad.

Según Álvarez et al., (2013, p. 145) un mediador debe tener las siguientes habilidades: “Rapport, creatividad, paciencia, inteligencia, objetividad, ingenio, resistencia, experiencia en conocimientos, habilidades personales, sentido del humor, perspicacia, credibilidad, capacidad de empatía, habilidad para inspirar confianza y habilidades intelectuales”. Además, en muchos países, incluyendo a Panamá, deben obtener su idoneidad previa el cumplimiento de determinados requisitos ante el ente competente (Ministerio de Gobierno).

A su vez, el mediador según Oyhanarte debe

Poseer cualidades personales (reconocida trayectoria ética, sensibilidad, facilidad de comunicación, credibilidad), capacitación (para comprender y saber aplicar las etapas del proceso) y manejo de habilidades (saber escuchar, crear armonía, evaluar intereses y necesidades, armar opciones, manejar la ira, saber parafrasear, saber reenfocar, romper el estancamiento, planificar estrategias, equilibrar el poder, redactar acuerdos y saber emitir otros servicios. (Como se citó en Clare, 2004, p. 56)

El mediador no necesariamente debe ser un Abogado pero muchos profesionales del Derecho han acaparado dicho campo, esta tendencia va en aumento ya que además de las habilidades antes mencionadas, el mediador debe conocer de las normativas que regulan el conflicto para evitar que se llegue a un acuerdo que viole la ley.

3. Fundamento jurídico de la mediación en Panamá

En Panamá actualmente se practican diversos tipos de mediación que se encuentran reguladas de manera especial (ya sea que se exhorta a que se utilice o se establecen sus reglas a seguir en diversas normativas), como la mediación penal (Código Procesal Penal, 2008), mediación familiar (Código de la Familia, 1994), mediación comunitaria (Ley 16, 2016), mediación agraria (Ley 55, 2011), mediación ambiental (Ley 41, 1998), mediación en adjudicación de tierras (Ley 59, 2010), mediación en la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá (Ley 19, 1997 & Acuerdo, 23, 2004), mediación en la Autoridad de los Servicios Públicos

(Decreto Ejecutivo, 279, 2006), entre otras.

Sin embargo, el marco legal general de la mediación en Panamá y que se aplica a los conflictos privados es el siguiente:

A) Decreto Ley, 5 (1999), “Por la cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación”.

B) Código Judicial (2001), en concordancia con el artículo 202 de la Constitución Política (2004):

Artículo 3: La administración de justicia en lo judicial se ejerce de una manera permanente por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Justicia, los Jueces de Circuito, los Jueces Municipales, el Tribunal Tutelar de Menores, los Tribunales Marítimos, los Tribunales Superiores de Trabajo, los Juzgados Seccionales de Trabajo y cualesquiera otros tribunales que se creen dentro del Órgano Judicial.

También se ejerce en casos especiales, por personas particulares que, en calidad de jurados, arbitradores o árbitros, o por razón de cualesquiera otros cargos de esta misma naturaleza, participen en las funciones jurisdiccionales, sin que ello incluya a tales personas como parte del Órgano Judicial.

C) Reglamentos internos de cada centro de mediación (público o privado).

D) Jurisprudencias. La Corte Suprema de Justicia (2005) señaló que

El arbitraje, la mediación así como la conciliación constituyen medios o métodos alternos de solución de conflictos. La adopción de estas

formas alternas en la solución de controversias se ha incorporado en las distintas legislaciones con la finalidad de agilizar las controversias en distintos tipos de negocios que a través de las leyes de cada país han adoptado como vía sustitutiva a la judicial estos mecanismos. Así también tenemos que las personas que le dan solución a estos conflictos, si bien podría decirse en un principio realizan temporalmente una función de tipo judicial, no toman la calidad de servidores públicos. Además, dicho criterio fue corroborado en otro fallo de la Corte Suprema de Justicia (2011).

E) Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: Respecto a la Creación de las Cátedras UNESCO sobre Cultura de Paz (1991); se instauró la Unidad del Programa de Cultura de Paz (1994); en el proyecto transdisciplinario: Hacia una Cultura de Paz (Resolución 52/13 de 1998) en el que se implementan tres ejes que son: La cultura de paz, educación para la paz y la cultura de paz en la práctica y en el proyecto de Estrategia a Plazo Mediano 2014-2021, señala dos objetivos globales a considerar: Paz -Contribuir a una paz duradera; y desarrollo sostenible -Contribuir al desarrollo sostenible y a la erradicación de la pobreza.

Lo importante es que en Panamá se están dando los primeros pasos para crear una cultura de paz que se base en la solución pacífica de los conflictos utilizando instrumentos eficaces como la mediación con el objetivo de disminuir la litigiosidad. A su vez, se debe indicar que la mediación puede ser aplicada a cualquier tipo de conflicto, aunque no se encuentre regulada de manera especial, ya que el Decreto Ley, 5 (1999) abre el compás para que la mediación sea aplicada en cualquier contexto, es decir, es

la norma general que sustenta la mediación en Panamá.

4. Cultura del litigio vs cultura de paz

Ante un mundo tan convulsionado y globalizado se requiere transitar de una cultura del litigio hacia una cultura de paz, ya que actualmente la solución de un conflicto no solamente se logra en los tribunales de justicia porque hay métodos alternos de solución de conflictos que pueden practicarse donde se obtienen muchos beneficios.

4.1. Conceptualización

La cultura del litigio está muy marcada en la mente de las personas, ya que cuando surge cualquier conflicto lo que piensan es que debe ser resuelto por un juez o una tercera persona con competencia para que adopte una decisión. De allí que, hay un alto volumen de casos por resolver en las diferentes jurisdicciones del Órgano Judicial porque las personas todavía piensan que un juez es la persona idónea para que resuelva sus conflictos. A este tenor Álvarez et al., (2013) indican que

Un sistema para alcanzar la “paz social” o la convivencia ha sido el sistema judicial sometiendo a un tercero el conflicto en el marco de un proceso jurídico. Por ello los juristas han sido tradicionalmente los profesionales a los que se ha acudido para la resolución de un conflicto. (pp. 35-36)

Si bien los abogados juegan un rol importante en la gestión de los conflictos que se presentan en los diferentes tribunales de justicia, en los últimos años se ha percibido un desgaste de la administración de justicia porque hay muchos casos en espera de ser resueltos, aunque de la mano se brinde el servicio de mediación pero todavía ni abogados ni usuarios del sistema se encuentran familiarizados con estos métodos alternos de

solución de conflictos para que los utilicen con frecuencia.

Al Órgano Judicial por muchos años no se le ha asignado el presupuesto o dinero necesario para modernizar su sistema y así brindar un mejor servicio a la ciudadanía. Además, Esplugues (2019) considera que

A pesar de las reformas procesales y de las inversiones por parte del Estado, los tribunales estatales se presentan crecientemente como caros, lentos y, lo que es aún peor, impredecible en sus respuestas. En tal sentido, la incapacidad del Estado para satisfacer las exigencias de justicia de sus ciudadanos conduce, incluso, a algunos de estos, a obviar cualquier intento de resolución de sus controversias. (p. 18)

Por lo que en muchas ocasiones se aplica el refrán que dice que, una justicia tardía no es justicia, o como bien decía Séneca “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”.

Ante dicha situación que es preocupante, pareciera que la cultura del litigio todavía está robustecida tanto en las aulas de clases de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de muchas universidades como en el ejercicio de la abogacía, y no es que el litigio sea maligno sino que se ha incrementado; también considerando que hay determinados temas o procesos que son exclusivos para ser resueltos por un tribunal de justicia. A su vez, se debe recalcar que en la “práctica del litigio, los procesos legales contradicen la esencia del mismo, pues la consecución de la justicia no es expedita, esto es, los estadios de su ejecución son lentos, por lo que es necesario generar reformas integrales para darles dinamismo” (Gorjón & Steele, 2016, p. 6).

Por otro lado, la cultura de paz es un

término amplio y complejo que comprende diversas temáticas como sectores donde se desarrollan los individuos, pero aproximándose a un concepto más cercano se podría señalar que la Organización de las Naciones Unidas se ha pronunciado, afirmando que

Consiste en valores, actitudes y conductas que plasman y suscitan a la vez interacciones e intercambios sociales basados en principios de libertad, justicia y democracia, todos los derechos humanos, la tolerancia y la solidaridad, que rechazan la violencia y procuran prevenir los conflictos tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación y que garantizan el pleno ejercicio de todos los derechos y proporcionan los medios para participar plenamente en el proceso de desarrollo de su sociedad. (Resolución, A/RES/52/13, 1998)

La cultura de paz busca un cambio en la sociedad donde las personas perciban el conflicto de una manera diferente en cuanto se puede gestionar fuera de los tribunales de justicia pero respetando en todo momento los derechos de las personas intervinientes y dentro de los instrumentos que promueven dicha cultura de paz se encuentra la mediación. Por tal motivo, la cultura de paz persigue disminuir la cultura del litigio para que las personas tengan una pronta como satisfactoria solución a sus conflictos. En este orden de ideas, Cabello y Vásquez (2018) afirman que

La cultura de paz supone ante todo un esfuerzo generalizado para modificar mentalidades y actitudes con ámbito de promover la paz, es hacer que los niños y los adultos comprendan y respeten valores universales como la justicia, la libertad, la democracia, los derechos humanos, la igualdad, la tolerancia, la cooperación y la solidaridad. (Pp.73-74)

Ante dicho escenario de luces y sombras de la cultura de paz con la cultura del litigio, el abogado del siglo XXI debe lograr un equilibrio entre los casos que puede gestionar por la mediación y aquellos que deben ser presentados a los tribunales de justicia. De allí que Clare (2004) señala que

Uno de los grandes problemas que tienen las empresas hoy en día es encontrar el abogado correcto, no sólo que conozca las diferentes ramas del Derecho, sino que ayude a reducir los conflictos generados por la actividad diaria comercial y gestionarlos de la forma más eficaz posible. (p. 84)

Por ende, en la actualidad, muchas personas buscan los servicios de un abogado que les ofrezca pronta respuesta a sus conflictos pero con ahorro de tiempo, dinero y esfuerzo. Por tal motivo, los abogados del siglo XXI deben estar formados en una cultura de paz que incluya los métodos alternos de solución de conflictos porque en definitiva el “trabajo para alcanzar una Cultura de Paz universal es arduo y demanda el interés y el compromiso de todas y todos. Por ello es que es necesario participar en la búsqueda continua de estrategias que permitan alcanzar la armonía cosmopolita” (Ochoa Rocha, 2021, pp. 97-98), ya que en la medida que se tenga una formación en leyes basadas en una cultura de paz, se va minimizar el litigio férreo en los tribunales y se va a optar por ofrecer a los usuarios del sistema de justicia la mediación como salida alterna.

4.2. Formación del futuro abogado por las universidades

La universidad debe ser un faro que ilumine la mente de los estudiantes y un punto de encuentro de conocimientos innovadores que luego serán replicados en la sociedad por los futuros profesionales del país. Además, Fisas (1998) menciona que

La educación es sin duda alguna, una de las principales columnas que sostendrán y perpetuarán la cultura de paz, a través de ella podremos introducir de forma generalizada los valores, herramientas y conocimientos que forman las bases del respeto hacia la paz, los derechos humanos y la democracia. (Como se citó en Cabello & Vásquez, 2018, p.74)

En especial, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de cada universidad debe tener un perfil del futuro abogado en aras de que sea tanto competente como competitivo una vez egrese de las aulas de clases.

De allí que, la universidad debe insistir en que el futuro Abogado logre “desaprender la lógica del derecho para aprender la lógica de la negociación” (Díaz, 2006, p. 481). Si bien los estudiantes que se forman para ser abogados deben conocer tanto las leyes sustantivas como procesales para así poder litigar en los tribunales de justicia, también dichos estudiantes debieran recibir una formación en métodos alternos de solución de conflictos, al menos los más importantes y conocidos como son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje para que sus futuros clientes reciban una asesoría de calidad donde no solamente se le ofrezca como única opción la presentación de una demanda en un tribunal de justicia, sino que se le pueda mencionar otras opciones de resolver el conflicto de una forma más pacífica.

La sólida formación de una cultura de paz en las universidades, en especial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, debiera involucrar según Díaz de Cerio (1998) que

Educación en la resolución de conflictos.- Será conveniente, incluso necesario, educar para el conflicto, estimulando la utilización de formas de resolución no violenta de los conflictos,

desarrollando una sana competencia personal y colectiva salvando siempre el respeto a la persona y, muy especialmente, el respeto a la dignidad y a los derechos de los más débiles. (Como se citó en Cabello & Vásquez, 2018, p.87)

En los conflictos de esencia privada, especialmente los casos civiles y comerciales que se tramitan en los diversos tribunales de justicia, conlleva una inversión de mucho esfuerzo, tiempo y dinero que con el pasar de los años representa un desgaste no solamente para las partes litigantes sino también para el propio sistema de administración de justicia. Si bien esa es la dinámica y la realidad que se vive actualmente, eso no quiere decir que no pueda ser cambiada, ya que existen métodos alternos de solución de conflictos como la mediación, que de ser utilizada, muchos casos de los tribunales de justicia se podrían derivar a mediación o incluso antes de judicializarse un conflicto se podría poner en práctica la mediación extrajudicial. Pero ese conocimiento de la mediación debe ser adquirido en las aulas de clases. Por lo que es un reto para los docentes explicar estos temas innovadores en el desarrollo de sus clases, especialmente en las áreas del Derecho Civil y Derecho Comercial.

El estudio del Derecho es amplio e incluso las mallas curriculares actuales de las carreras que se ofrecen en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas no cuentan con asignaturas relacionadas a la gestión efectiva de los conflictos o de métodos alternos de solución de conflictos, pero nada impide que los docentes puedan realizar adecuaciones al currículo para que dichos temas sean conocidos por los estudiantes en aras de que se robustezca la cultura de paz.

Hay que recordar que muchos de los

casos civiles y comerciales que se tramitan en los tribunales de justicia tienen un trasfondo monetario, es decir, hay dinero de por medio, pero si un proceso judicial dura años, tal vez ese dinero cuando el caso ha concluido no sea del todo disfrutado por el vencedor porque en el camino es muy seguro que se tuvo pérdida de dinero por diversos motivos incluyendo los gastos del proceso e incluso hay la posibilidad de que la persona vencida no tenga suficiente dinero o recursos con qué pagar (en el evento que no se hay promovido un secuestro de bienes previo o durante el proceso). Esta realidad debe ser enseñada a los futuros abogados en las aulas de clases porque de haberse derivado la causa judicial a mediación, hay muchas posibilidades que culmine con un acuerdo donde ambas partes se sientan satisfechas.

La mediación no es el remedio para todos los casos judiciales ni tampoco pretende disminuir el rezago o la mora judicial pero sí es un instrumento efectivo para la gestión de los conflictos donde hay muchos beneficios, donde incluso los abogados pueden tener más ingresos económicos en corto tiempo porque generalmente el conflicto se resuelve en días o semanas. En este hilo de ideas, en la esfera comercial “consideramos indefectible que, tanto los directivos de nuestras empresas como los abogados que los asesoran, deberían tomar conciencia y preocuparse de incluir en los contratos de carácter mercantil la utilización de los métodos alternos de resolución de las controversias” (Clare, 2004, p. 64). Por tal motivo, se debe recomendar a los futuros abogados que al momento que redacten cualquier tipo de contrato, sea en la esfera civil o comercial, se incluya una cláusula de mediación, respecto a que si ocurre cualquier conflicto a futuro, antes de someter el proceso a la jurisdicción ordinaria, se debe intentar una mediación.

4.3. Rol del abogado en la mediación

En la mediación son las partes intervinientes o los mediados las personas más importantes para que encuentren la mejor alternativa a su conflicto, pero nada impide la participación de los abogados en el procedimiento de la mediación.

Se debe señalar que el rol del abogado en la mediación será muy distinto al que ejerce en los tribunales de justicia, ya que como señala Clare (2004)

Debemos partir de un hecho cierto: nuestro sistema legal está saturado por una cultura litigante, en consecuencia, los juzgados se encuentran atiborrados de procesos legales que, muchas veces, son atrasados por parte de los propios abogados para poder facturar más, en el caso del pacto previo de honorarios por hora. (p. 85)

Por tanto, dicha realidad no sucede en la mediación, ya que el mediador pondrá orden y exigirá el cumplimiento de una conducta ética a los abogados.

El rol del abogado en una mediación es de asesorar a su cliente para que negocie la mejor opción en base a sus intereses pero sin el ánimo de aprovecharse de la otra parte, ya que en la mediación cada parte debe ceder algo para lograr un punto de equilibrio, ya que no se trata de implementar una negociación competitiva sino de practicar una negociación colaborativa donde ambas partes ganen. De allí que se requiere la formación del abogado en técnicas de negociación como de conocimientos en el procedimiento de mediación, cuyos temas debieran ser enseñados en la universidad durante su vida estudiantil o bien profundizados en estudios de postgrados.

En el evento de que se llegue a un acuerdo

de mediación, el abogado puede seguir fungiendo como asesor de su cliente para que sea garante que se cumpla el mismo; incluso de darse un incumplimiento parcial, como también de surgir una eventualidad que impida el cumplimiento del acuerdo, nada impide que se dé la re-mediación, que no es más que el conflicto o asunto ya resuelto con un acuerdo sea nuevamente derivado a mediación. Por lo que el abogado, puede seguir asesorando a su cliente y esto por supuesto incluye su pago de honorarios.

En la mediación no es obligatoria la presencia de los abogados pero si ambas partes desean la presencia de sus abogados, especialmente en asuntos civiles y comerciales, ellos fungirán como asesores incondicionales de sus clientes porque al final del camino la decisión de llegar a un acuerdo o no, la toman las partes, pero lógicamente dicha decisión dependerá de la asesoría de los abogados. Por ello, la mentalidad del abogado en la mediación debe ser diferente y como enfatiza Alarcón Sánchez (2010) que

Ahora se tiene la oportunidad de cambiar, por lo que debe salirse del sistema adversarial y pensar en el universo de la resolución de disputas, esto es, pensar en la resolución de conflictos con una perspectiva distinta, así como un acercamiento diferente al análisis y solución de los problemas; la visión debe ser futurista y realista. (Como se citó en Gorjón & Steele, 2016, p. 7)

Si bien al abogado litigante se le debe reconocer su trabajo y debe recibir un beneficio económico por el servicio prestado, también se debe pensar en los clientes que quieren que su conflicto se solucione con prontitud por lo que igualmente quiere recibir beneficios (ahorro en

tiempo, dinero y esfuerzo físico-emocional), es decir, los beneficios de la mediación van en doble vía tanto para el abogado como para su cliente.

El Abogado no debe pensar que al aplicar la mediación en la solución de sus casos va a percibir reducido sus honorarios sino todo lo contrario, el pago de sus honorarios será más rápido porque los tiempos se acortarán, ya que la mediación puede durar días o semanas, generalmente. Incluso, es mejor aplicar el dicho que “más vale un mal arreglo, que un buen pleito”, aunque todo dependerá de la voluntariedad de las partes y la asesoría de los abogados en las sesiones de mediación. Pero si el Abogado conoce de mediación y sabe asesorar con profesionalismo, tendrá la plena convicción que el acuerdo de mediación al que se llegue será satisfactorio para todas las partes involucradas, ya que la mediación persigue un “ganar-ganar” para los mediados.

5. Importancia de la mediación en la solución de conflictos privados

Los procesos judiciales en la jurisdicción civil y comercial en Panamá tienen como peculiaridad que son largos, tediosos y formalistas, pero la mediación es un instrumento eficaz para que los conflictos se solucionen de manera diferente. Al respecto Esplugues (2019) menciona que

El incesante aumento del número de procesos planteados ante los tribunales coloca bajo presión al modelo estatal de justicia, y supone un reto enorme para el Estado. Con el agravante de que, en muchos lugares del planeta, el incremento de la inversión estatal en la administración de justicia no ha servido para mitigar de manera perceptible, los negativos efectos derivados del crecimiento constante en las cifras de procesos iniciados. Especialmente en lo referente al alargamiento

de los procesos judiciales, y a la elevación de los costes incurridos en su desarrollo. (p. 16)

Ante dicha realidad, la mediación no pretende ser una competencia de los tribunales de justicia, sino todo lo contrario, pretende ser un instrumento aliado que le permita desahogar los procesos judiciales para que solamente se queden en sede judicial aquellos que no puedan ser resueltos por la mediación. A su vez, Gorjón y Steele (2016), consideran que

Es necesario destacar que existe la tendencia a confundir su terminología técnica, por el llamado efecto de la judicialización de los MASC. Esto significa que quienes utilizan los MASC tienden a esperar las mismas condiciones de un proceso judicial, lo cual rompe con sus características elementales. Esto ocurre por la costumbre de recurrir al sistema adversarial, con lo que su operatividad queda anulada. (p. 4)

De allí, que los abogados requieran tener mayor formación en los métodos alternos de solución de conflictos para que no confundan el rol que deben tener en un procedimiento de mediación con respecto a un proceso judicial.

En este orden de ideas, la mediación es importante en la solución de los conflictos privados porque se obtienen, entre otros, los siguientes beneficios:

- No hay ganadores ni perdedores, por lo que se promueve la cultura de paz.
- El procedimiento es más sencillo sin tantos requisitos ni prácticas dilatorias.
- Durante el procedimiento de mediación se utiliza un lenguaje sencillo y amigable para las partes, evitando todo tipo de

tecnicismos jurídicos.

