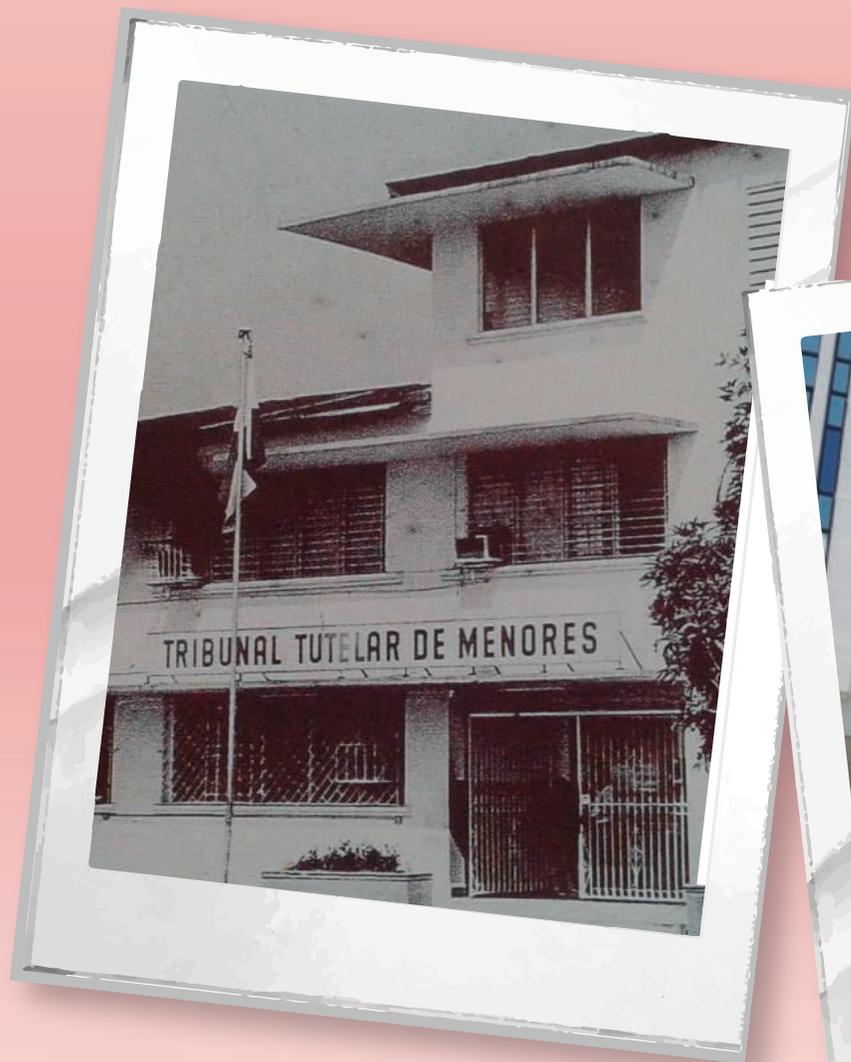


# Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL

*Jurisdicción de  
Niñez y Adolescencia*



latindex  
catálogo 2.0

Año 13, No.2, junio 2022

ISSN 2070-3651 ISSN L 2710-7566

## MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**S.E. María Eugenia López Arias**  
Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia  
Presidente de la Sala Segunda, de lo Penal.

**H.M. Olmedo Arrocha Osorio**  
Presidente de la Sala Primera de lo Civil

**H.M. Carlos Alberto Vásquez Reyes**  
Presidente de la Sala Tercera de lo  
Contencioso - Administrativo

**H.M. Angela Russo de Cedeño**  
Sala Primera, de lo Civil

**H.M. Miriam Yadira Cheng Rosas**  
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 Pena

**H.M. Cecilio Cedalise Riquelme**  
Sala Tercera de lo  
Contencioso - Administrativo

**H.M. María Cristina Chen Stanzola**  
Sala Tercera de lo  
Contencioso - Administrativo

---

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](mailto:sapientia@organojudicial.gob.pa)  
[editorialisjup@gmail.com](mailto:editorialisjup@gmail.com)

Panamá, 2021

---

## CONSEJO EDITORIAL

**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

**Doctora Ana Zita Rowe López**  
Directora del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,  
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).  
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

**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**  
Método de Investigación  
Facultad de Ciencias de la Educación  
Universidad de Granada

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

## COMITÉ 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**  
Diseño Gráfico

---

## COLABORADORES

### **Dra. Lorena Hernández**

Juzgado Penal de Adolescentes de La Chorrera  
Órgano Judicial de la República de Panamá

### **Mgter. Isis Omaris Joseph Garzón**

Juzgado de Niñez y Adolescencia de Coclé  
Órgano Judicial de la República de Panamá.

### **Mgter. Delia Cedeño Palacios**

Juez de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de Panamá  
Juez Enlace de la Conferencia de la Haya.  
Órgano Judicial de la República de Panamá

### **Mgter. Eduardo Vargas Reyes**

Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá  
Órgano Judicial de la República de Panamá.

### **Mgter. Alberto Hassim González Herrera**

Defensor Público, Instituto de Defensa Pública  
Órgano Judicial de la República de Panamá.

### **Mgter. José Félix Sánchez Gallego**

Juez de Garantías del Primer Circuito Judicial  
Órgano Judicial de la República de Panamá

### **Dr. Mariano H. Novelli**

Profesor de Derecho Ambiental  
Universidad Nacional de Rosario, Argentina

---

## NOTA EDITORIAL

La sección Editorial y Publicaciones del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP), dedica esta segunda edición de la Revista Sapiencia, junio 2022 a destacar la labor realizada por la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia.

Es importante resaltar aspectos que, por su relevancia dieron origen a la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia, entre ellos la creación del Tribunal Tutelar de Menores, mediante Ley N°24 de 1951, bajo la dirección del Juez Tutelar de Menores, el artículo 1 señala “El propósito de esta ley es el de asegurar para todo menor los cuidados, guía y control que fueren necesarios para su bienestar y para el mayor interés del Estado.”

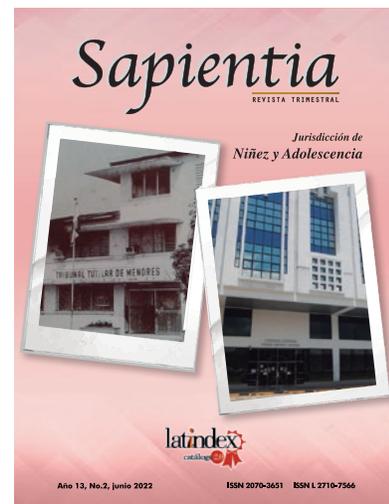
En 1972 la ONU proclamó ese año, como el Año Internacional del Niño y el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales a favor de la niñez.

Con la aprobación del Código de la Familia (1994), mediante Ley N°3 de 1994, el Tribunal Tutelar de Menores, es incorporado al Órgano Judicial como una Jurisdicción Especial y se crea un Tribunal Superior, conformado por tres magistrados. Posteriormente la Ley N°40 de 1999, artículo 157 cambia la denominación a Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia.

En esta edición se aborda temas como: Impacto de los acuerdos de pena en los procesos penales juveniles de Panamá Oeste, Generalidades sobre la guarda crianza y La Excepción de Grave Riesgo en el Convenio de La Haya de 1980.

Finalmente la Revista Sapiencia, el Consejo Editorial y el Comité Editorial agradecen a los autores/as, por su contribución a la comunidad jurídica, con temas de interés nacional y a los lectores una cordial invitación a formar parte de este gran equipo, esperamos que este número resulte de su interés.

**Dra. Edita de Garibaldi**  
**Editora**



## RESEÑA DE LA PORTADA

**Título:** Jurisdicción de Niñez y Adolescencia.

**Foto:** Ilustración

**Fecha:** 2022

---

## MENSAJE DE LA PRESIDENTA

La sección Editorial y Publicaciones del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP), dedica esta segunda edición de la Revista Sapiencia, junio 2022, a destacar la labor realizada por la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia.



La tutela de las personas menores de edad, tiene su génesis en la Constitución de 1904, artículo 133, donde señala dos principios importantes: la obligatoriedad de la educación primaria y la gratuidad de la educación pública. Así mismo, en la Constitución de 1941, artículo 52 se regularon los derechos sociales y la protección a los hijos, a la infancia, a la niñez, a la juventud; y en la Constitución de 1946, se estableció el deber del Estado de garantizar los derechos del niño hasta su adolescencia.

Posteriormente, en 1951 se creó el Tribunal Tutelar de Menores, cuyo propósito fundamental, fue asegurar los cuidados, guía y control de los menores, su primera directora fue la Licenciada Clara González de Behringer quien ocupó el cargo por 13 años.

Con el Decreto de Gabinete N°188 de 1971, se crearon los Juzgados Seccionales Menores de David (Chiriquí) y Colón. Luego, mediante la Ley N°24 de 1984, se crean los Juzgados de la Provincia de Herrera y Los Santos con sede en Chitré. Con la Ley N°24 de 1990, se crean los Juzgados Seccionales de Menores en todas las provincias de la República y se incluyeron La Chorrera y San Miguelito.

Cabe señalar que con Ley N°40 de 1999, se crearon Juzgados Penales Especializados para adolescentes, Juzgado de Cumplimiento, Fiscalías y demás organismos auxiliares y se establece el cambio de denominación de la Jurisdicción de Menores a Jurisdicción de Niñez y Adolescencia. Por medio de la Ley N°14 de 2009 se crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, la cual sustituye a la Dirección de Niñez y la antigua Dirección Nacional de Adopciones del Antiguo Ministerio de la Mujer, la Juventud y la Familia, hoy Ministerio de Desarrollo Social (MIDES).

La Jurisdicción de Niñez y Adolescencia tiene el compromiso de mantenerse alineada con los fines éticos y objetivos estratégicos institucionales, cuenta con un Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, el cual está integrado por los Magistrados Efrén Cecilio Tello (presidente), Milixa Hernández (vicepresidenta) y Judith Cossú de Herrera. También está conformada por 15 Jueces de Niñez y Adolescencia, de los cuales 6 tienen competencia en niñez penal para adolescentes y cumplimiento; 6 Jueces Penales de Adolescentes y un Juzgado de Cumplimiento (con competencia en el Primer Distrito Judicial de Panamá). El Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia y los Juzgados Seccionales de Niñez y Adolescencia de Panamá se encuentran ubicados en el edificio Plaza Edison.

Finalmente, extendemos una cordial invitación a los autores a continuar cultivando el hábito de escribir, desde las diferentes instancias jurídicas y a los lectores, queremos agradecer su preferencia y confianza.

**María Eugenia López Arias**  
Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia

---

## ÍNDICE

<b>Semblaza de la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia</b>	<b>6</b>
<b>Una mirada a la gestión de la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia</b>	<b>8</b>
<b>Equipo Interdisciplinario de Niñez y Adolescencia</b>	<b>24</b>
<b>Impacto de los acuerdos de pena en los procesos penales juveniles de Panamá Oeste</b> Dra. Lorena Hernández	<b>26</b>
<b>Generalidades sobre la guarda y crianza</b> Mgter. Isis Omaris Joseph Garzón	<b>40</b>
<b>La Excepción de Grave Riesgo en el Convenio de La Haya de 1980</b> Mgter. Delia Cedeño Palacios	<b>50</b>

---

## ÍNDICE

<b>El cumplimiento de las obligaciones parentales de alimentos y régimen de visitas en tiempos de pandemia</b>	<b>60</b>
Mgter. Eduardo Vargas Reyes	
<b>Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal</b>	<b>76</b>
Mgter. José Félix Sánchez Gallego	
<b>Las faltas disciplinarias en el ámbito judicial</b>	<b>90</b>
Mgter. Alberto Hassim González Herrera	
<b>Fundamentos del carácter revolucionario del Derecho Ambiental</b>	<b>102</b>
Dr. Mariano H. Novelli	



## SEMBLANZA DE LA **JURISDICCIÓN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Como juristas, es importante ubicar y resaltar en su contexto histórico los obstáculos de hecho y de derecho al ejercicio del derecho de la niñez y adolescencia; brindar elementos demostrativos de sus avances, siendo las reflexiones en materia de niñez y adolescencias que recoge la presente edición de la Revista SAPIENTIA, un obligado mirar hacia atrás, para validar nuestro presente, permitiéndonos aseverar, que la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia, otrora llamada “de menores”, no carece de una historia propia, pues a pesar de verse impactada por los cambios constitucionales y legales que la han delineado en su estructura y competencia, mantiene su relación con el paradigma del Estado constitucional democrático; razón por la cual, nos vemos precisados a plantear algunas consideraciones que nos permitan comprender su realidad actual, como guardián de la tutela jurídica de los niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho y prepararlos para el futuro inmediato. Así, deberá quedar claro, que la creación de esta Jurisdicción de Niñez y Adolescencia no tiene origen de ley, sino constitucional, con lo cual adquiere la jerarquía constitucional y trascendencia a nivel nacional e internacional.

Recorrido que nos permite concluir que, en las diferentes etapas históricas de desarrollo de la humanidad, invisibilizar a la niñez y la adolescencia imperó con la consecuencia de denegación de sus derechos, pues no se pensaba en su protección hasta el siglo XIX que en Francia se inicia la meditación, sobre la necesidad de brindarles protección especial a los niños, que se concretiza en 1841 al implementar leyes de protección laboral y educativa; avanzando en el siglo XX, al reconocimiento de tales derechos en áreas como la jurídica, la social y la sanitaria; hasta que se crea la Liga de las Naciones, que hoy conocemos como ONU, la cual aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, en septiembre de 1924, con lo cual a nivel internacional se les otorga derechos específicos a los niños y se define responsabilidades de los adultos para con ellos.

A pesar de este avance internacional, las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial dejan a la niñez en situación de gran vulnerabilidad: orfandad y pobreza extrema, por lo que respuesta

de la comunidad internacional fue la creación en 1947 del Fondo de Naciones Unidas a favor de la infancia mejor conocido como UNICEF; la ONU proclamó al año 1979, como el Año Internacional del Niño y el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales a favor de la niñez.

Estas variables estructurales en el proceso de generación e implementación de protección internacional a la niñez, a nivel interno de los países no ha sido uniforme, siendo mayor la distancia entre el estatus legal y el estatus real.

Al respecto, la evolución histórica de la legislación de niñez, en la vida republicana de Panamá, a pesar de que ya existían en Panamá, Orfanatos incluso antes de la separación de Panamá de Colombia, como lo es el Orfanato San José de Malambo fundado en 1889, se aprecia en tres etapas importantes: de 1903 a 1941; de 1941 a 1946 y de 1946 hasta la actualidad.

En la primera etapa: 1903 a 1941, la Constitución de 1904, de corte liberal y de perfil individualista, recogía en su artículo 133, dos principios importantes: la obligatoriedad de la educación primaria y la gratuidad de la educación pública, que se concretiza y operacionaliza a través de la labor legislativa mediante Ley N°11 de 1904 que crea colegios y liceos públicos y la Ley N°5 de 12 de octubre de 1908. Otro hito importante para la niñez, lo fue el Código Civil, aprobado en 1916 y en vigencia desde el 1 de octubre de 1917, ya que establecía el reconocimiento de persona a todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. En 1917, mediante Decreto N° 99 de 10 de septiembre, se estableció la escuela correccional de menores. Legislaciones estas que estuvieron inspiradas en el ensayo del Estado de Illinois, que en 1899 creó el Primer Tribunal Juvenil en la ciudad de Chicago, por lo que consideramos que, con ello, la era del derecho para menores de edad había comenzado.

Panamá avanzó al respecto, pero muy lentamente. Así lo vemos en el Código Penal de 1922, el cual no consideraba que la minoría de edad fuese causal de inimputabilidad; y, en 1926 mediante la Ley N°8 de 20 de octubre, crea una “escuela de trabajo para niños delincuentes”, que es el antecedente inmediato del Reformatorio de Menores Justo Arosemena, creado por la Ley N°52 de 9 de diciembre de 1930, quizás la institución correccional más importante de mediados del siglo XX. Este Código Penal en su artículo 54 establecía que los menores de edad que sin alcanzar los doce años cometían un delito y no tuviesen señalada pena restrictiva de la libertad por más de un año, el tribunal, a petición del Ministerio Público, ordenaría que se le encerrase en una casa de educación o corrección, por un tiempo que no excediese de cinco años, mezclando en el mismo recinto aquellos adolescentes de protección, riesgo social y delincuentes. Por su lado, el Código Administrativo, aprobado mediante Ley 44 de 1917, señalaba al Personero Municipal como el protector nato de los infantes, pues esta era la autoridad que debía encargarse de que al niño se le asignara un hogar y un tutor; pero antes que entrara en vigencia el 1 de enero de 1919, se aprobó la Ley N°5 de 14 de octubre de 1918, mediante la cual se creó el cargo de Oficial Humanitario, designado por la Asamblea Nacional,

a quien en su labor le unen dos tipos de protección por maltrato: la de los infantes y la de los animales. La pregunta obligada sería ¿Colocaban en la misma situación de protección a la niñez y los animales? Eso demuestra el criterio de respeto a la dignidad del niño de la época. Además, otra de sus funciones era sancionar a los infractores con penas de multa y arresto.

Lo cierto es que, en esta etapa, aunque la respuesta a la niñez desprotegida no es de índole judicial, sino política, los tribunales ordinarios en la dinámica de la construcción social de la niñez llevan a la práctica cotidiana la dicotomía menor, niño - adolescente, que adquiere el siguiente aspecto: mientras la justicia penal reprime a los “menores”, la justicia civil protege los derechos de los “hijos”. Lo que naturalmente debería llevar al análisis del concepto de persona-vs- sujeto de derecho y a la vez al concepto de capacidad de derecho-vs-capacidad de hecho y esto a su vez al concepto de ciudadanía política-vs-ciudadanía social y lo que nos confrontaría entre el la Doctrina de Protección Integral-vs-la Doctrina de la Situación Irregular.

En la segunda etapa: 1941-1946, nos encontramos que la Constitución de 1941 que reguló los derechos sociales y en su artículo 52, enuncia de modo sencillo y directo, la necesidad de proteger a los hijos, la infancia, la niñez y la juventud; por medio de la adopción de leyes especiales que tuviesen un alcance universal. Pero, tales principios no tuvieron tiempo para concretarse en leyes, en vez de eso, la Ley N°87 de 1 de julio de 1941 abordó la cuestión de los establecimientos penales y correccionales profundizando las concepciones de menores de la Ley N°52 de 1930. En este periodo se promulga la Ley N°87 de 1941 y el Decreto Ejecutivo N°467 de 22 de julio de 1942, mediante el cual se crea el Instituto de Vigilancia y Protección del Niño. Además, se construye un Provisorio de Menores, en el barrio de El Chorrillo, como complemento a la labor del instituto, y posteriormente se convierte en sede del Tribunal Tutelar de Menores.

Entramos al tercer período 1946-hasta la fecha, debiendo pasar revista a las disposiciones de la Constitución de 1946, que tenemos que reconocer, lleva las reivindicaciones sociales que contenía la Constitución de 1941 a un nivel superior, estableciendo el deber del Estado en proteger el matrimonio, la maternidad y la familia, y garantiza los derechos del niño hasta su adolescencia. Además reitera la definición de la patria potestad en términos de ser una institución en beneficio de los hijos; protege la investigación de la paternidad y abole la calificación de la naturaleza de la filiación, disponiendo en su artículo 62 que los menores abandonados, deficientes físicos o mentales, descarriados o delincuentes, estarían sometidos a una legislación especial de vigilancia, rehabilitación y protección, con lo cual, sienta las bases de la creación de una jurisdicción especializada para la niñez y adolescencia en condición de vulnerabilidad.

Y, como consecuencia de esta política estatal, se crea el Consejo Nacional para Menores, instituido mediante Ley N°56 de 27 de septiembre de 1946, el cual entre sus funciones tenía: redactar la Declaración de los Derechos del Niño Panameño y la redacción de un Código del Niño. Pero la más importante de todas las funciones político-administrativas del Consejo mencionadas en esta ley era la facultad de organizar las Juntas Provinciales de Protección a la Infancia, que se desempeñarían como agencias colaboradoras en todos aquellos asuntos

relacionados con la defensa y protección de los menores en su respectiva jurisdicción. Pero, bajo la férula de la Constitución de 1946, y pese a lo anunciado por sus preceptos, Panamá nunca llegó a tener un Código de Menores, pero sí, se anida la idea de crear una institución que tuviese la competencia en materia de niñez y adolescencia a cargo de una autoridad judicial.

Idea que se concretiza con la aprobación y divulgación de la Ley N°24 de 19 de febrero de 1951, que crea tal estructura que denominó Tribunal Tutelar de Menores, cuyo propósito era el de asegurar a todo menor los cuidados, guía y control que fueren necesarios para su bienestar y el mayor interés del Estado; correspondiéndole a Clara González de Behringer la responsabilidad de dirigir la institución, lo cual hizo por un periodo de 13 años hasta su jubilación. Proponiendo el uso de un tratamiento moderno al problema de la delincuencia juvenil. También propugnó por la creación del Instituto de Vigilancia y Protección del Niño, al que estuvo vinculada desde sus inicios y desde el cual tuvo la oportunidad de estudiar el sistema anglosajón de cortes juveniles que separaban el tratamiento de los menores de edad respecto de los adultos; elevando su voz en defensa de la institución reconociendo que los problemas era la falta de fondos y la incomprensión de la sociedad, por cuanto lo que pretendía era aplicar métodos científicos y humanos, para hacer posible socialización por medio de la justicia.

Lamentablemente el Tribunal Tutelar incurrió, en la inconveniente mezcla de los menores de edad que tenían problemas de conducta resultado del abandono de los menores delincuentes. Fusión de problemas que requieren de un tratamiento diferenciado. En la Constitución de 1972 se amplía con claridad la fundamentación de la jurisdicción especial de menores, por lo que, en cierta forma, consolidó la garantía constitucional de una jurisdicción especializada. Además, en su artículo 27 (actualmente el 28), siembra la semilla para incorporar en la jurisdicción de menores lo que hoy son los juzgados penales para adolescentes.

Bajo esta configuración constitucional el Tribunal Tutelar de Menores fue evolucionando y creciendo, aunque no ausente de contradicciones profundas, sobre la naturaleza misma de su entidad, lo que no demeritó, que a su cargo, en calidad de jueces del Tribunal Tutelar de menores estuviesen connotados (as) juristas, de la talla de la Dra. Clara González de Behringer (1951-1964), Lcdo. Armando Jaén Ocaña (1964-1968), Lcdo. Ubaldo Ortega (1969-1971), Lcda. Alma Montenegro de Fletcher (1971-1979), Lcdo. José Antonio Henríquez Solano (1979-1980), Lcda. Margot Herminia Hutchinson (1981 por 3 meses), Lcdo. Santiago Batista De Gracia (1981-1983), Lcda. Yolanda Jurado de Vargas (Mayo 1983-Febrero 1985), Lcda. Alma López de Vallarino (Febrero 1985-1987), Lcdo. José Andrés Troyano (Mayo 1987-Enero 1990), Lcda. Elsa Méndez de García (Enero 1990-Junio 1994), Dr. Rogerio de María Carrillo (1994 hasta 1995).

A partir de 1971 hasta 1991, dada la necesidad comprobada de acercar la jurisdicción especializada en todo el territorio nacional, mediante Decreto de Gabinete N°188 del 2 de septiembre de 1971 se crearon los juzgados seccionales menores de David (Chiriquí) y Colón. Posteriormente, mediante a Ley N°24 de 22 de octubre de 1984, crea los juzgados de la Provincia de Herrera y Los Santos con sede en Chitré. Con la Ley N°24 de 13 de diciembre de 1990, se dispone la creación de Juzgados Seccionales de Menores en todas las provincias de la República

de Panamá y en el distrito de La Chorrera, creándose el Juzgado Seccional de Menores de Veraguas y Coclé, el juzgado Seccional de Menores de Bocas del Toro y el Juzgado Seccional de Menores de San Miguelito. Lo cierto es que, hacia fines de la década de los ochenta el Tribunal Tutelar de Menores ejerció un papel protagónico, como institución de alivio social a través de programas de atención, para niños que deambulaban en ventas callejeras y se establece para tal fin, el programa de padrino empresario, como respuesta del Estado de cara al creciente problema de la mendicidad infantil; siendo el último juez del tribunal Tutelar de Menores el Doctor Rogerio de María Carrillo. Es de advertir que los centros de internamiento de menores funcionaron como apéndices de los juzgados y la máxima autoridad en ellos era el Juez Tutelar, igual se transfirieron a la Corte Suprema de Justicia, como ente administrador de todos los tribunales de justicia del país, quedando bajo la administración de la Secretaría Administrativa de la institución.

No podemos dejar de mencionar que desde 1951, la interdisciplinariedad en la atención judicial a niños y adolescentes, ha estado acompañada por especialistas idóneos en psicología y trabajo social, que hoy conforman los equipos interdisciplinarios de la primera y la segunda instancia de esta jurisdicción. Sin embargo, es requerido con urgencia en la actualidad, que se disponga lo necesario, para integrar psiquiatras, criminólogos, pedagogos, que permitan peritajes integrales en la labor judicial.

Con la Ley N°40 de 26 de agosto de 1999, relativa al régimen de responsabilidad penal para la adolescencia se crean juzgados penales especializados para adolescentes, el juzgado de cumplimiento, fiscalías y demás organismos auxiliares. Estableciéndose el cambio de denominación de la jurisdicción: de Jurisdicción de Menores a Jurisdicción de Niñez y Adolescencia. En el año 2009 se crea por Ley N°14 la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, la cual sustituye a la Dirección de Niñez y la antigua Dirección Nacional de Adopciones del Antiguo Ministerio de la Mujer, La Juventud y La Familia, hoy Ministerio de Desarrollo Social (MIDES).

Concluimos señalando, a pesar que en la actualidad, la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia cuenta con un Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, integrado por tres magistrados: Judith Ester Cossú Admadé de Herrera, Efrén Cecilio Tello Cubilla y Milixa Estela Hernández Díaz; quince jueces de Niñez y Adolescencia, de los cuales seis tiene competencia en niñez, penal para adolescentes y cumplimiento; seis jueces Penales de Adolescentes y un juzgado de Cumplimiento (con competencia en el Primer Distrito Judicial de Panamá), su análisis situacional empírico, nos permite establecer que la condición actual de la niñez y adolescencia en Panamá requerirá un mayor protagonismo de la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia para enfrentar los retos del presente y el futuro próximo en la protección de la niñez y adolescencia que requerirá a nivel institucional un urgente plan de acción que desarrolle las acciones, para la articulación con diversos actores institucionales internos y externos al sistema de justicia, para avanzar en la implementación de acciones comprometidas con la efectividad y eficiencia de nuestras competencias, que sume prioritariamente un compromiso transversal de los jueces y autoridades administrativas internas para enfrentar este nuevo reto, y lograr cumplir con

las competencias actuales, tanto privativas como a prevención que actualmente se encuentran asignadas por ley, más aquellas que nos asigna la Ley N° 285 de 15 de febrero de 2022 que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Para este control judicial, asignado en la nueva ley, es vital contar con los recursos para la designación de los jueces penales de adolescentes que establece, como mínimo, la Ley N° 40 de 1999, así como Jueces Municipales de Niñez y Adolescencia y de ejecución de pensiones alimenticias que establecen los artículos 75 y 80 de la Ley N° 45 de 14 de octubre de 2016, que modifica la Ley N° 42 de 2012, con el fin de que asuman las competencias que les describe la prenombrada ley y permitir que los Jueces de Circuito de Niñez y Adolescencia cumplan con prontitud las nuevas funciones, que se le suman a las ya existentes.