- Es más económico porque hay una disminución de los costos de un proceso normal en la jurisdicción ordinaria.
- Las personas o empresas desean que sus conflictos se mantengan en el anonimato sin que les causen efectos negativos en su imagen personal o empresarial, por lo que se garantiza la confidencialidad; es decir, el conflicto se maneja con un bajo perfil sin afectar la reputación de las partes.
- Ahorro de tiempo y esfuerzo para las partes intervinientes, teniendo en cuenta que un proceso judicial en la jurisdicción civil y comercial dura más de un año; mientras que la mediación pueden durar días o un par de semanas.
- Representa un ahorro de dinero en cuanto a las costas judiciales porque en la mediación nadie pierde y no existe la condena en costas por instancias.
- Se descongestionan los tribunales de justicia y solamente se tramitan aquellos conflictos que realmente no pueden resolverse de manera pacífica.
- Se mantiene una relación equilibrada entre el proceso judicial y la mediación.
- La mediación se concibe como un derecho humano donde se busca un acceso a la justicia de manera diferente pero efectiva.
- Favorece la comunicación y la disponibilidad de las partes en la solución del conflicto, donde a la otra persona no se le percibe como un enemigo.
- Como las partes negocian en base a sus intereses, de llegarse a un acuerdo, el mismo es más satisfactorio.
- El acuerdo al que llegan las partes presta mérito ejecutivo, por lo que es de obligatorio cumplimiento.
- El acuerdo alcanzado tiende a ser cumplido, generalmente, por las partes porque ellas mismas tomaron su decisión sin ser impuesta por otra persona.

- Representa un nuevo paradigma de justicia alterna para resolver conflictos, donde incluso se promueve la práctica de valores.

Se debe tener presente que los asuntos o conflictos susceptibles de ser remitidos a mediación han de ser aquellos derechos disponibles para las partes, es decir, se hace énfasis a derechos patrimoniales y transables. En este hilo de ideas, el Decreto Ley, 5 (1999) señala que se pueden someter a la mediación aquellas materias susceptibles de transacción, desistimiento y negociación, por lo que en la esfera del Derecho Civil y Derecho Comercial casi todos (pero no todos) los procesos pueden ser remitidos a mediación, por ejemplo: Incumplimiento de contrato, indemnización por daños y perjuicios, cobro de honorarios profesionales, conflictos hipotecarios o prendarios, pago de deuda, conflictos de juntas directivas o de accionistas de sociedades, cobro de alquileres atrasados, conflictos entre copropietarios, conflictos de títulos valores, compraventa de bienes muebles o inmuebles entre particulares, entre otros.

En el mundo comercial también en las empresas surgen conflictos que pueden ser resueltos a través de métodos alternos como la mediación, ya que requieren ser solucionados de manera rápida en vista de que su interés es generar lucro y la productividad de sus colaboradores en el menor tiempo posible. Ante dicha realidad, “los problemas que se generan en las empresas se podrían decir que son los relacionados con la comunicación y la organización entre las partes” (Herrera Bernal, 2021, p 3); por lo que si el conflicto es interno, se debe buscar con prontitud la ayuda de un mediador interno o externo, pero si el conflicto es externo que incluye clientes, proveedores u otras empresas se puede recurrir a un centro de mediación ya sea público o privado en aras de

que un mediador idóneo gestione su conflicto.

De igual modo, se debe señalar que los principales centros o instituciones que ofrecen el servicio de mediación para resolver conflictos privados en Panamá son:

- CESCÓN: Centro de Solución de Conflictos.
- CEMENA: Centro de Mediación, Negociación y Arbitraje.
- CeCAP: Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.
- CECOMAP: Centro de Arbitraje, Mediación y Conciliación Marítimo de Panamá.
- Corte Arbitral y Centro de Conciliación y Mediación (CAMCHI). (Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Chiriquí en convenio con la Universidad de Panamá).
- Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (CMRC) del Órgano Judicial.

Se debe aclarar que los centros privados cobran por el servicio de mediación pero los centros del Órgano Judicial ofrecen su servicio de manera gratuita, aunque todos los centros de mediación actualmente cumplen con los parámetros legales para su funcionamiento y cuentan con un equipo idóneo para ofrecer un servicio de calidad a los usuarios que buscan justicia de una manera diferente. En consecuencia, Álvarez et al., (2013) manifiestan que

La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también

que preserven una relación amistosa y viable entre las partes, dando la posibilidad a las partes de que los acuerdos tengan carácter ejecutivo. (p. 14)

Si existiese una adecuada gestión de los conflictos en asuntos civiles y comerciales las estadísticas de procesos judiciales fuesen bajas pero la realidad es otra, por lo que se requiere del apoyo de los abogados para que asesoren a sus clientes a utilizar la mediación para que perciban sus bondades, ya que como indica Tarlow “la mediación permite minimizar los costos legales, el control del proceso de decisión, evita la mayoría del estrés emocional, mantiene las relaciones empresariales y procura el proceso más rápido para terminar con las disputas”. (Como se citó en Clare, 2004, p. 64)

Según estadísticas del Órgano Judicial existían 29,112 casos pendientes por resolver en la jurisdicción civil a nivel nacional hasta el primer semestre del año 2020. Sin embargo, si se compara con el número de casos derivados a mediación hay mucha litigiosidad, ya que se obtiene el siguiente resultado: 514 sesiones de mediación extrajudicial se realizaron en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial a nivel nacional para el año 2019; mientras que 41 sesiones de mediación judicial se lograron; lo que arroja un total de 555 sesiones de mediación realizadas

en la jurisdicción civil.

Los tipos de procesos sometidos a la mediación civil extrajudicial fueron: Alquileres (17), compraventa de bienes muebles (20), compraventa de bienes inmuebles (27), daños y perjuicios (18), deuda civil (350), división de bien común (22) e incumplimiento de contrato (60). Mientras que los tipos de procesos sometidos a la mediación civil judicial fueron: Daños y perjuicios (2), división de bien común (37) e incumplimiento de contrato (2).

Otro dato interesante es que del total de sesiones realizadas en la mediación judicial de las distintas jurisdicciones en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial a nivel nacional para el año 2019, el 1.0% corresponde a causas agrarias, el 1.3% a civil, el 27.3% de la familia y la niñez, el 2.0% a asuntos de libre competencia y del consumidor, el 5.3% a penal mixto y 63.2% a causas penales del sistema penal acusatorio. En total se realizaron 3,262 sesiones de mediación judicial en las jurisdicciones ya mencionadas en dichos Centros.

Ante esta realidad, se requiere mayor publicidad de la mediación para los usuarios del sistema de administración de justicia para que resuelvan sus conflictos civiles y comerciales de otra manera, aunado del apoyo que deben brindar los abogados, para que se pueda transitar de una cultura del litigio hacia una cultura de paz.

Conclusiones

La mediación se fundamenta en principios como la autonomía de la voluntad de las partes, confidencialidad, imparcialidad y equidad, logrando un mejor acceso a la justicia.

La mediación es un método eficaz para la solución de conflictos civiles y comerciales, ya que promueve un clima de diálogo asertivo y ahorro en tiempo, dinero y esfuerzo para las partes intervinientes, permitiendo además un acceso a la justicia de manera más rápida y donde la decisión final de la causa judicial está

en manos de las personas involucradas.

Se requiere mayor enseñanza de los métodos alternos de solución de conflictos, en especial de la mediación, en las aulas universitarias para que los futuros abogados no solamente sean formados en la cultura del litigio sino también en la cultura de la paz. Aunado a lo anterior, esto repercutiría en que menos causas deban ser resueltas en los juzgados porque serían derivadas a un Centro de Mediación, tratando de lograr un pequeño alivio al regazo judicial existente de causas pendientes por resolver.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez, M., Gil, B., y Morcillo, J. (2013). *Mediación Civil y Mercantil, Colección Práctica de Mediación*. España: Editorial Dykinson.
- Cabello, P. y Vásquez, R. (2018). *Cultura y Educación para la Paz. Una Perspectiva Transversal*. México: Editorial Tirant lo Blanch.
- Clare, M. (2004). *La Mediación Gerencial... para la Gestión de los Conflictos Organizacionales*. Panamá: Editorial Universal Books.
- Código Judicial, 2001. Resolución 1 agosto 30, 2001. 10 de septiembre de 2001 (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 753-03 (M.P. Wiston Spadafora; marzo 28 de 2005).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 876-10. (M.P. Harley Mitchell; enero 20 de 2011).
- Decreto Ley, 5, de 1999, (Presidencia de la República y Consejo de Gabinete). Por la cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación, 8 de julio, 1999 (Panamá).
- Díaz, L. (2006). *La Mediación y Negociación para Resolver Conflictos Legales*. México.
- Esplugues, C. (2019). *Mediación Civil y Comercial. Regulación Internacional e Iberoamericana*. España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gorjón, F. y Steele, José G. (2016). *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (2a ed.)*. México: Oxford University Press.
- Herrera Bernal, L.L. (2021). *Mediación empresarial y la sucesión generacional en empresas familiares*. *Revista de Mediación, ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*. Vol. 14, N°1, pp. 1-9. Recuperado de: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-empresarial-y-la-sucesion-generacional-en-empresas-familiares/>
- Ley 5, 2012. *De mediación en asuntos civiles y mercantiles*, 6 de julio, 2012 (España).
- Ochoa Rocha, M.J. (2021). *La transversalidad de la cultura de paz en la educación*

superior como eje principal para la formación integral de profesionistas. Revista Eirene Estudios de Paz y Conflictos, Vol. 4, N°6, Enero-Junio, pp. 93-112. Recuperado de: <https://www.estudiosdepazyconflictos.com/index.php/eirene/article/view/113/57>

Órgano Judicial de Panamá. (2020). Estadísticas Judiciales. Recuperado de: <https://www.organojudicial.gob.pa/files/estadisticas-judiciales-estadisticas-generales>
ResoluciónA/RES/52/13 de 1998 (Organización de las Naciones Unidas). Cultura de Paz. Enero 15 de 1998.

Mgter. Erick Javier González González

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, capítulo de Honor Sigma Lambda. Además, ha obtenido los siguientes títulos académicos: Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos otorgado por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México; Maestría en Mediación, Negociación y Arbitraje; Maestría en Docencia Superior; Maestría en Derecho Administrativo; Maestría en Derecho Procesal; Maestría en Entornos Virtuales del Aprendizaje; Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal; Maestría en Derecho Penitenciario

y Ejecución de la Sentencia; Maestría en Derecho Tributario; Especialista en Experto Universitario en Resolución de Conflictos y Mediación Organizacional; Especialista Experto Universitario en Resolución de Conflictos y Mediación Social; Posgrado en Cumplimiento Normativo; Profesor de Segunda Enseñanza; entre diversos técnicos superiores, diplomados, cursos y seminarios. A su vez, ha sido conferencista en diversos eventos. Actualmente se desempeña como Juez de Garantías y docente en la Universidad de Panamá.

Embera



Edificio 725

Los principios de la mediación y sus abordajes desde la normatividad en Colombia y el derecho internacional privado

Mgter. Zulgenis Ester Fornaris Parejo

Profesora Universidad Simón Bolívar

Tutora Programa Todos a Aprender

Correo electrónico:zulgenis@gmail.com, zforaris@unisimonbolivar.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-6537-1134>

Los principios de la mediación y sus abordajes desde la normatividad en Colombia y el derecho internacional privado

Recibido: Febrero 2021

Aprobado: Octubre 2021

Resumen

La mediación es uno de los métodos de solución de conflictos que tiende a ser amigable en el tratamiento de las controversias, invitando a la actuación de las partes, bajo algunos principios que caracterizan las funciones de los que en ella intervienen, tanto las partes en conflicto, como el tercero, quien asume el rol de mediador, por lo que resulta relevante en el presente documento realizar un análisis de los diversos conceptos de la mediación, y los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad como los ejes del proceso, identificando su presencia en la normatividad que existe desde lo nacional en Colombia, y su abordaje desde el derecho internacional privado, tomando como principales referentes las Leyes Modelo CNUDMI de los años 2002 y 2018, para finalmente evidenciar la presencia de los principios en mención y las relaciones existentes entre ambas normatividades respecto a éstos.

Abstract

Mediation is one of the conflict resolution methods that tend to be friendly in the treatment of disputes, inviting the parties to act, under some principles that characterize the functions of those involved, both the parties in conflict. as the third party, who assumes the role of mediator, so it is relevant in this document to carry out an analysis of the various concepts of mediation, and the principles of voluntariness, impartiality, neutrality and confidentiality as the axes of the process, identifying their presence in the regulations that exist from the national in Colombia, and its approach from private international law, taking as main references the UNCITRAL Model Laws of the years 2002 and 2018, to finally demonstrate the presence of the principles in question and the existing relationships between both regulations regarding these.

Palabras Claves

Mediación, voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad.

Keywords

Mediation, voluntariness, impartiality, neutrality, confidentiality.

Introducción

La mediación es uno de los métodos de solución de conflictos que se ha incorporado en las diferentes legislaciones de los países a nivel mundial, proponiéndose como una vía pacífica a la que se pueden acoger las personas para dar solución a sus diferencias, esta se rige por diversos principios que orientan el quehacer del mediador, y pueden estar presentes algunos en mayor o menor medida en las legislaciones que se disponen en cada país y pueden estar o no alineados con lo que plantea la Ley Modelo, siendo esta un referente necesario para establecer si principios como el de la voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad responden a lo que plantea dicho referente, por lo cual el presente documento busca establecer la presencia de éstos en las leyes y decretos de Colombia para compararlo con lo que contempla sobre estos la Ley Modelo, y ratificar a la mediación como un mecanismo que privilegia el diálogo y por ende una cultura de paz, la cual puede ser aplicada a diversos ámbitos que se encuentran determinados por la naturaleza de los conflictos que se presentan en éstos.

En consecuencia es importante señalar que la mediación se convierte de acuerdo a la sentencia 1195 de 2001 (por la cual se establecen los elementos de los métodos alternos de solución de conflictos), en un proceso libre de tensiones que busca que las partes lleguen a acuerdos desde sus propias voluntades, implicando una vía que se puede tomar para dar solución a los conflictos sin la necesidad de llegar a la vía judicial, lográndose a partir de la acogida de los principios antes mencionados que garantizan su efectividad propuestos por Villaluenga (2010). Debido a ello resulta conveniente examinar su abordaje desde la normatividad de Colombia y el derecho internacional privado, específicamente en las Leyes Modelo de la CNUDMI de los años

2002 y del 2018, para evidenciar la relación y relevancia que estas orientaciones legales otorgan a estos principios.

Hacer estos análisis permite obtener claridad sobre los principios y elementos que constituyen referentes aplicables a los diferentes contextos en los que se desarrolle la mediación, sean estos comerciales, penales, familiares y educativos, entre otros, lo que a su vez posibilita proyectar su estructura de manera eficaz al centrar las estrategias en los principios mencionados que serán desarrollados a lo largo del documento.

Mediación, sus definiciones y principios

La mediación como método de solución de conflictos a lo largo del tiempo ha tenido diversas definiciones, una de ellas es la que proporciona Pérez-Luño (2017), quien sostiene que “se presenta como un sistema extrajudicial de solución de conflictos al margen de la justicia privada o auto tutela y del proceso” (p.50), es decir es una opción que tienen las personas para llegar a acuerdos de forma pacífica y consensuada entre las partes. Puede considerarse como un proceso que fluye y que está siempre en movimiento constante, en función de los intereses, las necesidades y las condiciones en las que emergen los conflictos, siendo un proceso flexible y adaptativo.

Otras conceptualizaciones respecto a la mediación, se enfocan en las características que predominan y que constituyen su esencia, señalándola como un medio para solucionar las controversias con la intervención o guía de un tercero para facilitar que las partes lleguen a la solución (Gorjón, 2003); y que su uso de acuerdo a Gorjón (2017) conlleva a la obtención de múltiples beneficios de manera intangible, es decir que aunque no se vean de manera concreta si se pueden sentir y evidenciar en la mejora de las relaciones, es

decir que la utilización de la mediación trae consigo intangibles, tales como el perdón, la armonía, la paz, la creatividad y la felicidad entre otros.

Del mismo modo, Ponce (2017), la define como un mecanismo alternativo que da libertad a las partes para elegir el medio por el cual desean solucionar los conflictos, bien sea por el medio de justicia tradicional o por la vía pacífica que implique la solución del conflicto, es decir, llegar a un acuerdo. Así mismo, el autor hace alusión a la Directiva 2008/52/CE del parlamento Europeo, para apoyar su definición de mediación, la que lo contempla como un procedimiento en el que dos partes intentan de manera voluntaria lograr un acuerdo de forma independiente y autónoma con la ayuda de una persona que medien tales acuerdos. Se puede observar que se resalta la voluntariedad que las partes deben tener al momento de solucionar un conflicto el cual se traduce en los acuerdos que cada una de las partes propone y finalmente decide.

Sin embargo, las maneras de concebir la definición del término mediación pueden tener algunas variaciones, tal y como lo plantea Puy, F citado en Ponce (2017), quien sostiene que desde el tópico jurídico, la mediación es un proceso que implica la transformación, donde la comunicación es protagonista, existiendo claridad de los conflictos que se encuentran en escena, y los roles de los actores están objetivamente delimitados.

Por su parte, Corsón & Gutiérrez (2014), conciben la mediación como un proceso en el que un tercero se involucra en una situación de conflicto con el fin de ayudar a la solución del mismo, de forma discreta o privada, y se caracteriza porque gira alrededor de un conflicto que constituye su centro y objetivo, tiene una finalidad autocompositiva,

es decir, las partes están llamadas a resolver por sí mismas el conflicto, y un carácter instrumental en el la medida que se considera una herramienta, mas no en un fin, siendo el fin la solución de la situación conflictiva.

La mediación un proceso con principios y terceros

Como se describe en los apartados anteriores la mediación se puede concebir como un proceso, pero solo logrará su objetivo si atiende a los principios que pueden garantizar el éxito al final del mismo, estando presentes desde el inicio, ofreciendo las garantías que implican a los participantes, entre ellos: la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, y la confidencialidad (Villaluenga, 2010).

En relación al principio de la voluntariedad, el autor sostiene que se le considera uno de los referentes fundamentales en el cual se soporta todo el proceso, hasta que se llega finalmente a la solución o a su disolución, ya que las partes aceptan someterse sin presión alguna, manteniéndose a lo largo del proceso, hasta lograr un acuerdo final que satisfaga los intereses de ambas partes; en cuanto a la imparcialidad, señala que otorga al proceso cierto equilibrio entre las partes de modo que hay una garantía del respeto por los derechos de cada uno, principalmente el derecho de la igualdad, ya que en la medida que las partes conciben al mediador libre de intereses que pueda inclinar la balanza más hacia una de las partes, la voluntad se mantendrá y habrá confianza a lo largo del proceso; así mismo la neutralidad, de la cual sugiere que remite a las partes la proposición de soluciones, respetando la historia y los antecedentes que las partes evidencian en la mediación; y finalmente sobre la confidencialidad indica que esta ofrece a las partes la seguridad del manejo que tendrá de la información dentro y fuera del proceso, lo que proporciona estabilidad al mismo.

Para que estos principios tengan lugar, también se requiere de acuerdo con Pérez-Luño (2017), ciertas competencias de quien se constituye en el tercero que media, que entre otras debe contar con dominio disciplinar especializado, lo que permite hacer intervenciones pertinentes dentro de los marcos legales que se requieren. Sin embargo, además de la especialidad también debe poseer competencias que le permitan gestionar la transformación de los conflictos, identificando eficazmente los intereses de cada parte y así lograr que éstas lleguen a acuerdos que pongan fin a la controversia.

En consecuencia, la figura del mediador es vital para que la mediación se materialice, ya que ésta siempre se constituye por dos o más partes en controversia y un tercero que es el mediador es quien debe contar con ciertas competencias y habilidades, que según Castillo (2018) deben ser la integridad en cuanto a la formación en el ser (valores) y el saber en la formación disciplinar; debe contar con habilidades comunicativas en cuanto a la capacidad de escucha y la habilidad para parafrasear; comprensión del otro, lo que podría remitir a la empatía; sensibilidad interpersonal al captar las necesidades y problemas que aquejan a los demás; credibilidad, al contar con cierto prestigio dentro de su comunidad; conducción eficaz de las intervenciones de las partes; cumplimiento de las fases del proceso; manejo de sus emociones, especialmente la ira; y mantenimiento de la tranquilidad a lo largo del proceso.

Por lo anterior, los procesos que sean mediados por terceros altamente competentes, deben conducir al éxito de los mismos, cuyas ventajas pueden estar representadas en el mantenimiento de las relaciones interpersonales entre los participantes de la

mediación, es decir, no sufren fricciones ni laceraciones, en la informalidad que implica el proceso en el cual no se experimentan las tensiones de la rigurosidad de los procesos judiciales, y además se cuenta con la confidencialidad del desarrollo del proceso que se mantiene aun cuando no se llegue a acuerdo alguno (Fajardo, 2015).

Análisis de los principios de la mediación en la normatividad nacional y en los convenios y tratados internacionales

En este apartado se realiza una exploración de la inclusión de los principios de la mediación antes mencionados, tanto en la Legislación Colombiana como en la internacional especialmente en la Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, y se determina la presencia de los mismos en ambas normatividades. El análisis en Colombia se centra en la que se incluye a los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC), específicamente, en la sentencia C-1195 de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, haciendo especial énfasis en la mediación, el Código de Procedimiento Penal que se expide con la Ley 904 de 2004, así como también en el Decreto 1069 de 2015, que dispone el Reglamento Único del Sector Justicia y del Derecho, que a su vez es modificado por el decreto 2137 de 2015.