La descripción estadística de la labor realizada, que adicionamos, es un aporte de la Dirección de Estadística Judicial del Órgano Judicial que, bajo la dirección de la Magíster Sonia Arbeláez y su equipo de trabajo, en especial Lumys Ortega González, magistralmente plasman.

Por último, dejar claro, que el compromiso institucional de esta jurisdicción, es mantenernos alineados a los fines éticos y objetivos estratégicos, que nos permitan mejorar cada día nuestra gestión de desempeño sabedores, que no es la cantidad de negocios que ingresen lo más importante sino el abordaje de sus complejidades, pues la garantía de la protección de los derechos de la niñez y adolescencia así lo exige.

Nuestra fortaleza radica en las competencias reales de magistrados (as), jueces (zas), personal de secretaría, miembros de los equipos interdisciplinarios, y en el personal administrativo institucional; así como, todos aquellos actores externos que articuladamente colaboran para que podamos alcanzar nuestras metas. Gracias a Todos.

***JUDITH ESTER COSSÚ DE HERRERA***  
**Magistrada del Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia**

# UNA MIRADA A LA GESTIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA



La jurisdicción de Niñez y Adolescencia es una jurisdicción especial que atiende procesos Administrativos, Familia, Protección, Acciones de Garantías Constitucionales, Penal de Adolescente y Cumplimiento, y conforme la actual Ley 285 de 2022, el control judicial de las decisiones de las autoridades administrativas en materia de derechos de niños y adolescentes. Actualmente, cuenta con un Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia con jurisdicción a nivel nacional, 15 juzgados de niñez y adolescencia, 6 juzgados penales de adolescentes y un juzgado de cumplimiento. Cabe señalar que en las provincias y distritos donde no existen juzgados penales de adolescentes y juzgados de cumplimiento, los procesos de su competencia son atendidos por el juez de niñez y adolescencia, además de los casos de protección, administrativos y de familia que la ley les atribuye privativamente.

Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia	Juzgados de Niñez y Adolescencia	Juzgados Penales de Adolescente	Juzgados de Cumplimiento
1	15	6	1

## Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia



El Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, es el superior jerárquico de los Juzgados de Niñez y Adolescencia, Juzgados Penales de Adolescentes y Juzgado de Cumplimiento. El Tribunal de Niñez y Adolescencia, es la entidad encargada de conocer, en segunda instancia, los

asuntos de adolescentes que cometan faltas administrativas o sean partícipes en alguna acción delictiva, además de velar por los derechos de la niñez y adolescencia, y ejercer el control judicial cuando la protección universal, social y especializada asignadas a la esfera administrativa dentro

del Sistema de Garantías y Protección Integral, no han logrado ser eficaces (Ley 285/2022); y de los procesos de familia, tránsito, en los que la Ley les otorgue competencia (Órgano Judicial, 2020). El Manual de Organización y Funciones del Órgano Judicial (2019, p. 176-177), describe las competencias del Tribunal como sigue:

- En primera instancia, conocen de las acciones de Hábeas Corpus que se interpongan contra los/as jueces/zas de Niñez y Adolescencia, Penal de Adolescentes y Cumplimiento, así como de todas las personas que aún no han cumplido 18 años.
- Conocen de las quejas que se presenten contra los/as Jueces/zas que integran la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia.
- Resuelven conflictos de competencia que se susciten entre los Juzgados de su Jurisdicción, que de conformidad con la competencia que fue adicionada en el Numeral 7 del Artículo N.º 755 del Código de la Familia contenido en la Ley 42 del 7 de agosto del 2012 que regula la Ley General de Pensión Alimenticia.
- Conocen los Amparo de Garantías Constitucionales y de Hábeas Corpus interpuesto contra resoluciones o acciones relacionadas en materia de alimentos dictadas por los Juzgados de la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia.
- Ventilan los Recursos de Hechos que se interpongan contra las resoluciones de los/as jueces/zas de las jurisdicciones de Niñez y Adolescencia que nieguen recurso de apelación
- Sancionan disciplinariamente a quienes le irrespeten, conforme lo dispone el Código Judicial.
- En segunda instancia, conocen de todos los asuntos que se ventilen en primera instancia en los Juzgados Penales de Adolescentes, en los Juzgados de Niñez y Adolescencia y en los Juzgados de Cumplimiento, cuyas sentencias y decisiones definitiva o interlocutorias hayan sido impugnadas o consultadas.
- Deciden sobre el recurso de apelación que se haya interpuesto contra decisiones que en materia de control judicial realicen los jueces de la jurisdicción.
- Resuelven impedimentos y recusaciones de alguno de los miembros que lo integran y deciden sobre las apelaciones sobre multas, arrestos en materia de desacatos, apercibimiento y otras sanciones que impongan correccionalmente a juzgadores de la jurisdicción, según las normas de la Carrera y sus Reglamentos.
- Además de asuntos jurisdiccionales, realizan funciones administrativas tales como la resolución de quejas que se presenten contra jueces; supervisan periódicamente la gestión de los juzgados en su jurisdicción, y participan de comisiones y mesas temáticas internas e interinstitucionales para el mejoramiento institucional y del sistema de administración de Justicia.

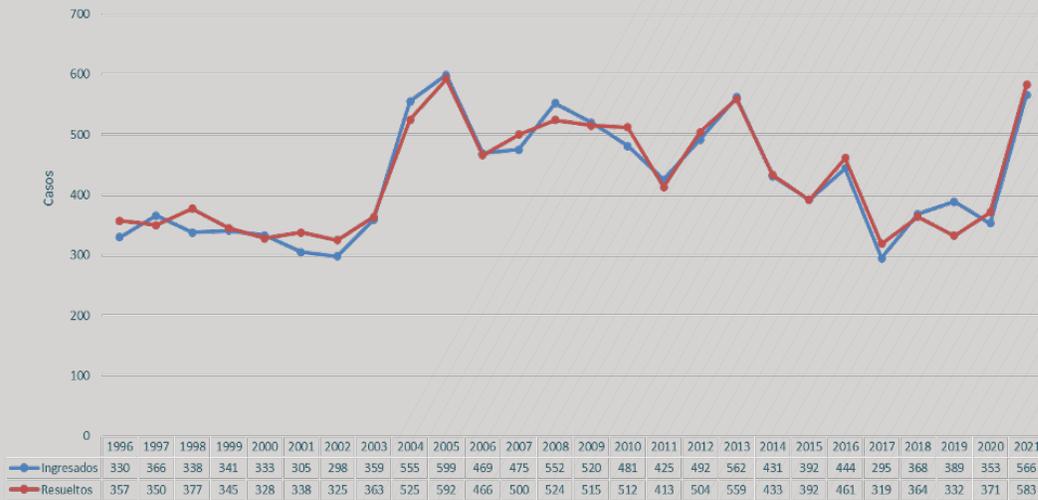
Para estos efectos, el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, lo componen tres magistrados. En este contexto de actuación<sup>1</sup>, al

**Movimiento de Casos en el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia: Años 1996 - 2022**

Pendientes al iniciar el período	Ingresados	Resueltos	Pendientes para el siguiente período
184	11,038	11,148	74

<sup>1</sup> La información estadística e indicadores fue elaborada por la Dirección Administrativa de Estadísticas a partir de los informes mensuales de movimiento de casos de la jurisdicción de niñez y adolescencia

Casos Ingresados y Resueltos en el Tribunal de Niñez y Adolescencia: Años 1996-2021



Tribunal en el periodo 1996 – 2021, se le adjudicaron 11,038 procesos que sumados a los 184 casos que encontraban pendientes de resolver al inicio del período analizado, totalizaron una carga laboral de 11,222 procesos, de los cuales resolvieron 11,148. Estos indicadores reflejan una tasa de descongestión de 99.3% y una disminución del 59.8% en los procesos pendientes al culminar el período comparado con los que se encontraban en este estado al inicio del período de referencia.

Tal como se muestra en la siguiente la gráfica , se observan variaciones significativas destacando los años con mayor demanda y atención del servicio justicia en 2005, 2013 y 2021. Es importante señalar que en el último quinquenio 2017-2021, este tribunal experimentó una disminución sustantiva en el año 2017, principalmente por efectos de la reforma procesal donde los casos se judicializan con la imputación de casos y las actuaciones investigativas previas son contabilizada como controles jurisdiccionales. A partir de esta fecha hasta el año 2021, se registra una tendencia de aumento progresivo y sostenido, que reflejó un aumento del 92% en el período, es decir un ritmo de crecimiento promedio interanual del 17.7%.

Conviene subrayar que la actividad del tribunal se concentra en los procesos de segunda instancia para resolver las apelaciones interpuestas contra las resoluciones y sentencias dictadas por los jueces de niñez y adolescencia, los jueces penales de adolescentes y cumplimiento, así como los Recursos de Hecho. Lo cual significó el 86.6% de los procesos ingresados al tribunal.

Por otro lado, el 9% de su actividad jurisdiccional lo representan los Amparos

Casos Ingresados según tipo de proceso



de Garantías Constitucionales, mientras que el 4.4% restante se refiere a las quejas interpuesta presentadas por los abogados contra los jueces de la jurisdicción, las acciones de hábeas corpus, los conflictos de competencia, entre otros asuntos de su responsabilidad.

## Procesos de Niñez y Adolescencia y Penal de Adolescentes



La Jurisdicción especial de niñez y adolescencia, conformada por los juzgados de niñez y adolescencia, penales de adolescentes y cumplimiento, tienen el objetivo de conocer los asuntos donde se vean afectadas las personas menores de edad, en su desarrollo y crecimiento, conforme a las normas jurídicas de Familia, Niñez y Adolescencia, así como los Convenios Internacionales que haya ratificado Panamá con alcance a la Protección Integral de sus derechos, imperando el principio del interés superior del niño o niña, conocido como el interés superior del menor, que ampara un conjunto de acciones y procesos que garantizan su desarrollo integral y una vida digna, además de las condiciones materiales y afectivas que le permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

En lo que corresponde a los Juzgados de Niñez y Adolescencia<sup>2</sup> y a los Juzgados Penales de Adolescentes<sup>3</sup>, en su conjunto indistintamente de la fecha de implementación, durante los años 1996 y 2021, se les adjudicaron 403,894 procesos distribuidos en 118,108 procesos de supuesto delito lo que representó el 29% de la demanda del servicio; en orden ascendente con respecto a la incidencia se registraron 127,780 procesos de familia lo que representó el 31% de los casos adjudicados a este nivel jurisdiccional; por otra parte, destacan significativamente los casos de protección incluidos los procesos administrativos, que totalizaron en su conjunto 160,816 casos lo que representó el 40% de la actividad jurisdiccional de estos despachos.

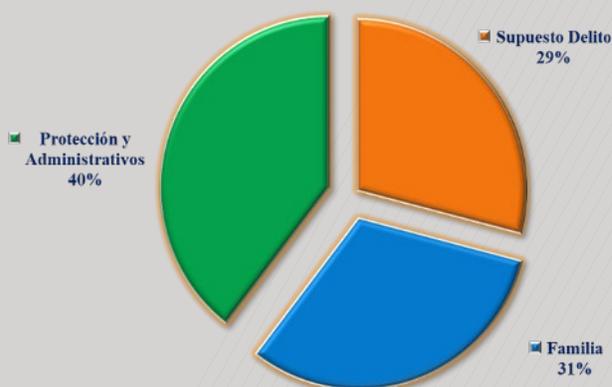
**Casos Ingresados en la Juzgados de Niñez y Adolescencia y Juzgados Penales de Adolescentes, según tipo de proceso: Años 1996 - 2021**

Total	Supuesto Delito	Familia	Protección y Administrativos
403,894	118,108	127,780	160,816

<sup>2</sup> Creados mediante el Código de la Familia en 1994

<sup>3</sup> Creados al igual que los Juzgados de Cumplimiento, por la ley 40 de 1999, que establece el Régimen Especial de Responsabilidad Penal de Adolescentes en Panamá

Casos Ingresados según tipo de proceso: Años 1996 - 2021  
(en porcentaje)



## Juzgados de Niñez y Adolescencia

Para la atención de este tipo de procesos se cuenta con 15 juzgados de niñez y adolescencia: 2 en el primer circuito judicial (Distritos de Panamá, Chepo, Chiman, Balboa y Taboga), 1 en el segundo circuito judicial (Distrito de San Miguelito), 2 en tercer circuito judicial (Provincia de Panamá Oeste), 1 en el Circuito de Colón y Guna Yala, 2 en la Provincia de Veraguas, 2 en la Provincia de Chiriquí, y 1 en cada una de las provincias restantes.

Estos juzgados conocen los procesos de personas menores de edad, aplicando el ordenamiento jurídico en materia de Familia, Niñez y Adolescencia, que contempla desde los Convenios Internacionales ratificados por Panamá, la Constitución y las Leyes específicas y supletorias que garanticen la Protección Integral de sus Derechos.

En consecuencia, intervienen en el control y atención de las infracciones de la Ley Penal en las que incurran personas menores de 12 años y aquellos casos de menores que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Atienden las quejas o denuncias formuladas ante actos que pongan en peligro la salud o el bienestar físico o moral del menor, adoptando las medidas necesarias para hacer cesar dichas acciones. Asimismo, decretan las medidas tutelares requeridas para el tratamiento, reeducación, asistencia y protección de menores conforme a las disposiciones legales, además de suplir el consentimiento de la representación legal del menor, cuando este no pueda prestarlo por cualquier motivo o lo negase en forma injustificada.

En aquellos casos relacionados con menores en los que no se haya atribuido conocimiento a otra autoridad, el juez de niñez y adolescencia brinda la protección y atención requerida. También le corresponde dar en colocación familia a niños y adolescentes, y resuelven sobre el estado o declaratoria de adoptabilidad con el propósito de restablecer los derechos en este grupo etario cuando no quepa posibilidad de reinserción a su familia biológica o ampliada.

En materia de familia, conoce procesos de competencia privativa, y otros en los que comparte a prevención con los jueces seccionales de familia. En el nivel municipal, conoce a prevención de procesos de alimentos con los jueces municipales de familia y autoridades administrativas,

mientras entre en funcionamiento los juzgados de niñez y adolescencias.

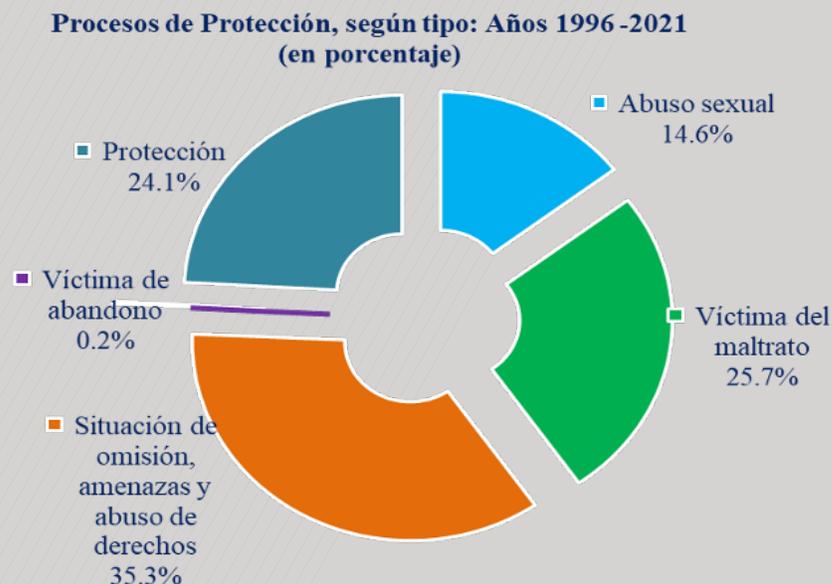
En materia de protección de derechos, son competentes en los asuntos relativos a conflictos jurídico que se originen en la violación de sus derechos, ya sea por abuso, amenaza u omisión. Tienen como responsabilidad visitar las diferentes casas hogares donde se encuentren albergados los niños, niñas y adolescentes a órdenes del Tribunal. Aunado al seguimiento de la ejecución de las resoluciones dictadas, hacen cumplir la Ley en cuanto a los desacatos por incumplimiento de las estas.

Los jueces de niñez y adolescencia también realizan diligencias de recabación de niños, niñas y adolescente cuando se encuentren en situación eminente de peligro, gestión realizada con la asistencia de las instancias correspondientes administrativas. Conocen de las faltas administrativas donde participan personas menores de edad, intervienen en procesos de tránsito donde estos son partes, atienden los procesos de restitución internacional, autorizan la expedición de pasaporte y permiso de salida de menores de edad cuando es solicitado por uno de los padres, y desarrollan acciones de protección ante el desempeño de labores prohibidas para su seguridad y salud (trabajo infantil).

Como se mencionó anteriormente, esta jurisdicción es compleja y atiende una variedad de situaciones que afectan a la niñez y adolescencia, las cuales se han sintetizado en gran medida en este documento, siendo asuntos que se encuentran explícitos en la Ley; mientras que no se precisan otras situaciones que potencialmente podrían vulnerar los derechos de niños, niñas y adolescentes por la indefinición de una autoridad que los proteja, y que se encuentran innominadas en la ley, no obstante la comprensión de los principios y reglas rectoras de los derechos del menor posibilitan a la jurisdicción para su eficaz identificación y consecuente atención.

A continuación, pasamos a describir la gestión por materia y tipo de proceso:

## Procesos de Protección y Administrativos

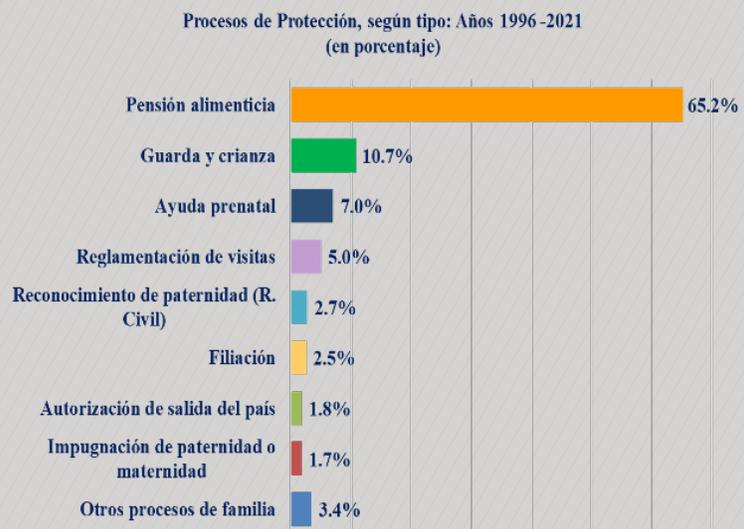


En materia de Protección, para el período 1996 -2021, se ventilaron casos de abuso sexual que registran una demanda del 14.6% en el período; en cuanto a procesos donde el menor ha sido víctima del maltrato genérico, físico y/o psicológico, se registraron el 25.7% de los procesos ingresados; en procesos por situación de omisión, amenazas y abuso de derechos tales como menores carenciados, evasión de hogar, riesgo social (genérico) se concentraron el 35.3% de los casos; mientras que por abandono, se registró en un 0.2% de los casos adjudicados.

El resto de los procesos, que denominan Protección como tal, concentraron el 24.1% de los asuntos, que incluyen situaciones de negligencia familiar, protección genérico, casos de protección según el artículo 8 de la ley 40 y faltas administrativas, y otros casos tales como casos de tránsito vehicular donde esté involucrado una persona menor de edad, casos en vulneración de derechos, el control judicial de decisiones emitidas por entes administrativos estatales con alcance a personas menores de edad, así como procesos donde se solicita autorizaciones en decisiones o actuaciones donde el menor está en situación de vulnerabilidad.

### Procesos de Familia

Tal como se señaló en párrafos anteriores, los juzgados de niñez y adolescencia también ventilan procesos de familia privativos, además de otros asuntos que atienden a prevención con los Juzgados Seccionales y Municipales de Familia conforme a la ley, destacando principalmente los procesos de alimentos que consolidaron el 65.2% de la demanda del servicio justicia, aunado un 7% que corresponde a la Ayuda Prenatal, siendo este último de conocimiento privativo para la jurisdicción de niñez y adolescencia.



Continúa en orden descendente la Guarda y Crianza con el 10.7% de los procesos que, en consecuencia, también se registra un 5% de procesos de reglamentación de visitas. Hay que indicar que, en menor incidencia pero de complejidad significativa se ventilan otros procesos tales como: reconocimiento de paternidad (R. Civil), filiación, autorización de salida del país, impugnación de paternidad o maternidad, patria potestad (inhabilitación, pérdida o suspensión), reintegro, tutela, autorización para disposición o venta de bienes, impedimento de salida del país (cuando se tramita como proceso independiente), filiación post mortem, restitución internacional, autorización para expedir pasaporte, entre otros procesos de familia de su competencia.

## Penal de Adolescente



Los Juzgados Penales de Adolescentes administran justicia en materia penal de adolescentes conforme a los principios y normas consagradas en la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales, la Constitución Política, el Texto Único de la ley 40 de 1999, otras leyes procesales y supletorias aplicables, que propicien el debido proceso donde se respeten las garantías y derechos fundamentales de los y las adolescentes que afronten un proceso penal

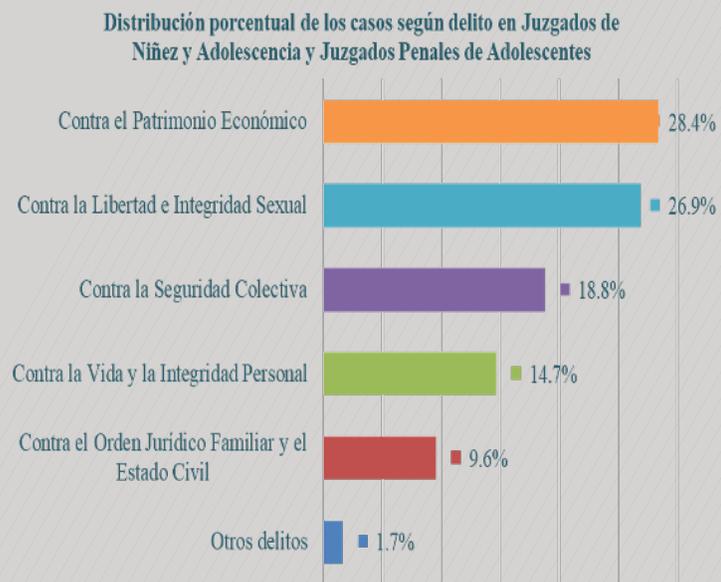
Para estos efectos, la jurisdicción está constituida por 6 juzgados penales de adolescentes ubicados de la siguiente manera: 2 juzgados en el primer circuito judicial; 1 juzgado en el segundo circuito; 1 juzgado en el tercer circuito; 1 en el circuito de Colón y Comarca Guna Yala; 1 juzgado para las provincias de Coclé y Veraguas con sede en la Ciudad de Santiago. De la misma manera, en aquellas regiones donde no se ha creado esta figura jurídica, los casos son atendidos por los juzgados de niñez y adolescencia, tal es el caso de los juzgados ubicados en las provincias de Herrera y Los Santos, Chiriquí y Bocas del Toro, así como la provincia de Darién.

Por consiguiente, los jueces penales de adolescentes conocen privativamente, mientras que los jueces de niñez y adolescencia, conocen a prevención, de todas las querellas y denuncias por la infracción a la ley penal contra personas con edades comprendidas entre 12 y 17 años inclusive, que se sospeche hayan cometido delito. Por lo tanto, deciden sobre medias que restrinja un derecho fundamental del adolescente o de la adolescente, a quien se le atribuye el delito cometido. Aunado a sus funciones, promueven la conciliación y validan los acuerdos alcanzados, aplican controles jurisdiccionales de los actos de investigación y de la aprehensión decretada por la fiscalía de adolescentes y realizan diversas actuaciones jurisdiccionales tales como las prácticas de pruebas tanto en las audiencias como fuera del despacho judicial.

Del mismo modo, dictan resoluciones en su instancia, para decretar sobreseimientos, archivos, desistimientos, suspensiones condicionales del proceso, extinciones, entre otros autos resolutiveos, además de decidir en el fondo la sanción que corresponde a cada caso, sobre la base de los criterios

de responsabilidad, proporcionalidad y racionalidad, y en el caso que así lo amerite ordena la entrega o destrucción de evidencias y pertenencias.

En el ejercicio de sus funciones, durante el período en que se presenta esta caracterización, estos despachos han recibido 118,108 procesos penales de adolescentes, donde los delitos de mayor impacto por la incidencia de casos son los delitos contra el patrimonio con el 28.4%, principalmente el hurto y el robo; asimismo, se registra en orden descendente los delitos relacionados a la libertad e integridad sexual que reflejan el 26.9% de los casos ingresados, donde destaca los actos libidinosos, violaciones y otros delitos sexuales; seguidos de los delitos contra la seguridad colectiva con el 18.8% de incidencia, donde imperan los delitos relacionados con drogas y por la posesión y tráfico de armas.



## Cumplimiento de Sanción penal de Adolescentes



En el primer circuito judicial tiene sede un juzgado de cumplimiento para el primer distrito judicial, mientras que en el resto de los distritos esta función jurisdiccional la ejercen los juzgados de niñez y adolescencia y juzgados penales de adolescente, según su presencia territorial, toda vez que no se han creado los juzgados de cumplimiento correspondientes.

El juzgado de cumplimiento, es responsable del cumplimiento de las sanciones impuestas por el juez, de acuerdo con las directrices establecidas en la sentencia, ordenando al Instituto de Estudios

Interdisciplinarios elaborar el Plan Individualizado de Cumplimiento de la sanción para darle el seguimiento, a fin de obtener los propósitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 40, con lo cual se busca que el adolescente reingrese a la sociedad.

En el seguimiento del cumplimiento de las sanciones impuestas, el juzgado asegura que se respeten y no se vulneren los derechos fundamentales de los y las adolescentes centrándose en la sentencia dictada; esto es así que el juez ejerce su rol durante todo el tiempo que se ha dispuesto en la sanción, muy especialmente en los casos donde la sanción haya sido la privación de libertad.

Durante este proceso de cumplimiento, el juez revisa periódicamente el desarrollo de la ejecución de la sanción, decidiendo sobre las modificaciones o sustituciones pertinentes, ya sea en sanciones educativas, cuando esta no cumpla con los objetivos para las que fueron impuestas, o por ser contrarias al proceso de resocialización. Paralelamente, aplica los subrogados penales que el código penal establece y decreta el cese de las sanciones no privativas de libertad cuando se haya verificado la finalización de la sanción. Con respecto a los programas de resocialización, el juez de cumplimiento supervisa que se ejecuten atendiendo los fines constitucionales y normativos. Por otra parte, a los entes administrativos les establece sanciones por desatender las ordenes impartidas en materia de resocialización.

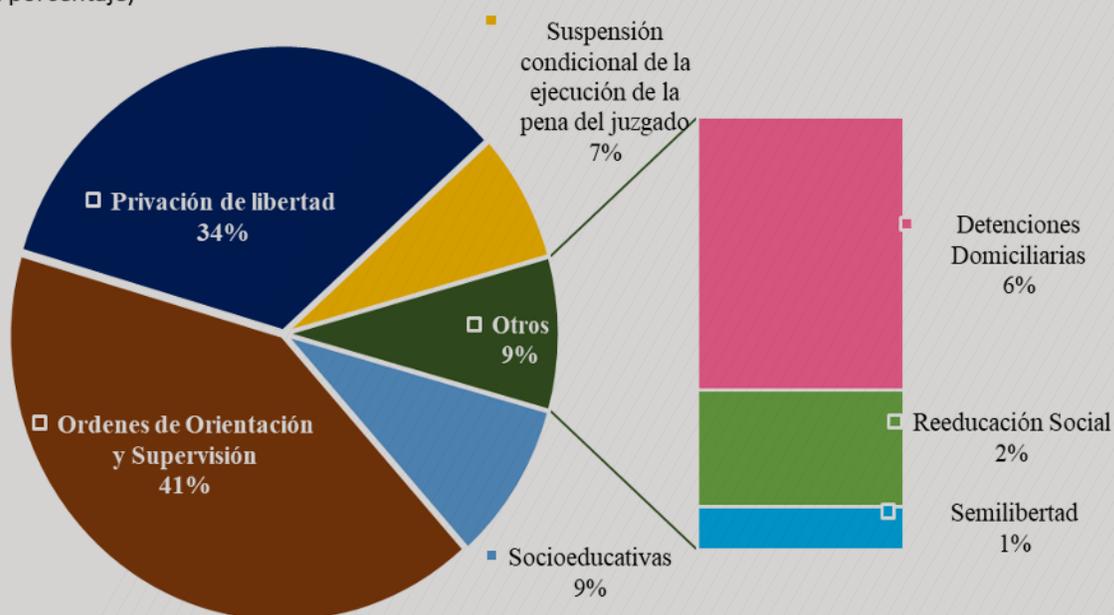
En este contexto funcional, al Juzgado de Cumplimiento del Primer Distrito Judicial le adjudicaron, durante el período comprendido entre los años 2004 y 2021, el seguimiento de 7,389 sanciones, de las cuales 6,963 se cumplieron en el período, lo cual representó el 94% de las sanciones cumplidas.

**Sanciones para cumplimiento ingresadas y cumplidas en el Juzgado de Cumplimiento del Primer Distrito Judicial: Años 2004-2021**



Del total de sanciones penales para ser controladas por el juzgado de cumplimiento penal de adolescente del primer distrito judicial, el 41% correspondieron a órdenes de orientación y supervisión; 34%, a sanciones privativas de libertad; 9%, a medidas socioeducativas; un 7%, a suspensiones condicionales de la ejecución de la pena; 6%, a detenciones domiciliarias; 2%, a reeducaciones sociales; y el 1%, restante, corresponden al seguimiento del cumplimiento de semilibertades.

Sanciones Ingresadas al Juzgado de Cumplimiento del Primer Distrito Judicial: Años 2004-2021  
(En porcentaje)



## Referencias Bibliográficas

Órgano Judicial (diciembre, 2019). Manual de Organización y Funciones de Órgano Judicial. IV Edición. <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2021/04/407/manual-de-organizacion-y-funciones-2019.pdf>

Órgano Judicial (20 de abril, 2020). Jurisdicción de Niñez y Adolescencia Continúa Administrando Justicia en beneficio de la niñez, adolescencia y la familia. Noticias: Página WEB Órgano Judicial. <https://www.organojudicial.gob.pa/noticias/jurisdiccion-de-ninez-y-adolescencia-continua-administrando-justicia-en-beneficio-de-la-ninez-adolescencia-y-la-familia>

Dirección Administrativa de Estadísticas Judiciales (DAEJ). Base de Datos de Niñez y Adolescencia e Informes anuales 1996-2021.

# Equipo Interdisciplinario de Niñez y Adolescencia

La labor de la jurisdicción de Niñez y Adolescencia se realiza conjuntamente con el Equipo Interdisciplinario del Órgano Judicial compuesto por profesionales de Trabajo Social y Psicología para realizar las evaluaciones requeridas por los juzgadores para decidir en aquellos casos que requieran de un dictamen especializado para una mayor comprensión de la situación en conflicto.

Trabajo Social y Psicología son ciencias experimentales cuyas evaluaciones se fundamentan científicamente, con la finalidad de robustecer el proceso judicial con la aplicación de principios, técnicas e instrumentos que coadyuvan en la valoración más clara y objetiva de la conducta humana y al asesoramiento de jueces y magistrados en la toma de decisiones jurisdiccionales alineadas a la realidad de los procesos humanos en su contexto socioeconómico, demográfico, cultural y cognitivo.

En ese sentido, sus evaluaciones se traducen en la interlocución del conflicto desde la comprensión de las relaciones emocionales, los roles entre los actores familiares, las características de la comunicación entre estos para con los niños, niñas y adolescentes, identificando la existencia o ausencias amenazas o riesgos tanto psicológicos con sociales, con una visión humana y holística durante el proceso judicial

Para estos efectos tanto las funciones de trabajo social y psicología, a solicitud de los jueces y magistrados, según la naturaleza del proceso planifican y ejecutan sus funciones aplicando políticas, normas, protocolos, procedimientos, programas y herramientas establecidas para estos fines.

En cuanto a la función de Trabajo Social en este ámbito judicial, realizada entrevistas sociales a los actores del proceso; por otro lado, también realizan entrevistas a colaterales: no son directamente con el individuo, sino con alguien cercano a él, como un familiar, vecino, u otro, que cumplen la función de conocer el hábitat del individuo y el ambiente que lo rodea desde la perspectiva de otra persona.

Paralelamente, aplican Visitas Domiciliarias y a instituciones según la necesidad particular de cada usuario del servicio, de esta manera pueden mediante observación directa obtener, verificar y ampliar información del ambiente familiar y social, o proporcionar información a los familiares sobre la intervención profesional y controlar situaciones socio familiares que afecten el desarrollo del proceso y toma de decisiones.

La intervención social culmina con el documento de informe social o evaluaciones, donde el especialista analiza y describe el caso desde la óptica social, sintetizando los resultados de una situación social, los hechos narrados a nivel del medio social, escolar, familiar o institución de salud, su análisis e interpretación de los hallazgos. Realizar Estudios, análisis e investigaciones de la problemática que se atiende.



Según el alcance de la intervención, estas pueden requerir una evaluación social que es un estudio completo de las condiciones socio familiares, económicas, sociales y de medio ambiente del individuo. También se realizan evaluaciones socio económicas, con ese estudio que contiene la información obtenida en la investigación realizada, enfocada a dar a conocer la situación de vida, tanto social como económica de las personas, para que sirva de soporte a las decisiones que se tomarán. Significa todos aquellos aspectos que tienen que ver con los ingresos económicos y la satisfacción de necesidades, para el caso que nos interesa, datos de trabajo, ingresos, gastos, entre otras; así como el seguimiento social de la evolución y desarrollo de los usuarios en su entorno social y familiar, ya sea en una residencia, hospital u otra estancia del usuario del servicio



De manera semejante, cuando el Juez requiere de un estudio psicológico, para contar con el diagnóstico pertinente sobre la situación psíquica de la persona menor de edad o personas de su entorno, cuya valoración psicológica procure una toma de decisiones efectivas en esta jurisdicción. En este quehacer profesional, los especialistas de la psicología administran pruebas proyectivas, psicométricas, de aptitudes y otros instrumentos de evaluación psicológica. En la evaluación psicológica, se realiza la entrevista y se aplican pruebas psicológicas dependiendo del caso y edad de los evaluados, cuya duración se afecta por la cantidad de personas a evaluar, la facilidad de localizar. Al culminar esta tarea debe proceder con la interpretación de los resultados de las pruebas psicológicas aplicadas, para determinar el diagnóstico y proporcionar el tratamiento específico, con el propósito de identificar la existencia o no de situaciones irregulares de conducta.

Es importante agregar que, los profesionales de la psicología, dentro de sus funciones contempla la aplicación de psicoterapia de apoyo, individual y de grupos; la orientación psicológica a personas menores de edad o adultos sobre situaciones presentadas o conflictos de las partes. También intervienen en la integración de equipos interdisciplinarios para el estudio y evaluación de problemas en los que toma parte la Psicología; coordinan labores con Trabajo Social para atender situaciones interdisciplinarias; realizan visitas supervisadas o acercamientos en las relaciones familiares; diseñan proyectos de diversas naturalezas relacionadas con la Salud Mental. Su actividad se materializa con la presentación de informes y evaluaciones psicológicas sobre las observaciones, entrevistas, evaluaciones aplicables y demás actividades realizadas, además del seguimiento periódico a los casos que así lo ameriten.

Además, los equipos interdisciplinarios realizan y participan en programas de extensión relativo a la niñez y la adolescencia, entre ellos: CONAPREDES, CONAPRED, CETIPAT y prácticas restaurativas, que articulan la respuesta efectiva de la Juidicción de Niñez y Adolescencia en concordancia con lo dispuesto en la Ley 285 de 15 de febrero de 2022 que establece el Sistema de Garantías y Protección Integral de los derechos de la niñez y la adolescencia.





## **Impacto de los acuerdos de pena en los procesos penales juveniles de Panamá Oeste**

*Recibido: Abril 2022*

*Aprobado: Mayo 2022*

### **Resumen**

Encontrar una fórmula más efectiva para alcanzar los fines específicos del Sistema Penal Juvenil de educación y reinserción social, mediante figuras que permitan espacios restaurativos, ha sido nuestra principal motivación.

Esto es así ya que los procesos penales juveniles en Panamá, no cuentan con una ley procedimental específica, por lo que desde septiembre de 2016, el Código Procesal Penal, se ha convertido en la única materia supletoria de naturaleza procesal penal en estos procesos. Dicha supletoriedad solo es posible siempre que no sean contrarias a los derechos y garantías de la adolescencia.

Una de estas figuras procesales que describe el Código Procesal Penal (2008) es la de los Acuerdos de Pena, la cual podría ser una vía efectiva para lograr tales fines, al tratarse de un proceso alternativo de solución de conflictos, que bien conducida podría tener resultados restaurativos. Y de esta forma exaltar los valores de respeto y responsabilidad personal, esenciales para la formación de los adolescentes.

### **Abstract**

Finding a more effective formula to achieve the specific goals of the Juvenile Penal System of education and social reintegration, through figures that allow restorative spaces, has been our main motivation.

This is so since juvenile criminal proceedings in Panama do not have a specific procedural law, so since September 2016, the Criminal Procedure Code has become the only supplementary matter of a criminal procedural nature in these processes. Such supplementation is only possible provided that they are not contrary to the rights and guarantees of adolescence.

One of these procedural figures described by the Criminal Procedure Code (2008) is that of the Penalty Agreements, which could be an effective way to achieve such ends, as it is an alternative conflict resolution process, which, if well conducted, could have restorative results. And in this way exalt the values of respect and personal responsibility, essential for the formation of adolescents.

### **Palabras Claves**

Flexibilización, Acuerdos de Pena, Convencionalidad, Valores Éticos.

### **Keywords**

Flexibility, Agreement, Penalty, Conventionality, Ethical Values.

## Introducción

El Sistema Penal Juvenil, se ha destacado por la flexibilización, desformalización y *diversión* que se permite en el desarrollo de los procesos, dándole prevalencia al Interés Superior del menor de edad, principio rector preceptuado en la Convención de los Derechos del Niño (1989), considerado como motor de cambio en todo lo concerniente al tema de niñez y adolescencia.

Es así como con la implementación en septiembre de 2016, del Nuevo Modelo de Justicia Penal de corte acusatorio en el Primer Distrito Judicial, el cual comprende las provincias de Panamá, Colón, Panamá Oeste y Darién, y atendiendo Texto Único de la Ley 40 (1999), artículo 14 sobre el Régimen Especial Penal para la Adolescencia, las materias y figuras procesales contenidas en el Código Procesal Penal (2008) que desarrollan el nuevo Sistema Penal Acusatorio, se convierten en norma supletoria aplicable en nuestro sistema penal juvenil.

Sobre lo arriba plasmado, es importante destacar que las normas supletorias, solo son aplicables en los procesos penales juveniles siempre que no sean contrarias a los derechos y garantías de la adolescencia ni los menoscaben. De ahí la clara aplicabilidad de algunas figuras descritas en el código antes citado, donde dejamos atrás un sistema procesal inquisitivo mixto, y pasamos a uno de corte acusatorio, cuya principal característica es la prevalencia de los principios, garantías y las reglas conforme a nuestra Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos.

Por ello, con la entrada en vigencia de dicho modelo de justicia, resultó imperioso, revisar qué normas contenidas en este

código podían aplicarse en los Procesos Penales Juveniles, sin dejar de cumplir de forma alguna la Convención Internacional de los derechos del niño (1990) y a la vez impedir que los procesos juveniles quedaran rezagados y fuesen menos garantistas y alejados de la justicia y equidad como fines primordiales del derecho.

El punto de referencia, de lo anterior, fue el reconocimiento del *corpus juris* en materia de niñez y adolescencia, es decir, el conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas para garantizar los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, donde la prevalencia del Principio del Interés Superior del Menor, es el marco de interpretación en cualquier decisión que se adopte.

De modo que al pasar de un Sistema Penal Inquisitivo Mixto a un Sistema Procesal Penal de corte acusatorio, se tuvo la necesidad de conciliar el sistema penal juvenil, el cual implica el reconocimiento de los derechos y garantías especiales que le son conferidos a los adolescentes y el sistema penal de corte acusatorio, desarrollado en el Código Procesal Penal (Ley 63, 2008) caracterizado por el respeto de los derechos humanos. Siendo éstos, el marco de interpretación de las referidas normas de procedimiento que desarrolla el nuevo modelo de justicia penal.

La conciliación entre ambos sistemas fue necesaria, con el único propósito de contar con un sistema de justicia juvenil, orientado en el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social de los adolescentes, y promover su sentido de valor y dignidad por su condición de seres humanos en formación, compatibles con los estándares internacionales sobre derechos humanos.

## 1. La Justicia Penal Juvenil y el cumplimiento de la Convencionalidad.

Los adolescentes por su condición de seres humanos en dignidad, deben contar con todas las garantías penales y procesales al enfrentar cargos penales, que les permitan una defensa efectiva, a través del principio de contradicción. Y es que este grupo de la población, tienen derecho a ser tratados con el respeto a la dignidad inherente al ser humano que incluye el derecho a que se proteja su integridad personal, a que toda medida que se interponga tenga como fin primordial su educación, a que toda limitación, privación o restricción de sus derechos, libertades y garantías sea ordenado judicialmente, y que durante la investigación, la tramitación del proceso y la ejecución de las medidas, se le respete el derecho a la igualdad ante la ley, a igual protección y a la no discriminación por ningún motivo (Cuarezma, 2000).

La Convención Americana (Convención Americana de Derechos Humanos, 1977), artículo 8, dispone que durante el proceso penal, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a ciertas garantías mínimas, la cual implica la necesidad de garantizar un verdadero equilibrio entre las partes para la debida defensa de sus intereses, derechos, y que mejor espacio para la justicia juvenil, que aquellos procesos penales de corte acusatorio, donde la oralidad, igualdad de armas, la lealtad procesal, la dignidad de la persona y la propia constitucionalización del proceso forman parte integral del mismo, sin dejar de lado el principio de especialización, conforme al artículo 5, inciso 5 del referido texto, donde se establece que los niños, niñas y *adolescentes* que sean acusados de infringir leyes penales deben ser sometidos a un sistema especializado de justicia. Y en el mismo sentido, la citada convención, indica en su artículo 40, inciso 3: Los Estados Partes tomarán todas las medidas

apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Corte, IDH, 2002) ha reiterado, que la especialización requiere leyes, procedimientos e instituciones específicas para niños, y los que ejerzan facultades en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales.

Este Tribunal Internacional del Sistema Interamericano, considera, en aplicación del marco jurídico de protección de los derechos humanos, con respecto a los niños que han infringido o han sido acusados de infringir leyes penales, no solo deben recibir las mismas garantías que las personas adultas, sino también deben recibir una protección adicional, todo lo cual fundamenta la propuesta nuestra de conciliar y conjugar el sistema penal juvenil (Ley 40, 1999) con las normas que componen el sistema procesal penal de corte acusatorio (Ley 63, 2008) siempre que no sean contrarias a los derechos y garantías de la adolescencia, ni los menoscaben.

Por lo tanto, esta nueva forma de operar el Régimen Especial Penal para la Adolescencia, acorde con el Sistema Acusatorio, genera muy pocos ajustes como ya hemos sostenido en diversos espacios académicos y llevados a la práctica en la actualidad. Sin embargo, requiere de un gran compromiso de los actores

del sistema, fiscales, jueces, defensores, querellantes, forenses, policías, entre otros, quienes desde finales de los 90, han venido especializándose en esta materia penal juvenil.

Es preciso, adecuar los procedimientos y definir las responsabilidades en este nuevo sistema eminentemente oral de manera simple y sencilla. Para tal propósito encontramos de gran valía hacer uso de algunas figuras utilizadas en el sistema penal acusatorio, donde se podría generar un espacio restaurativo (Hernández, 2015) que optimice el desarrollo del proceso y permita obtener un resultado satisfactorio para todos los involucrados. De manera que desde las necesidades de la víctima se logren alcanzar los fines primordiales del sistema penal juvenil, de educación y resocialización de los adolescentes.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, (1990) desarrolla derechos específicos relacionados a decidir prontamente cuando se trate de privación de libertad, así como también el dirimir las causas penales contra niños sin demora, ante autoridad competente, independiente e imparcial y en una audiencia equitativa, las cuales por su relevancia, al servir de fundamento de nuestra propuesta pasamos a transcribir:

#### Artículo 37 inciso d)

Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

En ese mismo orden, el texto internacional, arriba citado, en el artículo 40.2.b.inciso iii) indica: “Que la causa será

dirimida sin demora por una autoridad u *órgano judicial competente, independiente e imparcial* en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado...”

Además, en opinión consultiva OC-17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte, IDH, 2002) ha señalado lo siguiente:

Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, *al amparo del artículo 19 de la Convención Americana* pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En ese sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas.

De ahí, a considerar, que son admisibles los métodos alternos de solución de conflictos, sin menoscabo del interés superior del menor de edad.

Sin duda, en la justicia penal juvenil, debe prevalecer la idea del derecho penal mínimo, “que el derecho que se construya tutele bienes jurídicos pero minimizando el ejercicio de la violencia arbitraria de la sociedad”, (Padilla, 2014, pág. 195). Por ello, debemos tener presente los efectos nefastos que puede ocasionar la prisión en un adolescente, siendo un obstáculo para su resocialización. De ahí, lo descrito en la Convención de los derechos del niño (1990), artículo 37 que dice: “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve

que proceda.”

Sin embargo, al endurecer las normas descritas en el Régimen Especial para la adolescencia, se produce una clara antinomia entre el precitado régimen y la citada convención. De ahí, la necesidad de ejercer un Control de Convencionalidad, es decir:

Por medio de la obligación de los jueces y magistrados de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican a casos concretos con la Convención Americana de Derechos Humanos con otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos y con los patrones interpretativos de la Corte Interamericana (Bassán, 2012).

## **2. Los Acuerdos de Pena y su impacto en los procesos penales juveniles de Panamá Oeste**

La figura de los Acuerdos de Pena, descrita en el Código Procesal Penal (2008), artículo 220 no está contemplada en nuestro Régimen Especial de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Sin embargo, decidimos implementarla en nuestros procesos penales juveniles, basados principalmente en el artículo 26 del referido texto legal, sobre la solución de conflictos, surgido a consecuencia del hecho punible, para contribuir a restaurar la armonía y la paz social, tomando en cuenta que la pena representa una medida extrema.

Conforme a la mencionada norma supletoria, el acuerdo de pena, podrá realizarse después de la audiencia de formulación de imputación y antes de ser presentada la acusación e incluso durante el desarrollo de la audiencia de juicio.

Este tipo de procedimiento alterno, es el más comúnmente celebrado, ya que

el mismo es permitido en todos los delitos, incluyendo los sancionados con penas de prisión, independientemente de la gravedad, dando un margen de tiempo entre la formulación de imputación y la presentación de la acusación, para aportar la evaluación psicosocial requerida en el Régimen Especial de Responsabilidad para Adolescentes, según el artículo 103 del referido régimen, en delitos de robo, violación, secuestro y tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, entre otros.

Se trata de mantener la especialidad y de seguir ventilando las causas penales juveniles dentro de una jurisdicción especial penal de adolescentes, es decir, utilizando algunas figuras y procedimientos del Sistema Penal Acusatorio, eminentemente orales, y rodeados de garantías que permitirán una mayor celeridad y mejores resultados. Por ello es necesario que sea un Juez Penal de Adolescente, especialista en derechos humanos de la niñez, quienes al desempeñar distintos roles, como controladores y salvaguarda de garantías en la fase de investigación, en la fase intermedia y de juicio, puedan ventilar las causas en las distintas fases del proceso. De forma tal, que se permita, preservar el Principio de Especialidad en todas sus dimensiones y no un tribunal ordinario, desprovisto de los conocimientos necesarios, exigidos en las convenciones y demás instrumentos internacionales en materia de niñez y adolescencia.

Precisamente, en materia de derechos humanos, el Principio de Progresividad o no regresividad, adquiere especial relevancia, puesto que no solo implica el establecimiento de un estándar mínimo, a partir del cual se considera en aumento la implementación del derecho humano, sino que también implica la total prohibición de regresividad en ese avance, es decir, a ese disfrute de derecho, y

por ello, el Estado no podrá disminuir el nivel avanzado y alcanzado.

De modo que si ya desde 1999, contamos con una jurisdicción especial penal de adolescentes, implementada en agosto de 2003, no pueden los jueces de la justicia ordinaria, conocer los procesos penales juveniles, en ninguna de sus fases, como ocurre en algunos países de la región, ampliamente observados por el Comité de los Derechos del niño, como órgano de vigilancia y seguimiento de las obligaciones que los Estados adquieren al ratificar la Convención de los derechos del niño.

Atendiendo a nuestra realidad actual, consideramos que lo más adecuado, conforme a la Constitución Política (1972), artículo 63 y a la convención arriba descrita, es mantener la jurisdicción penal especial, como la única competente para conocer las causas penales juveniles, conservando la especialidad, no solo en la policía, fiscales, defensores, sino a través de tribunales, unipersonales que decidan las causas, desempeñándose a lo largo del proceso en diferentes roles, como ya habíamos indicado, para el ejercicio apropiado y efectivo de los derechos y garantías de los adolescentes, el cual depende en gran parte de la calidad de aquellos que intervengan en la administración de justicia, para lo cual se requiere capacitación y formación constante y permanente.

Al respecto, el Comité de los Derechos del niño, desde la Observación General N° 10 (2007) sobre Garantías de un juicio imparcial, ha dicho lo siguiente:

El Comité desea subrayar que el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en

la administración de justicia de menores. Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc.

De ahí, la relevancia del Principio de Especialidad, recogida en el *corpus iuris* de los derechos humanos de la niñez (Chacón, 2016), señala al respecto que dicho principio de especialidad, alude a dos dimensiones diversas. Por una parte, el hecho que las reglas que regulan los procesos contra personas menores y adolescentes en conflicto con la ley penal, deben ser específicas, es decir, no deben estar sometidas exclusivamente a las reglas generales de juzgamiento de los adultos y en segundo lugar, deben ser aplicadas por instituciones y personal especializado.

Asimismo, el Interés Superior de la persona menor de edad, según lo establece el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño (1990), deberá considerarse primordialmente en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia juvenil.

Además, este principio rector del Interés Superior, es una garantía, orientada a asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos de la niñez, y a pesar de no estar expresamente contenida en nuestra Constitución Política (1972) si está lo referente a una jurisdicción especial para menores de edad, tal y como lo establece el mencionado artículo 63 en su último párrafo. De ahí que en ningún caso se puede disminuir, tergiversar o restringir los derechos reconocidos en nuestra Carta Fundamental y en los demás Tratados, Convenios e Instrumentos Internacionales en

materia de derechos humanos.

Consecuentemente, fue preciso definir, si en la implementación de algunas figuras del nuevo modelo de justicia procesal penal en la justicia penal juvenil, entre ellas los Acuerdos de Pena, se podía asegurar primordialmente el referido interés superior del menor, lo que junto a los principios de oralidad, inmediación, concentración, objetividad, constitucionalización del proceso, contradicción, separación de funciones, y prontitud, entre otros principios, reglas y garantías, pudiesen asegurar en mayor medida el ejercicio y disfrute de los derechos de la niñez. Y la respuesta a ello, ha sido hasta el momento realmente satisfactoria, al ser este nuevo sistema procesal mucho más expedito y sobre todo cercano, dentro de plazos razonables ya que los términos son más cortos que los regulados en la Ley 40 (1999), prevaleciendo el respeto de los derechos humanos.

El Comité de los derechos del niño en la Observación General, N° 10 (2007), sobre el tema de las decisiones sin demora descritas en el artículo 40.2.b.iii) de la CDN, ha indicado:

51. Hay consenso internacional en el sentido de que, para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más será probable que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado.

Por otra parte, atendiendo al Principio Básico 7 de las Naciones Unidas sobre la Justicia Restaurativa, los acuerdos de pena, podrían constituirse en una oportunidad para

obtener resultados restaurativos, al señalar lo siguiente:

Los procesos restaurativos pueden usarse solamente cuando hay evidencia suficiente de presentar cargos al delincuente y con el conocimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente pueden retirar su consentimiento en cualquier momento durante el proceso. Los acuerdos deben ser voluntarios y deberán contener solo obligaciones razonables y proporcionadas.

Al respecto, si observamos lo normado en el Código Procesal Penal (2008), artículo 220 del dicho procedimiento alternativo, regula lo necesario, para que orientado en los principios específicos de enmendar el daño causado, centrarse en las necesidades de la víctima. Y es que los adolescentes, al atender las obligaciones, basados en el compromiso y responsabilidad personal, más que penal, utilizando métodos participativos que involucren a los intervinientes, se puedan obtener resultados restaurativos.