Es necesario establecer los principios de la mediación que se encuentran incluidos en la normatividad colombiana, así como los que se incluyen o plantean en la Ley Modelo de 2002 y 2008, a fin de establecer puntos de encuentro y desencuentro, que contribuyan a la reflexión de lo cerca o lejos que se hallan en estos documentos, específicamente en relación a los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, tal como se describen a continuación:

| Principio: Voluntariedad | |
|--|---|
| Normatividad Nacional | Normatividad Internacional |
| <p>En el Decreto 1069 de 2005 se abordan los términos en los que se deben dar los diferentes acuerdos entre las partes en todo proceso de conciliación, y se evidencia la voluntad de las partes antes de cualquier procedimiento, tal como se indica en el en el Artículo 2.2.4.2.3.2. Respecto a los principios de los centros de conciliación en su literal a. que expresa <i>la voluntad de las partes como ese principio con el que se llega a los acuerdos.</i></p> <p>En cuanto a la sentencia C-1195 de 2001, expresa que <i>la voluntariedad de los mecanismos alternos de resolución de conflictos, se refiere a la libre iniciativa de solicitar terceros ajenos al sistema de justicia para que lleve a cabo el proceso.</i></p> | <p>En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, en la finalidad de la ley en su punto 10, <i>se concibe la conciliación como un proceso que depende de la voluntad de las partes.</i></p> <p>En la Ley Modelo 2018 por la cual se modifica la Ley Modelo de 2002 en su Artículo 5 explica que la mediación <i>dará inicio cuando las partes así lo convengan</i> lo cual hace referencia al principio de la voluntariedad.</p> |
| <p>Relación:</p> <p>Según Rodríguez (2011) la voluntariedad “asegura a las partes que participan de una sesión de mediación que no existirá coerción para obligarlas a hacerlo” (p.153), y en efecto se puede apreciar en ambas normatividades se determina el principio de la voluntariedad como ese elemento que hace posible el encuentro para debatir distintas opciones de solución en medio de una controversia. Queda evidenciado que sin este principio no existiría la posibilidad de la mediación; de hecho el inicio, desarrollo y final del proceso está supeditado a este principio, siendo reconocido tanto en el ámbito nacional de Colombia como en el internacional.</p> | |

| Principio: Imparcialidad | |
|---|--|
| Normatividad Nacional | Normatividad Internacional |
| <p>En el Decreto 1069 de 2015 en su Artículo 2.2.3.2.2.2.2., en relación a los deberes del mediador sugiere que éste debe ser un tercero imparcial, cuyo objeto <i>es contribuir a las partes a encontrar una solución.</i></p> <p>Por su parte, en la Ley 906 de 2004 en su Artículo 5, se encuentra como <i>principio rector y garantía procesal</i> la imparcialidad que alude al carácter objetivo que debe tener un proceso y constituirá una garantía para las partes.</p> <p>Así mismo, en la sentencia C-1195 de 2001, establece que <i>las partes se encuentran en la facultad de solicitar un conciliador que garantice la imparcialidad del proceso.</i></p> | <p>La ley Modelo de 2002, hace explícito en su apartado de implementación de ésta, la necesidad que tienen las partes para nombrar un tercero imparcial, es decir que no tenga relación alguna con las partes involucradas.</p> <p>Por su parte la Ley modelo 2018 en el punto 5 del apartado sobre la designación de mediadores ratifica que <i>la persona que se encargue para el proceso de mediación debe informar si existe algún impedimento que le reste independencia del proceso, ya que en ese caso estará inhabilitado para ser la tercera parte.</i></p> |
| <p>Relación:</p> <p>De acuerdo con Costa (2011) “La imparcialidad supone la ausencia de prevención a favor o en contra que permita proceder con rectitud” (p.27), lo que supone una estrecha relación con lo planteado en las normatividades nacional e internacionales mencionadas, ya que remite al carácter objetivo que debe tener el proceso que sigue la mediación ofreciendo la sensación de confianza a las partes para lograr las solución, y esto se logra gracias entre otros a la posibilidad que tienen las partes de elegir a este tercero o de solicitar que el mediador no tenga relación previa con alguna de las partes porque de ser así estaría impedido para su función.</p> | |

| Principio: Neutralidad | |
|--|--|
| Normatividad Nacional | Normatividad Internacional |
| <p>El Decreto 1069 de 2015 en su Artículo 2.2.3.2.2.2.2. Respecto a los Deberes del Mediador, indica como primordial condición la neutralidad e imparcialidad a lo largo del proceso, que le permita la independencia a la hora de manejar el proceso de mediación.</p> <p>La sentencia C-1195 de 2001, establece que los conflictos que se solucionan por la autocomposición son asistidos regularmente por terceros que deben ser neutrales a la controversia.</p> | <p>En la finalidad de la ley modelo de 2002, sugiere que todo proceso conciliatorio está dado por la asistencia de una tercero neutral. Y en la Ley Modelo 2018 se refiere antes que neutralidad, a la objetividad que debe tener un mediador el cual además de ser imparcial ha de ser objetivo para lograr encausar las controversias.</p> |
| <p>Relación:</p> <p>Tal como lo señala Fernández (2011) “Ser neutral significa no haber tomado parte por la causa de ninguno de los involucrados” (p.153), y efectivamente el abordaje que se le da al principio de la neutralidad en ambas normatividades, es de carácter objetivo, lo que le brinda la independencia y contribuye a la dirección del proceso para el logro del acuerdo. Conviene señalar que el mediador debe ser neutro, es decir guardar una posición distante de las partes en el plano emocional, lo que le permite mantener una actitud equilibrada frente al proceso que favorece en últimas el intercambio comunicativo entre las partes (Gorjón & Steele, 2020, p. 25). Sin embargo cabe resaltar que en la Ley Modelo de 2018 no se explicita este principio, en cambio se refiere a la objetividad con la cual debe actuar el mediador, por ello se puede inferir que se remite a la esencia de la neutralidad.</p> | |

| Principio: Confidencialidad | |
|---|---|
| Normatividad Nacional | Normatividad Internacional |
| <p>El Decreto 1069 de 2015, en el Art. 2.2.3.2.2.1.5., establece la Confidencialidad, en la cual se garantiza que la información que sea recopilada o ventilada durante el proceso no será publicada de ninguna manera, a menos que sea con la aprobación de las partes.</p> <p>En cuanto al Decreto 2137 de 2015 en su Art. 2.2.3.2.2.1.5., cada parte se compromete a no divulgar la información que se derive de las sesiones, con la excepción de la aprobación por parte de las mismas.</p> <p>Por su parte en la Sentencia C-1195 de 2001, se expresa la mediación y la conciliación como mecanismos confidenciales que siendo mediados por un tercero experto, éste actuará promoviendo el respeto por la integridad del otro. También sostiene que la mediación es en esencia confidencial.</p> | <p>En la Ley Modelo del 2002 se encuentra dentro de los principios base que le sirven de fundamento la promoción de encuentros que garanticen la confidencialidad del proceso, con la excepción ante el requerimiento de parte de la ley o que sea estrictamente necesaria para sellar el acuerdo, el cual debe estar aprobado por las partes.</p> <p>En cuanto a la Ley modelo de 2008, expresa en su Artículo 10 que el proceso de mediación deberá conservar su aspecto esencial de la confidencialidad.</p> |
| <p>Relación: La confidencialidad constituye un elemento primordial en la mediación ya que de acuerdo con Wright (2014), brinda confianza a los participantes, sobre todo cuando las partes deciden conversar a solas cada una con el mediador, éste tiene la información pero no la puede ventilar a la otra parte. De este modo está contemplada en las normatividad nacional y las leyes Modelo, garantizando a las partes la seguridad en todas las fases de la mediación.</p> | |

Conclusiones

Luego de la revisión entre las dos normatividades, tanto la nacional se logra el propósito de examinar lo cerca o lejos que se encuentran las normatividades a nivel nacional en Colombia, e internacional con las Leyes Modelo de los años 2002 y 2008, y en consecuencia se puede afirmar que en ambas se encuentran contemplados los principios de la voluntariedad, la imparcialidad la confidencialidad y la neutralidad, aunque este último no se menciona literalmente en la Ley Modelo de 2008, salvo la alusión que se hace del proceso de mediación en su carácter objetivo, liderado por el mediador quien es el tercero.

Así mismo, se logra apreciar que en la normatividad colombiana se aborda de manera amplia los principios, especificando la aplicabilidad desde el tercero y desde el proceso, en cambio en las leyes modelo los incluye mencionando las características que posee el mediador en el ejercicio de sus funciones. De hecho cuando se habla de los principios de la mediación en ambas normatividades, se remiten inevitablemente a las competencias que debe evidenciar el tercero quien debe ser neutral, imparcial y confidencial, y al proceso se indica que debe estar desde el inicio en la mediación el principio de la voluntariedad, ya que sin ella no sería posible el desarrollo de la misma.

Además se observa en el abordaje que se le da a la mediación, se encuentra que en la Ley modelo de CNUDMI en el 2002 se hace una relación entre mediación y conciliación, ya que expresa que pueden ser muy similares, equiparando ambos procesos, sin embargo en la Ley Modelo de 2018 contempla el proceso de mediación de manera independiente. De la misma manera en Colombia se puede

apreciar que la mediación y la conciliación se encuentran muy cerca desde la normatividad de los MASC, además comparten los principios que los rigen, aunque es necesario que se tenga claridad de estos dos métodos sobretodo en Colombia ya que se habla mayormente de conciliación, dejando el campo abierto para sembrar acciones que posicionen la mediación como esa vía a la cual se acude porque genera confianza por los principios que la rigen.

Se puede decir que en los diversos documentos se contemplan a los principios como aquellos elementos que determinan los cursos de acción y posterior éxito de los encuentros entre las partes para solucionar algún conflicto, y se requiere apoyarse en cada uno de ellos para no incurrir en errores que pueden conllevar al fracaso en el establecimiento de acuerdos. De igual modo se resalta la relación que guardan los principios de la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, estando presentes a nivel nacional e internacional lo que constituye un punto de encuentro, siendo concebidos como indispensables para desarrollar procesos de mediación, los que demandan ciertas características de los mediadores que deben ir en consonancia con dichos principios.

Lo anterior, deja en evidencia a la mediación como el método de solución de conflictos que requiere de la práctica de competencias personales tales como la honestidad que se deriva de la imparcialidad; la objetividad que se desprende de la neutralidad; la ética que se relaciona con la confidencialidad; y la autorregulación que contribuye a la toma de decisiones de las partes en conflicto que remite a la voluntad, lo que requiere de procesos de formación desde edades muy tempranas en el ámbito familiar, escolar y social, para

lograr visualizar un futuro con seres humanos racionales que solucionan sus conflictos de forma pacífica.

Sin duda este documento sensibiliza sobre las cualidades y competencias que implica lo que se establece en las dos normatividades, que deben poseer las personas para someterse a esta vía pacífica de solución de controversias, enfocando principalmente las del mediador, pero que también las partes involucradas deben asumir al exigir al someterse de manera voluntaria a estos procesos, así como el de defender y creer plenamente en la confidencialidad, en la neutralidad e imparcialidad que ofrece el tercero que media, tal como lo resume la siguiente tabla:

| Principios de la mediación | Competencias requeridas |
|----------------------------|-------------------------------------|
| Voluntariedad | Autorregulación Libertad |
| Confidencialidad | Ética Responsabilidad Respeto |
| Imparcialidad | Honestidad Igualdad |
| Neutralidad | Objetividad Tolerancia |

Fuente: elaboración propia a partir de los principios señalados por Villaluenga (2010)

Finalmente, se hace necesario visualizar las bondades de los principios de la mediación comentados, para que la preferencia por su utilización para dirimir los conflictos se presenten en la sociedad en cualquiera de los ámbitos en que se requiera, además, que sea notoria y de cuenta de los elementos que permiten la autorregulación de las relaciones que se mantienen con el otro, siendo éstos capaces de solucionar los problemas sin tener que acudir a las vías judiciales, así como lo señalan las normatividades analizadas y comparadas.

Referencias Bibliográficas

- Castillo, R. B. (2018). La mediación. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://ezproxy.unisimon.edu.co:2258/es/ereader/unisimon/118653?page=24>
- Código de Procedimiento Penal, 2004. Ley 904, agosto 31 de 2004. 1º de septiembre de 2004 (Colombia).
- Corsón, P. F., & Gutiérrez, H. E. (2014). Mediación y teoría. Retrieved from <https://ezproxy.unisimon.edu.co:2125>
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-1195/2001. Proceso D-3519 (M.P. Manuel Cepeda, y Marco Monroy, noviembre 15 de 2001).
- Costa, F. M. G. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Documentación administrativa*.
- Decreto 1069 de 2015 [Ministerio de Justicia y del Derecho] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia, 26 de mayo de 2015 (Colombia)
- Decreto 2137 de 2015 [Ministerio de Justicia y del Derecho] Por el cual se modifica la denominación del Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, se crea una sección en el mismo y se adiciona otra, 4 de Noviembre de 2015 (Colombia).
- Fajardo, P. (2015). Estrategia y Mediación págs. 69-83. Quiroga, M. G. (2015). Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar. Madrid, Spain: Dykinson. Recuperado de <https://ezproxy.unisimon.edu.co:2258/es/ereader/unisimon/61001?page=82>.
- Fernández, G. R. (2011). Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales. *Crítica Penal y Poder*, (1).
- Gorjón, G. F. (2003). Estudio de los métodos alternos de solución de conflictos en el estado de Nuevo León. Instituto de investigaciones jurídicas.
- Gorjón Gómez, F. J. (2017). Mediación su valor intangible y efectos operativos: una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos. *Mediación su valor intangible y efectos operativos*, 1-148.
- Gorjón, F. & Steele, J. (2020). Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Oxford University Press. 3ª Edición.
- Naciones Unidas (2004). Ley Modelo de la CNUDMI 2002, sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno. New York.
- Naciones Unidas (2018). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002)
- Pérez-Luño, E (2017). Capítulo III: La mediación como proceso. P.47-60. Cabrera Mercado, R. (2017). La mediación como método para la resolución de conflictos. Madrid, Spain: Dykinson. Recuperado de <https://ezproxy.unisimon.edu.co:2258/es/ereader/unisimon/58906?page=1>.
- Ponce, A. J. (2017). Familia, conflictos familiares y mediación. Retrieved from <https://ezproxy.unisimon.edu.co:2125>
- Villaluenga, L. G. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación

en asuntos civiles y mercantiles. Revista general de legislación y jurisprudencia, (4), 717-756.

Wright, W. A. (2014). La protección de la confidencialidad en la mediación.

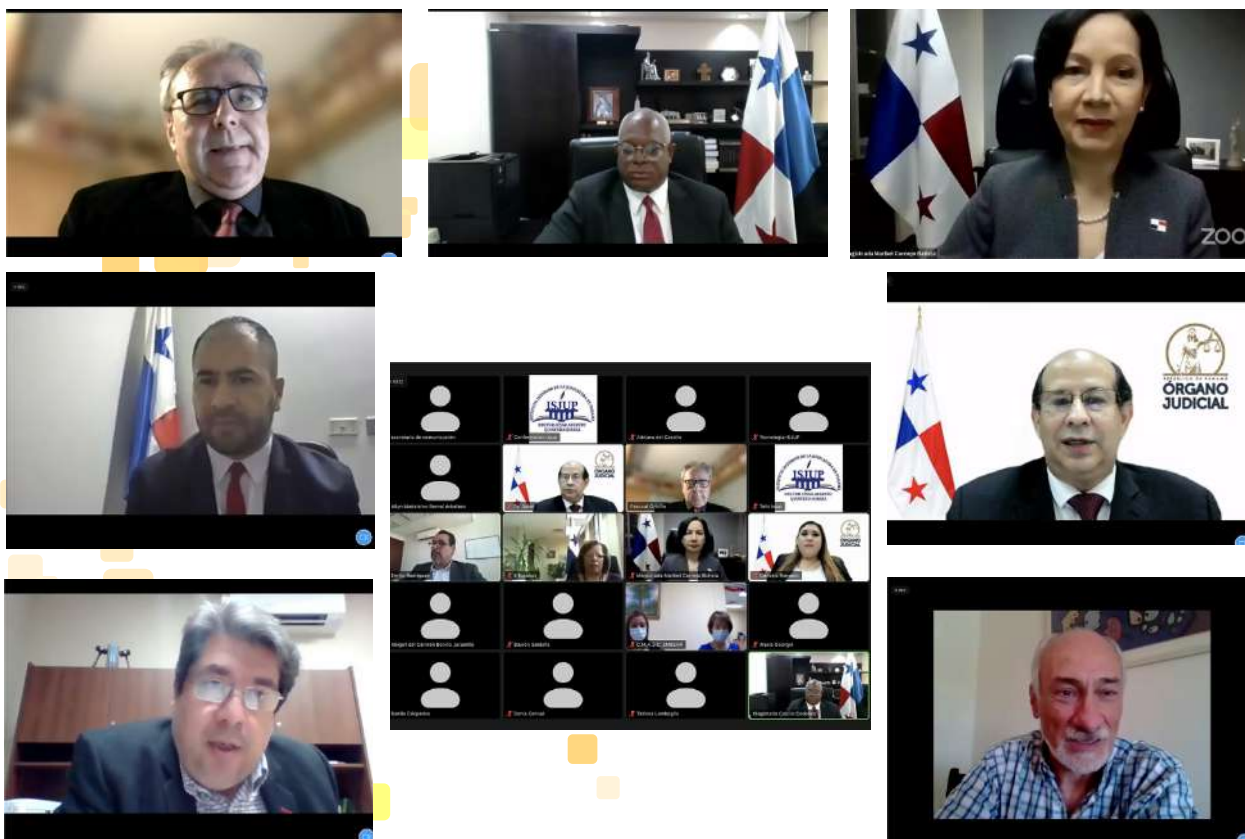
Recuperado de https://www.mediate.com/articulos/la_proteccion_de_la_confidencialidad. Cfm Legislación• Ley, (8858).

Mgter. Zulgenis Ester Fornaris Parejo

Magíster en Educación, labora en el Programa Todos a Aprender del Ministerio de Educación Nacional de Colombia, y en la Universidad Simón Bolívar en la facultad de Ciencias Jurídicas y sociales. Profesora de Diplomado de Formación en Conciliadores y de la Maestría en Familias de la Universidad Simón Bolívar Línea de investigación en Mediación educativa y Educación para la

paz. Publicaciones: Artículo Conflicto y paz: Miradas inaplazables desde la escuela (2019). Eirene Estudios de Paz y Conflictos, 2(3); próximo a publicar a final de año de 2021 un capítulo de libro titulado: Los principios de la mediación y conciliación en América latina y el Caribe. Capítulo 2 Los principios de la mediación y la conciliación en Argentina. Editorial Universidad Simón Bolívar.

IV Congreso de actualización de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos



Del 23 al 25 de noviembre de 2021, se realizó el IV Congreso de Actualización de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, en modalidad virtual y en coordinación con el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa.

Las palabras de bienvenida para esta actividad académica fueron ofrecidas por la Magistrada de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Maribel Cornejo Batista.

Por su parte, el Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso, Administrativo y Laboral y Coordinador de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Cecilio Cedalise Riquelme, dio las palabras de inauguración.

Este IV Congreso tiene como objetivo intercambiar conocimientos y experiencias en la aplicación de los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (MARC) en diferentes ámbitos jurisdiccionales, estableciendo buenas prácticas para enfrentar los retos que plantea la articulación de los MARC y la administración de justicia.

En esta actividad participaron expositores nacionales e internacionales de 6 países, que abordarán temas relacionados a: Promoción de la mediación en los Tribunales de Justicia; fundamentos filosóficos de los intangibles en la mediación; Las Víctimas en el proceso de mediación penal; Los retos de la Mediación en los métodos de solución de conflictos en Panamá; Justicia Terapéutica, entre otros.



Veraguas



Colón



**Panamá
Oeste**

La violación del deber de información en el marco de la responsabilidad precontractual

Dr. Richard Jonathan Lemus Gil

Abogado – Oficina de Asesoría legal

Ministerio de Economía y Finanzas

Correo electrónico: rlemus@mef.gob.pa

La violación del deber de información en el marco de la responsabilidad precontractual

Recibido: Agosto 2021

Aprobado: Noviembre 2021

Resumen

En el presente trabajo se hace un estudio sobre la violación del deber de información en las tratativas o actos preliminares necesarios para la conformación del acuerdo de voluntades; la confluencia de deberes en las relaciones precontractuales constituyen los elementos conductores de la formalización del contrato; y todos ellos parten de un deber básico, el deber de información cuya inobservancia por acción u omisión plantea una problemática en nuestra legislación tras la inexistencia de su tipicidad concreta, en el contexto de la responsabilidad precontractual. A tales efectos, la presunción de conocimiento se proyecta como el eje central de la interpretación de la asistencia informativa sobre datos necesarios que necesariamente inciden la formación del consentimiento de los negociantes; de tal suerte, se explicará la trascendencia del deber de información y los efectos jurídicos que se derivan de su violación intencional, tanto por acción como por omisión; por lo que su estudio se enmarca en el espacio del principio de la buena fe, base de la responsabilidad precontractual, que surge de la debida gestión de las tratativas preliminares..