En relación a lo arriba plasmado es un hecho cierto que el 89.7% de las causas penales juveniles por delitos graves de la Provincia de Panamá Oeste, se resuelven con Acuerdos de Pena, desde que se implementó el Sistema Penal Acusatorio, tal y como se observa en Cuadro N° 1, donde en un mayor porcentaje se conceden subrogados penales, a solicitud de las partes involucradas. Aparte de ello, resulta de interés destacar que también, utilizamos algunas formas anticipadas de terminación del proceso, sí desarrolladas en la ley especial de responsabilidad penal para adolescentes.

Sobre las formas anticipadas de terminación del proceso, la Suspensión Condicional del proceso, ha ocupado, el mayor

porcentaje en un 83.4%, durante el periodo 2016 al 15 de marzo de 2022, mientras que la Conciliación, ocupa un 16.6% en el mismo período, donde también se generan espacios

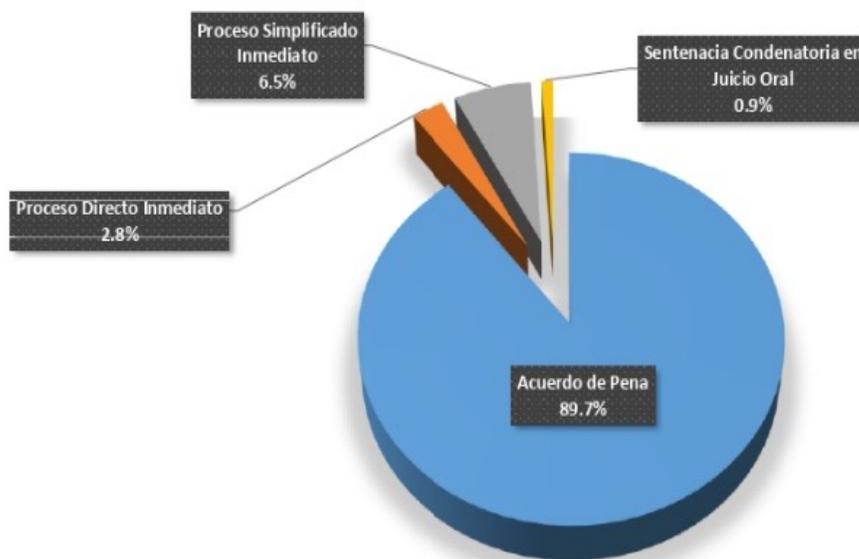
restaurativos, que ofrecen a los adolescentes amplias oportunidades para crecer en valores y a la vez convivir de forma pacífica en nuestra comunidad de Panamá-Oeste.

**Cuadro 1. SENTENCIAS DICTADAS EN AUDIENCIAS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO REALIZADOS EN EL JUZGADO PENAL DE ADOLESCENTES DE PANAMÁ OESTE POR AÑO, SEGÚN TIPO DE SENTENCIA: 2017 - AL 15 DE MARZO 2022 (P)**

Tipo de Sentencia	Total	Porcentaje %	2017	2018	2019	2020	2021	Al 15 de Marzo 2022
<b>Total</b>	<b>214</b>	<b>100.0%</b>	<b>47</b>	<b>43</b>	<b>46</b>	<b>26</b>	<b>43</b>	<b>9</b>
<b>Acuerdo de Pena</b>	<b>192</b>	<b>89.7%</b>	35	35	44	26	43	9
<b>Proceso Directo Inmediato</b>	<b>6</b>	<b>2.8%</b>	5	1	-	-	-	-
<b>Proceso Simplificado Inmediato</b>	<b>14</b>	<b>6.5%</b>	7	6	1	-	-	-
<b>Sentencia Condenatoria en Juicio Oral</b>	<b>2</b>	<b>0.9%</b>	-	1	1	-	-	-

Fuente: Reporte mensual del Juzgado Penal de Adolescente de Panamá Oeste. Dirección Administrativa de Estadísticas Judiciales. Órgano Judicial.

**Grafica 1. SENTENCIAS DICTADAS EN AUDIENCIAS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO REALIZADOS EN EL JUZGADO PENAL DE ADOLESCENTES DE PANAMÁ OESTE EN PORCENTAJE, SEGÚN TIPO DE SENTENCIA: 2017 - AL 15 DE MARZO 2022 (P)**

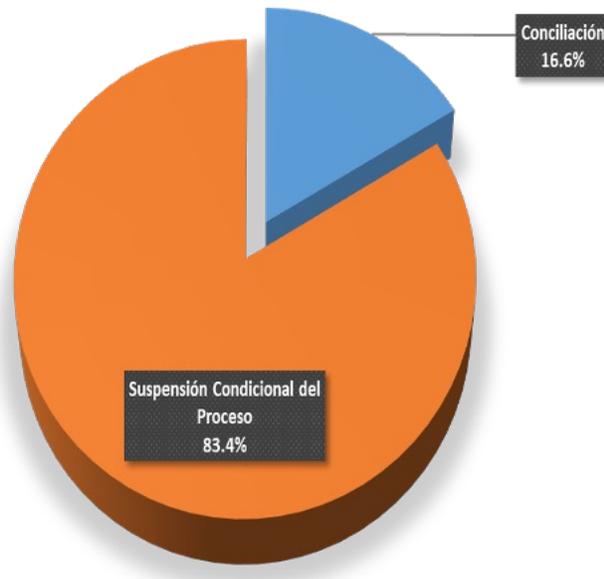


Cuadro 2. AUTOS RESOLUTIVOS DICTADAS EN AUDIENCIAS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO REALIZADOS EN EL JUZGADO PENAL DE ADOLESCENTES DE PANAMÁ OESTE POR AÑO, SEGÚN TIPO DE AUTO RESOLUTIVOS: 2016 - AL 15 DE MARZO 2022 (P)

Tipo de Auto Resolutivo	Total	Porcentaje %	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Al 15 de Marzo 2022
Total	223	100.0%	9	37	55	46	25	44	7
Conciliación	37	16.6%	1	1	15	7	5	7	1
Suspensión Condicional del Proceso	186	83.4%	8	36	40	39	20	37	6

Fuente: Reporte mensual del Juzgado Penal de Adolescente de Panamá Oeste. Dirección Administrativa de Estadísticas Judiciales. Órgano Judicial.

Grafico 2. AUTOS RESOLUTIVOS DICTADAS EN AUDIENCIAS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO REALIZADOS EN EL JUZGADO PENAL DE ADOLESCENTES DE PANAMÁ OESTE EN PORCENTAJE, SEGÚN TIPO DE AUTO RESOLUTIVO: 2016 - AL 15 DE MARZO 2022 (P)



Fuente: Elaborada por la Dirección de Estadística del Órgano Judicial

En dichas prácticas, los adolescentes participan activamente, debidamente asesorados y asistidos por un defensor público o privado de su elección, acompañados de sus padres, pasando luego a verificar que en ninguna forma se ha violentado el interés superior del menor, propiciando siempre un espacio restaurativo, que responda a los fines específicos de nuestro Régimen Especial de Responsabilidad para Adolescentes, de educación y reinserción social.

Siempre que los acuerdos de pena, entre otros procedimientos alternos, se practiquen en los procesos penales juveniles, sobre la base de los principios y ejes centrales que definen y orientan a la Justicia Restaurativa, se puede llegar a la reinserción social de los adolescentes que infringen la ley penal, la cual guarda estrecha relación con la educación para la paz, considerada “como una forma de educar

en valores que lleva implícita la enseñanza e interiorización de conceptos como: justicia, democracia, solidaridad, tolerancia, amor a la verdad” (Vásquez, 2012, pág. 238) .

Por ello, no cabe duda que los acuerdos de pena con espacios restaurativos, al igual que alguna de las formas anticipadas de terminación anticipadas que ilustramos, a través de los cuadros arriba presentados, ofrecen grandes oportunidades para los adolescentes, contribuyendo a su transformación y a la vez dándole respuestas prontas a las víctimas. Todo lo cual, los introduce en un proceso de crecimiento y desarrollo personal, mediante el aprendizaje de valores como lo son: el respeto, la responsabilidad, la empatía y mucho más, donde el diálogo y la escucha activa son los principales instrumentos, utilizado en las audiencias de acuerdo de pena.

## Conclusiones

La Justicia Penal Juvenil, está orientada en los principios de desformalización, flexibilización y diversión, lo cual hace posible la aplicación de procedimientos alternos de solución de conflictos.

La celebración de los Acuerdos de Pena en los procedimientos penales juveniles de Panamá Oeste, han facilitado la aplicación de subrogados penales en los delitos graves.

Es la Suspensión Condicional de Proceso, la forma anticipada de terminación del proceso,

más utilizada en los delitos leves.

Sin lugar a dudas, los acuerdos de pena y las otras formas de terminación anticipada del proceso, son una oportunidad para crecer en valores éticos, al permitir, crear un espacio restaurativo, donde se pueden exaltar la empatía, solidaridad, responsabilidad personal, necesarios para alcanzar los fines específicos del Régimen Especial de Responsabilidad Penal de la Adolescencia de educación, resocialización y reinserción social.

## Referencias bibliográficas

- Bassán, V. (2012). El Control de Convencionalidad: incognitas, desafíos y perspectivas en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. el Control de Convencionalidad. *Fundación Konrad Adenauer, Colombia*, 24.
- Chacón, O. V. (2016). La Justicia Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Panamá.
- Código Procesal Penal*. (2014). Litho Editorial Chen.
- Código Procesal Penal*. (2014). Litho Editorial Chen.
- Constitución Política de la República de Panamá. (1972).
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1977).
- Convención de los Derechos del Niño, 1990.
- Corte, IDH. (28 de agosto 2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002*.
- Cuarezma, S. (2000). Garantías Básicas de carácter penal, procesal y de ejecución en la justicia penal de adolescentes del Código de la niñez y la adolescencia de Nicaragua. *Revista Penal N° 5*.
- Hernández, L. (2015). *La Justicia Restaurativa como herramienta para alcanzar los fines de la justicia penal juvenil*. Panamá: Editorial Barrios y Barrios.
- Ley 40 de 26 de agosto de 1999 sobre el *Régimen Especial de Responsabilidad Penal para Adolescentes*.
- Ley 63 (26 de agosto de 2008). Código Procesal Penal de Panamá.
- Padilla, A. (2014). *Las sanciones en la justicia penal juvenil de Panamá: entre garantismo y derecho penal del enemigo.p.195*. Monterrey, México: Univesidad Autónoma de Nuevo León, Primera Edición.
- Vásquez, R. (2012). *La Mediación Escolar como Herramienta para la Paz*. [tesis doctoral] <http://www.tdx.cat/bistream/10803/85718/1/TRLVG.pdf>

## Dra. Lorena Hernández

### **JUEZA PENAL DE ADOLESCENTES DE PANAMA OESTE**

#### **FORMACIÓN**

Doctorado en Derecho con Orientación en Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

Maestría en Derecho Procesal Penal Acusatorio y Derecho Penal. INEJ.

Maestría en Educación Superior e Investigación. ( Confección de Diploma)

Postgrado en Derecho Procesal Penal del Sistema Acusatorio. INEJ.

Título de Postgrado de Especialización en Garantías Constitucionales y la Prueba en el Proceso Penal. Universidad Castilla - La Mancha, España.

Diplomado en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. INEJ.

Diplomado en Teoría del Delito y Teoría del Caso. INEJ.

Diplomado en Derecho Penal. Universidad del Pilar, Paraguay.

Diplomado en Sistema Penal Acusatorio. Universidad Latina de Panamá.

Diplomado en Régimen de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Universidad Latina.

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá.

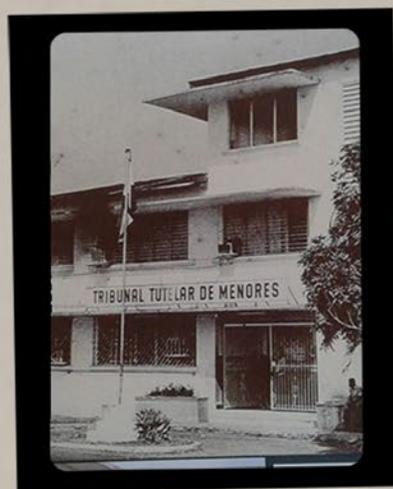
#### **EJECUTORIAS**

Autora de la obra la Justicia Restaurativa para alcanzar los fines de la Justicia Penal Juvenil y Obras colectivas internacionales sobre temas de argumentación jurídica y la Suspensión Condicional del Proceso.

◀ REVISTA  
*Sapientia*  
RECIBE  
RECONOCIMIENTO



La Revista Sapientia, editada por Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial, recibió reconocimiento por la Universidad de Panamá, como una de las revistas científicas que logró la Indexación en el Catálogo 2.0. de Latindex, acto que tuvo lugar en el Paraninfo Universitario, en el marco del desarrollo de la "IV Pasarela de Publicaciones Científicas", la noche del jueves, 10 de marzo de 2022.



## Generalidades sobre la guarda y crianza

## Generalities on the guardianship upbringing process

**Mgter. Isis Omaris Joseph Garzón**  
 Juzgado de Niñez y Adolescencia de Coelé  
 Órgano Judicial de la República de Panamá  
 Correo electrónico: [isis.joseph@organojudicial.gob.pa](mailto:isis.joseph@organojudicial.gob.pa)

## **Generalidades sobre la guarda y crianza** **Generalities on the guardianship upbringing process**

*Recibido: Abril 2022*

*Aprobado: Mayo 2022*

### **Resumen**

La Guarda y crianza, surge con la ruptura entre la pareja con uno o varios hijos y en la cual hay que tomar una decisión ¿Con quién se quedarán la o las criaturas? Esta situación normalmente se resuelve, por acuerdo entre las partes del caso pero en otros tipos de conflicto vemos que se participa de un proceso judicial de guarda y crianza que se realiza en los juzgados competentes, a saber, juzgados de niñez y adolescencia o juzgados de familia (a prevención).

Estos deben atender variados principios para resolver el conflicto familiar, buscando siempre cumplir, con lo especial del caso que los ocupa, sin perder de vista, el principio del interés superior del niño o sea el mejor interés de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran inmersos en esa coyuntura.

### **Abstract**

Guardianship and upbringing, arises with the rupture between the couple with one or several children and in which a decision must be made ¿Who will the child or children stay with? This situation is normally resolved, by agreement between the parties, however, and only in case of conflict do we see that they participate in a judicial process of custody and upbringing that is carried out in the competent courts, namely courts for children and adolescents or family courts (for prevention).

These must attend to various principles to resolve the family conflict, always seeking to comply, with the particularity of the case that occupies them, without losing sight of the principle of the best interest of the child, that is, the best interest of the children and adolescents involved. They are immersed in this situation.

### **Palabras Claves**

Proceso de guarda y crianza, interés superior del niño, separación, patria potestad, formación integral, divorcio.

### **Keywords**

Guardianship and upbringing process, best interests of the child, separation, parental authority, comprehensive training.

## Introducción

Los jueces de niñez y adolescencia, herederos de los antiguos jueces tutelares de menores conocieron en un principio de los procesos de guarda y crianza y reglamentación de visita, antes que empezara a regir el Código de la Familia. (1994) que creó los juzgados de familia en los cuales se conoce a prevención de los procesos de guarda y crianza, tenencia o de custodia como algunos le llaman y que devienen en procesos algunas veces conflictivos, donde el debate entre los padres de no ser encaminados ordenadamente termina con niños y adolescentes con serios problemas en el desarrollo de su salud mental y espiritual que le pueden afectar el resto de su vida.

Aquí vamos a dar un recorrido breve por la ley y las normas que rigen estos procesos con el fin de que uno de los principios rectores de la guarda y crianza, que es el Interés superior del niño, no sea solo de palabra, sino que se haga vida ponderando la importancia de estos niños, niñas y adolescentes envueltos en conflictos que no pidieron estar y que por regla general, seguirán amando a ambos padres.

No se debe perder de vista ni por las partes, sus apoderados y los interesados de bien (familiares, amigos) que pese a la separación existente entre los progenitores se debe mantener lo más posible el contacto materno o paterno filial con el fin de preservar la relación resquebrajada por el cese de la convivencia.

## La familia y su importancia

Según el Tratado de Derecho Civil de Planiol y Ripert (1991):

el pequeño grupo de la familia es el más esencial de todos los elementos que componen esas grandes aglomeraciones

de hombres, que se llaman naciones. La familia es un grupo irreductible y el conjunto vale lo que ella misma vale, cuando se altera o se disuelve todo el resto se derrumba... (p 289)

## De dónde surge la guarda y crianza.

Las relaciones paterno filiales están reguladas por un conjunto de normas jurídicas como detalla el código de la familia el cual citaremos a continuación:

Código de la Familia (2014) artículo 319. “La patria potestad con relación a los hijos o hijas comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por su vida y salud, tenerlos en su compañía, suplir sus necesidades afectivas, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Corregirlos razonable y moderadamente.
3. Representarlos y administrar sus bienes.

Estas normas marcan los derechos y las obligaciones dentro de la familia de origen, que los padres tienen sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras sean menores de edad, ambos progenitores poseen la patria potestad, pero al separarse y una vez dada la ruptura o divorcio, se debe determinar con quien se queda el o los hijos, esto se llama guarda y crianza, (otro proceso cercano a la guarda y crianza es la reglamentación de visita se procura resolver ambas) pero no siempre es solicitada por las partes.

Conocemos que por norma general se optaba por mantener los niños en sus primeros años, con su madre; sin embargo,

la norma que lo facilitaba dentro del Código de la Familia (1994) vemos que fue declarada inconstitucional la frase del artículo 328 “prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos”.

### **Derecho a una buena crianza**

La Constitución (1972) artículo 59 señala la importancia de los padres en la formación de una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual de sus hijos.

La Convención de los Derechos del Niño (1990) artículo 9 numeral 1, señala que los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, como excepción: artículo 9 “Cuando estos viven separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

El artículo 18 señala que

Ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño incumbirá a sus padres o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y del desarrollo del niño. su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

El Código de la Familia (1994) en su norma relativa a la guarda y crianza se acoge al acuerdo de los padres como norma general y en caso de desacuerdo o ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos esta debe ser decidida por la autoridad competente.

De no mediar acuerdo de los padres, o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos o hijas, la cuestión se decidirá por la autoridad competente, que se guiará, para resolver,

por lo que resulte más beneficioso para los menores.

A continuación, reproduciremos lo señalado por el Código de la Familia (1994) artículo 327.

Excepcionalmente, en beneficio del interés del menor, podrán tomarse disposiciones especiales que limiten la comunicación y la visita de uno o de ambos padres, de los ascendientes u otros parientes del menor e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente.

### **Principio de interés superior del menor**

El artículo 3 de La Convención de los Derechos del Niño (1990) señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Artículo 2. del Código de Familia (1994) “Los jueces y autoridades administrativas, al conocer de los asuntos familiares, concederán preferencia al interés superior del menor y la familia.”

El capítulo II de la Ley 285 del 2022 de protección integral del menor en los artículos del 7 al 10 desarrolla el principio de interés superior del menor.

Artículo 7. Y señala que, este “Consiste en que el respeto y plena realización de sus derechos y garantías sean de consideración primordial en la adopción de decisiones y medidas que impacten su vida, ya sean estas administrativas, legislativas, judiciales o de otra índole”.

Se nos ofrece un catálogo en el artículo 8, que apunta al interés superior del menor como principio jurídico de interpretación, favoreciendo la aplicación de las normas de protección integral, en caso del supuesto de que una disposición admita más de una interpretación, la autoridad aplicará la más garantista al niño.

Dentro de estos ocho criterios todos dan luces a la atención de nuestra niñez y adolescencia; sin embargo, atañe a los procesos de guarda y crianza el número siete veamos este criterio:

La necesidad de estabilidad de las soluciones que adopten para promover la efectiva recuperación, integración y desarrollo del niño, niña o adolescente en la vida familiar, social y comunitaria, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo.

Este criterio (pensando en los procesos de guarda) de una solución más estable no significa necesariamente la más veloz, pero sí la más efectiva ya que el objetivo es la menor afectación en el desarrollo de los hijos.

El artículo 9 de la ley indica cinco consideraciones que se establecen para determinar el interés superior del niño y son: La opinión del niño, el equilibrio entre derechos y garantías, la condición del niño como persona en desarrollo, la indivisibilidad de los derechos humanos, por ende el equilibrio entre los grupos de derechos y los principios en que se basan conforme a la Convención de los Derechos del Niño (1990) y por último la necesidad de priorizar los derechos del niño frente a los derechos de los adultos.

El artículo 10 de esta citada ley contempla el interés superior del niño como norma de procedimiento y consiste en la garantía de prioridad en la protección, satisfacción, y restitución del derecho, para lo cual las autoridades jurisdiccionales ejercerán la tutela judicial efectiva si es necesario.

Estas consideraciones del interés prioritario y superior de los niños debe ser el norte de la aplicación de cualquier proceso o atención a nuestros niños y adolescentes debemos mantenernos vigilantes de que se cumplan en beneficio de nuestros niños, niñas y adolescentes con miras a una mejor sociedad donde prime el bien común una sociedad sana y justa que permita una convivencia fraternal y rica en valores.

Brevemente les expongo una situación que se aprecia en algunos casos de procesos de guarda y crianza y que es un tema en debate actualmente pero no nos podemos hacer los ciegos ante la cantidad de chicos que actúan con odio y rencor a uno de sus progenitores es por ello que se habla del síndrome de alienación parental o el nombre que quieran ponerle a una relación tóxica y complicada que involucra a la familia, esté o no visiblemente rota.

El primero que se refirió a este tema e introdujo este término fue Gardner (1985), como consecuencia del estudio que realizó en casos de divorcios conflictivos este síndrome ha sido objeto de críticas; sin embargo, conocemos casos de niños donde manifiestan un rechazo directo hacia uno de sus progenitores, donde los insultan etc.

### **Síndrome de Alienación Parental**

El Síndrome de Alienación Parental se caracteriza por la presencia de una campaña de denigración hacia un progenitor previamente querido por el niño, la que se inicia instigando

temor y animadversión injustificadas y que suele producirse durante el litigio por la custodia del niño en un proceso de divorcio.

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) fue definido por el mencionado y reconocido Gardner como una respuesta de contexto familiar típica al divorcio o separación de los padres, en la cual el niño resulta alienado respecto a uno de sus progenitores y acosado con la denigración exagerada y/o justificada del otro progenitor hecho que produce una perturbación en el niño y que en definitiva, obstruye la relación con el progenitor no custodio y resulta destruida en los casos más severos, es la manipulación del padre que tiene la custodia de los hijos en desventaja del otro, pero notamos que argumentan situaciones y hechos donde no han estado presentes o tienen información que no han podido obtener por sí mismos, se hacen señalamientos gruesos contra el padre o madre, y es una tarea de equipo entre la jueza de ser posible con ambas partes el hijo y el apoyo externo de salud mental, escuela de padres, etc., en los cuales considero que con las terapias y el transcurso del tiempo puede brindar una salida a estos casos, el amor y la paciencia son buenas medicinas a nuestro entender.

### **Normativa y procedimiento**

Les adjunto estas normas que son de uso actual dentro del Código de la Familia (2005).

Artículo 754. A los Juzgados Seccionales de Menores les corresponde:

1. Conocer de todos los casos de menores que cometan acto infractor o sean partícipes y aquellos casos de menores que se encuentran en circunstancias especialmente difíciles;

2. Atender las quejas o denuncias que se formulan sobre actos que pongan en peligro la salud o el desarrollo físico o moral del menor, adoptando las medidas necesarias para hacer cesar dichas actuaciones;
3. Adoptar las medidas tutelares necesarias para el tratamiento, reeducación, asistencia y protección de menores, conforme a las disposiciones de este Código;
4. Suplir el consentimiento del representante legal del menor, cuando éste no pueda prestarlo por cualquier motivo o lo negase en forma injustificada;
5. Ejecutar todos los demás actos pertinentes a la protección de los menores, como lo haría un buen padre de familia;
6. Conocer de los negocios de menores que no estén atribuidos expresamente a otra autoridad;
7. Dar colocación familiar a los menores;
8. Conocer, a prevención con los Jueces Seccionales de Familia, los procesos de filiación y guarda y crianza de menores;
9. Conocer de los procesos de alimentos a prevención de los Jueces Municipales de Familia y las autoridades de policía;
10. Conocer de la adopción en casos de menores en abandono; y
11. Emitir las vistas judiciales en **los** procesos de competencia de los jueces de familia, en que se vean afectados los intereses de los menores.

Artículo 793. Quedan sujetos al procedimiento sumario los siguientes procesos: oposición al matrimonio, domicilio conyugal, suspensión de la obligación de cohabitar, suspensión y prórroga de la patria potestad, guarda y crianza y régimen de comunicación y de visita, emancipación, acogimiento familiar, tutela, autorizaciones relacionadas con bienes de menores e incapaces y constitución del patrimonio familiar.

Artículo 794. El Juez podrá ordenar la ejecución provisional de la sentencia, sin perjuicio del recurso 2do de apelación en efecto devolutivo interpuesto contra la misma, en los siguientes casos:

1. Fijación y traslado del domicilio conyugal;
2. Cuestiones relativas a la patria potestad;
3. Guarda, crianza y régimen de comunicación y de visita;
4. Colocación familiar; y
5. Tutela.

### Como se decide la Guarda y Crianza

Las soluciones a las que se acude con el fin de resolver estos conflictos familiares, no deben perder de vista que ambos padres son importantes para el crecimiento y desarrollo emocional e integral del hijo debe mantenerse la comunicación más amplia posible entre el niño y el progenitor con quien no convive.

Apreciamos, como regla general que en el momento de la separación los hijos o hijas y en igualdad de condiciones queden al cuidado del progenitor en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, y salvo en todo caso que por razones especiales se indique otra solución.

Este postulado que nos dice que en los casos de dudas en lo relativo a la custodia de hijos, se mantiene el estado de cosas existente nos permite mantener una medida de manera inmediata (prima facie), en ese sentido se puede presumir que un cambio súbito en la vida del hijo o hija le puede provocar alguna afectación, además si no se observan razones de gran importancia,

el progenitor que ha venido ejerciendo por años la guarda puede continuar como una medida repito inmediata, y que puede variar luego de los elementos que se vayan aportando al proceso al igual que la práctica de los peritajes sociales y psicológicos, pruebas testimoniales y las que se consideren y permitan arribar a una resolución que resuelva la petición y esta sea conforme a lo más beneficioso para el o los hijos. Agrega la norma que si las circunstancias lo aconsejan, la guarda podrá ser otorgada, incluso a una tercera persona.

### Reglamentar la visita

Me referiré a la reglamentación de visita que por lo general es solicitada junto a la guarda y crianza; sin embargo, no siempre se hace de manera conjunta, otras veces se solicita cuando está resuelta la guarda y crianza, ya sea voluntaria o judicial.

El progenitor que no tenga la guarda y crianza del hijo o hijos mantiene el derecho a que se reglamente su visita con ellos, regulándose el mismo en el tiempo modo y lugar que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores el derecho de visita puede hacerse extensivo a los ascendientes (abuelos casi siempre) o a otros parientes del menor.