Abstract

In the present work a study is made on the violation of the duty of information in the negotiations or preliminary acts necessary for the conformation of the agreement of wills; the confluence of duties in pre-contractual relations constitute the driving elements of the formalization of the contract; and all of them start from a basic duty, the duty of information whose non-observance by action or omission raises a problem in our legislation after the absence of its specific typicity in the context of pre-contractual responsibility. To this end, the presumption of knowledge is projected as the central axis of the interpretation of information assistance on necessary data that necessarily affect the formation of the consent of the traders; in this way, the significance of the duty to provide information and the legal effects derived from its intentional violation, both by action and by omission, will be explained; therefore, its study is framed in the context of the principle of good faith, the basis of pre-contractual responsibility, which arises from the proper management of preliminary negotiations.

Palabras Claves

Principio de la buena fe; deber de información; dolo; violación; acción; omisión.

Keywords

Principle of good faith; duty of information; fraud; violation; action; omission.

Introducción

En el Derecho Continental Europeo, se origina la confluencia de deberes basados en la debida diligencia como el deber de información, que implica que las partes están llamadas a brindar e intercambiar información específica, básica para la discusión de los términos y condiciones del contrato, en consecuencia, si una de las partes se abstiene en las tratativas de revelar información relevante o de proporcionar datos insuficientes, artificiales e inexistentes para lograr el consentimiento de la otra parte, ello supone una contravención del deber de información y por lo tanto, una ruptura del principio de autonomía de la voluntad. Dado que el deber de información, es el deber contractual más importante en la gestión de los tratos previos destinados a la formulación del contrato, los efectos que se derivan de su desatención influyen trastocan la construcción del consentimiento de contratar, en el presente trabajo se evalúa el alcance del deber de informar, los límites de su aplicación, sus consecuencias, examinando su función dentro de la operatividad de los otros deberes precontractuales en el ámbito del principio de la buena fe.

I. Origen del doctrinal del precontrato.

La responsabilidad precontractual, es aquella que surge de la ruptura de las negociaciones o tratativas preliminares o de la violación de deberes específicos, que se conforman con posterioridad a la formulación de la oferta. Esta clase de responsabilidad también se le conoce como responsabilidad en la culpa *in contraendo*, sustentada por el jurista alemán Rudolf Von Ihering en el año

1860, se enmarca en la falta de la debida diligencia (*due diligence*) o la pretermisión de las diligencias adecuadas, para lograr la materialización íntegra del contrato (como se citó en Rubín, 2016).

Desde de vista doctrinal, el alcance de la responsabilidad en la culpa *in contraendo* se producirá, siempre y cuando las tratativas o negocios preliminares no realizados tenga como finalidad la producción del contrato, es decir, su alcance y sus efectos son de orden teleológico. Si por el contrario, la generación del acuerdo de voluntades no depende directa o indirectamente de las tratativas o negocios preliminares no realizados, no sobrevendrá responsabilidad en la culpa *in contraendo*.

Hoy día se cuestiona, si la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual o extracontractual. En su concepción, la responsabilidad precontractual fue catalogada, como una modalidad de responsabilidad contractual, no obstante, la corriente moderna se inclina por catalogarla como una responsabilidad de índole extracontractual. El fundamento metafísico de fondo es bastante lógico y practico. Los supuestos de aplicación de la responsabilidad en la culpa *in contraendo*, no emanan del incumplimiento de obligaciones contractuales porque estos supuestos anteceden, son previos y constitutivos con antelación a la suscripción del acuerdo de voluntades pero que de ellos depende que se logre esa finalidad y cumplimiento.

En el plano precontractual, según la doctrina germánica, los deberes que son parte integrante de la debida diligencia, son

aquellos que se derivan de la realización de todas las acciones necesarias para la aprobación exitosa de la relación contractual. Por tanto, la inconsistencia o mala praxis de estas acciones por una de las partes, pueden llevar a la imposibilidad provocada de un acuerdo de voluntades o la generación de aquel con estipulaciones desequilibrantes o con evidentes inequidades o con inequidades subyacentes, que la contraparte ignoraba desde las tratativas.

Ahora bien, algunos autores califican la responsabilidad precontractual aquella que surge como una tipología de la responsabilidad contractual, ante el incumplimiento de contratos previos, nominados precontratos en su caracterización contractualista tradicional. Sobre el particular, la puesta en escena de esta corriente doctrinal restrictiva señala que si no hay un contrato como origen del vínculo obligacional, no cabe la posibilidad de que emerja responsabilidad por acciones u omisiones perniciosas en el concurso de actividades preparatorias para la celebración de un contrato, pues ante la inexistencia de tal vínculo, no hay incumplimiento de obligaciones.

Arroyo (2017) sostiene que:

Este es, pues, el concepto del contrato de promesa tal cual fue concebido por la teoría clásica, y que tiene especial interés para nosotros ya que consideramos que es la que sigue nuestro C.Civil. Ahora bien, en atención a él, podemos definirlo como el convenio por el cual las partes que lo celebran se comprometen, una o ambas, a concurrir ellas mismas a la celebración de un contrato futuro, determinado, que por el momento no quieren o no pueden celebrar, una vez haya transcurrido cierto plazo o cumplido la condición estipulada y los demás requisitos legales. (p. 63)

La corriente doctrinal moderna, sitúa

la responsabilidad precontractual, en la transgresión de deberes, que están basados en valores humanos, tales como la confianza y la honradez. Y se le atribuye la singularidad de “*precontractual*”, porque la violación de deberes, se comete en el despliegue de conductas que anteceden y se relacionan con la concreción de un acuerdo de voluntades; el precontrato como instrumento de fuente de obligaciones no existe, sino el contrato de promesa.

El artículo 208 del Código de Comercio (1916), dispone que mientras el contrato no se forme la propuesta y la aceptación son revocables, no obstante, si el revocante informase a su contraparte la revocatoria después que ésta de buena fe inició la ejecución, responderá por los daños y perjuicios que sobrevengan de tal comunicación tardía. La citada deposición pone de relieve la responsabilidad precontractual en las relaciones comerciales, si se revocase la propuesta o la aceptación luego que empezaron a ejecutarse, siempre que medie buena fe.

II. El principio de la buena fe: cumplimiento del deber de información.

Siguiendo al connotado jurista Borda (2014), estos deberes descienden del principio de la buena fe, que parte del fundamento de que las personas deben proceder con fidelidad y apego a la prestancia y recepción de sus actos dentro del universo de las relaciones jurídicas correlacionadas; es decir, el no incurrir el ejercicio del derecho en contra de la buena fe, agravando intereses legítimos como expresiones del valor justicia de las personas; la infracción de un deber acarrea una infracción. Esta infracción, se desarrolla explícitamente a través de dos (2) tipologías conductuales, a saber: (i) la acción, proyectada por la ejecución, el ejercicio, la activación,

desempeño, o impulso externo de la persona; y/o (ii) la omisión que está caracterizada, en sentido contrario de la acción, a la inacción, abstención, inactividad, pasividad de la persona, es el elemento interno de la conducta infractora.

Partiendo de esta perspectiva básica, los precitados deberes universales o deberes fundamentales en el enfoque global, axiológico y deóntico, son razonada y argumentativamente los siguientes: (i) el deber de colaboración; (ii) el deber conservación como buen padre de familia; el deber de lealtad; y (iii) el deber de informar. En el precontrato, el cumplimiento de todos estos deberes juega un papel importante, no obstante, el debido cumplimiento del deber de información, es el más esencial en la consecución de las tratativas, con miras a la obtención de un acuerdo final del cual surge una armónica relación jurídica contractual.

La intencionalidad o el elemento volitivo (dolo) es constitutivo de las precitadas tipologías conductuales, y por consiguiente, es determinante en el factor atribucional de la responsabilidad precontractual ante el indebido ejercicio del deber de información, durante las negociaciones preliminares. Por tanto, partiendo de la conducta omisiva de índole dolosa, se tiene que en el precontrato, se forma desde el momento en que una las partes, en la ejecución de las negociaciones, para lograr un resultado esperado, se reserva, obstaculiza, oculta deliberadamente el acceso a cualquier fuente de información, que sea previsiblemente relevante en la conformación del consentimiento preliminar y decisivo de la otra parte.

En el campo del derecho comparado, el Código Civil (1889), en su artículo 7, numeral 2, claramente introduce el concepto

de la omisión dolosa, de la siguiente forma:

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Visto lo anterior, la omisión dolosa comprende, en el ámbito precontractual, es una especie de voluntad deliberada de la parte gestora, con el propósito de producir un resultado furtivo, que erosiona el deber de información propiamente tal. Y ante ese resultado perjudicial, emana la obligación de indemnizar y la realización de actos administrativos y jurisdiccionales encaminados a imposibilitar la continuidad de la conducta dolosa y por consiguiente engañosa.

Así las cosas, el dolo es aquella conducta que se manifiesta por el deseo ajeno de lograr que un sujeto haga, realice o deje de hacer algo, que este no haría por su propia voluntad; es decir, la pretensión en el marco de la articulación del dolo es obtener un determinado resultado proceder de otra persona, y para ello quien desea ese resultado realiza sistemáticamente una serie de conductas sean de acciones u omisiones. De esta forma, no existe voluntad propia e independiente del sujeto, pues no realiza la actividad en virtud de su ser, porque está convencido que debe hacerlo o porque la hace en medio de engaños, actos simulados que alteran la verdad del negocio jurídico que está próximo a celebrar.

Si una parte negociadora, no conoce todas las variables que giran alrededor de una determinada negociación o tratativas, en el estricto funcionamiento de la dinámica de la oferta y la aceptación puesto que su contra parte, calló advertidamente datos relevantes que pudiesen disuadir su absoluto consentimiento contractual, estamos en presencia de un dolo omisivo en la negociación precontractual. Y esto es porque, una de las partes de la negociación tramó artificiosamente maniobras, para engañar a la otra parte negociadora, a efectos, de conseguir su consentimiento en la configuración del acto contractual.

Así las cosas, en los Códigos Civiles de Iberoamérica se tipifican el dolo como uno de los vicios del consentimiento y por ende del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Ese sentido, el artículo 1120 de nuestro (Código Civil 1916), en concordancia con el artículo 1269 del Código Civil (1889), en la concepción natural del vicio de consentimiento derivado del dolo señala: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Como quiera que, el citado precepto, no hace directamente referencia al dolo omisivo, la utilización de palabras insidiosas, puede generar la ausencia de la revelación de información (sustituyendo esta) como una de las maquinaciones confusas de una de las partes, toda vez que, si esta se comunicase, no se formalizaría el negocio jurídico.

No obstante, en el plano sustancial, que me he referido con anterioridad, que la omisión con dolo como factor conductual del quebrantamiento del deber de informar, se tendrá como una infracción a dicho deber en la medida que la abstención recaiga sobre datos previsiblemente relevantes para la gestión

informada de las tratativas, de tal manera, que una de las partes no debiese ignorar y que la otra parte sabe y tiene en su poder. De allí que, la doctrina ha establecido, que no en el marco de la estructura del deber precontractual de informar, según De La Maza (2010), toda omisión implica una abstención, en tanto que no toda abstención conlleva una omisión; y esa diáfana diferenciación, es precisamente el elemento primario que determina la configuración de una omisión dolosa, que realmente transgrede el deber precontractual de información.

Existen diversas situaciones subjetivas, cuya ponderación ha generado la introducción de estándares de exigibilidad del cumplimiento del deber precontractual de informar. En tal sentido, para que opere el deber precontractual de informar como componente clave en la conformación del consentimiento, depende de que preexista un intercambio dinámico y mutuo de información entre las partes negociadoras, que demande el acceso incuestionable del conocimiento de la información de una parte frente a la otra y viceversa.

Si el cruce de información en los acuerdos preliminares está supeditado o controlado por una de las partes o no fluye con la debida reciprocidad, con apariencias inofensivas, el consentimiento que prestará la parte ignorante, no responderá a un interés individual con creencias de favorabilidad, representado por la toma de decisión de formalizar el contrato con todos los escenarios en blanco y negro, porque en las tratativas fue privada de información significativa, sorprendiéndola en su buena fe, con motivo de su desconocimiento. Aquí, la planificación maliciosa de una parte, cuando se abstiene, oculta o manipula información de vital importancia con la intención de asegurar la conformidad de la otra parte, se abstiene, oculta o manipula información de vital

importancia, se evidencia la persecución de ese fin, empleando todas las manifestaciones omisivas posibles para ello.

El principio de la buena fe antes citado, es la base sobre la cual los tratadistas han justificado el deber precontractual de información, no obstante, partiendo de esta base, tal deber se proyecta, no desde el punto de vista amplio, sino específico, atendiendo los parámetros categóricos de la buena fe: creencia y lealtad. Sobre particular, estos parámetros categóricos son aplicados en el ejercicio de un derecho y en el cumplimiento de un deber jurídico.

De La Maza (2010) afirma que:

La función que desempeña el principio de la buena fe debe ser relacionada con la presencia es una pluralidad de intereses que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico. Concebida de esta manera, la buena fe aparece como un instrumento que permite ponderar los diversos intereses en juego, haciendo prevalecer uno y otros según las peculiaridades del caso concreto. Podrá suceder, entonces, que, en ciertos puestos, la buena fe justifique la imposición de un deber precontractual de informar pero, también podrá suceder que, que en otros supuestos la buena fe justifique que no se exija informar. (p. 29)

El silencio inexorable como supuesto de omisión intencionada durante la implementación ejecutiva de las negociaciones previas, es sin duda una violación del deber precontractual de información, y por consiguiente, del principio de la buena fe. En este caso, la materialización del dolo en la conducta omisiva se presenta en el engaño, pero no en cuanto al suministro de información falsa, defectuosa o incompleta, sino desde el momento en que la parte que

posee la información relevante se rehúsa a comunicarla a su contraparte, porque de hacerlo, no obtendría el resultado que pretende alcanzar.

Un aspecto fundamental es que los precontratos, no son en lo absoluto acuerdos de voluntades son tratativas o acuerdos preliminares, cuyas condiciones a la que están sujetas sus expositores, con miras a lograr un determinado negocio jurídico es el cumplimiento de los deberes fundamentales de no producir daño a nadie. El cumplimiento recíproco del deber precontractual de información como uno de estos deberes fundamentales, precisa la generación de un acto contractual ampliamente informado con antelación.

Sin duda alguna, la inobservancia del deber precontractual de información derivada del dolo omisivo es una violación de un deber específico, que se compromete en las negociaciones, y la intencionalidad omisiva, en este sentido, se desprende cuando la ocultación de la información es específicamente pretendida. Un ejemplo de ello, las negociaciones para formalizar un contrato de compraventa de bien inmueble; en los acuerdos preliminares el propietario omite intencionalmente poner en conocimiento al negociante interesado, que sobre la finca objeto del contrato existe una invasión u ocupación de un tercero.

Así las cosas, el deber de información en la conformación de las tratativas o acuerdos preliminares se extiende sobre la base del principio de la buena fe, cuyo quebrantamiento, genera para su infractor responsabilidad precontractual por el daño causado por este incumplimiento. Entendiendo, que la comunicación oportuna de datos previsiblemente relevantes, en el entorno

de la ejecución de los tratos precedentes tiene un impacto directo en el alcance y magnitud del consentimiento de las venideras partes contratantes.

Ahora bien, es preciso anotar que la doctrina ha sostenido, que el deber precontractual de información tiene límites, que se enfocan en la noción de aquella gestión que es previsiblemente relevante su transferencia al conocimiento de una frente a la otra parte y viceversa, desde la perspectiva de su importancia en la manifestación de la voluntad en el contrato. Asimismo, una característica limitativa, al deber precontractual de información subyace en el deber de información que opera, pero en contrasentido; es decir, cuando se atribuye a una de las partes la notificación a su contraparte de inconsistencias surgidas durante la ejecución de los acuerdos preliminares, que pudiesen variar su consentimiento (fusión de la oferta y la aceptación) en la aprobación de la relación contractual de fondo, de tal suerte, que la parte que ha sido informada pueda realizar las aclaraciones, ampliaciones, modificaciones o ajustes necesarios para enmendarlas para evitar una interrupción en las negociaciones.

Si la una de las partes que tenía conocimiento de estas inconsistencias, no las comunicó a tiempo o no las informó a su contraparte, desde el momento en que detectó e identificó la contrariedad o confusión de la información recibida, no podrá invocar violación al deber precontractual de información, si no las comunicó a la parte proveedora de los datos oportunamente, para que esta procediese a las ampliaciones o subsanaciones respectivas, (error=conducta omisiva). Por tanto, tanto es de notar que la exigencia de informar está vinculada con la aplicación absoluta del principio de la buena fe en esquema de un *modus operandi* absoluto y

no relativo, de la transferencia de información recíproca, que necesariamente debe fluir, de acuerdo a la buena fe, en el desarrollo de las tratativas o negociaciones previas para lograr eficaz y efectivamente el negocio contractual final.

En plano del Derecho Continental Europeo, esta tendencia ha tenido una evaluación doctrinal respecto a la “**justificación de la responsabilidad precontractual**” tomando como criterio justificativo, el origen y magnitud del error en sus diferentes formas de manifestación en la conducta del sujeto. Sobre el particular, Alemania y Francia, en sus respectivos sistemas jurídicos, han reconocido la corriente dominante del acierto del deber de información precontractual, no obstante, con las siguientes limitaciones específicas: (i) la naturaleza del negocio; (ii) la conservación autónoma de información inherente a los intereses o aspiraciones de los contratantes; (iii) información que ya sea de conocimiento de las partes, salvo que una de ellas solicite a la otra algún elemento material adicional o relacionado con la consistencia de la misma; y (vi) que la información peticionada sea **previsiblemente relevante** esto es que sea elemental, determinante, de vital importancia en la consecución exitosa del negocio jurídico, impidiendo de esta forma, especulación informativa irrelevante o “*fishing expedition*”.

Por su parte, en el Código Civil (1942), el deber de información en los tratos negociales es una regla básica que se deriva del principio de la buena fe, por tanto, su aplicación está singularmente condicionada al *iter* de la negociación, en donde la transferencia de declaraciones, en el entorno del deber precontractual de información supone una expresión de lealtad entre las partes con miras a obtener un acuerdo de voluntades válido. En ese sentido, en el carácter axiológico y deóntico

que sostiene la autonomía de los tratos previos y por ende de los deberes precontractuales está implícitamente comprendido en los artículos 1337 y 1338 del código citado, son del siguiente tenor:

Artículo 1337. - Negociaciones y responsabilidad precontractual.

Las partes, al llevar a cabo las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de buena fe.

Artículo 1338. - Conocimiento de causas de discapacidad.

La parte que, sabiendo o teniendo que saber la existencia de una causa de invalidez del contrato (1418 y siguientes), no ha notificado a la otra parte, debe compensar el daño sufrido por esta parte por haber confiado, sin su culpa, en la vigencia del contrato (1308).

Nótese que los enunciados preceptos, son diáfanos es precisar, la buena fe en la fase preparatoria del contrato, cuya desobediencia origina responsabilidad precontractual y el deber precontractual de información como una modalidad del principio de la buena fe y como tal, de él descienden otros deberes, como el de lealtad. Es así, como el Derecho Civil italiano, delimita la esencia del deber precontractual de información y las consecuencias de su incumplimiento.

Con lo cual las normas inmediatamente transcritas, previenen que el deber de información basado básicamente en el conocimiento oportuno, debe ser ejercido con la debida diligencia, esto es de buena fe, por medio de la prestación a tiempo de información que tiene una afectación trascendental en la prosperidad de las negociaciones preliminares para la celebración del contrato. Por tanto, el comportamiento de buena fe es la clave de la observancia del deber de información

que, en su contextualización holística está representado por la debida diligencia, tanto desde la óptica cronológica como desde la perspectiva material.

Es por ello, que el ordenamiento jurídico italiano prevé que la vulneración al deber precontractual de información, se construye sobre un dolo específico de naturaleza omisiva, impulsado por un comportamiento intencional de retener información relevante, cuyo conocimiento por la parte ignorante, haría imposible la suscripción del negocio jurídico o su invalidez, de haberse celebrado. Por tanto, la parte omisa, resarcirá a su contraparte por el daño que sufrió y que sobrevino del quebrantamiento de la confianza que éste depositó en aquel.

De esta forma, en el marco del principio de la buena fe, el Derecho Civil italiano no es limitativo a la imposición del deber precontractual de información, siempre y cuando preexista la ausencia deliberada de comunicación de datos vitales en la negociación preparatoria del contrato, vinculados a la exteriorización de la voluntad en la conformación del mismo. En tal virtud, la ecuación resarcitoria-compensatoria, va encaminada hacia la reparación de daños y perjuicios ocasionados ante el desconocimiento de información, que se encuentra en poder de unas de las partes gestoras, y por consiguiente, ha desembocado en un error en la fusión del consentimiento.

En la economía y en el comercio mundial el dominio de información significativamente importante es determinante en la toma de decisiones estratégicas que conforman el soporte de diversas transacciones, de acuerdo a los fines negociables. Es así como el deber precontractual de información tiene su génesis en el adecuado y suficiente conocimiento de

información, en el curso de la articulación del flujo de las operaciones transaccionales preparatorias a la celebración del contrato.