De manera excepcional y siempre atendiendo el interés del menor puede limitarse la comunicación de visita a uno o ambos padres, de los ascendientes u otros parientes del menor e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente, aquí entraríamos y sería otro tema interesante la figura de la patria potestad y sus restricciones ya sean provisional o definitiva que aun cuando suspendan la guarda y crianza y la reglamentación de visita del progenitor con su hijos o hijas, no suspende las obligaciones

derivadas de esta por ejemplo la obligación de dar alimentos.

En casos de hijos con uno de sus progenitores residente fuera del país, la convención señala que estos "tienen derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres...los estados partes respetara el derecho del niño y de sus padres, a salir de cualquier país, incluido el propio y de entrar en su propio país...esto

sujeto a las restricciones de ley. Convención de los Derechos del Niño, (2001) artículo 10.

Cuando se pasa a resolver la guarda crianza y educación y la reglamentación de visita, esta tiene como característica que, no hace tránsito a cosa juzgada, ya que podrá ser modificadas en cualquier tiempo, cuando resulte procedente por haber variado las circunstancias de hecho que determinaron su pronunciamiento.

### Conclusiones

La convivencia de los hijos con ambos progenitores se da de forma natural, sin embargo, en el caso que nos ocupa (donde hay separación sin acuerdo de guarda) y una vez se ha cambiado el contexto familiar es necesario responder a la petición de la guarda y crianza, sin descuidar el interés superior de los hijos.

Es importante el criterio multidisciplinario que permita analizar los aspectos que deben considerarse para resolver el conflicto familiar donde están involucrados los hijos para propiciar su bienestar, aquí vemos que de ser necesario se recurra a la terapia de las partes.

### Referencias bibliográficas

Constitución Política de la República. (2004) 15 de noviembre de 2004, Gaceta Oficial #25176, (Panamá)

Código de la Familia, 2021. Ley 3 mayo 17,1994, 1 de agosto de 1994 (Panamá)

Convención de Los derechos del niño 20 de noviembre de 1989,1 de agosto de 1994.

Ley N.º 285 del 2022. Por la cual se crea el sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia y se dictan otras disposiciones (Panamá)

Planiol, M., Ripert G. (1991) Tratado Elemental de Derecho Civil tomo I. México D. F. Cárdenas editor y Distribuidor. <https://www.alienacion-parental.org/>

## Mgter. Isis Omaris Joseph Garzón

Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Profesora de Segunda Enseñanza con Especialización en Derecho y Ciencias Políticas. I.S.A.E. Especialización en Derecho Procesal. Jueza de Niñez y Adolescencia de la provincia de Coclé. (actual) En la Judicatura

se ha desempeñado como: Jueza Municipal Mixta de Changuinola, provincia de Bocas del Toro. Jueza de Menores Provincia de Bocas del Toro Jueza de Niñez y Adolescencia del Tercer Circuito judicial Jueza de Circuito Sexta Penal (Suplente). Autora del libro Principios de Ética Jurídica, impreso por el Órgano Judicial.

**ORGANIZAN**



**PRESENTACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO para abogados/as**

**VIERNES 8 de julio**   
de 6:00 p.m. a 8:00 p.m.

**OBJETIVO:**

Orientar a los apoderados judiciales en el uso y manejo del Expediente Judicial Electrónico.

**VENTAJAS:**

- Presentación de solicitudes y demandas en línea
- Notificación electrónica
- Términos judiciales hasta las 11:59:59 p.m.
- Visualización de la gestión electrónica en tiempo real
- Acceso a través de cualquier dispositivo con internet
- Disponibilidad 24/7 desde el lugar en que se encuentre

Modalidad virtual vía:



Escanea el código para acceder al formulario de inscripciones.



¡Abogado/a!, ya puedes presentar solicitudes y demandas en línea, dirigidas a los Juzgados de Circuito Civil de Panamá, Juzgados de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, Tribunales Marítimos, Juzgados de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial y Juzgados de Trabajo de la Primera Sección - Panamá.

Para mayor información: **Teléfono 212- 7468 - Dirección de Modernización y Desarrollo Institucional**  
**e mail: modernizacion.abogados@organojudicial.gob.pa**



**La Primera Dama en acción:  
RECONSTRUYEN  
Y REMODELAN  
PABELLONES  
EN EL TRIBUNAL  
TUTELAR  
DE MENORES**

**La primera Dama de la provincia, prof. Alma Lillo de Bujó, preside en esta ocasión el corte de cinta de varios pabellones del Tribunal Tutelar de Menores que fueron reconstruidos y remodelados por el Ministerio de Vivienda.**

Los trabajos se iniciaron en diciembre del año pasado, luego de una visita de inspección que realizó la Sra. de Bujó en compañía del ministro de Vivienda, Licdo. Tomás Calderón Alvarado Orosco, e inspectores de reconstrucción total de pabellones y la remodelación y pintura de otros. Además, el MVI habilitó un pequeño parque recreativo en el área adyacente a los pabellones.

Concluyendo que "constituye un reconocimiento a la cantidad de años que la señora trabajó incansablemente y con pocos salarios", la primera Dama confió el honor de cortar la cinta a la ex Jefe Tutelar de Menores, Licda. Alma Montenegro de Fitcher, la prof. Bertilda de Jilvea, Oficiaria Nacional del Niño y la Familia, y las señoras Lillio de Pérez, Lillio de Argüelles, Olga de González, Maribel de Armijo, Beatriz de Rodríguez, María de Cordero Cordero, Lidia de González y Florinda de Julio, La combiadora y a su familia.

En la ocasión, José Antonio Rodríguez, "Este es el objetivo y el interés principal de la Primera Dama como parte de la programación del Año Internacional del Niño", dijo la Licda. Montenegro de Fitcher y agregó "el interés de esta señora es el esfuerzo y metas de trabajo del ministerio de Vivienda. Esto es un deber que hay que cumplirlo, porque reconstruyendo el esfuerzo de los demás se hace patria".

Los dos pabellones reconstruidos y remodelados son: el pabellón de recepción y el pabellón de atención a los casos y programas de carácter preventivo. Los otros pabellones tienen capacidad para albergar 120 personas.

Los planes para los trabajos de reconstrucción y remodelación fueron elaborados por el APL, C.A. y financiados por el MVI. En tanto que los trabajos de construcción, ejecución y gestión del proyecto, a la construcción de obra de los pabellones, los trabajos de pintura y mantenimiento de los pabellones fueron realizados por el Ministerio de Vivienda.



**La Excepción de Grave Riesgo en el  
Convenio de La Haya de 1980**

**Mgter. Delia Cedeño Palacios**  
 Juez de Niñez y Adolescencia del Primer  
 Circuito Judicial de Panamá  
 Juez Enlace de la Conferencia de la Haya.  
 Correo Electrónico: delia.cedeño@organojudicial.gob.pa

## La Excepción de Grave Riesgo en el Convenio de La Haya de 1980

*Recibido: Abril 2022*

*Aprobado: Junio 2022*

### Resumen

Este ensayo tiene por objetivo promover que las autoridades judiciales competentes y otro actor dentro del proceso que participan en las solicitudes de restitución internacional apliquen de forma uniforme la excepción que aborda el Convenio de La Haya (1980) artículo 13(1)(b) que también es conocido como la excepción de grave riesgo. De igual forma pretende motivar al lector a profundizar este tema a través de lecturas de diversos documentos elaborados por la conferencia de La Haya, fundamentalmente las Guías de buenas prácticas sobre este convenio, que ofrecen criterios sobre la interpretación de esta excepción.

### Abstract

This essay aims to promote that the competent judicial authorities and other actors within the process that participate in International Restitution request, uniformly apply the grave risk exception addressed by the (1980) Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction in its article 13 (1) (b) that is also known as the grave risk exception. In the same way, it intends to motivate the reader to deepen this topic through readings of various documents prepared by The Hague Conference, fundamentally the good practice guides on this agreement, which offer criteria on the interpretation of this exception.

### Palabras Claves

Restitución, excepción, grave riesgo.

### Keywords

Restitution, exception, serious risk.

### Introducción

Panamá, desde el 10 de octubre de 1993, ratifica el Convenio de Sustracción Internacional de menores de 1980, hecho en La Haya, mediante Ley 22 de 1980. Este convenio tiene como pretensión restablecer un derecho vulnerado de un niño o niña de permanecer en su residencia que hasta esos momentos era habitual en un país firmante de este instrumento internacional.

Una de las dificultades que más se ha

observado en la aplicación de este convenio es la interpretación que se le suele dar a las excepciones que están previstas, para negar una solicitud de restituir a una persona menor de edad.

De nuestra experiencia, en la aplicación de este convenio como del intercambio realizado con otros jueces Enlace de la Red conformada por la Conferencia de La Haya para la aplicación de este convenio, nos motiva compartir una reflexión breve sobre

las excepciones del Art. 13,1,b del Convenio de 1980 que pueda servir a los operadores competentes en la aplicación de este instrumento internacional de reconocimiento de derechos, al momento de resolver alguna solicitud de restitución partiendo de la realidad de cada caso que se le presente.

### La excepción de grave riesgo

La relevancia del Convenio de Sustracción Internacional (1980) a favor de los derechos del niño puede apreciarse en los cambios subsecuentes a su adopción en el marco jurídico internacional. Los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niños (1989), por ejemplo, tienen obligaciones de adoptar en sus legislaciones el reconocimiento de estos derechos con respecto a cuestiones como la participación de los niños en los procedimientos de restitución, incluyendo los casos en que se invoque la excepción del artículo 13 (1) b. Este instrumento internacional, apoya el derecho del niño a ser informado, a expresar opiniones dentro del proceso y a ser retornado seguramente, como consecuencias del procedimiento de urgencia aplicado en cada país y si el niño tiene la edad y la madurez suficientes, sus opiniones deberían ser tenidas en cuenta debidamente al momento de ser resueltas las solicitudes de restituir.

El objetivo del convenio, trata exclusivamente sobre la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos ilícitamente a su Estado de residencia habitual, sujeto solamente a las limitadas excepciones que el prevé. De esta forma, los derechos de custodia existentes en el Estado de residencia habitual, son respetados por las otras partes contratantes. Al tratar la restitución inmediata de los niños, **el convenio no trata la cuestión de fondo de los derechos de custodia y contacto**, que están reservados a las autoridades del Estado de residencia habitual.

Para lograr su objetivo, el convenio contempla la posibilidad de un proceso abreviado, que permite presentar una solicitud de restitución al padre o madre privado del niño o en su nombre proceso de restitución. Esta solicitud se lleva a cabo ante el tribunal o autoridad del **Estado contratante donde se encuentra el niño**, art. 12, es decir, en el **Estado requerido**, de conformidad con sus procesos y prácticas internas. A tal fin, el tribunal deberá utilizar los procedimientos de urgencia más expeditos que se encuentren disponibles en el país requerido, para resolver estas solicitudes

La obligación de garantizar la restitución inmediata de un niño, es algo prioritario quedando bien claro que el juez puede negarse a restituir, si no existe medidas de protección adecuadas que garanticen el retorno seguro y protegido del niño o niña cuya restitución ha sido solicitada, ante la invocación de la excepción del Art. 13.1,b.

Al momento de ponderar el juez de conocimiento la solicitud de restituir, debe considerar que la mera argumentación de grave riesgo, no es suficiente para que proceda la situación excepcional, que permitiría negar la restitución, si se admitiera esta posibilidad se estaría socavando la operatividad de la convención.

La admisión de una solicitud de restitución reconoce otra excepción, para el Estado requerido, cuando el oponente demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor de edad, lo exponga a un grave peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo sitúe en una situación intolerable.

Con ello la norma exige, que el operador pondere si la reinstalación en la situación

anterior a la retención ilícita, implicaría un serio y grave peligro psíquico, físico al que podría verse expuesto el niño o niña o lo exponga a una situación que no lo pueda tolerar o soportar. En otras palabras, se propone con este resguardo, es evitar ocasionar al niño o niña un daño mayor que el que se pretenda reparar con la restitución.

La facultad de denegar el retorno con base a la excepción de grave riesgo requiere, que el niño o niña presente una perturbación superior a la que normalmente se produce, como consecuencia de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres y del lugar donde tenía su centro de vida. De lo contrario todo mecanismo creado, para combatir el desplazamiento ilícito quedaría a merced de la voluntad unilateral del sustractor.

Esta excepción deberá ser considerada en atención a las circunstancias de cada caso, pero teniendo siempre como norte al niño, niña o adolescente, como sujeto central de esta acción de reclamar su retorno. El niño debe ser el centro de ese análisis, ante un posible riesgo, desde la perspectiva de su retorno futuro. De esto dependerá la necesidad que se adopten medidas para su retorno seguro, hasta el punto de decidir si pudiera regresar con alguno de los padres o determinar otra medida de acompañamiento.

**El término de grave riesgo**, debe ser restrictivo aplicado a la situación que se plantea en cada caso. Y quien deberá probar esta excepción será la persona o institución que la argumente o invoque.

La aplicación de esta excepción en Panamá, solo se haría con base al Convenio de La Haya de 1980, ya que Panamá hasta el momento atiende las solicitudes de restitución de los Estados partes que han suscrito el

convenio en mención.

**En cuanto al procedimiento**, para atender las solicitudes de restitución internacional se realiza de acuerdo al procedimiento reglamentado en Panamá, para el año 2001, que es el Común Ordinario, con una audiencia oral, con derecho a recurrir la decisión adoptada en la primera instancia, en el efecto suspensivo.

Si bien es cierto estamos comprometidos como país, en la elaboración de un procedimiento especial con intención de abreviar su trámite y que puedan ser resuelta las solicitudes en menor tiempo de lo actual, tanto en la primera y segunda instancia partiendo, que el propio convenio establece un término de seis semanas, para resolver la petición de restitución.

Para motivar que las a las autoridades competentes en nuestro país y que los Jueces de Niñez y Adolescencia resuelvan con mayor rapidez estas solicitudes, se han realizado diversos seminarios en el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, del Órgano Judicial, con la colaboración de la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya y con la participación de miembros de la Autoridad Central y del Órgano Judicial cuyo fin es orientar el análisis de los presupuestos establecidos por el Convenio (1980) y recoger experiencias referente al retorno seguro.

Se enfatizo en las capacitaciones, que las solicitudes deben ser encauzada en los presupuestos; retención o traslado ilícito, residencia habitual y si se ejercía o no la guarda o crianza efectivamente al momento de promoverse la solicitud de restitución internacional. Y de invocarse alguna excepción del artículo 13, deberá quien la invoque, probarla. Además se debe estudiar

cuidadosamente que medidas deben ser adoptadas, para garantizar el retorno seguro de las personas menores de edad, cuya restitución ha sido solicitada. Bajo ninguna circunstancia debe debatirse aspectos que guarden relación con guarda y crianza. Esto últimos aspectos deberán ser debatido en el país de residencia habitual del niño, quien se encuentra en mayor capacidad, para examinarlas y discutir las por ser el centro de vida del niño, niña o adolescente.

También se ha enfatizado, que se debe priorizar la atención de estas solicitudes, donde se procura establecer con mayor prontitud fecha de celebración de audiencia, que permita resolver con prontitud la solicitud de restituir.

El Convenio de La Haya (1980) en su artículo 13(1)(b), establece con precisión que no obstante lo dispuesto en el artículo precedente Art. 12, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor de edad, si comprueba que el propio niño o niña se opone a ser restituido, pero para tales efectos el menor de edad debe estar en condiciones de formarse un juicio propio en función de la edad y grado de madurez.

El reconocimiento de este derecho parte de la nueva concepción del niño, como sujeto pleno de derecho frente a la familia, sociedad y el Estado. El niño es ante todo y sobre todo una persona y no debe prescindirse de su consideración, como tal. Sin embargo, los juzgadores al escuchar a los niños deberán adoptar la decisión, apreciando no solo lo manifestado por el menor de edad, sino también todas las pruebas aportadas dentro del proceso, teniendo el juzgador solo el compromiso de resolver conforme al interés superior del mismo.

## **Tipos de graves riesgo que se pueden identificar**

La excepción de grave riesgo basada en el interés primordial de toda persona de no ser expuesta a un peligro grave físico o psíquico, o colocada en una situación que no pueda soportar. El artículo 13(1)(b) prevé tres tipos de graves riesgos:

- un riesgo grave de que la restitución exponga al niño a daño físico;
- un riesgo grave de que la restitución exponga al niño a daño psíquico; o
- un riesgo grave de que la restitución ponga al niño, de alguna otra manera, en una situación intolerable.

Cada tipo puede interponerse independientemente, como excepción a la obligación de restitución inmediata del niño y por ende, según los hechos de cada caso, los tres tipos han sido invocados en procedimientos en forma autónoma. No obstante, si bien son distintos, estos tipos suelen ser utilizados en conjunto y los tribunales no siempre los distinguen con claridad en sus resoluciones.

El artículo antes citado, deja en claro que la cuestión, es determinar si existe un grave riesgo de que la restitución de cualquier otra manera ponga al menor en una situación, que no pueda soportar, tomando en cuenta que es una persona muy vulnerable. Pero el daño a uno de los padres ya sea físico o psicológico, podría, en ciertas circunstancias excepcionales, crear un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o poner al niño de alguna otra manera en una situación que no pueda sobrellevar. En esta excepción no requiere, por ejemplo, que el niño sea la víctima directa o principal del daño físico, si existe prueba suficiente de que, como consecuencia del riesgo de daño

dirigido al padre o madre sustractor, existe un grave riesgo también para él.

El término grave califica el riesgo y no el daño hacia el niño. Lo que indica que el daño debe ser real y alcanzar un nivel de gravedad, para poder ser calificado de grave. En cuanto al nivel del daño, este debe llegar a ser insoportable, esto es una situación que no se debería esperar, que un niño pueda admitir o experimentar. El nivel relativo de riesgo necesario para poder constituir un grave riesgo puede variar, dependiendo del carácter y seriedad del daño potencial hacia el niño.

El artículo también indica que la excepción hace referencia, no solo a un tiempo pasado o presente sino futuro, ya que centra la atención sobre la posible afectación que pueda sufrir el niño, luego de ser restituido a su residencia habitual y si las circunstancias lo expondrían a un grave riesgo.

Por tanto, el examen de la excepción de grave riesgo requiere un análisis de la información, que puedan proporcionar las partes al hacer uso de su derecho probatorio, al momento de petitionar u oponerse a la restitución. No debe limitarse solo a un análisis de las circunstancias de hechos actuales o al momento de darse el traslado o la retención. Por el contrario, requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que se darían, si el niño fuera restituido inmediatamente. El examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimara necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia.

La excepción de grave riesgo es presentada dentro de una variedad de situaciones, las cuales incluyen el riesgo que podría resultar de muchas situaciones de vida

como, por ejemplos:

- El abuso físico, sexual u otro tipo de abuso hacia el niño, o exposición del niño a violencia doméstica ejercida por el padre o madre privado del niño contra el padre o madre sustractor;
- La separación del niño del padre o madre sustractor, por ejemplo, cuando el padre o madre sustractor alega estar imposibilitado para regresar al Estado de residencia habitual del niño por razones de seguridad, salud o económicas, o debido a su situación migratoria o por poseer procesos penales pendientes en el estado de residencia habitual del niño;
- La separación del niño de sus hermanos o hermanas;
- La preocupación acerca de la seguridad, educación, salud o economía relativas al niño en el Estado de residencia habitual.

El convenio no diferencia la forma de evaluar el grave riesgo en función del tipo de riesgo o de las circunstancias planteadas y que tal vez no puedan apreciarse con facilidad y que exponga verbalmente la persona que se opone a la restitución. Por consiguiente, todas las denuncias de grave riesgo deben ser evaluadas en con base al tipo de situaciones, por ejemplo, aquellas en las que exista mayores probabilidades de exponer la integridad física y psíquica al menor de edad a un riesgo inmediato, ocasionándole con mayor frecuencia un alto grado de afectación requerido por la excepción de grave riesgo.

Lo primero que debe hacer el tribunal, es considerar si las denuncias tienen el carácter y el suficiente nivel de detalle como de contundencia, para poder constituir un grave riesgo. Las denuncias poco específicas

y generales muy rara vez se consideran suficientes.

Si, el tribunal determina que se ha configurado la excepción de grave riesgo dentro del proceso de restitución del niño, mediante el análisis y la evaluación de las pruebas presentadas por la persona que se opone a la restitución y/o la información recabada, teniendo en cuenta también las pruebas y/o la información, sobre cualquier medida de protección disponible en el Estado de residencia habitual, por lo cual podría negar la solicitud de restituir.

De lo expuesto anteriormente, esto no significa que aun cuando el tribunal determine que existen pruebas suficientes o información que demuestra que existen elementos de daño potencial o que harían que una situación fuera no soportable o llevadera para el niño, debe el tribunal, tener debidamente en cuenta las circunstancias, como un todo, incluyendo si existe en el Estado de residencia habitual un sistema de protección que garanticen la integridad física como emocional del niño y que podrían implementarse medidas de

protección adecuadas, inmediatas y efectivas, para proteger al niño de tal grave riesgo o situación intolerable, al momento de evaluar si se ha configurado la excepción de grave riesgo y que el niño o niña deba ser restituido. Para ello, la autoridad judicial deberá apoyarse en la Autoridad Central, al igual que en la red de jueces de La Haya, para lograr obtener la información sobre el sistema de protección que pueda existir en el Estado Requiriente, lo que permitirá salvaguardar la integridad del menor de edad.

Una vez que se realiza esta evaluación y determina la autoridad judicial que existe riesgo para el niño que debería ser, podrá negarse la solicitud. La obtención y valoración de las pruebas e información recabadas, se realizarán de acuerdo a la legislación, procedimiento del Estado requerido. En cuanto a las medidas de protección que llegue adoptar el juez al momento de decidir, que debe restituir al menor de edad, sujeto central de este proceso de restablecimiento de derecho, deberá pedir la cooperación de las Autoridades Centrales, para garantizar el retorno seguro del niño.

## Conclusiones

El convenio de 1980 maneja una serie de conceptos jurídicos tales como residencia habitual, interés del niño, grave peligro, riesgo, daño, etc. que al no tener una definición general que permita aplicarse de manera mecánica a cada caso concreto, pone en el poder de la decisión del juez la suerte no solamente de lo que debe decidirse sino también del propio instrumento internacional.

Al rechazar una restitución lo que se pretende es no colocar al niño o niña en una situación insoportable, ya que debe prevalecer su interés o bienestar, de lo contrario lo pondría en una situación muy crítica, que no sabría cómo enfrentarla. Así pues sería conveniente analizar cuidadosamente sobre la aplicación del artículo 13 (1) b de manera que la decisión que adopte el operador judicial favorezca al niño para retornar a su centro de vida como del restablecimiento de sus relaciones familiares.

Cuando las pruebas del grave riesgo no son claras y al ordenarse la restitución, debe ponerse en conocimiento de las autoridades

del Estado requirente de cualquier posible riesgo que pueda afectar al niño o al padre acompañante, y que las medidas de protección que se adopten deberán ser implementadas en el Estado de la residencia habitual, para lo cual deberán apoyarse con las Autoridades Centrales de ambos Estados que permitan hacerlas efectivas en garantía de la protección del niño o niña restituido.

Instamos a todos los jueces de la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia que puedan examinar la nueva Guía de Buenas Prácticas referente a la excepción de grave riesgo de restitución internacional de la Conferencia de La Haya, que aborda una de las cuestiones más complejas, ya que si se aplicará de manera indebida o errónea estas excepción se estaría desvirtuando la finalidad protectora que persigue este Convenio así como la estructura para garantizar la restitución inmediata del niño o niña sustraído o retenido ilícitamente, con el propósito de restablecer sus derechos vulnerados.

## Referencias bibliográficas

Boletín de Jueces sobre la protección Internacional de los niños. Se publicó por primera vez 1999 y su publicación es anual. <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4823>.

Convención sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, aprobado por Ley 22 del 10 de diciembre de 1993.

Convención de los Derechos del Niño. Aprobado por Ley 15 del 6 de noviembre de 1990.

Guía de Buenas Prácticas, Parte VI. Art. 13 (1) (b). Convenio de 1980.

Informe Explicativo del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Tenorio, L., & Tagles, G. (2001). Restitución Internacional de la Niñez Enfoque Iberoamericano doctrinario Jurisprudencial. Porrúa.

## Mgter. Delia Cedeño Palacios

Licenciada en Derecho Y Ciencias Políticas por La Universidad Nacional de Panamá

Maestría y Post Grado en Derecho de Familia, de Niñez y Adolescencia en la Universidad Latina de Panamá.

Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal en el Instituto de Estudios e Investigación Jurídica.

Diplomado en el Sistema Penal Acusatorio. Postgrado en docencia superior Universidad Latina de Panamá.

Curso de protección internacional de los derechos de la niñez y adolescencia para Centroamérica, México, Cuba y República Dominicana en la Universidad Centroamericana, Universidad Diego Portales de Chile y la Escuela Judicial de Nicaragua.

### **Experiencia laboral:**

Labora en el Órgano Judicial desde 1995. Cargos ocupados: Juez Segunda de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de Panamá. y se ha desempeñado desde 2001 hasta abril de 2020 en calidad de Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, en varios despachos.

Fue nombrada como Juez Enlace, para la aplicación del Convenio de la Sustracción Internacional de menores de la Haya desde el 2009.

Se ha desempeñado como docente en la Universidad Latina de Panamá y en la Universidad Santa María La Antigua.



## SEGUNDA CONVOCATORIA DEL BANCO DE DOCENTES CON TEMAS DE INTERÉS PARA EXPORTAR

Convocamos a los docentes que prestan sus servicios en las distintas jurisdicciones; así como en el área administrativa y en la defensa de personas, con el propósito de que manifiesten su interés de compartir sus conocimientos en el ámbito internacional a través de la **Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ)**, las **agencias de cooperación internacional** y el **Ministerio de Relaciones Exteriores**.

Para tal fin, envíenos al correo: **m.jimenez@organojudicial.gob.pa**, hoja de vida actualizada con la siguiente información:



Nombre
Número celular
Correo electrónico
Lugar donde labora
Cargo que desempeña
Estudios especializados
Temas de interés para desarrollar como docente

**Fecha límite: 15 de julio de 2022**



## El cumplimiento de las obligaciones parentales de alimentos y régimen de visitas en tiempos de pandemia

**Mgter. Eduardo Vargas Reyes**  
Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá  
Órgano Judicial de la República de Panamá.  
Correo electrónico: [eduardo.vargas@organojudicial.gob.pa](mailto:eduardo.vargas@organojudicial.gob.pa)

## **El cumplimiento de las obligaciones parentales de alimentos y régimen de visitas en tiempos de pandemia**

*Recibido: Diciembre 2021*

*Aprobado: Mayo 2022*

### **Resumen**

Es plenamente conocido que luego de una separación de pareja en donde existen hijos en común, dos de los aspectos emergentes a regular lo son la distribución o satisfacción de las necesidades alimentarias de estos, entendiéndose por esta el concepto más amplio, que involucra todo lo necesario para el desarrollo integral de un menor de edad. En tanto que el aspecto de las relaciones parentales conlleva garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a compartir e interactuar con ambos progenitores independientemente de la ruptura afectiva entre estos.