Borda (2014) sostiene que:

Algo más cabe señalar. El contenido de este deber de información se ha expandido de alguna manera. Hoy, no basta con aclarar cuestiones o informar sobre determinadas situaciones, sino que, con fundamento en esta obligación, debe asesorarse o aconsejarse a la otra parte sobre la conveniencia o no de concertar el negocio. (p. 11)

La doctrina moderna sostiene, que basado en la preponderancia de la evidencia informativa como vehículo de la integración del conocimiento, núcleo central de la voluntad, en la gestión de la actividad contractual, la violación al deber precontractual de información puede materializarse por culpa o por dolo, no obstante, la tendencia doctrinal va hacia el postulado de clasificar esta conducta como dolosa y volitiva en contraste con el principio de la buena fe. Y esto tiene un punto medular irrefutable, la responsabilidad precontractual ante el incumplimiento de los deberes en las tratativas preliminares de la negociación, es de naturaleza extracontractual pues no surge de la falta de cumplimiento del contrato, sino de deberes que están fuera de él.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el cumplimiento del deber de información, es evaluado tanto en la sostenibilidad y suficiencia de la información, como en el momento en que ha de proporcionarse los datos en medio de las tratativas. Estas vertientes de cumplimiento, han sido claramente destacadas por la doctrina jurisprudencial, de tal suerte, que el alcance del deber información se extiende hasta la comunicación oportuna del antecedente, o de

cualquier hecho que incida en la progresión de las negociaciones.

Al respecto, Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (2012) concluyó lo siguiente:

Una vez la Aseguradora comunicó su decisión, era deber de la Cooperativa informar a la demandante la exclusión, que para su caso especial indicaría la póliza, con el objeto que la actora decidiera si continuaba con la tramitación del préstamo y el seguro colectivo, o buscaba entre las aseguradoras de la localidad alguna, que sí pudiese cubrir el riesgo excluido o entablar una negociación para lograr la disminución en la prima a pagar.

No obstante lo expresado, la actitud de la Cooperativa, a pesar de la exclusión advertida por la Aseguradora, fue la de cobrar la prima fijada, sin informar a la demandante, que el riesgo por incapacidad total y permanente no estaba cubierto, faltando a los deberes que impone la buena fe y la ley, generando en la casacionista la convicción errada que sí estaba amparada por el contrato de seguro colectivo que ofrecía la Cooperativa.

En efecto, el razonamiento jurídico del Tribunal citado, se circunscribió a la importancia del deber de información en la órbita del principio de la buena fe; es decir, no se basó en la vulneración de una norma específica, ni en el incumplimiento de obligaciones contractuales, sino en la violación directa del deber de informar. En ese orden de ideas, la violación del deber de información en comento, se calificó por la pasividad de la demandada de no proveer una información,

que era de su conocimiento en particular y que influía en la libertad de la demandante de continuar o no, con los actos preparatorios para la celebración de un contrato de préstamo, precisamente con la parte demandada.

En este escenario, los efectos que se derivaron de la naturaleza de la información omitida implicaron un evidente cambio de las circunstancias primitivas de las negociaciones y cuyo desconocimiento del futuro prestatario impidió que aquel negociase una nueva propuesta o explorase otras alternativas alienadas con sus expectativas, intereses o conveniencia. El elemento tendencial del deber precontractual de información, es la divulgación de evidencias informativas fundamentales entre las partes acercadas para adoptar un consentimiento pleno al otorgar el instrumento contractual.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (2019) enfatizó que:

Es decir, aun cuando se considere que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que el inversor no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento.

De lo expuesto se infiere, que la formación

de la voluntad emana de la impulsión del procesamiento de la información distribuida por medio de la puesta en marcha de análisis, evaluaciones, estimaciones, proyecciones de reportes, informes y otros medios de información de caras a forjar el entendimiento de las partes en el transcurso de la fase preparatoria del contrato. Y la prestación del consentimiento como expresión de la voluntad, proviene del cumplimiento del deber de información y no de una obligación contractual.

III. ¿Cómo se excedería el deber de informar, cuando se realiza una debida diligencia para celebrar un contrato?

En este caso las partes deben ser prudentes al momento de seleccionar y mostrar los datos necesarios para la elaboración del contrato, atendiendo las aspiraciones de cada cual con la aprobación de la potencial fórmula contractual. En la gestión de la debida diligencia, que consiste la impulsión de iniciativas cuidadosamente necesarias para prevenir y mitigar cualquier riesgo perjudicial que pueda experimentar una parte frente a la otra, con el propósito de evitar la toma de decisiones, sin todos los elementos informativos pertinentes o con un conocimiento mal informado del asunto a contratar, las partes deben limitarse a entregar información sobre las especificaciones, atributos y condiciones de las prestaciones que habrán de desarrollarse en las obligaciones que regirán la relación jurídica contractual que están próximos a contraer.

Como se ha explicado en el punto precedente, cuando la información sustancialmente no se asocia con la discusión de los acuerdos preliminares o versa sobre aspectos de secretos comerciales, industriales, o cualquier otro know how, o recaiga en datos confidenciales, las partes propietarias de esta

información no deben compartirla, sin que se entienda privada la voluntad de hacerlo, si así lo manifestasen libremente. Sin embargo, si lo hicieren rebasarían los límites del deber de información, y posiblemente las colaría en una posición de desventaja frente a su contraparte en la negociación, salvo que se hubiesen comprometido a guardar el deber de reserva, custodia y utilización de cierta clase de información sujeta exclusivamente al concierto de las negociaciones; en sentido contrario, no se excederían los límites del deber de informar, sino más bien una vulneración del destacado deber precontractual, si convergen los criterios de procedibilidad antes citados.

IV. ¿Cuándo se está ante una expedición de pesca (fishing expedition) según la doctrina?

La expedición de pesca o fishing expedition es un término acuñado en el Derecho Internacional Tributario, e introducido en los formatos de Acuerdos de Intercambio de Información y en los modelos de Tratados para Evitar la Doble Tributación como un principio rector y que señala que la

información que soliciten las jurisdicciones fiscales entre sí, según lo convenido en dichos instrumentos sea de naturaleza fiscal o para fines fiscales, es decir que no se distancie de la materia tributaria, de lo contrario la petición puede ser denegada. Dicho lo anterior, cuando una de las partes requiere de su contraparte la remisión de información general o específica que no guarda relación con las tratativas preliminares, con la determinación de crear una atmósfera de confusión, estamos ante a una expedición de pesca o fishing expedition en el desenvolvimiento de los tratos preliminares; la doctrina sostiene, que el deber de prestar información se concentra en datos concretos y relacionados con el núcleo de las negociaciones.

De allí, que si la información requerida es de conocimiento del negociador requirente, el otro negociador puede oponerse a tal requisición de datos. También puede oponerse, si la información peticionada es ineficaz e inoperante para los fines de la contratación; a tal efecto la expedición de pesca es catalogada como una maquinación maliciosa que puede inducir el consentimiento del negociador.

Conclusiones

Es incuestionable, que los tratamientos de las negociaciones anticipadas a un convenio se estructuran a base de informaciones precisas, exactas, elementales y previsiblemente relevantes, acordes con las pretensiones que esperan recibir las partes negociantes entre sí, por medio del futuro contrato. Por tanto, para la obtención recíproca de estas prestaciones es necesario, que, en la etapa preliminar de la negociación, los negociantes cumplan con el deber de transmitir información referente a la causa y objeto que serán pactados, así como

cualquier otro factor inherente al desarrollo de sus voluntades.

Ante esta situación, el deber precontractual de información, como imposición del principio de la buena fe, es un deber fundamental, que no puede ser desconocido por los negociantes y su inobservancia produce consecuencias perjudiciales que deben ser resarcidas por el negociante omisivo, o si informó con datos inciertos, contradictorios, indeterminables o falsos. Por tanto, en la medida en que las

negociaciones preliminares estén precedidas de información veraz y pertinente, disminuirá el riesgo de romper la secuencia de las tratativas previas o de suscribir un acuerdo de voluntades bajo amenaza de nulidad absoluta.

En Panamá, el deber precontractual de información está claramente tipificado en las normas sobre el Derecho de Consumo y defensa de la competencia, tal como se desprende de lectura de los artículos 68 y siguientes de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007. Sin bien, en el Derecho Civil de Panamá no existe un precepto destinado a regular explícitamente la responsabilidad precontractual y por ende, el deber precontractual de información, en atención al artículo 1109 en concordancia con el artículo 1113 del Código Civil (1916), partiendo del principio de la buena fe, es perfectamente aplicable el cumplimiento

recíproco del deber información, en la etapa previa a la realización del contrato.

Asimismo, el dolo omisivo, como forma de violación del deber precontractual de información entra dentro de la definición comprendida en el artículo 1120 de la precitada disposición legal, considerando que, a través de esta conducta intencional de desinformación, el negociante omisor, construye una atmósfera pasiva y confiable que oculta un contenido dañino que desconoce el otro negociante. Ante esa apariencia artificiosa de confiabilidad, la autonomía de la voluntad del negociante ignorante se erosionará y, por consiguiente, sufrirá daños y perjuicios en concepto de las erogaciones en que incurrió con motivo de la oferta aparente del otro negociante y este, en consecuencia, está obligado a resarcir dicho daño.

Referencias Bibliográficas

- Arroyo, D. (2017). *Contratos Civiles*. Editorial Portobelo Panamá. 63
- Borda, A. (2014). La Buena Fe en la etapa precontractual. 129 *Vniversitas*, 39-79. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfedoi:10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe.11>.
- De La Maza, I. (2010). *Los Límites del Deber Precontractual de Información*. Editorial Aranzadi, S.A. 29.
- Código Civil, 2019. Real Decreto julio 24, 1889. 25 de julio de 1889. (España):
- Código Civil, 2019. Real Decreto 262 marzo 16, 1942. 4 de abril de 1942. (Italia).
- Código Civil, 2020. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916. (Panamá).
- Código Comercio, 2019. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916. (Panamá)
- Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil. Proceso 294-10 (M.P. Hernán A. De León Batista; agosto 23 de 2012).
- Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Recurso 3837/2016 (M.P. Pedro José Vela Torres; mayo 6 de 2019).
- Rubín, M. (2016). *La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering*.

[Microsoft Word - La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual.docx](#)
(todaviasomos pocos.com).1-3

Dr. Richard J. Lemus

Abogado con estudios de Especialización en Docencia Superior y de Maestría en Desarrollo del Sector Marítimo, con énfasis en Empresas Navieras ambos títulos otorgados por la Universidad de Panamá. También cuenta con Postgrado y Maestría en Tributación y Gestión Fiscal conferidos por la Universidad Especializada del Contador Público Autorizado; un Máster en Economía y Finanzas de INCAE Business School y Doctorando en Derecho con énfasis en Derecho

Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Con más de 20 años de experiencia en el Sector Público, actualmente, el abogado Richard J. Lemus se desempeña como Coordinador del Área de Litigios de la Oficina de Asesoría Legal del Despacho Superior de Ministerio de Economía y Finanzas y es profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.



Bocas del Toro



Alanje



David

Inteligencia Artificial en el Poder Judicial

Resoluciones para su aplicación en un Sistema Penal Acusatorio

Mgter. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Juez de Garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá,
San Miguelito

Órgano Judicial de la República de Panamá
Correo electrónico: barraganjurista@gmail.com

Inteligencia Artificial en el Poder Judicial Resoluciones para su aplicación en un Sistema Penal Acusatorio

Recibido: Agosto 2021

Aprobado: Octubre 2021

Sumario

Cuando hablamos de inteligencia artificial pensamos en algo del futuro. La realidad es que hace más de setenta años la hemos estado utilizando, hablando en términos generales. Por ello, es necesario desarrollar los puntos básicos de la inteligencia artificial, sus fortalezas, y sus debilidades al momento de aplicarla a la administración de justicia. En consecuencia buscamos despejar nuestras mayores preocupaciones, y definitivamente uno de los cuestionamientos más relevantes en este asunto: ¿Puede la Inteligencia Artificial suplantar la labor jurisdiccional de los administradores de justicia? Pues bien, a través de este ensayo advertiremos los criterios de aquellos estudiosos en la materia, así como nuestros análisis respectivos. Todo esto, sobre la base de los derechos fundamentales en un sistema penal acusatorio.

Abstract

When we talk about artificial intelligence, we think of something from the future. The reality is that we have been using it for more than seventy years, generally speaking. Therefore, it is necessary to develop the basic points of artificial intelligence, its strengths, and its weaknesses when applying it to the administration of justice. Consequently, we seek to clear up our greatest concerns, and definitely one of the most relevant questions in this matter: Can Artificial Intelligence supplant the jurisdictional work of administrators of justice? Well, through this essay we will notice the criteria of those scholars in the field, as well as our respective analyzes. All this, on the basis of fundamental rights in an adversarial criminal system.

Palabras Clave

Inteligencia Artificial, Derecho Penal, Administración de Justicia, Sistema Penal Acusatorio, Derechos Fundamentales.

Key Words

Artificial Intelligence, Criminal Law, Administration of Justice, Accusatory Criminal System, Fundamental Rights.

Introducción

Es claro que al tratar el tema de la Inteligencia Artificial (en adelante IA), y su aplicación en la administración de justicia, nos introducimos en algunos eventos bastante novedosos. Como veremos a continuación hemos estado empleando la IA desde hace ya varias décadas. La cuestión es que el término nos causa asombro cuando descubrimos que está siendo utilizada en la administración de justicia, sí, máquinas (jueces cibernéticos) que deciden en remplazo de jueces humanos.

Ante lo dicho, es necesario presentar las nociones básicas sobre que debemos entender por IA, cómo se estructura, qué es un algoritmo, quién o quiénes alimentan la base de datos de esos programas informáticos. Por tanto, las preguntas que saltan de manera inmediata cuando escuchamos que existen programas inteligentes que son capaces de determinar la culpabilidad o no culpabilidad de los justiciables, son las siguientes: **¿Puede la IA suplantar la labor de jueces de carne y hueso?** ¿Cómo valora la IA los indicios y las pruebas? ¿Quiénes resuelven los recursos interpuestos contra las decisiones de la IA? ¿Cuáles son las ventajas, y cuáles las desventajas de la IA como herramienta en el Poder Judicial? **¿Cómo funciona el sesgo en la IA?** ¿Podrían existir juicios por jurados de conciencia cibernéticos? Aunque la última pregunta parezca totalmente absurda, no significa que no deba plantearse.

Podríamos introducir muchas interrogantes más; no obstante, lo que buscamos transmitir son los puntos medulares de aquello que tenemos más cerca de lo que parece. La IA como herramienta en beneficio de la administración de justicia y los justiciables la hemos estado aprovechando sin darle el mérito necesario, dado su alcance tecnológico, jurídico y social, pues si,

definitivamente que proporciona un sin fin de beneficios. Pero, cierto es también que la IA como órgano decisor en asuntos penales crea una multiplicidad de dudas, incluso preocupaciones, en consecuencia, pasemos inmediatamente a ver qué es esto de la IA, y sus algoritmos.

Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia

Antes de pasar al grueso del asunto debemos dominar ciertos conceptos para intentar comprender como funciona esto de la IA. Luego veremos un caso -penal-emblemático en el cual se utilizó la IA -el caso Loomis-. Todo esto definitivamente con los criterios de aquellos que han venido estudiando esta herramienta tecnológica. Pasemos entonces a tratar de darle las respuestas a nuestras dudas.

¿Qué es Inteligencia Artificial? ¿Qué es un algoritmo?

Para contestar esta pregunta tenemos aquello que nos dice Ortega (2021), a través de la página web MAPFRE en: ABC de la inteligencia artificial: el **algoritmo** al servicio de las personas. Nos refiere el autor que la base de la IA es el algoritmo. Refiere que la IA es más que una tecnología, que en realidad es: “una constelación de tecnologías que buscan que las máquinas puedan percibir, comprender, actuar y aprender” (párr. 4). Por tanto, dicha disciplina lo que busca es: “desarrollar sistemas informáticos capaces de realizar tareas que normalmente se atribuyen a la inteligencia humana, como por ejemplo, reconocer objetos, identificar caras, conducir vehículos, detectar enfermedades o entender el lenguaje natural, tanto hablado como escrito” (párr. 5).

Entonces, continúa diciendo el autor “Un algoritmo es un conjunto ordenado de

instrucciones, operaciones, pasos o procesos que permiten desarrollar una tarea determinada o hallar una solución ante un problema planteado” (párr. 5). En otras palabras, es un listado o catálogo de instrucciones que van determinando cuál sería la decisión más adecuada. **Puede ser representado a través de un flujograma.** El autor nos brinda el siguiente ejemplo:

Por ejemplo, detener un vehículo ante una señal que indica STOP. **Los algoritmos son la esencia de cualquier sistema de inteligencia artificial y se les entrena suministrándoles la mayor cantidad de datos posibles, a modo de referencias, para que puedan aprender mejor.** ¿Alguna vez al acceder a la galería de fotos de tu smartphone te ha aparecido un mensaje pidiendo que confirmes quien es la persona que aparece en una imagen? Tiene mucho que ver con lo que hablamos. **Lo que está haciendo el dispositivo en estos casos es pedirte ayuda para recopilar información y entrenarse en la identificación de rostros.** Afinando su clasificación, la próxima vez que quieras buscar fotos de un familiar bastará con que teclees su nombre para que el móvil te recupere en apenas un segundo todos los recuerdos asociados con esa persona. (Ortega, 2021, párr. 5) (Nuestro es el énfasis)

Continúa el autor en cita manifestando que al hablar de la IA dura, es hablar de robots que prácticamente suplantando el desplazamiento, y conductas similares a las del ser humano. Es decir, que las máquinas van aprendiendo de sus propios patrones, algoritmos, los cuales son insertados por personas. Afirma que: “La principal técnica es el aprendizaje automático, o machine learning en inglés...”. Ergo, **“Esta técnica incluye procesos en los que son las propias máquinas las que crean sus reglas**

(algoritmos) y predicciones a partir de los datos que les suministran los humanos” (párr. 8).

Para reforzar aún más lo dicho hagamos referencia a un artículo encontrado en la página web “B12 Tech4Business”, bajo el título “Inteligencia Artificial, Cómo funcionan los algoritmos de la Inteligencia Artificial”. Allí, el equipo de redacción de B12 España; Marketing, Big Data, Inteligencia Artificial y Ventas (2020) nos comentan que efectivamente: “La Inteligencia Artificial utiliza **algoritmos** para crear máquinas que piensan como personas”. Advierte el equipo de redacción que es un concepto mucho más complejo, pero de manera sintética podría decirse que el vínculo entre un algoritmo y la IA, sería el siguiente:

La **Inteligencia Artificial** permite que las máquinas aprendan de su propia experiencia, se reconfiguren ante nuevos escenarios o nueva información y desarrollen tarea de manera similar a como lo hacemos nosotros. Estas tareas incluyen tres puntos clave:

- Aprendizaje.
- Razonamiento.
- Autocorrección.

Así entonces, para la creación de IA se requiere de los algoritmos y los datos para nutrirlos.

Se entiende entonces que los algoritmos son los patrones, instrucciones, y estos son perfeccionados con las reglas que deben seguirse para completar, mejor dicho, encontrar la mejor solución a un determinado problema. Como veremos más adelante, es aquello que muchos conocemos como flujogramas o diagramas de flujo.

Dicen los autores en cita: “Digamos que el algoritmo proporciona las instrucciones para la máquina y los datos permiten

a la máquina aprender a utilizar esas instrucciones y perfeccionar su uso”. Afirman que de igual manera que las máquinas, nosotros, los seres humanos utilizamos algoritmos. Para ello proponen el siguiente ejemplo: si el control remoto de algún equipo deja de funcionar, nuestro cerebro se plantea varias opciones, entre las primeras podrían estar: o se ha dañado o se le acabaron las baterías. Luego, como segunda deducción seguro pensaríamos que debemos cambiar las “o darle el clásico golpe que lo arregla todo”. Por último, si no funciona ninguna de las anteriores, solo nos queda llevarlo a que lo arreglen, o simplemente comprar otro control remoto. (equipo de redacción de B12 España, 2020, párr. 7)

Entrando ya en materia penal, y la IA como herramienta para facilitar el trabajo de abogados, fiscales, defensores y jueces, toca iniciar con la definición de IA de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, esto es: “disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico” (como se citó en Hernández, 2019, p. 795).

Además de lo dicho, la autora en cita añade el criterio de Johan McCarthy, y Marvin Misky, cofundadores del Laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT (Instituto Tecnológico de Massachusetts). Veamos aquello que nos plantean los científicos en el orden ya descrito. Para el primero: “es la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes”. Mientras que el segundo entiende a la inteligencia artificial como: “la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas que requerirían inteligencia si las

hicieran las personas” (p. 795). Pasando al ámbito jurídico la ensayista cita las palabras de Gartner, en su informe: “Cool Vendors en AI for Legal Affaris, 2017”, para establecer una definición de la IA, sus palabras son las siguientes:

...es el conjunto de todos aquellos **sistemas expertos** tales como el procesamiento del lenguaje natural, las redes neuronales profundas o el aprendizaje automático aplicados en tareas legales como el análisis de un contrato, la preparación de una estrategia procesal o la investigación legal, con la finalidad de automatizar la tarea y mejorar la toma de decisiones. (p. 797) (la cursiva es nuestra).