Ahora bien, más allá de los conflictos que pueden suscitarse en el ejercicio de estos dos derechos derivados de la figura de la patria potestad, producto de la mayor o menor intensidad de la problemática familiar luego de los periodos de ruptura de pareja, surge la interrogante ante las restricciones de movilidad y la paralización de una gran parte de los sectores de la economía por periodos de tiempo muy prolongado dentro de la declaración de estado de emergencia por pandemia, acerca de la justificación o no de suspender o flexibilizar de alguna manera la regulación legal y la supervisión judicial tanto de las pensiones alimenticias como de los regímenes de visitas dispuestos en beneficio de los progenitores no custodios.

### **Abstract**

It is fully known that after a couple separation where there are children in common, two of the emerging aspects to regulate are the distribution or satisfaction of their child support, understood as the broader concept, which involves everything necessary for the integral development of a minor. While the aspect of parental relationships involves guaranteeing the right of children and adolescents to share and interact with both parents regardless of the emotional breakdown between them.

Now, beyond the conflicts that may arise in the exercise of these two rights derived from the figure of parental authority, a product of the greater or lesser intensity of the family problem after periods of couple breakup, the question arises in the face of mobility restrictions and the paralysis of a large part of the sectors of the economy for very long periods of time within the declaration of a state of emergency due to pandemic, about the justifiability or not of suspending or making the regulation more flexible in some way legal and judicial supervision of both alimony and visitation regimes arranged for the benefit of non-custodial parents.

## Palabras Claves

Alimentos. Régimen de visitas. Derechos parentales. Estado de excepción. Justicia terapéutica.

## Keywords

Child support. Visiting schedule. Parental rights. Exception status. Therapeutic justice.

## Introducción

El siguiente abordaje a través del instrumento del ensayo busca ilustrar al lector sobre uno de los temas jurídicos a considerar derivados de la excepcionalidad generada por el fenómeno global de la pandemia denominada covid19 o “SARS-CoV-2”, como lo fue el tratamiento legal de las relaciones parentales durante este tiempo tan particular donde imperó el concepto restrictivo de derechos como mecanismo de mitigación de esta enfermedad.

Es nuestro interés que sean confrontados en este trabajo, evocando la teoría de los derechos humanos, garantías fundamentales como el derecho de movilización, los derechos sociales de salud y trabajo, la seguridad jurídica del estado, el ejercicio de la parentalidad, consagración de la unidad familiar y en ese sentido el carácter subjetivo y concreto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a contar con los medios suficientes para su subsistencia digna por cuenta de sus progenitores y la interacción con su grupo familiar, sin desconocer su adaptación a la realidad que afrontamos, muy bien descrita bajo el concepto de “nueva normalidad”.

Así luego de esta premisa, desarrollaremos los retos que en la práctica social y tribunalicia debieron ser afrontados a razón de las restricciones de garantías, a fin de brindar alternativas de solución en donde se ponderaran los derechos en juego a la hora del tratamiento de los alimentos y

régimen de custodia y visitas de niños, niñas y adolescentes, bajo el panorama local y global con todas sus secuelas, desde una perspectiva eminentemente de derechos humanos sin desatender los aspectos procesales subyacentes.

### 1. El derecho de alimentos, pensión alimenticia y su concepción legal.

El derecho de alimentos se subsume a un aspecto necesario para la subsistencia de todo individuo desde el punto de vista biológico, intelectual y cultural, ha sido reconocido de tal manera como los cimientos para el ejercicio de cualquier otro derecho humano, es decir que son prioridad para el desempeño de las demás prerrogativas, y así lo identifica el derecho supranacional, en los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos en general y de forma particular aquellos que pretenden tutelar el beneficio de aquellas personas en condiciones de vulnerabilidad.

De este modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) proclamada por la Asamblea General de la Organización de Las Naciones Unidas en su artículo 25 inciso 1 dispone que “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros

casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Dentro de similar orden de ideas el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), refiere en su artículo 11 que, “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de todo individuo a adquirir un nivel de vida adecuado para sí y su familia” (p. 4).

Por su parte la Organización de las Naciones Unidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) brinda una declaración formal de todos los derechos que le asisten a los menores de 18 años incluidos dentro del concepto de “niños”, concebidos como titulares de estos y por ende estableciendo el deber de los estados signatarios de adoptar políticas estatales normativas y efectivas que facilitaren el acceso a ellos.

Así encontramos referencia en su artículo 27, al derecho de todo niño a obtener un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, adosándole a los padres o cualquier otra persona encargada de sus cuidados, la responsabilidad primordial dentro de sus posibilidades y medios económicos a proporcionarles las condiciones necesarias para su desarrollo, debiendo los estados velar por que se cumpla con el pago de las pensiones alimenticias y el intercambio de medidas de ejecución tanto en el estado donde viva el niño como el responsable de suplir sus necesidades.

En nuestro derecho interno, la Constitución Política Nacional (2004), como máximo cuerpo normativo interno, contempla el derecho de los alimentos en su Capítulo 2 del Título III de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales en sus artículos 56 y 59.

En ese orden el artículo 56 de la constitución antes citada señala que:

Es la norma programática que confiere al estado el deber de garantizar la salud física, mental y moral de los menores y el derecho a estos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión social, teniendo igual derecho a esta protección los ancianos y enfermos desvalidos; mientras que el artículo 59 contiene o instituye la figura de la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos dentro de ellos la obligación de alimentarlos, educar, proteger para que tengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual. (p. 25)

La pensión de alimentos incluye la alimentación, la salud, el vestido, la vivienda y la educación, incluso los gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otra forma.

Para Zamora, et. al., (2016):

En los gastos de vivienda se incluyen los suministros ordinarios de uso y disfrute de la vivienda (luz, agua y gas) si bien, en caso de ser arrendado el inmueble residencial, también se imputará el coste de este arrendamiento en lo que respecta al hijo beneficiario de la pensión de alimentos. La cuantía depende de los ingresos del obligado y de las necesidades del beneficiario, no existiendo ningún baremo obligatorio en la legislación aplicable al que deba ajustarse el juzgador a la hora de establecer la misma, al contrario de otros países de nuestro entorno que sí

lo tienen establecido. (p. 130).

## 2. El derecho de visitas y su concepción legal.

El derecho de visitas, es un subderivado del régimen de custodia de los menores de edad, lo que implica que se garantice a los niños, niñas y adolescentes compartir con ambos progenitores a pesar de que se le conceda la guarda y crianza a uno de ellos, ya sea por acuerdo entre las partes o por pronunciamiento judicial, según su mayor aptitud para este rol previo análisis de las circunstancias de hecho que orienten a ello, por ende no se trata per sé de un derecho de los adultos progenitores, sino un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes.

En ese orden de ideas se desarrolla este derecho según la Convención sobre Derechos del Niño (1989) al señalar que:

Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho de este mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo. (p. 12)

La condición de derecho fundamental de todo niño, niña y adolescente de ostentar una familia es consagrada también dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del cual Panamá es signatario como firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos al señalar en su Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 lo siguiente:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, '[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad', con derecho a 'la protección de la sociedad y el Estado', constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana, a ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia" (párr. 66)

Los regímenes de guarda, crianza, comunicación y reglamentación de visitas no pueden ser observados como un mecanismo de disputa entre los progenitores, ni un concurso de roles en donde se persigue desvirtuar la capacidad parental de uno u otro, debe ser percibido como lo que en efecto es, una herramienta o cauce legal para garantizar la satisfacción del derecho de un grupo vulnerable como lo es el sector de los niños, niñas y adolescentes de padres separados a gozar de la interacción con quienes en primer grado están llamados a velar por su bienestar.

Por ende, al implementar un régimen de comunicación y visitas debe partirse del hecho de que salvo prueba en contrario ambos padres son aptos para tutelar los intereses

de sus hijos y luego desarrollar en base a esto el aprovechamiento de itinerarios que fortalezcan las relaciones parentales a razón de la disponibilidad horaria y laboral de los padres, las necesidades especiales de los niños, niñas y adolescentes acorde a sus actividades, escolaridad, edad cronológica y madurez, siempre persiguiendo que las circunstancias se adapten a priori a las necesidades e intereses de los menores.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), en su sentencia del Caso Fornerón e hija vs. Argentina considera que el derecho del menor a vivir con su familia biológica constituye un estándar normativo convencional al señalar que:

El derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos. (párr. 119)

A modo de corolario en este aspecto, tenemos que el derecho de visitas es considerado un derecho de doble vía, ya que aspira a que exista un equilibrio entre el derecho

del padre y el del niño que pretende conservar la unidad familiar y garantizar el derecho constitucional y convencional de todo niño a tener una familia y no estar separado de ella, empero siempre priorizando ante disyuntivas entre estos aspectos al llamado interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

### **3. Connotaciones del derecho de alimentos y régimen de visitas en época de pandemia**

En Panamá el estado de emergencia producto de la pandemia fue decretado a través de Resolución No. 11 (2020) y a partir de allí se expidieron una serie de decretos ejecutivos y resoluciones que involucraron múltiples restricciones a derechos como el de movilidad, adopción de medidas migratorias, sanitarias, laborales, económicas e industriales, que desde el punto de vista macroeconómico ha dejado aún más en evidencia las desigualdades sociales en nuestro entorno para el acceso a derechos fundamentales de los individuos y cuya dificultad de satisfacción en caso de grupos vulnerables se hace más patente.

Así a groso modo, podemos mencionar la informalidad laboral que generó este estado excepcional, refiriéndose que cerca de la mitad del sector privado se vio afectado en cuanto a los empleos formales, es decir se originaron afectaciones según Hernández. (2021), a cerca de 431,964 empleados, desglosados en 327,340 empleos formales perdidos y 104,624 trabajadores con contratos suspendidos hasta septiembre de 2021.

En ese orden de ideas no solo podemos contemplar como secuela económica la pérdida de empleos formales, sino también el letargo de la gran mayoría de sectores económicos. Y es que según el Informe 1 sobre el impacto socioeconómico de la emergencia del COVID-19 sobre las familias, niños, niñas

y adolescentes en Panamá, “para diciembre de 2020 cerca del 25% de la población económicamente activa estuvo desocupada, en tanto se proyectó una precariedad laboral en el 63.8% de la población económica activa, lo que equivale a unas 1,358,422 personas”. (UNICEF 2020, p.2-6)

Según encuesta telefónica de la UNICEF Panamá (2020) sobre “La Situación de la Familia con Niños y Adolescentes Durante el COVID-19” en nuestro país se acotó que:

El 47.0% de los hogares encuestados declararon contar con menos alimentos, a lo que se agrega que el 59.0% de estos señalaron que en términos de la alimentación de sus niños, niñas y adolescentes se encontraban en algunas de las siguientes condiciones: menor cantidad, menor calidad, ambas situaciones juntas. Esto significa que los niños, niñas y adolescentes en el 27.7% de los hogares fueron afectados en términos de su seguridad alimentaria. (p. 11-12)

En nuestro entorno en cuanto a la satisfacción de las obligaciones alimenticias fijadas por una autoridad judicial, cabe mencionar que a consecuencia de la emisión de la resolución que decreta el estado de emergencia, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a través de Acuerdo No. 146 (2020), suspendió los términos judiciales por dos semanas prorrogables sin que ello involucrara el cierre de los despachos.

Posteriormente se emitieron acuerdos que prorrogaron la suspensión de los términos judiciales e inclusive el cese de labores en los despachos judiciales y administrativos del Órgano Judicial desde el 23 de marzo de

2020 hasta el día 1 de junio de 2020 que se retomó la atención a los usuarios, empero dejando claro que en lo que correspondía a las Jurisdicciones de Niñez y Adolescencia, Penal de Adolescentes y de Familia, se debían implementar las medidas necesarias para atender causas como restitución internacional de menores, medidas de protección de menores de edad, menores de edad en conflicto con la ley penal o cualesquiera medidas urgentes que requieran su intervención, incluyendo mediante Acuerdo No. 159 (2020) la recepción y entrega de cuotas alimenticias.

Como vemos a la situación económica, social y familiar derivada del periodo de pandemia, se le añadió salvo los casos antes reseñados ante la Jurisdicciones de Niñez y Adolescencia y Familia, la imposibilidad de dirimir judicialmente las discrepancias que se suscitaban en el ejercicio de los regímenes de visitas fijados y la satisfacción de pensiones alimenticias, dejando entrever que en apariencia el estado de excepción que implicó la declaración del estado de emergencia por pandemia también llevó implícito la suspensión en la exigibilidad de tales derechos.

Sin embargo, tal premisa no puede ser considerada desde el punto de vista normativo y en materia de derechos humanos, para lo cual nos valemos citar lo que refiere la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en cuanto a la suspensión de las garantías que consagra este cuerpo normativo internacional:

#### Artículo 27

#### Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este podrá adoptar

disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9) Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20) Derecho a la Nacionalidad); 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (Lo resaltado es nuestro) (p. 9-10)

Bajo esta premisa no puede entenderse que el cumplimiento de las relaciones parentales de comunicación e interacción entre un padre no custodio y su hijo, así como la satisfacción de las pensiones alimenticias tasadas por autoridad competente queden al arbitrio de una de las partes por considerarse afectada por la pandemia, ya sea escudada por las restricciones de movilidad, por la pérdida de su empleo, la suspensión de este, la reducción de sus jornadas laborales o cualquier otra.

Tales decisiones arbitrarias vulneran directamente derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y les corresponde a las autoridades competentes ya sean en guarda, crianza y régimen de visitas como en alimentos, conocer cada caso en concreto y velar por la tutela de estos intereses jurídicos preponderantes de los menores, quienes no solo se ven afectados en la satisfacción de sus apremios materiales, sino también en su estabilidad emocional y afectiva.

No podemos soslayar que las medidas de confinamiento ordenadas no solo conllevaron las ya enunciadas repercusiones sociales, también ocasionaron notables secuelas psicológicas a los niños, niñas y adolescentes, quienes por espacios de tiempo prolongados fueron sujetos al estrés mediático de la pandemia, limitados sus derechos de esparcimiento, educación e interacción con otros similares, lo que redundó en un atraso en sus capacidades de socialización.

Ahora bien, aun teniendo claro que en materia de derechos humanos los derechos de los niños no pueden ser suspendidos ni siquiera ante la declaración de estado de emergencia, surge la interrogante práctica de ¿Cómo hacer efectivos y prácticos los mismos ante las secuelas económicas, laborales, ante las restricciones de movilidad y el riesgo de incremento de contagios de covid-19 de este grupo vulnerable?

La respuesta no pareciera ser sencilla, cuando en la práctica ante una decisión jurisdiccional se puede encontrar la ejecución de una pensión alimenticia tasada a uno de los padres que ha experimentado la pérdida de su empleo, la reducción de su jornada laboral o la suspensión de su contrato de forma indefinida a consecuencia de las restricciones dispuestas por cada estado para mitigar la evolución de

la pandemia y su crisis sanitaria; mientras que en otro supuesto el progenitor no custodio que ejerce un régimen de visitas con sus hijos reclama su derecho y el de su hijo a conservar sus relaciones familiares, cuando existe en apariencia una justificación de fuerza mayor o caso fortuito que avala la falta de coacción para su ejercicio ante una cuarentena total.

Antes de asumir este reto y elucubrar probables respuestas a estas interrogantes, consideramos pertinente señalar que en los lineamientos o recomendaciones estándares que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución No.1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas, se destacó entre las descritas bajo los ordinales de 63 a 67, reforzar la protección de los niños, niñas y adolescentes, a fin de entre lo posible garantizar los vínculos familiares y comunitarios, prevención del abuso y violencia intrafamiliar, facilitando el acceso a los medios de denuncia y actuando ante debida diligencia ante ellas, la adopción de medidas de prevención y protocolos de emergencia en las instituciones de cuidado residencia de los niños, niñas y adolescentes, promoviendo su revinculación familiar siempre y cuando no sea contrario a su interés y recomendación de uso de medios de comunicación para garantizar el acceso a la educación. (CIDH, 2020)

Con respecto a estas directrices queda claro que se deben fomentar las relaciones familiares de los niños, niñas y adolescentes, ya sea con sus progenitores y/o núcleo familiar más cercano aún en periodo de pandemia. Para ello se requirió una visión innovadora más allá de vislumbrar los regímenes de visitas tradicionales con puntos de entrega e interacción física, pues ante las medidas coercitivas de cuarentena total y parcial con salidas en horarios restringidos por

género y número de cédula de identidad en itinerarios distintos a los que corresponderían según reglamentación de visitas, nos encontraríamos ante una colisión de intereses y derechos tutelados a resolver ante cada caso en concreto.

Ab initio es evidente que en el ejercicio de la patria potestad al contar los hijos de padres separados con ambos progenitores, independientemente de quien ejerza la custodia y quien el consecuente régimen de visitas, dicha figura se debe practicar en consenso en beneficio de los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo que involucra la posibilidad de arribar a acuerdos en todo lo que a ellos corresponde y por ende también en la forma en que se suscitan las comunicaciones familiares, por lo que ante las dificultades de un régimen de visitas presencial, puede optarse por uno virtual a través de medios de comunicación modernos o de diversas plataformas online como zoom, WhatsApp, five, Microsoft teams, hang out, skipe dentro de otros.

La aplicación de estos medios virtuales conlleva como ventajas garantizar la interacción parental y familiar, sobre todo cuando se ha coartado por periodos prolongados, teniendo estos una versatilidad de modo y lugar supeditados solo al acceso del internet, empero por otro lado como desventajas se encuentra precisamente la conectividad a la red y sus costos, aspecto que no es accesible para todos los grupos sociales y que es suministrado en su mayoría a un costo privado, la falta de una regulación legal que permita su supervisión normativa como alternativa a un régimen de visitas presencial y que además requiere de la condición consensual del mismo.

Es decir, optar por el acuerdo de las partes

en sustituir el régimen de visitas presencial fijado o pactado ante una autoridad judicial competente, por uno alternativo temporal y cuya vulneración quedaría en apariencia fuera del escrutinio del juzgador de conocimiento, máxime durante los periodos de tiempo en que los despachos se encontraban cerrados.

En ese orden de ideas, al darse una discrepancia en cuanto a los traslados de los menores en época de pandemia y sobre todo en lapsus de tiempo concordante con las restricciones de movilidad y cuarentena, se debió atender a prima facie a la condición más favorable para el niño, niña o adolescente, lo que le es más beneficioso o menos nocivo y encaminado a ello debe encontrarse la voluntariedad de los padres.

De este modo si uno de los progenitores o su entorno más cercano se encuentra afectado por la covid19, a pesar de que ostente un itinerario de visitas, no resultaría viable su ejercicio mientras el riesgo se encuentre exacerbado, pudiendo suplir de alguna manera estas ausencias con comunicaciones vía telefónica o a través de medios virtuales sin que ello posteriormente pueda apreciarse como un desacato a una orden judicial, empero conllevan también la manera en que estas situaciones afecten en lo menos posible el bienestar emocional de las personas involucradas.

Estos dilemas fueron globales en el ejercicio de las relaciones parentales en época de pandemia y por ende no contaron con unanimidad de tratamiento. Así nos atrevemos a mencionar desde la perspectiva de la llamada justicia terapéutica que se ha definido como el rol que desempeña la ley o el derecho como agente terapéutico, centrándose en su impacto en la vida emocional y en el bienestar psicológico de las personas que

se encuentran ante un procedimiento legal o adversativo (Wexler, D., & Winick, B., 1996), que las probables soluciones conllevarían precisamente la protección de estos aspectos más allá de las connotaciones eminentemente procesales.

Este cambio de paradigma más que exacerbar la judicialización de las diferencias entre los progenitores tiene como propósito que con las medidas judiciales que se tomen en cumplimiento de la ley y del derecho, se afecte en lo menos posible el bienestar psicológico de quienes son más vulnerables y luego de sus progenitores, sin desatender el interés común o social.

A modo de referencia, tal como lo expone Fariña et al., (2020) en su artículo “Gestión del régimen de visitas, intercambios y comunicación con los hijos e hijas durante la pandemia de la COVID-19”, dentro de las publicaciones online de la Facultad de Educación y Humanidades del Campus de Melilla, Universidad de Granada, España, en dicho país más de cuarenta Juntas de Jueces elaboraron sus propios acuerdos para proceder en estos casos con disparidades de criterios considerados por los abogados de familia como generadores de inseguridad jurídica. (p. 27-28)

Así en algunas Juntas como las de Barcelona y Málaga se decidió suspender todo tipo de traslados, considerándolos un alto riesgo para la salud general como para los propios hijos, mientras que otras como las de Murcia decidieron mantener estos traslados.

En ese orden de ideas en estudio realizado por la Fariña et al., (2020), en este lapsus de tiempo excepcional, se concluyó que bajo el muestreo de la investigación el 70.8% de las familias con ruptura de pareja

modificaron la forma de contacto de sus hijos, siendo las causas imperantes para ello en un 46% la salvaguarda de la salud de los menores, en un 16.1% la protección de la salud pública y razones normativas, es decir la prohibición expresa de desplazamientos, un 11.2% resultaron ser causas significativas, lo que se considera la actuación de los padres conforme a las investigaciones científicas publicadas sobre la covid19.

Algo muy interesante en estos aspectos lo es que en un 81.6% de los casos, los progenitores que vieron limitado el tiempo de permanencia con sus hijos, fueron recompensados con más contacto telefónico o telemático y sobre todo el hecho de que de este alto porcentaje la modificación en los tiempos y estancias con cada progenitor se tomó en un 78.3% por acuerdo entre los progenitores, siendo escasas las familias que requirieron de abogados (3.7%), mediadores en un 12.4% y 5.6% arbitraje judicial.

En nuestro plano local, como enunciamos fue hasta el 1 de junio de 2020 que se retomó la atención a los usuarios en el sistema de justicia, por lo que salvo las causas antes descritas en materia de menores y adolescentes, en donde no se encontraban ni el pago de pensiones alimenticias ni el cumplimiento de régimen de guarda, crianza y de visitas, queda claro que en el desempeño de estos roles parentales durante el plazo de cierre de los tribunales, se atendía al consenso entre los progenitores como principal herramienta para mantener la interacción familiar.

Este acuerdo de voluntades debía obedecer a lo que sería más favorable a los niños, niñas y adolescentes, con medidas como la conservación en el domicilio del progenitor que se encontraba bajo su tenencia al momento de las restricciones de movilidad

o solo su traslado al domicilio del progenitor custodio con una consecuente ampliación de las comunicaciones telemáticas y en su gran mayoría la suspensión de los traslados o visitas a razón de las restricciones de movilidad por mandato del Órgano Ejecutivo, evitar las condiciones de propagación o salud colectiva y las condiciones particulares de interés o beneficio de los niños en cada caso en específico.

Una vez incorporados a las labores judiciales, queda claro que el tratamiento al incumplimiento de los regímenes de visitas vigentes no puede apreciarse de forma literal, pues en definitiva ello iba a depender de la manera en que iba evolucionando la adopción de medidas de bioseguridad cuyos pronunciamientos expedía el gobierno nacional, ya que por razones obvias existía un marco de legalidad que amparaba la suspensión de los traslados (fuerza mayor y caso fortuito), por ende ante tal situación requería analizarse si la justificación de la omisión de estos regímenes de visitas y comunicación gozaba de algún sustento en base al interés superior de los niños, niñas y adolescentes involucrados, entendido esto como lo que les era más favorable en determinado momento, la protección de la salud colectiva y el marco de legalidad.

Coincidimos con la perspectiva terapéutica en estos supuestos, en los que más que velar por la judicialización de los incumplimientos de estos regímenes de visitas, se opte por garantizar la afectación en lo menor posible del bienestar físico y emocional de los niños, niñas y adolescentes, buscando alternativas ante el confinamiento que de por sí ha afectado notablemente a este grupo vulnerable, para que el derecho humano a correlacionarse con ambos progenitores separados y con su familia nuclear ante un estado de excepción como el

comentado no se vea coartado.

En lo que respecta al tratamiento jurídico de los incumplimientos de las obligaciones alimenticias en época de pandemia, tampoco puede apreciarse una disposición normativa que permitiera la generalización de su trámite, sino más bien la unificación de criterios judiciales que coadyuvara a brindar un solución justa y apegada a los principios en los que se sustenta el derecho de alimentos y el consecuente deber de los obligados a suministrarlos.

En el caso concreto de la Jurisdicción de Familia en el distrito capital, en donde fungimos como juez, esta unificación de criterios implicó dar un tratamiento disímil a las peticiones de desacato incoadas no solo en el tiempo de confinamiento en las diversas modalidades de cuarentena o restricción de movilidad experimentados, sino posterior a ello, pues según los datos preliminares que externamos a inicio de este artículo, las secuelas económicas del estado de emergencia derivado de la covid19 aún no han tocado fondo.

Esto conllevó variar la manera sumarial en que se decretan los desacatos de alimentos según lo exponen la Ley 42 (2012), artículos 31 y con sus respectivas modificaciones, en donde con la simple prueba del incumplimiento de los pagos en la forma, condiciones y fechas establecidas, ameritaba la emisión de resolución condenatoria por desacato y en donde la participación del obligado alimentario se limitaba luego de su notificación personal tan solo a cumplir con lo adeudado en el plazo de 3 días hábiles o la interposición del recurso de apelación en el mismo plazo bajo el efecto suspensivo.

En esta oportunidad se le brindó un

trámite incidental que atendiendo al principio de bilateralidad y el derecho a ser oído de todo ciudadano integrante del debido proceso, le permitiera al obligado ante estas circunstancias excepcionales, argumentar la justificación o no de su incumplimiento total o parcial, ya sea motivado en el cese de sus labores, suspensión de contratos, reducción de jornadas laborales, restricción de movilidad en el ejercicio de labores independientes o cualquier otra circunstancia que se ajustare a la condición de “**causa legal**” que expresa el Código Judicial (2015), artículo 1932 como atenuante de su culpabilidad ante la insatisfacción de una orden judicial.

Debemos recordar que si bien uno de los principios fundamentales que sustenta nuestra ley de alimentos y el derecho alimentario en sí, lo es el interés superior de los menores, este no es el único que integra el sustento jurídico del mismo ni tampoco puede considerarse al igual que cualquier otro derecho fundamental como absoluto, destacándose también entre otros: el respeto a los derechos humanos de las personas, igualdad de responsabilidad entre los obligados a dar alimentos y la proporcionalidad entre los ingresos o responsabilidades de los obligados y las necesidades de quienes tienen derecho a recibirlos.

En ese orden de ideas, pretender ejecutar de forma inmediata y sin audiencia alguna del obligado, medidas de incumplimiento coactivas como el apremio corporal hasta por 30 días dentro de otras contempladas en Ley 42 (2012) artículo 31, cuando existe un hecho notorio de afectación global sería desconocer derechos humanos pretendiendo la defensa de otro de la misma envergadura.