Parafraseando a Raymon Kurzweil, tenemos que en los sistemas expertos deben existir tres componentes primarios. En primer lugar, se habla de una base de conocimiento constituida por bases de datos relacionados entre sí, y con los conceptos propios del dominio. Un segundo componente consta de las reglas propias de las decisiones que representan, o describen los métodos a través de los cuales se deben tomar las decisiones en determinado campo especializado. Y, como último punto, la máquina de inferencia, también nombrada como motor de inferencia, es decir, el sistema de deducciones o análisis, esto último tiene sustento en que el sistema una vez aplicas las reglas, parámetros, llega a una conclusión, es allí donde la IA es capaz tomar la decisión más lógica al problema planteado (como se citó en Martínez, 2013, p. 829).

Como se podrá ir observando, la IA brinda ventajas invaluable al momento de aplicar, defender, o decidir en derecho. Muestra de esto es la innumerable e invaluable cantidad de jurisprudencia que encontramos en la página web del Órgano Judicial de Panamá. Allí se nos facilita la búsqueda inteligente (avanzada)

de los fallos que deseamos leer. Por ejemplo, si entramos en el Registro Judicial, Fallos en General, e insertamos en el cuadro de texto las palabras: “**dignidad humana**”, y le damos buscar, de manera automática, como por birlibirloque, nos aparecen en la pantalla del computador múltiples fallos de la Corte Suprema de Justicia. Mejor aún, dicha herramienta inteligente nos permite determinar por materia civil, contencioso, penal, en base a ponencias y, definitivamente si lo deseamos, los fallos del Pleno.

Ante dicha magnificencia, no debemos tener un texto de más de mil páginas sin saber específicamente donde buscar. Tan solo con un clic podemos encontrar lo que buscamos, nutrir nuestros conocimientos, ver las tendencias a nivel de la magistratura en determinados temas y casos. Todo esto es sin lugar a duda un beneficio incalculable para cualquier persona, en cualquier área del derecho, toda vez que permite la recopilación de información, datos, jurisprudencia, etc. No obstante, como veremos más adelante, la cosa se complica cuando se pretende que la IA tome decisiones que pertenecen exclusivamente a seres humanos, luego explicaremos el porqué de nuestra posición.

En la Jornada Internacional: Inteligencia Artificial aplicada al derecho penal, (Gross & Blasco, 2021) nos hacen un recuento del evento. En ese sentido, el profesor Corvalán señaló que debemos dejar a un lado “los clichés que rodean a la inteligencia artificial”, y “subrayó la importancia de explotar sus lados luminosos que residen, entre otros, en el aporte que la IA puede llegar a hacer en el sistema jurídico y dentro de las investigaciones gracias a las oportunidades de automatización y predicción”. Ejemplo de ello, señaló el profesor, la importancia de “argumentar un caso, aunque sin perder de vista el rol del ser

humano” (párr. 4).

Destacan los presentadores el punto de vista del conferencista y estudioso Romeo (2021), quien afirmó la necesidad de realizar una reflexión sobre su fiabilidad ante la implementación de la IA al derecho penal, toda vez que se deben tener presente valores y principios. Entre los más relevantes que podemos destacar están, el debido proceso y la libre apreciación de la prueba. En similares términos se refirió el conferencista Pere, quien recordó positivas discusiones con relación a la modernización de la administración de justicia, y la introducción de sistemas expertos en esta. Además se cuestionó Pere, la forma en que los jueces toman las decisiones sobre la base de los riesgos procesales. Por último, afirma la necesidad de adelantar, o predecir conductas, así como la viabilidad de que el juzgador al momento de tomar decisiones sobre las medidas cautelares cuenta con la mayor cantidad de información posible. Afirmó el expositor en comentario, que: “de cualquier forma, la tecnología no puede sustituir al juzgador, pero sí apoyarlo” (Gross & Blasco, 2021).

Ante lo planteado somos del criterio que efectivamente la IA es de gran utilidad para la administración de justicia (latu sensu), pero de allí, a que los jueces humanos puedan ser suplantados por jueces artificiales (IA), es algo que no lo vemos ni posible, ni viable; so pena de vulnerar derechos y garantías constitucionales como el debido proceso, el juez natural, igualdad de armas, imparcialidad del juzgador, oralidad, intermediación, y sobre todo, **el derecho a una defensa efectiva**.

En otro sentido, más complicado aún sería el determinar quién ha de resolver el recurso de apelación, anulación o casación. ¿Sería otra IA con mayor autosuficiencia?

¿Jueces Humanos? Ante la primera pregunta, de ser afirmativa la respuesta, estaríamos confirmando que no todas las IA mantienen los mismos algoritmos, por tanto, la decisión no sería del todo invencible. Sobre la segunda interrogante, (en el caso de una apelación por una medida cautelar de detención provisional dictada por un juez de garantías **-intangible-**), tendríamos que confrontar el cómo un juzgador **-humano-** cuestionaría el valor probatorio, riesgo de fuga, probabilidades de condena, de culpabilidad o no culpabilidad que le dio la IA a determinado caso, ante esto la pregunta correcta sería: **¿Cómo discutimos cuestiones de derecho procesal penal contra una máquina?** Las respuestas podrían ser: ¡El algoritmo utilizado no fue el adecuado! ¡El captador de datos se equivocó! ¡El flujograma tiene defectos en los parámetros establecidos!

Por su parte Muñoz (2020), luego de su investigación en el tema de la IA nos muestra interesantes puntos. Inicia la ensayista mencionando que la IA representa un avance de las nuevas tecnologías utilizadas en nuestro sistema de justicia, además, nos hace referencia de aquellos programas más avanzados o con mayor demanda. Entre estos están Ross Intelligence, la cual es utilizada más que todo en los despachos o bufetes de abogados, también se encuentra la IA denominada Compas, con capacidad de pronosticar el grado de reincidencia de un sujeto sobre la base de datos recopilados, y el programa nombrado Prometea, esta es usada en ciertos casos dependiendo de la complejidad de cada caso en concreto. Para el autor, el asunto es que: “El uso de estas tecnologías trae consigo la necesidad de adoptar un sistema compatible con los Derechos Fundamentales de los ciudadanos afectados, incluyendo aspectos como la protección de datos, la protección de la privacidad y la no discriminación” (p. 695).

La autora en cita toca un punto cierto, este es, aquello que muchos en la judicatura de lo penal hemos utilizado siempre bajo el axioma o sentencia: **“conoce a tu juez”**. Pues bien, a través de la IA, y los algoritmos correctos dicha herramienta puede llegar a predecir de manera más ágil, y con pocos errores, la línea de criterio de determinado juez o magistrado. En las palabras de la autora tenemos lo siguiente:

En el caso de los despachos de abogados, **hemos de señalar que su uso no supone que sustituya la labor que pueda realizar ningún profesional del derecho**, puesto que el uso de la inteligencia artificial va mucho más allá de eso. La IA resulta ser una herramienta de apoyo que complementa la actividad del abogado. Y es que al igual que muchos otros aspectos de nuestra sociedad, los bufetes de abogados también se ven afectados por el aumento de la cantidad de los datos generados. A este respecto, el uso de la IA en el ámbito de la abogacía está, hoy, más o menos limitado a las herramientas de investigación, la simplificación del análisis de datos y, **en algunas jurisdicciones, para la predicción de posibles decisiones judiciales**. Entre estas tareas se pueden destacar: los instrumentos que facilitan el análisis de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina científica, los instrumentos que facilitan el proceso de diligencia debida de los contratos y documentos, las soluciones de e-Discovery (identificación automatizada de documentos pertinentes y examen asistido por tecnología) y la automatización en la elaboración de documentos.

Las herramientas que más nos interesan, por lo novedoso de su función, son las

denominadas **técnicas de predicción judicial**, las cuales **permiten a través de formulaciones, la reducción de las barreras relativas al almacenamiento y procesamiento de datos con el objetivo de construir una estrategia procesal más eficiente, orientada, en todo caso, a la plena satisfacción del interés del cliente**. Por ejemplo, si nos encontramos ante un supuesto jurídico que requiere una respuesta, podemos dotar a un sistema o herramienta con una serie de datos (como los hechos, las personas implicadas, el plazo) y ponemos a su disposición una gran base de datos, como la jurisprudencia más relevante, la doctrina, la legislación y toda la documentación referente a nuestro asunto. La herramienta lo que hará será aglutinar y juntar toda esa información y darnos una respuesta jurídica que sirva para apoyar y desarrollar la resolución de nuestro caso. (Muñoz, 2020, pp. 700-701) (Nuestro es el énfasis)

Con relación al último punto, es decir, la predicción de posibles razonamientos en los fallos, es preciso reconocer que dicha herramienta tecnológica brinda los mismos beneficios a los jueces y magistrados. Esto es, que la IA proporciona material relevante en tiempo realmente veloz con los criterios que cada cual haya insertado en la búsqueda. Muñoz (2020), nos lo representa en el tenor siguiente:

En cuanto a la tramitación de los procedimientos judiciales, una gran parte de la labor de los juzgados es mecánica, donde buena parte de los funcionarios trabajan utilizando modelos de resolución y modificando -simplemente- los datos identificatorios del proceso. En la actualidad, pocas sentencias se redactan completamente ex novo, **incluso en la jurisprudencia de los más altos tribunales**, donde se detecta en infinidad de ocasiones el uso del “corta-pega”.

De este modo, el software de predicción judicial no solo podrá ser utilizado en los despachos profesionales sino también como herramienta de apoyo al juez a la hora de tomar decisiones, pues al no existir casos idénticos, estos algoritmos podrían ayudar al magistrado aportándole el conjunto de argumentos legales aplicables y proponiéndole ciertas decisiones, lo que aligeraría los tiempos necesarios para dictar sentencia. En este sentido, Joaquín Muñoz insiste en que la IA será útil, pero no acabará con la figura del juez, **"aunque se pueda utilizar un algoritmo para resolver asuntos, cualquier fallo generado por esta vía siempre deberá ser verificado y refrendado por un juez y, en caso de desacuerdo, tendrá que existir una posibilidad de recurso"**. (pp 702-703) (Nuestro es el énfasis)

Pasemos ahora a las complicaciones y posibles violaciones de derechos. De acuerdo con el autor antes citado en Estados Unidos, se utilizó el programa Compas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions). La herramienta “tiene por objeto reducir la población carcelaria”, para ello debe utilizar una serie de algoritmos basados en los antecedentes penales del encartado, para entonces predecir las posibilidades de reincidencia (pp. 703-704).

Sin embargo, como se verá, y como evidentemente lo anuncia la escritora, la técnica en cuestión no es infalible. Recordemos que para determinar la reincidencia no basta una sentencia condenatoria vigente, de igual manera se deben tomar otros aspectos como la educación, lugar de trabajo, ocupación, estado familiar, etc. De lo contrario se estarían reforzando los prejuicios sociales por lugar de residencia, color de la piel, clase social, nivel

escolar, etc. Esto es aquello que debemos conocer como los **sesgos** de la IA. Los **sesgos** no es otra cosa que la inclinación que se tiene en favor o en contra de determinado asunto, es la orientación que tenemos todos al plantearnos ciertas soluciones o conclusiones en determinados problemas o circunstancias.

Lo anterior, en términos de Nieva (2018), es lo que a continuación reproducimos con exactitud:

El heurístico de **anclaje y ajuste** tiene un reconocido impacto en materia judicial. De acuerdo con el mismo, las personas, probablemente para simplificar la realidad, tienden a hacerse una idea desde un principio de la solución de un caso concreto. Si ello es así, lo siguiente que sucede es que luchar contra ese prejuicio es difícilísimo. Por muchas informaciones que reciba el sujeto en sentido contrario a su posicionamiento inicial, tenderá a reinterpretar esas informaciones en apoyo de su opción primigenia, manipulando o tergiversando esos datos. Es el error que se conoce con el nombre de «**sesgo de confirmación**». (p 50) (Nuestra es la negrita)

Si ponemos el ejemplo de determinar la peligrosidad de fuga o reincidencia de un sujeto al momento de aplicar una medida cautelar de detención provisional, para la mayoría de nosotros (sin mayores prejuicios), con claridad lo primero que pensamos es: ¿El hecho es grave? ¿Se encontraba en estado de flagrancia? ¿Por qué representa un peligro social? ¿Tiene condenas vigentes? ¿Tiene arraigo? En fin... Dichos cuestionamientos que pueden ser transformados en algoritmos, parámetros en la toma de decisiones, seguro arrojarán resultados específicos. Pero, esos resultados dependerán de quién o quiénes están nutriendo la base de datos, es decir,

dependerá de que concepto o criterio se tiene de cómo debe funcionar una sociedad.

Pongamos lo anterior en términos claros, la población latinoamericana en su mayoría entraría en el grupo de los negroides (negros, mulatos, chombos, mestizos, morenos, culizos, trigueños, cholos, etc.) étnicamente hablando. Si la persona que ingresa los algoritmos es un sujeto con prejuicios en contra de la etnia descrita, contra las personas de escasos recursos, contra las personas con baja escolaridad, ¿Cuáles creen que sean las posibles conclusiones a las que llegue una determinada IA? De acuerdo a las probabilidades de reincidencia o necesidad de una detención provisional en los casos que el sujeto aprehendido cumpla con alguna de las características ya descritas.

En términos de Nieva (2018), y desde el punto de vista extrajurídico:

“Tanto COMPAS como el resto de herramienta de predicción de la reincidencia están enfocadas a la asistencia en la elaboración de un pronóstico de riesgo”. Pero, “el pronóstico de riesgo no lo hacen esas aplicaciones, sino que lo lleva a cabo la persona que se ayuda de esas aplicaciones” (p. 72).

De acuerdo con lo descrito supra, Muñoz (2020), destaca que entre los riesgos que se pueden tener en el uso de la IA, están la cuestionada protección de datos, en especial la intimidad, y evitar la no discriminación. Sobre la discriminación señala que esta dependerá de los sesgos, los datos, y definitivamente de los algoritmos. Es decir, dependerá de la información que se introduzca en la IA, este punto es de suma importancia porque dependiendo de los datos y el sesgo del captador de datos, así mismo será el proceso de razonamiento de la IA, recordemos que

esta sigue las instrucciones establecidas, y luego analiza el caso para llegar a una conclusión. No obstante, señala la escritora, que si al sistema: “le introduces una base de información errónea, limitada o incorrecta, no podrá llevar a cabo un proceso de análisis correcto y las soluciones a las que va a llegar y que ofrecerá serán tergiversadas o falsas” (pp. 704-705). Pasemos a reproducir las propias palabras de la autora.

En el caso concreto de Compas, **este se basa en parámetros sesgados y subjetivos que predispone**, en función de la catalogación inicial del algoritmo, **una determinada raza a ser considerada de mayor riesgo delictivo por la inclusión de parámetros racistas y desigualitarios**. Como menciona Sofía Trejo, Iván Meza y Fernanda López Escobedo, **las relaciones intrínsecas de los datos reflejan estructuras no explícitas de la sociedad, como lo es la discriminación**, por lo que **si el software aprende a imitar estos comportamientos tendrá resultados discriminatorios**. (p. 705) (la negrita nos pertenece)

El profesor Romeo (2020), catedrático en Derecho Penal en la Universidad del País Vasco, nos ilustra sobre el riesgo del delincuente de reincidir en conductas delictivas. Incluso advierte que: “Es previsible que si se produce un desarrollo muy perfeccionado y sofisticado de la IA en este sector aquélla sea capaz de predecir de forma objetiva -automatizada- el comportamiento criminal de un delincuente sin entrar en el estudio de su personalidad (par. 3). Para ello, nos traslada al derecho anglosajón (EE. UU.) Donde mediante sentencia dictada por el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin, en el caso, State vs. Loomis (13 de julio de 2016), se utilizó el programa de IA (COMPAS).

Resalta el catedrático que dicho programa dictaminó un riesgo de reincidencia, por tanto debía imponerse la pena más grave al momento de emitir la sentencia condenatoria. Ante esto, lo que se cuestionó es si los sistemas informáticos garantizan eficazmente las garantías procesales del acusado, como son los derechos fundamentales, justicia en tiempo razonable, y la tutela judicial efectiva, esto sin dejar de lado la protección de datos personales. El problema del caso Loomis es que de acuerdo con la defensa técnica, no se tuvo acceso al sistema de IA para comprobar su funcionamiento y fiabilidad, situación que definitivamente crea un estado de indefensión al desconocer como una máquina llegó a dicha conclusión. No obstante, y de acuerdo con el Tribunal Constitucional, en dicho proceso prevaleció el secreto industrial o comercial de la empresa que fabricó COMPAS sobre los derechos del acusado. Decisión que evidentemente no compartimos, toda vez que a nuestro juicio, la fiabilidad de la IA depende en gran medida de la transparencia de su programación, factor que siempre debe ser considerado al momento de valorar las decisiones que toman.

Con base en lo arriba plasmado veamos las palabras del jurista Nieva (2018), en el caso Loomis. Refiere que el Tribunal Supremo de Wisconsin: “afirmó que siempre que COMPAS sea tenido en cuenta, junto con otras pruebas, como un elemento más de convicción, su uso es regular y que, por tanto, no afectaría al derecho de defensa”. Además, afirma con firmeza que “se comete un error jurídico de base, de desproporcionadas dimensiones, al pensar que el uso de esta herramienta no tiene demasiados problemas en la adopción de medidas cautelares” (pp. 71-72)

Como se observará, la igualdad de armas, el juez natural, derecho a defensa, y el

debido proceso, han sido violados ante tales circunstancias. Mejor veamos las conclusiones del profesor Romeo (2020).

En primer lugar, hay que deshacer un malentendido bastante generalizado. El loable y compartible el propósito de reducir o eliminar componentes subjetivos en el evaluador sobre el comportamiento futuro de un delincuente, introduciendo elementos objetivos externos a aquél, **no debe conducir a la adopción de elementos de procedimientos objetivos, automatizados y despersonalizados como exclusivos registros de la evaluación.** Al contrario, **la evaluación predictiva ha de ser siempre individual y personalizada, tomando como soporte elementos –objetivables en la medida de lo posible- que permitan excluir apreciaciones basadas en la subjetividad del evaluador técnico o pericial y del propio juez;** son, por tanto, aspectos diferentes. Mientras que los procedimientos basados en técnicas conductuales predictivas, los sistemas actuariales, **y todavía más si utilizan como herramienta sistemas de IA, tienden a lo contrario, a la despersonalización, a la estratificación o clasificación en grupos preestablecidos y a la automatización,** prohibido por el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (2016, art. 22). (Romeo Casabona, 2020, par. 8) (La subraya es del autor, la negrita es nuestra).

Nos ilustra el maestro Nieva (2018), con relación al tema del riesgo en la reiteración delictiva, que entre los diversos programas que existen, el llamado COMPAS es la estrella. Dicha herramienta -como ya hemos desarrollado- se basa “en algoritmos contruidos con diversos datos personales del reo, combinados de una forma cuyo real

funcionamiento y complejidad son imposibles de analizar porque de momento sus creadores no han accedido a ofrecer tal información, amparándose en la propiedad intelectual”. Señala el autor que en definitiva, lo que sí se sabe de COMPAS es que: “tiene en cuenta datos bastante variopintos, basándose en las informaciones estadísticas de presos previos. Observemos lo que nos plantea el jurista, al determinar que las preguntas van dirigidas a la propensión al delito, y que son afirmativamente clasistas.

De ese modo, se combina el delito imputado con datos como los siguientes:

- Si el reo pertenece a una banda organizada.
- Número de detenciones previas de la persona y sus razones.
- Antecedentes de condenas.
- Infracciones disciplinarias durante las estancias en prisión.
- Vulneración de medidas cautelares.
- Antecedentes penales en la familia y en su entorno de amigos.
- Consumo de drogas y alcohol.
- Situación domiciliaria, es decir, si vive en casa propia, con familia, amigos, o cuántas veces se ha mudado, por poner algunos ejemplos.
- Criminalidad en la zona de residencia.
- Nivel de estudios.
- Situación laboral y financiera.
- Situación emocional y atencional, en el sentido de si está triste, se aburre o le cuesta fijar su atención en lo que hace.
- Relación de proximidad con amigos.
- Carácter agresivo o pacífico.
- Propensión ideológica al delito.(pp. 67-69)

Destaca el jurista Nieva (2018), que la aplicación en estudio “puede estar llena de **prejuicios**, que en el fondo reflejan los de su **propio programador** al haber basado sus

algoritmos en datos estadísticos recogidos probablemente de manera **sesgada**, como ocurre **frecuentemente**” (p.70). (Nuestra es la negrita)

Entre los principios y derechos que podrían violarse está el del Juez Natural y la motivación consustancial que debe existir en toda decisión manada de un ente jurisdiccional, es decir, en toda decisión judicial. Para Nieva (2018), una decisión de COMPAS no está resguardada en la motivación, ello es así porque se encubre en los algoritmos. En otras palabras: “Toda resolución jurisdiccional debe ser motivada y, por tanto, deberán ser expuestos los motivos que llevan a la consideración de esa persona como peligros, si es el caso”. Por tanto, una adecuada motivación no puede sustentarse por el mero hecho de que: “COMPAS ha dicho que el sujeto es peligroso, porque ello equivaldría a una carencia absoluta de motivación, reforzada incluso por el hecho de que los autores de COMPAS no han desclasificado sus algoritmos, lo que es aún peor” (pp. 72-73). Recordemos que la motivación per se, es parte del debido proceso, incluso, como una garantía fundamental de toda persona que se encuentra sometida a un proceso judicial.