Así las cosas, le compete al juzgador evaluar si en el ejercicio de esta oportunidad procesal el obligado alimentario ha logrado

sustentar en debida forma las razones de su incumplimiento, si encaja dentro del sector económico que se ha visto afectado por la pandemia para así buscar alternativas, no que lo releven del pago de estas obligaciones, pues como hemos desarrollado a lo largo de este artículo no se trata de obligaciones que sean objeto de suspensión en casos de estado de emergencia o de excepción, más sí formas más humanas y sobre todo factibles para que de alguna manera lleguen los recursos a sus destinatarios sin vulnerar la subsistencia digna de quienes están llamado a sustentarlas.

Dentro de estas alternativas de ejecución ante la justificación del incumplimiento de las obligaciones alimentarias, tasadas bajo otras circunstancias económicas, están las ya contempladas en la precitada ley en sus artículos 21, 22, 23 y 68, es decir la petición de rebaja de las mismas, lo cual debe ventilarse en audiencia oral, así como las posibilidades de arreglos de pago por voluntad expresa de los obligados o ante su asentimiento tácito, variar las formas de pago pues no solo se prevé en la ley el pago en efectivo, rebajar temporalmente

las obligaciones tasadas y establecer por resolución judicial plazos de pago pertinentes para lo adeudado.

En fin en estos tiempos tan difíciles, tanto en el ejercicio del rol parental en materia de alimentos como en el del régimen de guarda crianza, reglamentación de visitas y comunicaciones debe privar la conciencia y priorización por parte de los progenitores separados acerca de los derechos fundamentales de sus hijos, que es lo primordial que tutelan los mismos y así tomar decisiones que no obedezcan a la satisfacción personal de aquellos ni sean consecuencias o castigos a lo que en algún momento según sus criterios fueron causantes de la disrupción de la vida familiar en pareja y como segundo aspecto relevante está el ejercicio de un rol más activo por parte del juez como verdadero agente tutelar de derechos humanos, en donde se incluyan en todas las materias la búsqueda del bienestar de los involucrados en el litigio y no como un mero espectador o árbitro del conflicto.

## Conclusiones

Aún bajo un estado de emergencia como el vivido a consecuencia de la pandemia, no puede entenderse que de forma tácita se debe asumir la restricción de garantías de índole fundamental consagradas de forma supranacional, pues para ello se debe cumplir con una ponderación cimentada en la legalidad, cimentado en un análisis de proporcionalidad, temporalidad y fin legítimo.

En los derivados de las relaciones de parentalidad tales como alimentos y régimen de guarda, crianza y reglamentación de visitas, encontramos dos supuestos que consagra el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos alusivos a la protección de la familia y los derechos de los niños para la no suspensión de su ejercicio ni si quiera en condiciones de excepcionalidad.

Lo anterior conlleva que las soluciones que se pretendan implementar exalten la adaptabilidad de los regímenes convencionales regulatorios de estos aspectos, en donde se dé

prioridad al principio rector de todo el sistema de protección de derechos humanos, siendo este la exaltación de la dignidad humana, ponderando el respeto de las garantías concretas de un grupo vulnerable como los son los niños, niñas y adolescentes, el derecho a ser oído como garantía jurisdiccional necesaria y algo tan vital como la subsistencia en sí.

Los operadores de justicia en las Jurisdicciones de Familia, Niñez y Adolescencia deben contar con una visión amplia de los derechos que se contraponen en un proceso de su conocimiento, pues si bien el llamado “principio del interés superior del menor” es uno de los primordiales de nuestra tutela especial, no podemos obviar que en un ordenamiento jurídico convergen multiplicidad de factores y no puede interpretarse de forma automática y aislada dicha garantía, desconociendo que todos los derechos humanos gozan de igual protección con independencia de la especialidad jurídica que se trate.

## Referencias Bibliográficas

- Acuerdo No. 146 (2020), 13 de marzo de 2020, Gaceta No. 29021-A (Panamá).
- Acuerdo No. 159 (2020), 6 de abril de 2020. Gaceta No. 29021-A (Panamá).
- Caicedo, M., Valbuena, J., Ríos, M., & Paula, M. El Régimen de visitas en medio del confinamiento por la pandemia de covid-19. <http://red.uexternado.edu.co>
- Código de la Familia 2015, Ley 3 de 17 de mayo de 1994, Gaceta No. 22591, (Panamá).
- Constitución Política Nacional (2004), 15 de noviembre de 2004, Gaceta N°.25176, (Panamá).
- Convención de Los derechos del niño 20 de noviembre de 1989, 1 de agosto de 1994.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de abril de 2012
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.
- Fariña, F., Seijo, D., Fernández-Hermelo, M., & Vázquez, M.J. (2020). Gestión del régimen de visitas, intercambios y comunicación con los hijos e hijas durante la pandemia de la COVID-19. *Publicaciones*, 50(1), 23–41. doi:10.30827/publicaciones.v50i1.15942.
- Hernández, A. (2021, septiembre 11). Empresas del sector servicio tienen 81 mil contratos suspendidos. *La Prensa*. <https://www.prensa.com/impresa/economia/empresas-del-sector-servicio-tienen-81-mil-contratos-suspendidos>.
- Ley 42 del 7 de agosto de 2012. General de Pensiones Alimenticias.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.
- Resolución de Gabinete No. 11 (2020), 13 de marzo de 2020, Gaceta No. 28979-B, (Panamá).
- Resolución, 1, 2020. Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.
- UNICEF Comité Español (2016). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- UNICEF Panamá (2020). Informe 1. Impacto socioeconómico de la emergencia del COVID-19 sobre las familias, los niños, niñas y adolescentes en Panamá. <https://www.unicef.org/panama/media/2946/file/Impacto%20socioecon%C3%B3mico%20de%20la%20emergencia%20del%20COVID19%20sobre%20las%20familias,%20los%20ni%C3%B1os,%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%20en%20Panam%C3%A1.pdf>.
- UNICEF Panamá (2020). Situación de Familias con Niños, Niñas y Adolescentes

durante el COVID-19 en Panamá. Encuesta telefónica de hogares. <https://www.unicef.org/panama/comunicados-prensa/unicef-presenta-los-resultados-de-la-encuesta-situacion-de-familias-con-niños>.

Zamora, M. L. Z. (2016). Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores. Dykinson.

## Mgter. Eduardo Vargas Reyes

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Chiriquí, con Maestría en Derecho Mercantil obtenida en la Universidad Santa María La Antigua, Postgrado en Docencia Superior expedido por la Universidad Interamericana de Panamá y una carrera de 11 años en el Órgano Judicial, partiendo del cargo de Oficial Mayor II en el Juzgado Tercero Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial en 2010, Asistente de Juez en el mismo despacho, Asistente

de Magistrado en el Tribunal Superior de Familia y en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en ambos casos asistiendo a la Magistrada Nelly Cedeño de Paredes, hasta ocupar desde el año 2016 el cargo de Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá, Suplente de Juez Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá y docente universitario de licenciatura y maestría en diversas universidades desde el año 2013.



## Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal

**Mgtr. José Félix Sánchez Gallego**

Juez de Garantías del Primer Circuito Judicial  
Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: [jose.sanchez01@organojudicial.gob.pa](mailto:jose.sanchez01@organojudicial.gob.pa)

## Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal

Recibido: Noviembre 2021

Aprobado: Mayo 2022

### Resumen

La teoría de la imputación objetiva es un instrumento de superlativa importancia para la realización de los tipos penales, puesto que proporciona criterios normativos con los cuales es posible determinar si tienen ocasión la imputación de la conducta y del resultado; con lo cual se distancia de la causalidad que se ocupa de asuntos naturalísticos que, en buena parte de las veces, no interesan al Derecho penal. En todo caso, la causalidad puede ser considerada como un punto a examinar, de manera previa, a abordar las cuestiones que incumben a la imputación objetiva. Pese a la importancia de la referida teoría, es poco lo que **hemos adelantado para su materialización en nuestro medio, por ende, es preceptivo emprender algunas reflexiones sobre la misma en esta oportunidad, con miras al examen de sus dimensiones y propiciar, en alguna forma, su concreción.**

### Abstract

The theory of objective imputation is an instrument of superlative importance for the realization of criminal offenses, since it provides normative criteria with which it is possible to determine whether the imputation of the conduct and the result have occasion; with which it distances itself from the causality that deals with naturalistic matters that, in most cases, are not of interest to criminal law. In any case, causality can be considered as a point to examine, prior to addressing the issues that concern the objective imputation. Despite the importance of the aforementioned theory, there is little we have done for its materialization, therefore, it is mandatory to undertake some reflections on it at this time, with a view to its application.

### Palabras Claves

Causalidad, imputación objetiva, imputación a la conducta, imputación al resultado.

### Keywords

Causality, objective imputation, imputation to conduct, imputation to the result.

### Introducción

La persona a quien denominaremos A, quien es mayor de edad y con capacidad de culpabilidad, conoce a B, en medio de una noche de fiesta. A tiene noticia que padece de una grave enfermedad de transmisión sexual. Dentro del contexto mencionado, ambos deciden sostener relaciones íntimas, sin ningún tipo de protección. A omite informar a B,

quien es una persona adulta, de su condición. Al cabo de un tiempo B resulta contagiado, debido al encuentro que mantuvo con A.

¿La enfermedad de B puede ser imputada a A?; o ¿cabría la emisión de una resolución absolutoria? Si es esta última medida la correcta, ¿cuál es la plataforma jurídica adecuada para atender esta cuestión,

conforme a la teoría general del delito?

En esta oportunidad, me ocuparé de comunicar algunas pautas, para hacerle frente al problema planteado y a otros aspectos, desde la perspectiva de la imputación objetiva, la cual es, elementalmente, una herramienta para la aplicación racional del tipo. Claramente, no pretendo agotar un tema de notables proporciones en esta oportunidad. En todo caso, esta intervención podría ser una aproximación periférica al núcleo duro de la cuestión. En este tramo, importa tener en mente que la dogmática científica penal especializada en la materia no es uniforme, en consecuencia, advertimos distintos posicionamientos, algunos de ellos asimétricos. Así que en esta ocasión presentaré algunas líneas argumentativas matizadas por los diferentes entendimientos en cuanto al asunto, al menos en ciertos aspectos.

En sintonía con lo expresado, en esta apretada síntesis, abordaré los siguientes puntos: algunos temas en torno a la causalidad y su suficiencia dentro de la teoría del delito; antecedentes de la imputación objetiva, imputación de la conducta y al resultado; así como la presencia de la referida teoría en el ordenamiento jurídico penal sustantivo nacional.

El esquema que nos interesa es uno de los resortes sobre los cuales se encuentra asentado el ordenamiento jurídico sustantivo penal. De hecho, es uno de los cambios trascendentales que ha enfrentado la legislación nacional, a través de la cual se abre el paso al funcionalismo, en consecuencia, conviene tenerlo muy presente por todos los intervinientes en el proceso penal.

## 1. La causalidad

El propósito primordial de la causalidad

se encuentra dirigido a examinar los supuestos en los cuales debe concurrir una conexión entre la conducta adelantada por el hechor y el resultado producido (Mir Puig, 2015). Las pautas que se utilizan para tales efectos se encuentran íntimamente vinculadas con fenómenos naturalísticos que encaran el problema desde dimensiones fácticas.

Dentro de la teoría de la causalidad existen diferentes líneas de pensamiento construidas con el afán de dotar de contenido a la cuestión. De estas hacemos mención seguidamente.

## 2. Teoría de la condición o equivalencia de condiciones

El esquema construido por el procesalista Glaser, así como por von Buri sostiene que serán causas de un resultado, todas aquellas condiciones que vehiculicen su producción, sin que resulte preceptivo que el origen se ubique en una periferia distante.

Con miras a concretar este posicionamiento se acude al sistema de la supresión mental. En esta dirección, se debe eliminar la condición mediante una operación artificial y si esto permite que el resultado se atomice, entonces se estará ante una causa que ha provocado el resultado (Mir Puig, 2015).

Para ejemplificar el asunto, la doctrina suele recurrir al caso en el cual un sobrino extiende una invitación a un tío adinerado, con miras a que acuda a un viaje con la expectativa que perderá la vida en el periplo, de tal modo que con ello pueda heredar la cuantiosa fortuna de su pariente. El deceso ocurre. Según la construcción que nos interesa, podría ser atribuido el resultado al sobrino, pues si se suprime mentalmente la gestión de este, no habría fallecimiento.

La teoría de la condición se ha tropezado con no pocos argumentos en contra, debido a que la salida que presenta obedece a constelaciones de circunstancias que encuentran sintonía, prácticamente, con el infinito, pues habría que retroceder de manera considerable para adelantar el ejercicio que propone esta línea de pensamiento. Siguiendo este hilo argumentativo, en el delito de homicidio serán condiciones todas aquellas que se relacionan con el incidente. Así, la fabricación del arma empleada para concretar la gestión delictiva, engendrar al asesino por mencionar algunos serían causa del crimen (Velásquez, 2014). En consecuencia, la razón se encuentra de lado de Mir Puig al tiempo en que afirma que la teoría de la condición es útil para asuntos de escasa entidad.

En abono a lo planteado es de recibo considerar que los cuestionamientos que se dirigen a la teoría de la condición se potencian en supuestos de causalidad cumulativa. En otras palabras, los casos en los cuales concurren varias acciones que por sí solas no estén en condición de producir el resultado. En este caso, el diseño propuesto carece de argumentos suficientes para plantarle cara al problema, al menos satisfactoriamente, en atención a que intervienen varios factores que no son objeto de discriminación, pero aun así puede ser considerados causas.

Así las cosas, importa tener en mente que la teoría objeto de atención es el dinamismo que propicia una expansión desproporcionada del Derecho penal, con lo cual se desborda el carácter residual que precisa esta rama del ordenamiento jurídico, pues estamos frente a un esquema que se ha nutrido de importantes aportes naturalísticos, en atención al recurso a la causalidad que utiliza para enfrentar la problemática.

### 3. Teorías individualizadoras

En antítesis a los resortes sobre los cuales se asienta la teoría de la condición, en el diseño elaborado por von Kries y von Bar, advertimos que en este caso lo que se pretende es identificar la causal idónea. Siguiendo este hilo argumentativo, será condición de un resultado aquel que cuente con mayor eficiencia, lo cual da lugar a adelantar un proceso de descartes, con el fin de puntualizar la causa que ha incidido, en mayor medida, en la producción del resultado (Mir Puig, 2015).

Conforme, al argumento de esta teoría no se concreta una extensión desmesurada de la cadena causal, e incluso se acuden a criterios valorativos para resolver el problema. Así, se atienden a pautas como la previsibilidad objetiva y la diligencia debida. En cuanto a la previsibilidad, se materializa de la siguiente manera: una condición resulta adecuada para la concreción de un resultado en el evento que un observador promedio, ubicado en la posición del agente, habría vislumbrado la realización del resultado. Frente a esta línea argumentativa se ha sostenido que buena parte de las consecuencias que a diario tienen lugar son, en alguna forma previsibles, por ende, el criterio que ahora nos ocupa está impregnado de una alta dosis de imprecisión (Velásquez, 2014).

Para el autor antes citado el segundo criterio considera que, si el comportamiento se encuentra dentro de los contornos que resultan tolerables, entonces la conducta no puede ser imputable al tipo, en atención a que tiene lugar una diligencia debida. Reparos similares a los anteriores, se han formulado contra este concepto, puesto que se estima está informado de una gran indeterminación, por ende, no resulta un parámetro útil.

Pese la criba que se propone desde la

teoría individualizadora, se advierte que la plataforma sobre la cual se encuentra apuntalada dice relación con asuntos naturalísticos con lo cual no se distancia de la teoría de la condición (Mir Puig, 2015).

Como viene expresado, las teorías de la causalidad pretenden la materialización del Derecho penal con base en una retórica insuflada de criterios netamente naturalísticos. Ahora bien, no es posible soslayar que esta línea de pensamiento influyó, de manera superlativa, en la teoría del delito, al tiempo que se desarrollaron los parámetros de la acción causal y que luego dieron paso al neo-causalismo. Sin embargo, es imposible pasar por alto que los resortes sobre los cuales apuntaló sus posicionamientos, en buena parte de las veces, permiten la aplicación desmedida de la ley punitiva, lo cual da lugar una intervención insostenible, como hemos anunciado.

En fin, es palmaria la insuficiencia de los postulados clásicos para atender la cuestión que nos interesa, es decir, establecer la relación entre conducta y resultado, de tal modo que se puedan identificar los hechos con interés objetivo en sede penal y diferenciarlos de aquellos que no lo son. Asunto que no está en condición de adelantar, al menos de forma efectiva, la causalidad por sí sola, por ende, es preceptivo acudir a criterios que viabilicen una intervención razonada y ralentizada (Corcoy, 2016). Esto significa que es indispensable que la atribución de un resultado a la conducta debe estar cimentada en criterios normativos. En todo caso, la causalidad es un punto de partida dentro del contexto que nos interesa (Jescheck/Weigend, 2002).

Lo expresado hasta aquí quiere decir, en otras palabras, que la causalidad es relevante como un hito al cual es necesario atender de

entrada; no obstante, no es posible que, por su cuenta, dé lugar a determinar que un resultado es consecuencia de un comportamiento, porque para ello son preceptivas otras reflexiones que vienen dadas desde la imputación objetiva.

En sintonía con la línea de pensamiento expresada, debe tenerse presente que, al menos para un sector importante de la doctrina, el Derecho penal es un mecanismo de control social, y como tal altamente formalizado; así como también lo son la sociedad y la normatividad. Así, se infiere que la causalidad es un concepto extraño a lo expuesto en este inciso, en atención a que las leyes que integran la ciencia jurídica no se encuentran sintonizadas por pautas naturales. Los comportamientos que resultan relevantes y atendibles al Derecho penal no son aquellos que se encuentran informados por las leyes de la naturaleza, con el binomio causa-efecto. En todo caso, el derecho se vincula con la generación de expectativas, de tal modo que la falta de atención a aquellas allana el camino a defraudaciones, las cuales sí acarrearán el interés del ordenamiento penal (Reyes, 1996).

La insuficiencia de la causalidad es graficada a través de la verbalización que adelanta Jakobs (1997) quien sostiene que los lineamientos de la relación causal, por su cuenta, son inaceptables, puesto que no relacionan a un sujeto con un hecho; sino a todos con todos los sucesos.

#### **4. Antecedentes**

Desde el trabajo von Liszt la imputación cedió importantes parcelas dentro de la dogmática penal alemana, en atención a que las pautas generales en las cuales se diseñó el método clásico estaban influenciadas, en gran medida, por consideraciones iusnaturalistas, de tal modo que se desatendieron aspectos valorativos (Mir Puig, 2001). Este esquema

colocaba el acento en la transformación del mundo exterior como resultado de una acción. Esta reflexión impactó, de forma decidida, en la teoría general del delito.

Frente a la argumentación participada, se advierten las pautas desarrolladas desde el neokantismo que subrayó la importancia de los aspectos valorativos, lo cual abrió el camino para que se retomará la imputación dentro del plano jurídico, particularmente, el penal (Mir Puig, 2001). No en vano, Roxin (1996), el mayor exponente de la teoría de la imputación objetiva ha diseñado su trabajo con base en los postulados neokantianos.

De igual forma, encontramos importantes aportes al tejido de la imputación, desde la obra de Hegel en el siglo XIX, puesto que el filósofo idealista sostuvo que solo los efectos que son propios del comportamiento de una persona pueden ser objeto de imputación; en tanto que las consecuencias que no se desprenden de la conducta de un agente no deberían ser imputadas. En otras palabras, al sujeto solo se le puede atribuir lo que constituye su obra; por ende, quedan excluidos de tal ejercicio lo que resulta de la mera casualidad (Reyes, 1996).

Los antecedentes de la imputación objetiva se encuentran en los trabajos de Larenz, quien se ocupó de la figura en el plano civil, de tal modo que estimó la imputación es aquello que se le puede adjudicar a un sujeto como obra suya. De igual forma, son relevantes las contribuciones de Honing que encausó el asunto en el plano penal y descartó aquellas causalidades que no pueden ser atribuidas por ninguna finalidad (como se citó en Roxin, 2014, pp202 -204). Con todo, el ulterior desarrollo de la imputación objetiva ha superado los trabajos de Larenz y Honing pues ambos concentraron sus esquemas en la teoría de la equivalencia.

Así, la imputación objetiva restringe, en términos generales, la causalidad, con relación a los hechos analizados en cada caso en particular por la concurrencia de un riesgo lícito, la disminución de este, debido a hechos que, en realidad, no son causales ni pueden ser atribuidos (Roxin, 2014).

Pese a las bondades que conlleva la imputación objetiva ha sido objeto de no pocas censuras con alto contenido. Así, Sancinetti (1997) afirma que los criterios sobre los cuales tiene su fundamento la teoría que ahora nos ocupa son imprecisos, de tal suerte que pueden reconducir el análisis de las cuestiones sometidas a su consideración a una argumentación engañosa. Y añade el preclaro penalista argentino, que el acento de la imputación no debería contraerse, exclusivamente, en lo objetivo, en atención a que la ruptura de una expectativa cimentada en un rol allana el camino a una defraudación, lo cual interesa a la imputación objetiva, y esto conlleva una tasa elevada de subjetivismo, en consecuencia, el énfasis objetivo no resulta correcto. Además, la concreción del tipo objetivo no es disruptiva del dolo, es decir, de una de las modalidades del tipo subjetivo, con lo cual la relevancia de ambos extremos queda clara.

## 5. Imputación de la conducta

La teoría de la imputación objetiva presenta dos líneas de análisis que deben ser atendidas, luego de revisar la concurrencia de la causalidad, como punto de partida. En este sentido, son atendibles la imputación a la conducta, asunto del cual nos ocupamos en este tramo; y la imputación al resultado que se abordará en el siguiente punto.

El eje gravitacional sobre el cual descansa esta primera línea de reflexión dice relación con la caracterización del comportamiento,

con el fin de verificar si responde a las pautas de orden valorativo que se encuentran en el tipo objetivo (Cancio,2007).

Conviene tener en mente, que la doctrina se ha ocupado de este asunto, desde diversos enfoques. Para nuestros efectos, nos interesan tres criterios indispensables para el entendimiento de la cuestión. Así, revisaremos los siguientes puntos: riesgo permitido, prohibición de regreso; así como la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Con el apercebimiento que no son los únicos asuntos que informan a la teoría que nos atañe.

## 6. Riesgo permitido

Desde el surgimiento de la sociedad industrializada hasta nuestros días, asistimos a la concurrencia de un número importante de actividades que no están cubiertas por la intervención del Derecho penal. Esto genera espacios en los cuales se advierten conductas que son tolerables. En otras palabras, tienen ocasión riesgos permitidos (Cancio, 2007). El tráfico rodado es el ejemplo al cual se recurre con mayor frecuencia para ejemplificar este punto.

Siguiendo con lo expresado, concurren actividades que provocan riesgos, pero con regulaciones definidas, tal cual puede ocurrir con la circulación vial, o torneos deportivos. De igual forma, tienen lugar operaciones que no cuentan con prescripciones diáfanas, pero que se encuentran caracterizadas por la normalidad social, en las cuales no tienen ocasión riesgos que interesan al Derecho penal, debido a que cuentan con aceptación social (Sancinetti, 1997).

En líneas generales, la imputación al tipo objetivo solo debe materializarse en el evento que el comportamiento haya originado un peligro que no se encuentre amparado por un

riesgo permitido.

La imputación objetiva fracasa en el evento que tenga ocasión alguna disminución del riesgo. Esto acontece en el supuesto que el autor varíe el curso regular primitivo, de tal manera que disminuya el peligro que se causó inicialmente. En la dogmática se cita el caso del médico quien aminora el sufrimiento del paciente herido por una intervención, lo cual resulta impune, puesto que carece de sentido castigar conductas que no agravan la condición del sujeto pasivo (Roxin, 1996).

Con todo, concurren reparos dirigidos a censurar el posicionamiento expresado, puesto que se entiende la situación descrita puede ser resuelta mediante la figura del estado de necesidad justificante. Así, los partidarios de esta alternativa consideran que en el supuesto mencionado coliden dos intereses, de tal suerte que solo es posible conjurar el peligro mediante el sacrificio de uno; tesis que encuentra sincronización con la eximente referida. No obstante, no es posible soslayar que en el supuesto objeto de atención se visualiza una reducción del riesgo, es decir, que se concreta una infracción a un bien jurídico típico, debido a la concurrencia de un hecho delictivo, de tal suerte que esto permite concentrar la discusión en sede del tipo; por ende, no se está frente al estado de necesidad (Roxin, 1996).

Conviene tener en mente que la doctrina, de manera abrumadora, ha considerado que la imputación objetiva tiene su sede en el tipo. Es más, se ha concluido que integra el tercer elemento del tipo objetivo, puesto que posibilita que un incidente se pueda atribuir a la conducta que ha adelantado una persona, si es que concurren los requisitos necesarios (Garrido, 2010). Sin embargo, existen opiniones minoritarias, pero relevantes,

que entienden que la imputación objetiva pertenece a la antijuricidad, dado uno de los resortes sobre los cuales se asienta tal categoría valorativa sería, precisamente, el riesgo permitido.

Así las cosas, el riesgo permitido no cuenta con unanimidad en el seno de la doctrina, puesto que su sentido, alcance y ubicación dentro del contexto de la teoría del delito, tal cual se anunció, no presenta uniformidad. En abono a lo expresado, no han faltado quienes entienden que esta figura encuentra sintonía con la adecuación social o el consentimiento, o se trata de un principio general que informa las causas de justificación.

Pese a las distintas líneas de pensamiento que tienen lugar y que han sido participadas, en un brevísimo espacio, somos de la opinión que el riesgo permitido tiene su sede en el plano del tipo objetivo, puesto que en la antijuricidad concurren colisiones de intereses, de tal suerte que aquel que resulte preponderante desplaza al otro, sin embargo, esto no se vislumbra, desde ningún flanco, en el asunto que nos interesa. Tampoco tendría lugar en la culpabilidad, puesto que aquí convergen aspectos como: la capacidad de culpabilidad, la inexigibilidad de otra conducta y el conocimiento de la condición antijurídica del comportamiento, cuestiones que son extrañas al riesgo permitido.

En abono a lo expresado, es de recibo mencionar que la localización del riesgo permitido no debe radicar en la justificación, debido a que, de alguna u otra forma, este sirve como contención para evitar, **lo que se ha considerado una: “hipertrofia sería total en desmedro de las libertades individuales” (Reyes, 1996, p.101), por tanto, se desaconseja su examen en sede de las causas que justifican.**

## 7. Prohibición de regreso

En este caso, se puede concretar una inicial contribución con contenido doloso, pero que no resulta clara en vías del ulterior desarrollo de la gestión delictiva. Esto significa, elementalmente, que no es correcto el examen sesgado de un comportamiento, por ende, frente a esta situación no tiene lugar la imputación objetiva (Cancio,2007).