Pero, qué es lo peor que puede pasar si son las máquinas inteligentes la que tomen las decisiones judiciales, en especial, en materia penal. Pues, Nieva (2018), nos indica que este es el mayor miedo de todo jurista, de todo ciudadano. Que sean las máquinas quienes dicten las sentencias y no personas naturales, esto es por lo siguiente:

...una aplicación que solo decide en función de aplastantes variables estadísticas y que, por ello, resolverá siempre de la misma forma, no solamente no adaptándose a los cambios, sino reafirmando sus **«prejuicios»** con el paso del tiempo y la acumulación de más decisiones en un determinado sentido, que serán sus propias decisiones. Visto de ese modo, el **algoritmo**, no es que entre en un círculo vicioso, sino que se sitúa en una línea recta inquebrantable de la que solo se puede salir trazando las líneas paralelas que la propia **inteligencia artificial** tiende a hacer desaparecer al optar sistemáticamente por la alternativa más repetida estadísticamente. **Expuesto en estos términos, la inteligencia artificial tiende a fosilizar las decisiones.** (p. 99) (Énfasis suplido)

Conclusiones

Después de tener los conceptos claros, y los diferentes puntos de vista, podemos decir que los pros y los contras de la IA aplicada a nuestro derecho penal y procesal penal, pueden ser los siguientes.

En primer término somos reiterativos que la IA le proporciona a toda la comunidad jurídica aportes invaluable. La recolección de datos estadísticos, la agrupación de jurisprudencias en determinadas esferas y sobre temas puntuales, es incomparable al talento humano; v. gr., fallos del Pleno con relación de la detención provisional y, sus reglas, principios y parámetros. Se habrá podido observar que incluso puede la IA crear un discurso, una estrategia sobre la base de datos, sin obviar a los algoritmos.

En esa misma línea, el desahogo de casos sencillos en cualquier rama del derecho, por ejemplo, aquellos casos donde se debe decretar la extinción de la acción penal o de la pena, los cuales no ameritan mayor argumentación cuando es por el mero transcurrir del tiempo o por la muerte del imputado, acusado o condenado. El que un abogado, fiscal, defensor o juez se asista de la IA para tener una mayor visión de los posibles riesgos, de las posibles conclusiones, de la jurisprudencia adecuada de acuerdo con el punto de vista propio -sesgo de confirmación-, y que todo eso se consiga en escasos minutos, es sencillamente incomparable, es por tanto, una herramienta de macro utilidad.

El asunto es cuando el tribunal haga caso o preste obediencia incuestionable a la solución proporcionada por la IA. Como se advierte, la IA es una herramienta para el ser humano, no a la inversa. Es decir, los jueces

pueden, y deben apoyarse en ella, pero al fin y al cabo, es el juzgador quien da valor a determinados indicios, a pruebas específicas, y quien tomará al final del camino jurídico la decisión más acorde a derecho bajo las reglas de la sana crítica.

Así entonces, el pensar que un caso penal será decidido por una máquina o sistema inteligente, es dejar de un lado principios tan innatos, consustanciales a los del ser humano como el derecho a un Juez Natural, derecho a defensa, al debido proceso, a la oralidad, la intermediación, la motivación, acceso a la justicia, y que decir del derecho a recurrir a una doble instancia. Ante este último punto, debemos preguntarnos, ¿Cómo un tribunal superior puede valorar las conclusiones de una máquina?

Importante cuestionamiento sería el establecer, si un robot, o sistema inteligente puede alcanzar principios y derechos como el respeto a la dignidad humana. Pues sencillamente no puede porque es un valor abstracto que solo la persona natural puede percibir. La IA no puede adquirir el valor de la libertad porque no es un ente libre, por muy autosuficiente que se diga en la toma de decisiones y el auto aprendizaje, no es un ente vivo.

Por último, algo que debemos tener presente y bajo términos claros, es que la IA es alimentada por un ser humano, por tanto, dependiendo de esa persona, así mismo serán los algoritmos, los flujogramas, y en consecuencia, las decisiones o conclusiones a las que llegue la máquina. Esto es, que las reglas dadas a la IA siempre dependerán de los prejuicios, miedos, críticas, criterios, puntos de vista, experiencia, etc., de aquel o aquellos

que le ingresen los datos. En términos sencillos, si el captador de datos es un sujeto con pensamiento inquisitorial puro (todos somos culpables), el riesgo en el fenómeno de la reincidencia seguro será de un cien por ciento, si por otro lado, se trata una persona que cree en la duda, el debido proceso, las garantías y derechos constitucionales, y el respeto a la dignidad humana, los resultados, seguro variarán.

González (2020) resalta:

Los expertos en esta materia afirman que los límites de la inteligencia artificial como rama científica son muy difusos, pues en su desarrollo intervienen disciplinas como

la programación semántica, la lógica, la neurociencia, la computación, las matemáticas, la biología y la estadística. En cualquier caso, el desarrollo de la robótica y de la inteligencia artificial y la creación de máquinas dotadas de autonomía y capacidad de decisión anuncia, de forma inminente, una nueva revolución industrial. (p. 54).

Al final, la IA es programada por una persona en principio, pero ¿qué pasaría si la IA se actualiza a sí misma?, pudiera resultar más inteligente que un ser humano, siempre debe ser una opción posible.

Referencias Bibliográficas

- Equipo de redacción de B12 España. (04 de 07 de 2020). B12 Tech4Business. Recuperado el 16 de 08 de 2021, de Cómo funcionan los algoritmos de Inteligencia Artificial: <https://agenciab12.com/noticia/como-funcionan-algoritmos-inteligencia-artificial>.
- González Granado, J. (2020). De la persona a la personalidad algorítmica. A propósito de la personalidad jurídica de la inteligencia artificial. Barcelona, España: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Gross, D., & Blasco, A. (17 de 3 de 2021). Universidad Austral. Recuperado el 18 de 8 de 2021, de Austral.edu.ar: <https://www.austral.edu.ar/derecho/2021/03/17/jornada-internacional-inteligencia-artificial-aplicada-al-derecho-penal/>
- Hernández Giménez, M. (6 de 2019). Fundación Dialnet. Recuperado el 18 de 8 de 2021, de Inteligencia Artificial y derecho penal: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6978830>
- Martínez Bahena, G. C. (2 de 5 de 2013). corteidh.or.cr. Recuperado el 20 de 8 de 2021, de La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>
- Muñoz Rodríguez, A. (29 de 10 de 2020). El Impacto de la Inteligencia Artificial en el Proceso Penal. Recuperado el 19 de 08 de 2021, de Universidad de Extremadura: <https://publicaciones.unex.es/index.php/AFD/article/view/489/657>
- Nieva Fenoll, J. (2018). Inteligencia artificial y proceso judicial. Barcelona, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
- Ortega Santos, J. (13 de 04 de 2021). MAPFRE. Recuperado el 16 de 08 de 2021, de ABC de la inteligencia artificial: el algoritmo al servicio de las personas: <https://www.mapfre.com/actualidad/innovacion/ia-algoritmo-personas/>
- Romeo Casabona, C. M. (15 de 12 de 2020) Fundación Formación y Futuro. Recuperado el 21 de 8 de 2021, de IA - ÉTICA Y DERECHO: https://fundacionff.com/inteligencia_artificial_etica_derecho/Responsabilidad_penal_derivada_del_uso_de_la_IA/proceso_penal_e_inteligencia_artificial

Mgter. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Es nombrado juez de garantías en la provincia de Colón, con la entrada en vigor del Sistema Penal Acusatorio en el distrito de Panamá. Actualmente se desempeña como juez de garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá. Inicia en el Órgano Judicial de Panamá en el 2004, ocupando desde entonces todas las posiciones del llamado escalafón de la otrora carrera judicial. Posee maestría en Docencia Superior; Sistema Penal; Derecho

Penal y Derecho Procesal Penal, entre otros. Ha publicado varios artículos en esta Revista *Sapientia*. Obtuvo el 2do lugar en el primer concurso de ensayo jurídico de esta institución en el 2016. Autor de los libros: *El Juez de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio. Un coloquio doctrinal y jurisprudencial autopoiéticamente necesario e ineludible...* (2020); y, *Procesos Disciplinarios ante El Ministerio de Educación* (2012).



Los Santos



Coclé



Herrera

Obligaciones en el derecho civil panameño

Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro
Juez Primero de Circuito Ramo Civil,
Veraguas
Órgano Judicial de la República de Panamá
Correo electrónico: miguelangeltrejos110@gmail.com

Obligaciones en el derecho civil panameño

Recibido: Abril 2020

Aprobado: Noviembre 2021

Resumen

Las normas relativas a las obligaciones, están contempladas en el Libro Cuarto: De las obligaciones en general y de los contratos, Título I, De Las Obligaciones, Capítulo I Disposiciones Generales, del Código Civil.

Sin embargo, a través de ésta obra, se pretende que el lector tenga un conocimiento diáfano sobre las obligaciones en el derecho civil panameño, su aspecto etimológico, elementos, requisitos, clases y efectos jurídicos de cada relación obligacional.

Abstract

The regulations relating to obligations are contemplated in Book Four: General Obligations and Contracts, Title I, Obligations, Chapter I General Provisions, of the Civil Code.

However, through this work, it is intended that the reader has a clear knowledge about the obligations in Panamanian civil law, its etymological aspect, elements, requirements, classes and legal effects of each obligation relationship.

Palabras Clave

Obligación, elementos, requisitos

Key Words

Obligation, elements, requirements

Introducción

Las obligaciones y los contratos se fundamentan en reglas de derecho universal, constituyéndose en la parte más sustancial y abstracta de las instituciones civiles, pues se aplican a todas las ramas del derecho a saber: Derecho civil, de familia, comercial, laboral, mercantil; en consecuencia, es indispensable profundizar en la materia, desde el ámbito legal, doctrinal y jurisprudencial, lo que a su vez nos permitirá canalizar los aspectos ideológicos, axiológicos, instructivos e incluso sociales que han surgido, en torno a la temática planteada.

Y es que el paradigma de las relaciones obligaciones cada día son más disimiles entre sí, lo que amerita esta sinergia investigativa; a fin de dar mayor lucidez a los agentes involucrados en la toma de decisiones.

De allí, la importancia del tema que nos ocupa; por tanto, sin más preámbulo pasaremos a dar inicio al presente trabajo de investigación, sobre las obligaciones en el derecho civil panameño, no sin antes recordar a los colegas estudiantes y estudiosos del Derecho Civil, en materia de obligaciones, que en este escrito, aparece una extensa bibliografía por si desean profundizar y tener mejores conceptos de nuestras humildes consideraciones, en cuanto a las mismas.

Concepto

Según (Goldstein, 2008), la obligación puede definirse de la siguiente manera:

La obligación es el vínculo jurídico en virtud del cual una o varias personas determinadas están obligadas a dar, hacer o no hacer algo respecto de otra u otras personas, en virtud de un contrato, cuasicontrato, hechos ilícitos o la ley. (p. 394).

En ese sentido, toda obligación consiste

en dar, hacer o no hacer alguna cosa (Código Civil, 1916, Art. 973).

Naturaleza jurídica

Entre las teorías más preponderantes que hacen alusión a la naturaleza jurídica de la obligación están las siguientes: La teoría subjetiva, la teoría objetiva y el sistema del débito y responsabilidad. La teoría subjetiva es tradicionalista y destaca a la obligación como la sujeción del deudor a la capacidad jurídica que tiene el acreedor para compelerlo; a fin de que cumpla lo pactado en el contrato.

La teoría objetiva, la relación obligacional no se define por el sometimiento personal del obligado a la voluntad de su acreedor, sino como un sometimiento del patrimonio del deudor a favor del acreedor.

Teoría del débito y responsabilidad: Dicha teoría es la más destacada y cimienta la naturaleza jurídica de la obligación, a partir de un criterio objetivo.

La relación jurídica obligatoria no es algo unitario, sino una relación compleja, formada por dos elementos, el débito o deuda y la garantía o responsabilidad.

Así tenemos que deuda y responsabilidad no pueden asumirse como elementos autónomos y distintos. La responsabilidad solo se justifica mediante la idea de la obligación jurídica. Se es responsable porque se debe algo. No existe responsabilidad sin deber previamente, y un deber que quiera ser calificado como jurídico, en el sentido de obligación civil, constituye bajo una u otra forma un caso de responsabilidad.

Es necesario tratar a la deuda y responsabilidad como fenómenos vinculados por una relación jurídica patrimonial, que le

atribuye el carácter inseparable de exigibilidad.

En síntesis, el débito, crédito, prestación, vínculo jurídico o relación jurídica, con su atributo de exigibilidad y patrimonialidad, constituyen, en suma, elementos inseparables en toda obligación civil y con los cuales se enmarca su naturaleza jurídica.

Efecto de las obligaciones:

Las consecuencias que se derivan de la relación jurídica obligacional, es que el sujeto pasivo queda compelido a ejecutar una determinada conducta de dar hacer o no hacer una cosa, en favor del sujeto activo o acreedor de la prestación.

División de las obligaciones:

Las obligaciones permiten la siguiente división: a) de hacer, b) de no hacer, c) de dar-cosas ciertas; d) de dar cosas inciertas, e) de dar sumas de dinero y su clasificación es suficiente para determinar su contenido, divisiones estas que es preciso analizar:

Obligación de dar: Las prestaciones de dar son aquellas en que el deudor se obliga a transmitir al acreedor un derecho real sobre una cosa, que por lo general es la transmisión de la propiedad, la cual se lleva a cabo a través de contratos de compraventa, permutas, la contribución de dinero, bienes muebles o derechos reales, en propiedad o usufructo, en cuyo caso deberá constar en escritura pública.

La normativa civil establece que cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que se le otorga por ley, para reclamar la indemnización por daños y perjuicios, causados por dolo negligencia o morosidad de las obligaciones, puede compeler al deudor a que realice la entrega de la cosa.

Empero, si la cosa fuere indeterminada o genérica podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor y si el obligado se constituye en mora o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega. Lo anterior, según lo plasmado en el (Código Civil, 1916, Art. 981).

La obligación de dar una cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, como lo establece el artículo 982 del citado código; no obstante, es indispensable, no confundir las obligaciones de dar con la de entregar, en virtud que no todas las obligaciones de entregar implica dar la propiedad de la cosa, tal es el caso de los arriendos; ahora bien, si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, entonces la indemnización de daños y perjuicios no habiendo pacto en contrario, comprenderá el pago de los intereses convenidos y en su defecto en el interés legal. (Código Civil, 1916, Art. 993).

Obligación de hacer: Se ejecuta una prestación específica, en favor del acreedor. Las obligaciones de hacer se entienden cumplidas, cuando se realiza "la prestación en la cual consistía" la misma, como lo plasma el artículo 1044 del citado código.

Obligación de no hacer: En las prestaciones de no hacer, el deudor debe abstenerse de ejecutar ciertos actos que, de no mediar la obligación, bien podría hacerlo, con base al contenido del Código Civil (1916), artículo 984. Un claro ejemplo de ello, serían, las servidumbres de luces y vistas, en la que

“ningún medianero puede, sin consentimiento del otro, abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno”, artículo 562 de este código. “Cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que se había prohibido”, también se mandará a ejecutar a su costa y decretarse se deshaga lo que se hizo, a pesar de la prohibición establecida, según el artículo 983, del citado código.

En síntesis, toda obligación consiste en dar, hacer, o no hacer alguna cosa y surge de la “ley, los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. (Código Civil, 1916 Art. 974).

Elementos constitutivos de la obligación: Las obligaciones comprenden cinco elementos a saber: Los sujetos, objeto, contenido, vínculo y la fuente, los cuales procederemos a examinar en los párrafos siguientes:

Sujetos: El primer elemento es el sujeto, y es que en toda obligación interviene un sujeto activo y un sujeto pasivo; por tal razón, analizaremos ambos intervinientes en la relación obligacional.

El sujeto activo: Es el acreedor. Tiene el derecho a la prestación a razón de un crédito existente, el cual estriba en la entrega de algo o la ejecución de un hecho; no obstante, el acreedor puede ser de una o de varias personas y ser tanto una persona natural como una persona jurídica.

A su vez puede tener capacidad plena, es decir, de goce y de ejercicio, o solamente capacidad de goce, así como estar plenamente determinado desde que surge la obligación o ser indeterminado durante la obligación, ciñéndose exclusivamente a recibir la

prestación, como en aquellas obligaciones pagaderas al portador del título valor.

El derecho de crédito constituye un activo patrimonial para el acreedor y puede accionar ante las instancias jurisdiccionales su pretensión para exigir el cumplimiento de la obligación existente en su favor.

El sujeto pasivo: Es la persona que está compelida a dar o entregar algo, o de realizar un determinado hecho y de manera similar a la figura del sujeto activo pueden ser uno o varios obligados, y pueden ser personas naturales o jurídicas, empero debe estar debidamente determinado, pues de lo contrario se desconocería a quien demandar para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.

Objeto: El objeto es el fin o la intencionalidad que persiguen las partes involucradas en la relación obligacional, es lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer en favor del acreedor.

Contenido: Se ha calificado el contenido de la obligación, como la actitud del deudor tendiente a satisfacer el interés del acreedor.

La prestación constituye un plan, programa o proyecto de la conducta futura del deudor, esto es, un plan prestacional, el cual responde al interés del acreedor, al objeto esperado por este.

El deudor queda condicionado a un deber de colaboración con el acreedor para satisfacer lo que este pretende conforme a dicho plan prestacional, que puede tener componentes distintos.

En ciertos casos, el deudor cumple con la mera realización de cierta conducta, porque solo está comprometido a su actividad; en

otros casos el plan incluye la obtención de cierto resultado.

Dicha disimilitud se concibe en la restricción entre obligaciones de medios y de resultado: en las primeras la prestación es concebida como el simple desarrollo de una conducta (p. ej. la defensa del cliente por un abogado); en las segundas, como el resultado de un obrar (p. ej. construir una casa). Cuando el deudor está obligado a la reparación de un daño sufrido por el acreedor, el plan prestacional consiste en proveerle esa reparación.

Hay prestaciones positivas que comprenden hechos positivos y negativas que consisten en una abstención. Y a su vez, la prestación positiva puede ser real (entrega de una cosa) o personal (realización de una actividad).

Vínculo: El vínculo jurídico se cimienta cuando dos personas están ligadas por una relación en la cual una de ellas (el deudor) se obliga a ejecutar una prestación, mientras que la otra distinguida como acreedor está facultada para exigirla.

Fuentes: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, de conformidad con el (Código Civil, 1916, Art. 974).

1. La Ley: Son aquellas que provienen de una disposición jurídica que ordena, prohíbe o permite una conducta o acción en las relaciones jurídicas.

Las obligaciones que derivadas de la ley no se presumen. Solo son exigibles las expresamente determinadas en

el Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente Libro. (Código Civil, 1916, Art. 975)

2. El contrato o convenio: Lo define el código antes citado como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, cada parte puede ser una o muchas personas. La convención o pacto es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas un compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo. La especie de convención que tiene por objeto formar un compromiso, es decir, crear obligaciones, es lo que se llama contrato.

Es así, que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos” (Art. 976), de la excerta legal antes descrita.

3. Los cuasicontratos: “Son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que obligado su autor con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”. (Código Civil, 1916, Art. 1629)

Se diferencia del contrato por el elemento volitivo inmerso en este, pues el contrato, es un acuerdo de voluntades, elemento este que no reviste el cuasicontrato, es decir, el cuasicontrato no es bilateral, sino unipersonal, como, por ejemplo, la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido.

4. Actos u omisiones ilícitas en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia: Las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga la

culpa o negligencia no penadas por Ley, quedarán sometidas al Título XVI, Capítulo II del Código Civil de la República de Panamá; es decir, desde el artículo 1644 hasta el artículo 1652 A, que hace alusión a la responsabilidad de civil extracontractual, en ese sentido, el (Código Civil, 1916, Art. 1644) establece que:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados.

En virtud de ello, la normativa civil nos indica además que, si la acción o la omisión son imputables a dos o más personas, cada una de ellas responderá de manera solidaria por los daños que su accionar cause.

Afirma Meza (1963) que:

El delito es un hecho ilícito, dañino e intencional y el cuasidelito un hecho ilícito, dañino y culpable. No obstante, es claro que lo ilícito civil y lo ilícito penal son asuntos que tienden a ser diametralmente diferentes; y lo verdaderamente relevante para el derecho privado, llámense delitos o cuasidelitos, es que cuando se infiere a un tercero un daño cualquiera se genera una consecuencia a la obligación, que es la de indemnizar ese daño: la responsabilidad. (pp. 27-28)

Ahora bien, para acreditar la responsabilidad de carácter extracontractual en una causa civil, se requiere acreditar el hecho dañoso, que el daño fue provocado por una conducta ilícita y vínculo entre el daño, el hecho culposo y su relación con el demandado.

Requisitos:

Para que la prestación sea considerada eficaz, debe cumplir con cuatro requisitos esenciales, los cuales son los siguientes:

1. Determinación: La prestación debe estar determinada o determinable. Cuando en la celebración de un contrato no se determina la prestación, pero es factible su determinación, según los usos sociales, se aplicarán las siguientes reglas:

- Los contratantes pueden estipular a quien corresponderá hacer la determinación y si no lo han estipulado, la determinación corresponde al deudor.

- El deudor debe hacer la determinación, según los dictados de la equidad. El código alemán establece que la declaración de la voluntad por parte de quien debe hacer la determinación ha de estar conforme al arbitrio de equidad, y si así no lo hiciere corresponderá la determinación al juez, quien lo pronunciará mediante una sentencia de formación. (Enneccerus, 2006, p. 65)

2. Licitud: La prestación se debe adecuar a los valores o principios propios del ordenamiento jurídico, por eso no podrá ser contrario a las leyes ni a las buenas costumbres.

3. La patrimonialidad de la prestación. No todo deber de hacer u omitir es una obligación en sentido técnico, puesto que hay deberes, que no son jurídicos. Ej. “El deber social de hacer un regalo de boda a un amigo, el deber moral de dar limosna a un pobre, etc.” (Lacruz, 1999, p. 22)

Incluso dentro de aquellas conductas exigibles por el ordenamiento jurídico, las hay que no son obligaciones en un

sentido técnico, aún a pesar de recibir esa denominación por la propia Ley, sino deberes jurídicos. Ej. La obligación que tienen los padres de velar por los hijos y prestarles alimentos, conforme a lo preceptuado en el artículo 56 de la Constitución, que guarda relación con el artículo 319 del Código de la Familia. (Lasarte, 2007, p. 22)

Clases de Obligaciones:

En la legislación civil panameña, existen nueve clases de obligaciones que son: Las obligaciones puras o simples, las condicionales, las obligaciones a plazo, alternativas, mancomunadas, solidarias, divisibles, indivisibles, y obligaciones con cláusula penal, y pasaremos a explicar cada una de ellas.

Obligaciones puras o simples: Las obligaciones puras son aquellas cuyo cumplimiento no están sujetas a condición alguna, plazo o modo, para que puedan surtir efectos jurídicos, así lo preceptúa el Código Civil (1916), artículo 998 cuyo tenor literal es el siguiente:

Será exigible, desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución. La aplicación de las obligaciones puras y simples, la podemos observar en la práctica, para ello, citaremos el punto medular de una jurisprudencia, emitida por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, a razón del Recurso de Casación promovido por EDILBERTO SITTÓN GONZÁLEZ, en el proceso ordinario que le sigue a MARÍA INÉS SERRANO DE ROVIRA Y EIRA INÉS

ROVIRA DE GAITÁN:

El Tribunal de Casación Civil al examinar la sentencia recurrida determina que la demandada MARÍA INÉS SERRANO DE ROVIRA ha sido obligada a restituir a EDILBERTO SITTÓN GONZÁLEZ la suma de VEINTICINCO MIL BALBOAS (B/.25,000.00), por haber recibido una suma de dinero indebidamente. Además, ha calificado de buena fe su actuar, eximiéndola de devolver los frutos o intereses que percibió. Tal como se expone, vemos que la obligación de restituir la suma de dinero indebidamente entregada no nace de la ley, es decir, la ley no es fuente directa que sitúa a la demandada MARÍA INÉS SERRANO DE ROVIRA en la necesidad de restituir, porque esta obligación deriva de un cuasicontrato -un hecho voluntario, lícito no contractual- como lo es, el cobro de lo indebido, que produce un enriquecimiento injusto, del cual nace para el que recibe la obligación de restituir lo percibido.

El artículo 998 del Código Civil, como segunda norma violentada dispone que:

Será exigible, desde luego, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución.

De la norma citada se desprende la existencia de obligaciones puras y simples que son aquellas que surten efecto de manera inmediata y definitivamente y las obligaciones condicionales son aquellas cuyo nacimiento o extinción dependen de la realización de un acontecimiento futuro o incierto, entendiéndose que es imposible, que el futuro nacimiento o la futura extinción de una obligación dependen de algo que ya sucedió.

El recurrente objeta que la obligación de restitución surja y sea exigible a partir de la presentación de la demanda, sino que por constituirse en una obligación legal podrá ser requerida inmediatamente, es decir, al momento de la entrega indebida.

Ahora bien, se recuerda que el Tribunal de Casación, previamente, ha manifestado que la obligación de restituir la suma de dinero indebidamente entregada, no es una obligación legal, sino que emana de un cuasicontrato -cobro de lo indebido-exigible, únicamente, cuando el solvens le sea reconocido el derecho a reclamar lo indebidamente percibido por el accipiens, atendiendo a que la restitución gira en torno a la buena o mala fe del que recibe indebidamente. (Corte Suprema de Justicia, 2012).

Obligaciones condicionales: Su operatividad depende de la realización o no de un evento futuro o incierto, para poder reclamar la adquisición o pérdida de los derechos, siempre que las condiciones no sean imposibles, contrarias, a las leyes y las buenas costumbres, o dependa de la exclusiva voluntad del deudor, pues de ser así, la obligación condicional será nula; no obstante, si dependiere de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos legales.

Las obligaciones condicionales encuentran sustento jurídico, Código Civil (1916), cuyo tenor literal es el siguiente: “En las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición.” (Art. 999)

La obligación condicional, a su vez, se

clasifica en condición suspensiva, resolutoria y potestativa, imposible, positiva y negativa.

La Condición Suspensiva: Los efectos jurídicos de la obligación se suspenden hasta tanto se realice el acontecimiento incierto, por ejemplo, una agencia de viajes, es patrocinador de un competidor en una carrera de caballos y se compromete a regalar un viaje, con todos los gastos pagos, siempre que su competidor gane la carrera, surtiendo efectos la obligación, a partir del momento que el participante sea el ganador oficial. Es decir, se retrocederá los efectos hasta el momento que el patrocinador le realizó la promesa al ganador oficial, en cuyo caso, se procederá como si la obligación hubiera nacido simple y pura.

A raíz de ello, pasaremos a citar el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Casación incoado por NÉSTOR UREYA PARDY en el Proceso Ordinario Declarativo, que se le sigue a INTERTERRA CORPORATION:

Luego de examinado y estudiado cada uno de los cargos de ilegalidad expuestos dentro de los tres Motivos que sustentan la Causal de fondo invocada, esta Sala considera que en el presente caso no es jurídicamente viable acceder a las declaraciones solicitadas en la demanda, porque el Ad quem en su razonamiento consideró que "El Tribunal no admite el argumento con que el actor pretende sostener la nulidad del contrato promesa de compraventa, por lo siguiente: si bien, el permiso de ocupación era del conocimiento de la demandada, y era una condición ya cumplida, no era el único evento que debía acontecer para firma del contrato de compraventa de acuerdo a la cláusula tercera del contrato de promesa de compraventa. Se requería

de la identificación "de la finca que resulte de la segregación que se haga del apartamento 7-C..." (Foja 139). Y por ello, la condición claramente definida en el texto contractual, en forma íntegra, no había acontecido al momento de la firma del contrato promesa de compraventa. (Corte Suprema de Justicia, 2014).

La Condición Resolutoria: Una vez cumplida, se resuelve la obligación volviendo las cosas a su estado original, como si la obligación no hubiere existido. Por ejemplo, si al momento de realizar un contrato de compraventa de un bien inmueble (finca), entre el señor Arturo Pérez (vendedor) y Julián Carrasco (comprador), se determina que el valor de la venta será por un importe de B/.80,000.00; no obstante, una de las cláusulas contractuales, señala que de existir una oferta por la suma de B/.100,000, la venta quedará disuelta entre ambos contratantes, regresando la propiedad a su propietario original, como si nunca hubiere vendido, para que así pueda vender a la persona que ofreció la suma superior.

La Condición Potestativa: Solo se establece en favor del acreedor; de ello, se puede interpretar que la condición potestativa, requiere de voluntad de la parte activa de la obligación, (el acreedor), pues es preciso reiterar que la ley contempla que, en el caso de depender exclusivamente de la voluntad de deudor, la obligación será nula.

La condición Imposible: Por la imposibilidad de darle cumplimiento a una condición así, esta anula la obligación que dependa de ella. Como su nombre lo indica, se caracteriza por ser imposible de cumplir.

La condición Ilícita: Se configura cuando existen condiciones prohibidas por la ley.

La condición Positiva: Será la que determine la realización certera de un hecho, será un acontecimiento que suceda en un tiempo fijo; en cambio, la condición negativa consiste en la no actualización de un acontecimiento ya sea que se haya determinado o no un plazo fijo.

Obligaciones a plazo: Su eficacia y cumplimiento está supeditado a un día cierto, el cual ha de venir y llegado el día, serán exigibles.

Debe tenerse en cuenta que, el día cierto es aquel que debe ocurrir, aunque se desconozca con exactitud el momento; no obstante, si la incertidumbre consiste en si llegará o no ese día, la obligación será en consecuencia, de carácter condicional.

El Código Civil (1916), artículo 1015 establece que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo, en los siguientes casos;

1. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda;
2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido;
3. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas; y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

Obligaciones alternativas: En las obligaciones alternativas se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera la ejecución de las otras, por tal razón para que el deudor cumpla con su obligación debe cancelar o ejecutar en su totalidad una de las prestaciones alternativamente debidas. El

Código Civil vigente, dispone que, en esta clase de obligaciones, el obligado alternativamente a diversas prestaciones, debe cumplir por completo una de éstas; por tanto, el acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de la otra.

No obstante, el artículo 1022 del citado código, preceptúa lo siguiente: “El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando, por culpa del deudor, hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueren objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta”. La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible.

A su vez, el Código Civil (1916), artículos 1023 aclara que:

Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor.

Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas:

1. Si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera;
2. Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de las que por culpa de aquél hubiera desaparecido.
3. Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio.

Las mismas reglas se aplicarán a las

obligaciones de hacer o no hacer en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles.

Obligaciones mancomunadas: Se suscita cuando ambos lados de la relación obligacional son pluripersonales, es decir, son varios los sujetos activos o pasivos, y el crédito y la deuda debe ser distribuida en partes iguales, para que a cada uno cancele o reciba lo que le corresponda.

Obligaciones solidarias: Son aquellas que abren la posibilidad para que uno de los sujetos activos o acreedores pueda reclamar el valor absoluto de la deuda exigible, en cuyo caso, una de las personas que ostente la calidad de deudor, deberá cancelar el débito en su totalidad.

Es decir, según el Código Civil (1916), artículo 1031:

El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.

Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

El pago realizado por el deudor solidario extinguirá la obligación, sin perjuicio de que posteriormente dicho deudor, pueda reclamar por vía judicial contra el resto de los codeudores, en caso de ser un solo acreedor, quien cobre la totalidad de la deuda, este se constituirá en deudor y deberá responder ante el resto de los acreedores solidarios.

Según (Ossorio, 1994), define la obligación solidaria del siguiente modo:

Aquella en que cada uno de los acreedores puede reclamar por sí la totalidad del

crédito, o en que cada uno de los deudores está obligado a satisfacer la deuda entera, sin perjuicio del posterior abono o resarcimiento que el cobro o el pago determinen entre el que lo realiza y sus cointeresados. (p. 662).

El Código Civil (1916), artículo 1024 determina las características inherentes a las obligaciones solidarias, de la siguiente manera:

Artículo 1024. La concurrencia de dos o más acreedores, o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de las mismas. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

Enneccerus (1954), se refiere a las obligaciones donde hay múltiples acreedores y/o deudores, en los siguientes términos:

Cada uno de los varios acreedores puede exigir el todo, pero de manera que solo tiene que prestarse una vez, o sea que, en virtud de la prestación a un acreedor, se cancela la deuda en su totalidad. Cada uno de los varios deudores está obligado a toda la prestación, una vez hecha la prestación, se extingue la obligación en su totalidad, liberándose todos los deudores. Entonces se habla de créditos solidarios y de obligaciones solidarias respectivamente. (p. 433).

Por otro lado, nótese que en el Código Civil (1916), artículo 1512, párrafo segundo, textualmente establece lo siguiente: "Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección IV, Capítulo III, Título I, de este libro".

Es decir, el deudor o fiador debe pagar a los acreedores de manera voluntaria o bien cancelar la deuda, si judicialmente uno de los acreedores lo haya demandado.

En ese orden, vale notar que el Código Civil (1916), artículo 1031, establece que,

El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, o contra todos ellos simultáneamente.

Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

No obstante, lo anterior no implica que el fiador pueda reclamar su derecho ante el resto de los deudores; respecto a dicha normativa Arroyo (1984), al comentar los beneficios de que goza el fiador en la legislación panameña, formula las siguientes anotaciones:

En cambio, en el inciso 2 dice que cuando se pacta la solidaridad, la fianza se sujeta a determinadas normas de las obligaciones solidarias, con lo cual el fiador responde de modo directo ante el acreedor, y deja, por tanto, de tener carácter subsidiario. En nuestra Legislación, al menos frente al acreedor, el deudor principal y el fiador (solidario) aparecen colocados en un mismo plano. Por tanto, cuando la obligación es exigible el acreedor puede proceder contra el deudor o el fiador a su elección. (p. 111)

Obligaciones divisibles: Son aquellas que tienen por objeto una prestación susceptible de ser cumplida por partes, sin que se altere la esencia de la obligación, un ejemplo de obligación divisible de hacer es la ejecución de obras por unidades métricas.

La divisibilidad de la obligación se

origina de un pacto contractual, o cuando la obligación en sí sea inferida de manera tácita que por su naturaleza su cumplimiento es divisible; y en atención al término del vínculo generador de la obligación

La obligación divisible es susceptible de cumplimiento parcial, en distintos momentos y por parte de un todo o por etapas de un proceso. Aun siendo divisible por naturaleza una obligación, las partes pueden convenir la indivisibilidad, como en el pago de una suma de dinero.

Conforme lo dispone la ley, cuando por culpa del deudor se hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de estas, dará lugar a que el acreedor tenga derecho a la indemnización por daños y perjuicios, como se ha plasmado en el Código Civil (1916), artículo 1007; vale notar que si la elección de las alternativas obligaciones ha sido expresamente atribuida al acreedor, éstas dejarán de ser alternativa desde el día en que se notifique al deudor y ante tal circunstancia se deberá acatar las reglas contempladas (Código Civil, 1916, Art. 1023).

Artículo 1023: Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor.

Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas:

1. Si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera;

2. Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de las que por culpa de aquél hubiera desaparecido.

3. Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio.

Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o no hacer en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles.

Obligaciones indivisibles: Son aquellas cuyo cumplimiento no pueden llevarse a cabo de manera parcial, por razón de las cláusulas convenidas o por disposición legal.

No es posible el cumplimiento parcial de una prestación; ya sea por efecto de su misma naturaleza, ya por desmerecer de valor y finalmente cuando los contratantes se han referido a la prestación considerándola como una unidad.

Entre los principales ejemplos de obligaciones indivisibles, tenemos los siguientes:

La obligación de transmitir la posesión sobre un fundo, pero no la de transmitir la propiedad. Si Pedro y Juan son copropietarios de una casa y la venden a Luis, la obligación de transmitir la propiedad de Luis es indivisible, pues Juan puede cumplir esa obligación independientemente de si Pedro la cumple o no; en cambio, la transmisión de la posesión es obligación indivisible.

La mayor parte de las obligaciones de hacer y no hacer son indivisibles. Un buen ejemplo es el del pintor que se obliga a pintar un motivo de puerto, pues no se concibe que fraccione su obligación pintando primero un

bote, después un muelle y finalmente un barco, Pero existen obligaciones de hacer que se conciben divididas, como cuando un agricultor se obliga a desyerbar un campo de 60 hectáreas en que el dueño del campo debe recibir la parte limpia y pagar lo que corresponda en relación con el total. En cambio, la construcción de una casa es obligación indivisible, según los usos sociales.

Por tanto, el Código Civil (1916), artículos 1037 y 1038 establecen las diferencias para determinar cuándo estamos ante una obligación divisible o indivisible y cuáles son las consecuencias jurídicas, en caso de incumplimiento de las obligaciones indivisibles, veamos:

Artículo 1037: La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la

obligación.

Artículo 1038: Para los efectos de los Artículos que preceden, se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.

En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación de cada caso particular.

Obligaciones con cláusula penal: Da la posibilidad de exigir una pena en aquellos casos que se hubiere establecido, sin que el deudor pueda alegar que la no ejecución de lo pactado, no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

Conclusiones

Los elementos constitutivos de la obligación civil son: Los sujetos de la relación obligacional, el objeto, contenido, vínculo y las fuentes.

Las obligaciones devienen de la Ley, los contratos, cuasicontratos, de los actos y omisiones ilícitas en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

La legislación civil panameña, comprende nueve clases de obligaciones que son: Las obligaciones puras o simples, las condicionales, las obligaciones a plazo, alternativas, mancomunadas, solidarias, divisibles, indivisibles y obligaciones con cláusula penal.

Referencias Bibliográficas

- Arroyo, D. (1984). Estudios Jurídicos. Litografía e Imprenta Lil, S. A., Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 19 de octubre de 2012. Magistrado Ponente: Harley Mitchell D. (Panamá).
Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 28 de febrero de 2014. Magistrado Ponente: Oydén Ortega Durán (Panamá).
- Lasarte, C. (2007) Curso de Derecho civil patrimonial, España, Tecnos. Código Civil, 1916. Ley 2, 22 de agosto de 1916 (Panamá).
- Ossorio, M. (1994) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Argentina. Editorial Heliasta.
- Goldstein, M. (2008) Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Argentina. Editorial Círculo Latino Austral S.A.
- Enneccerus, L. (2006) Derecho de Obligaciones. España. Bosch Casa Editorial.
- Enneccerus, L. (1954) Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II. España. Bosch Casa Editorial.
- Meza, R. (1963) Manual de derecho civil. De las obligaciones. Chile. Editorial jurídica de Chile.
- Lacruz, J. (1999) Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Vol. I, parte General. Teoría del Contrato, Madrid, Dykinson.

Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá. Entre sus estudios cuenta con una Maestría en Derecho Privado, en la Columbus University, y una Maestría en Educación, por la Universidad de Panamá y dos Postgrados en Derecho y Docencia Superior, ambos obtenidos en la Universidad de Panamá Cuenta con 37 años de servicio en el Órgano Judicial, carrera que empezó como secretario del Juzgado Municipal del Distrito de Soná,

donde posteriormente ejerció el cargo de Juez. Con el tiempo, llegó a ocupar posiciones como Juez Municipal del Distrito de Santiago, en el ramo Civil, Penal y desde 1998 el cargo de Juez Primero de Circuito de Veraguas, ramo civil; además funge como Magistrado Suplente en el Tribunal Superior de Coclé y Veraguas. Es profesor Regular Titular de Derecho Civil de la Universidad de Panamá, con más de 30 años de servicio.

VI Congreso Internacional de Actualización Judicial



El 26 de octubre de 2021, el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá (ISJUP) Doctor César Augusto Quintero Correa, dio inicio al Sexto Congreso Internacional de Actualización Judicial.

Este Sexto Congreso Internacional está dirigido a servidores judiciales de todas las jurisdicciones y comunidad jurídica, con la finalidad de perfeccionar las competencias profesionales de los intervinientes en los procesos que permitan el mejoramiento de la administración de justicia.

Las palabras de apertura, fueron ofrecidas por su Excelencia Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Luis Ramón Fábrega Sánchez, la Magistrada Vicepresidenta de la CSJ y Presidenta de Sala Civil, Angela Russo de Cedeño. Además participaron en esta actividad la Magistrada Presidenta de la Sala Penal, María Eugenia López Arias; la Magistrada del Cuarto Distrito Judicial, y Suplente de la CSJ, Otilda Vergara de Valderrama; la Magistrada del Tribunal Superior de Apelaciones del Cuarto Distrito Judicial, Flor María González Miranda,

El Congreso contó con expositores como: Dra. Nancy Carolina Granadillo Colmenares de Venezuela, Dr. Raúl Calvo Soler de España, Hernán Mendoza del Perú, Ronaldo Segura de Costa Rica y el Dr. Francisco Montero Chacón de España.



Curso Interinstitucional en materia de casos complejos

Teniendo como objetivo principal intercambiar conocimientos, sobre la investigación y el procedimiento en materia de casos complejos, el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP), dando seguimiento a los cursos que iniciaron con el auspicio de la Embajada Británica en Panamá, sobre manejo de casos complejos, organizó la capacitación denominada: Curso Interinstitucional en Materia de Casos Complejos, en modalidad virtual.

Esta actividad académica realizada del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2021, estaba dirigida a los servidores judiciales de todo el país, en especial a la jurisdicción penal, así como Fiscales y contó con la participación de expositores como: el Magistrado Waldo Amir Batista, el Fiscal José González Mejía, la Defensora Pública Kriss Poveda, el Magistrado Diego Fernández, el Magistrado Luis Fernando Tapia González, la Defensora de Víctimas Gianna Barrera, el Doctor Manuel Chuyo Chavaleta (Perú), la Juez Kenya Romero (República Dominicana) y el Fiscal Ronald Segura (Costa Rica).

Los temas desarrollados en esta capacitación fueron: Determinación procesal de los casos complejos; Investigación forense en casos complejos; Retos de la Defensa Pública del imputado en materia de casos complejos; Sistema Adversarial: retos y desafíos; Casos complejos en el Sistema Penal Acusatorio de Panamá; Casos complejos de corrupción en el Perú y el Código Procesal Penal; La importancia de la ética judicial en el manejo de casos complejos; Protección de Víctimas y Testigos; Manejo de casos complejos previos al juicio; Manejo de casos complejos durante el juicio y una Mesa Redonda: Aspectos relevantes del manejo de los casos complejos – derecho comparado.

El evento permitió transmitir conocimientos de los magistrados formados por la Embajada Británica en Panamá y Perú, desde el 2017 y perfeccionado hasta la fecha, sumando a esta iniciativa la experiencia de la Defensa Pública y del Fiscal, dando al curso un abordaje interinstitucional.