En antítesis a lo expresado, solo en el evento que un comportamiento allane, con claridad meridiana, el camino para la concreción de una conducta delictiva, o a una acción caracterizada como arriesgada puede acontecer una gestión típica dentro de este nivel de la imputación objetiva. En otras palabras, en la prohibición de regreso asistimos a comportamientos ambivalentes en su contenido y que conllevan un aporte insuficiente (Cancio,2007).

En abono a lo expresado es menester comunicar que en este supuesto no se materializa la imputación objetiva, en razón que el resultado se concreta por la acción de otro, de tal modo que no se puede imputar a quien desencadenó el riesgo primitivo por la falta de entidad de este (Velásquez, 2014).

El asunto que integra el núcleo duro de la prohibición de regreso estriba en determinar hasta donde es posible la condena de alguien que con una conducta descuidada ha propiciado la concurrencia de un delito con tipo subjetivo doloso (Reyes, 1996).

Los fundamentos de este criterio consisten en: 1) interrupción del nexo causal, pues se estima que surge, en algún momento, un nuevo eslabón con lo cual se altera el punto de partida; 2) participación impune que sostiene que solo puede castigarse a quien provocó, de manera deliberada y consciente, la condición

con miras a ocasionar el resultado; 3) la previsibilidad que se encuentra en sintonía con la causalidad adecuada; y 4) la dominabilidad, la cual considera que el sujeto que ocasiona un peligro diferente tiene el control sobre este, por eso excluye a los demás (Reyes, 1996).

Para graficar este criterio, Cancio (2007) recurre al caso de un estudiante de arquitectura que realiza una pasantía en una oficina especializada en esa disciplina. En el curso de sus asignaciones se percata de la deficiencia de unos planos, no obstante, nada comunica. Tiempo después se entera que el inmueble se construyó, pero colapsó en razón de las irregularidades que advirtió, lo cual ocasionó la muerte de varias personas. En este ejemplo, se advierte, si se quiere, una contribución inicial, pero insustancial, por ende, fracasa la imputación objetiva.

### **8. Ámbito de responsabilidad de la víctima**

En este caso tanto la víctima, como el agente han intervenido en la gestión, lo cual implica un concurso. Este criterio permite atender problemas como, por ejemplo, la muerte de una persona quien ha comprado y consumido drogas ilícitas, heroína por mencionar alguna. La conducta no puede ser atribuida al vendedor con base en el concepto que ahora analizamos, puesto que la víctima acepta el riesgo de lesión (Gimbernat, 2007)

Precisamente, este es el caso con el cual iniciamos este artículo. De tal modo, que la interrogante planteada en las primeras líneas se resuelve mediante la teoría que nos interesa. Así, fracasa la imputación objetiva, puesto que no puede ser atribuida la conducta al tipo.

Los resortes sobre los cuales se asienta este criterio radican en el principio de autorresponsabilidad, el cual valora a la persona en su autonomía, de tal modo que si decide

emprender iniciativas dirigidas al sacrificio de bienes de los cuales es su titular, entonces el Derecho Penal no debe intervenir. En la autopuesta en peligro la víctima adelanta junto con el autor una actividad encaminada a la producción de una lesión a un bien jurídico, por ende, la diligencia generadora del riesgo debe ser imputada dentro del plano de responsabilidad de la parte afectada (Cancio,2007).

Con todo, es imprescindible formular algunas pautas que sirven para el mejor entendimiento del criterio que revisamos. De alguna u otra forma, constituyen matizaciones al mismo. Así, con miras a la materialización del ámbito de responsabilidad de la víctima habría que considerar tres puntos: 1) Que la actividad se haya concretado dentro del contexto organizativo compartido entre la víctima y un autor; 2) Que el comportamiento de la persona afectada, no sea producto de una instrumentalización por parte del autor, lo cual nos permite concluir que se está frente a una persona con capacidad suficiente para emprender, válidamente, sus gestiones, de tal suerte que es preceptivo que se esté ante un comportamiento caracterizado por la responsabilidad; y 3) el autor no debe contar con el deber de garante (Cancio,2007).

Al hilo argumentativo expresado, se infiere que la autopuesta en peligro efectuada por cuenta de la víctima con ejercicio de su libertad y cognoscibilidad no encaja en el tipo. En sentido contrario, si la persona presenta alguna disminución de su capacidad, de tal suerte que no tiene conciencia del riesgo, entonces es de lugar la imputación (Roxin, 1996).

### **9. Imputación objetiva del resultado**

En este caso estamos ante el último nivel de la imputación objetiva. En términos generales, consiste en verificar si el resultado que se ha causado es una consecuencia de

la conducta típica realizada. El propósito elemental estriba en la atribución del resultado a la conducta. En otras palabras, no todo comportamiento causal puede dar ocasión a la comisión del tipo (Mir Puig, 2015). Tal cual aconteció con el punto anterior, en esta oportunidad, corresponde atender a criterios normativos, para hacerle frente al problema objeto de atención (Cancio, 2007).

Como primer punto importa acudir al **fin de protección de la norma**. En este caso, se observa que concurren peligros, pero el ordenamiento no está interesado en hacerles frente, en atención a que se encuentran fuera de su ámbito de cobertura (Cury, 1992). Así, en el supuesto de manual en el cual el conductor A adelanta a B a una velocidad excesiva, lo cual provoca que este último presente un infarto y pierda la vida. Aquí se considera que la extensión del derecho no es aplicable a esta circunstancia, por ende, no cabe la imputación objetiva al resultado (Reyes, 1992).

En las **conductas alternativas** se colige que el resultado no es imputable, si el autor estuvo en posición de realizar, de manera racional, un comportamiento diferente que habría evitado la consecuencia producida (Velásquez, 2014). Roxin ilustra el criterio con el ejemplo de un ciclista que es rebasado por el conductor de un vehículo articulado, que se acerca en demasía al ciclista, lo cual provoca que este vaya a parar a las ruedas del auto, de manera que ello ocasiona su muerte. El asunto estriba en que, si el chofer hubiera observado la distancia, probablemente, el desenlace habría sido otro. En este supuesto, cabe la imputación objetiva, puesto que se ha sobrepasado el riesgo y el resultado es una consecuencia del peligro (Roxin, 1996).

En fin, la cuestión radica en verificar lo que habría acontecido si el agente hubiese

guiado de otra forma su conducta, es decir, si su comportamiento habría sido correcto: ajustado a derecho (Cancio, 2007)

En el **incremento del riesgo**, el resultado es imputable en el supuesto que se haya adelantado un comportamiento que aumentó por encima de lo permitido el riesgo (Cury, 1992), aunque no sea seguro que un comportamiento distinto, apegado a derecho, habría evitado el resultado. Según esta línea de pensamiento, se debe concretar la atribución, siempre y cuando se haya demostrado la generación de riesgo no permitido (Cancio, 2007).

Se han formulado sendas observaciones a la teoría del incremento del riesgo, puesto que prescinde de prueba clara para adjudicar el resultado, pero pese a ello se materializa la imputación, con lo cual se advierte una desvertebración de la presunción de inocencia. Además, es posible que delitos de resultado se tornen en ilícitos de peligro, lo cual genera la desnaturalización del tipo (Cancio, 2007).

## 10. Imputación objetiva en el código penal

El legislador se ha ocupado, con alguna claridad, de la teoría de la imputación objetiva. No en vano, el último inciso del artículo 26 del estatuto punitivo a la letra dice así: **“la causalidad por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado”**.

La dicción de la norma citada allana el camino a la imputación objetiva, sin ninguna duda. Así lo ha expresado la doctrina nacional.

En este sentido, Acevedo (2008), Gill (2017) y Arango (2014). El legislador valida la relevancia de la causalidad, con lo cual es indispensable que concurra como paso previo a la imputación objetiva (Muñoz, 2007). No obstante, la causalidad, según la inteligencia del

precepto invocado, requiere de un paso más: la imputación objetiva.

No se trata de una ficción o de una fórmula esotérica inextricable. Está consignada en la ley y por ello debería ser aplicable. Lamentablemente, poco y nada hemos adelantado en más de 10 años de vigencia del Código Penal de 2008, para darle curso a la teoría objeto de atención.

Vale la pena mencionar que la ubicación de la imputación objetiva entre nosotros no deja asomo de duda. Y es que el código se ocupa de la figura en el ámbito del tipo, por ende,

advertimos que su localización sistémica está fuera de la antijuricidad, donde algún sector de la doctrina entiende que radica; e igualmente de la culpabilidad, en la cual he advertido, en alguna forma, que el gremio forense pretende incluirla, lo cual es una aporía insostenible.

Más allá de la mención especial que realiza el legislador, advierto que el (Código Penal, 2017), vigente cuenta con otras herramientas para darle curso a la imputación objetiva, en razón que se ha regulado el principio de mínima intervención, así como el de legalidad.

## Conclusiones

1. La causalidad, por su cuenta, no es suficiente para materializar la imputación al tipo objetivo. Así lo establece el artículo 26 del Código Penal y la doctrina especializada en la materia. La causalidad se ocupa de asuntos meramente fácticos, que no interesan al Derecho Penal, en atención al sustrato naturalístico al cual recurre. En todo caso, la causalidad es un punto de partida que corresponde analizar como paso previo a la concreción de la teoría que ha concitado nuestra atención.
2. La imputación objetiva es una de las herramientas jurídicas a la cual se debe acudir para determinar si se han realizado los tipos penales; debido que se encuentra apuntalada en fundamentos normativos con contenido jurídico suficiente para allanar el camino a la imputación de la conducta y del resultado al tipo, puesto que a diferencia de causalidad no se sustenta en asuntos naturalísticos.
3. En el primer nivel de análisis de la teoría

- que nos interesa corresponde verificar si ha tenido la imputación de la conducta al tipo, lo cual implica que es preceptivo caracterizar el comportamiento, en vías de verificar si se encuentra en sintonía con las descripciones valorativas que aparecen en el tipo. Para tales efectos, debemos acudir a criterios. En este artículo hemos considerado pertinentes los siguientes: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Con el apereamiento que existen otros criterios que no exploramos, por razones de espacio, lo cual también acontece en la imputación al resultado.
4. El segundo plano de la imputación objetiva consiste en establecer si la conducta realizada puede dar paso al resultado. Para estos fines, es imprescindible utilizar algunos criterios. Para nuestros propósitos: el incremento del riesgo, las conductas alternativas y el fin de protección de la norma, tal cual ha sido consignado.

## Referencias Bibliográficas

- Arango Durling, V. (2014) Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito, Ediciones Panamá Viejo.
- Cancio Meliá, M. (2007) Derecho Penal y Sociedad, tomo I, Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva, Universidad Externado de Colombia.
- Código Penal, 2008. Ley 14 mayo 18, 2007. 9 de junio de 2008, (Panamá).
- Código Penal, 2017. Ley 14 mayo 18, 2007. 9 de junio de 2008, (Panamá).
- Corcoy Bidasolo, M. (2016) *Eficacia de la Imputación "Objetiva". Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales*, THÊMIS Revista de Derecho 68.2016., Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cury Urzúa, E. (1992) Derecho Penal, Parte General, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile.
- Garrido Montt, M. (2010) Derecho Penal. Parte General, Editorial Jurídica de Chile.
- Gimbernat Ordeig, E. (2007) Imputación Objetiva y Conducta de la Víctima, México D.F., Editorial Ubijus.
- Jakobs, G. (1997) Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª., edición, traducción de Cuello Contreras, J., y Serrano González de Murillo, J., Madrid, Marcial Pons.
- Jescheck/Weigend (2002), Tratado de Derecho Penal, traducción de Olmedo Cardenete, M., Granada, España, Editorial Comares.
- Mir Puig, S. (2001) Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Argentina, Marcos Lerner Editora Jurídica.
- Mir Puig, S. (2015) Derecho Penal. Parte General (10 ma., edición). Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde F. (2007) Teoría General del Delito (4ta edición), Valencia, Tirant Lo Blanch Libros.
- Reyes Alvarado, Y. (1996), Imputación Objetiva, (segunda edición), Santa Fé de Bogotá-Colombia, Editorial Temis, S.A.
- Roxin, C., (1996), Derecho Penal, Parte General, traducción a la 2ª edición alemana por Luzón Peña; Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, Civitas.
- Roxin, C. (2014), Sistema del hecho punible/1, Buenos Aires, Hammurabi.
- Sancinetti, M. (1997) Subjetivismo e Imputación Objetiva, Buenos Aires, Ad-Hoc SRL.
- Velásquez Velásquez, F. (2014), Manual de Derecho Penal, Colombia, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

## Mgtr. José Félix Sánchez Gallego

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad Santa María La Antigua

Maestría en Derecho Procesal  
Universidad de Panamá

Postgrado en Docencia Superior  
Universidad de Panamá

Diplomado en Resolución Alternativa de Conflictos  
Universidad de Panamá

Diplomado en Sistema Penal Acusatorio  
Universidad Latina

Maestría en Derecho Penal y Procesal  
Universidad de Sevilla (España)

Doctor en Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

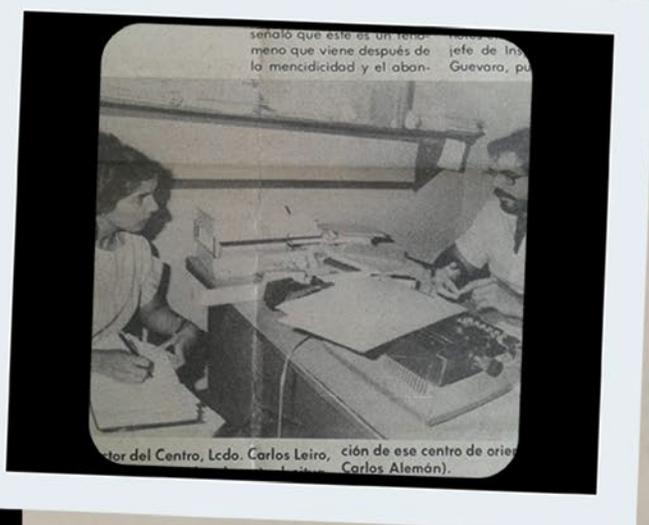
Cargo  
Juez- Juzgado de Garantías del Primer Circuito  
Judicial de Panamá

# INSTITUTO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE PANAMÁ, Y LA UNIVERSIDAD ESPECIALIZADA DE LAS AMÉRICAS REALIZAN REUNIÓN

El viernes 10 de junio, 2022 el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa y la Universidad Especializada de las Américas (UDELAS) realizaron una reunión, cuya intención es lograr convenios entre ambas instituciones. Por el ISJUP, participaron: Lcda. Darlene González (Subdirectora), Lcda. Cruz Grenald (Gestora jurídica), Dra. Ernestina Torres (Planteamiento Académico) y Dra. Edita de Garibaldi (Editorial y Publicaciones), por UDELAS el Dr. Juan Bosco Bernal (Rector), Dra. Nicolasa Terreros Barrios (Vicerrectora de extensión), Dra. Carmen Rodríguez, Vicedecana de Posgrado, Mgter. Ricardo González Escartín, Decano de la Facultad de Educación Social y Desarrollo Humano; Dr. James Bernard, asesor de Rectoría y Dina Cortés, Directora de Asesoría Jurídica.

En esta reunión, se trataron los siguientes temas: carta de intención, convenios marcos y específico; diplomados en conjunto, publicación de artículos en la Revista Sapientia, intercambios de docentes, para conferencias académicas; becas para la población originaria judicial, pasantías, entre otros.





## Las faltas disciplinarias en el ámbito judicial

**Mgter. Alberto Hassim González Herrera**  
 Defensor Público, Instituto de Defensa Pública  
 Órgano Judicial de la República de Panamá.  
 Correo electrónico: [alberto.gonzalez@organojudicial.gob.pa](mailto:alberto.gonzalez@organojudicial.gob.pa)

## Las faltas disciplinarias en el ámbito judicial

*Recibido: Enero 2022*

*Aprobado: Abril 2022*

### Resumen

La Ley N°53 de 27 de agosto de 2015 además de adoptar una nueva regulación de la Carrera judicial en la república de Panamá, establece las conductas constitutivas de faltas disciplinarias y las sanciones aplicables a los servidores judiciales que incurran en ellas; así como la Jurisdicción especial encargada de juzgarlas.

### Abstract

The Judicial career law, establishes behaviors constituting disciplinary offenses and sanctions applicable to judicial servants in Panama republic; as well as the jurisdiction in charge of applying them.

### Palabras Claves

Falta disciplinaria, servidor judicial, sanciones.

### Keywords

Disciplinary offense, judicial servant, sanctions.

### Introducción

La necesidad de reprimir las faltas disciplinarias resulta indispensable en el ámbito jurisdiccional, de caras a cumplir con la misión, visión y valores del Órgano Judicial; frenar los comportamientos inapropiados con la aplicación de sanciones a los servidores que se apartan del correcto desempeño y prestación del servicio, es lo que promueve la Ley de Carrera Judicial Ley 53 (2015) a través de la Jurisdicción Especial de Integridad y de Transparencia.

Establece el texto de la citada ley de Carrera Judicial, un catálogo de faltas leves, faltas graves y faltas gravísimas, al igual que las sanciones, que van desde la amonestación pública hasta la destitución del cargo.

La Jurisdicción Especial de Integridad y Transparencia encargada de juzgar las

faltas e imponer las sanciones se conforma de los siguientes entes: el Tribunal Especial, la Unidad Especial de Investigación y la Defensoría Especial. Cada ente actuará realizando las tareas de investigación, defensa y juzgamiento de los servidores judiciales.

### Derecho Disciplinario Judicial

Dentro de las modalidades de ordenamientos dirigidos a regular la conducta de las personas en cada Estado, contamos diversas manifestaciones del Derecho Sancionador. De ellas, una es el Derecho Disciplinario viene a modelar la conducta de los servidores públicos. Al respecto comenta Gómez (2012): “Constitucionalmente dicha referencia viene soportada por los fines y objetos de cada especie del Derecho Sancionador, como lo son el Derecho Penal, el Derecho Contravencional, el Impeachment, el Derecho Correccional y el Derecho

Disciplinario” (p. 62).

Este último, el Derecho Disciplinario, luego de la expedición de la Ley N°53 (2015) que regula la Carrera Judicial, adquiere la nueva característica de apartarse de cualquier nexo con el Derecho Administrativo Sancionador por contar con una normativa propia, entes propios y dirigirse a determinado grupo de servidores públicos. Con base en la modalidad de proceso especial por faltas disciplinarias y éticas, se da un giro de 180 grados en el Derecho Disciplinario Judicial panameño; el proceso disciplinario regulado por el Código Judicial (2001) autorizaba a la unidad nominadora o superior jerárquico a investigar, juzgar y sancionar a los subalternos denunciados por faltas. Este modelo autoritario, discrecional, subjetivo y lesivo del derecho fundamental al proceso debido, a tribunal independiente e imparcial sigue vigente hasta que el Tribunal Especial de Integridad y de Transparencia se constituya de conformidad con el artículo 308 de la Ley 53 (2015).

Tenemos entonces, que el Derecho Disciplinario Judicial es un conjunto de disposiciones legales que determinan las faltas y las sanciones aplicables a los servidores judiciales que incurran en estas, por el Tribunal Especial de Integridad y Transparencia, previa realización de una investigación por la Unidad Especial de Investigación de Integridad y Transparencia, con asistencia letrada particular o por la Defensoría Especial de Integridad y Transparencia.

Subraya Ramírez (2008) que: “El objeto del Derecho Disciplinario es “la conducta”, y el instrumento para encauzarla es “el deber” (p. 81).

Presenta el Derecho Disciplinario Judicial

panameño las siguientes características:

A. Es autónomo. La autonomía emana de la Ley 53 (2015) que crea disposiciones adjetivas reguladoras de un procedimiento especial, el artículo 1 puntualiza lo siguiente: “Instituir la Jurisdicción Especial de Integridad y Transparencia del Órgano Judicial para el conocimiento de las faltas, a través de la aplicación del procedimiento y las sanciones previstos en esta ley”. Entre las disposiciones relativas al desempeño desviado clasifica las faltas disciplinarias de los artículos 190 a 192 y de los artículos 196 a 201 determina las sanciones. Con el establecimiento la Jurisdicción Especial de Integridad y Transparencia se cumple lo que propone la doctrina que debe existir un “...órgano independiente de control disciplinario” (Ramírez, 2008, p. 58).

B. Es especializado y exclusivo. Emanado de los preceptos anotados y del artículo 196 de la Ley 53 (2015) que resulta aplicable a los servidores judiciales permanentes, temporales u ocasionales que se desempeñan en el Órgano Judicial, independientemente de la calidad como hayan ejercido funciones: principales, suplentes, interinos, itinerantes o encargados de los puestos que ocupan. Comprende a los magistrados y jueces, personal de despachos judiciales, servidores administrativos, defensores públicos, abogados de la Oficina de víctimas del delito, personal de apoyo de la defensa pública y demás profesionales que laboran en la institución. El régimen disciplinario se dirige a servidores del Órgano Judicial desde el inicio de funciones hasta la renuncia o destitución del cargo. Ello, en virtud de la relación especial de sujeción que deriva de lo dispuesto por la

Constitución (2004) artículo 18 dispone: “Los particulares sólo [sic] son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”. Asimismo, el artículo 64 de la Ley 53 (2015) complementado la necesidad de ofrecer un servicio público de resolución de conflictos óptimo, señala los deberes generales que deben observar los servidores judiciales, entre estos: cumplir y hacer cumplir la Constitución (2004); realizar personalmente su labor, de forma competente, leal, y moral en el servicio; llenar el formulario en el primer mes de cada año, bajo la gravedad de juramento, en el que conste el detalle de su estado patrimonial; brindar un trato oportuno, atento, amable y cortés a los usuarios en su calidad de destinatarios de la labor del Órgano Judicial; guardar estricta reserva sobre la información o documentación confidencial de que conoce en virtud o con ocasión del servicio que presta; atender los asuntos de su competencia dentro de los términos legal o reglamentariamente establecidos; rechazar pagos o favores que ofrezcan los particulares, como contribución o recompensa por la ejecución de acciones inherentes a su puesto de trabajo, entre otros. Los deberes constituyen aquellos comportamientos que deben observar todos los servidores judiciales, sino lo hacen dan margen a la denuncia, apertura de investigación, juzgamiento y sanción por falta de cumplimiento. La mayoría de los deberes van a encontrar una falta leve, una falta grave o una falta gravísima que los contempla.

C. Es una manifestación de Derecho

Público. Por haberse emitido el régimen disciplinario mediante ley orgánica, dentro de la Ley 53 (2015), como institución del Estado que ofrece un servicio público y se dirige a servidores que lo prestan, el Derecho Disciplinario es una manifestación del Derecho Público.

D. Es una especie de Derecho Sancionador. En efecto, las normas dirigidas a sancionar a los servidores del Órgano Judicial por faltas, como parte del Derecho Disciplinario Judicial son una de las especies del Derecho Sancionador.

En Colombia, le denominan Derecho Disciplinario Jurisdiccional por la naturaleza de los órganos encargados de aplicarlo, el que aplica la jurisdicción disciplinaria, ejercido por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura y sus correspondientes Consejos Seccionales sobre los funcionarios judiciales, y, el que aplica la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, respecto los congresistas (Ramírez, 2008, pp. 71-72).

Como puntualiza Gómez (2012): De manera clara se ha dicho que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, y la del Derecho Disciplinario, es el aseguramiento de los deberes funcionales (p. 125). Se asemeja el Derecho Disciplinario al Derecho Penal por la aplicación de sanciones, previa realización de conductas descritas como como faltas o tipos disciplinarios; tomando en cuenta las categorías de tipicidad, antijuricidad y de culpabilidad.

### **Faltas disciplinarias**

Subraya el autor antes citado que, los tipos disciplinarios son de sujeto activo determinado, expresan el quebrantamiento de

deberes funcionales por parte de servidores públicos (p. 66). A la vez, comenta Gómez (2012) que: "...los tipos de ilicitud, son, por norma general, tipos de mera conducta, es claro que la noción de desvalor de acción toma singular importancia en la noción del ilícito personal, como se viene destacando en la doctrina nacional disciplinaria" (pp. 121-122).

De igual manera, las faltas disciplinarias son tipos abiertos, indeterminados y de autoría pues no existe una descripción cerrada ni precisa, se suelen completar con otras normas y solo pueden incurrir en ella los sujetos actuando por sí mismos. En virtud de ello no existen partícipes en las faltas.

El catálogo de faltas previstas por la Ley 53 (2015) procura el cumplimiento de los deberes por todos los servidores judiciales.

Las faltas disciplinarias buscan mantener al margen de comportamientos cuestionables a los servidores públicos, procurando el actuar honesto y desempeño correcto de sus deberes y atribuciones legales. Como destaca Ramírez (2008): "...la falta disciplinaria busca proteger la diligencia, eficacia, eficiencia y moralidad de la función pública; por lo anterior cualquier estudio del derecho disciplinario debe tener claro cuál es el objeto de la ética y la moral" (p. 80).

Frente al anterior régimen de correcciones disciplinarias previsto en el Código Judicial (2001), el enunciado por la Ley 53 (2015) presenta interesantes similitudes puesto que mantiene muchas de estas conductas como faltas.

Tenemos que el Libro Primero del Código Judicial (2001), en el artículo 286 precisaba

como faltas o correcciones disciplinarias las siguientes conductas:

1. El faltar de palabra, por escrito o de obra, a sus superiores;
2. Faltar al despacho más de tres días en un mes o más de un lunes en el mismo lapso sin causa justificada;
3. Ser denunciados por negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus deberes oficiales y se comprobare el cargo;
4. Dar a las partes o terceras personas, opiniones, consejos, indicaciones o información confidencial, en relación con asuntos pendientes en sus despachos, que puedan ser motivo de controversia, si se comprueba el cargo;
5. Dirigir al Órgano Ejecutivo o a servidores públicos o a corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos;
6. Tomar parte en reuniones, manifestaciones o en cualquier acto de carácter político que no sea el de depositar su voto en los comicios electorales;
7. Censurar injustificadamente por escrito o verbalmente la conducta oficial de otros jueces o magistrados o agentes del Ministerio Público;
8. Sugerir a jueces y tribunales la decisión de negocios pendientes en juicios contradictorios o en causas criminales, salvo cuando la ley así lo disponga;
9. Sugerir a jueces y tribunales subalternos el nombramiento de una determinada persona; y
10. Incurrir en cualquiera de las prohibiciones o faltar al cumplimiento de los deberes que el Código Judicial (2001) otros códigos y leyes tengan establecidos.

Asimismo, los artículos 185 y 191 contemplaban faltas y sanciones aplicables a secretarios y demás servidores de despachos judiciales. Señala el artículo 185 lo siguiente:

“Se prohíbe a los secretarios y demás subalternos solicitar o recibir dinero o cualquier forma de pago o recompensa por servicios propios de su cargo, salvo los que expresamente autorice la ley”.

La violación de este artículo será sancionada con multa de diez balboas B/.10.00) a cincuenta balboas (B/.50.00) por el jefe del despacho respectivo”.

Dispone el Código Judicial (2001) artículo 191:

Todos los empleados judiciales deben guardar reserva sobre las resoluciones que hayan de dictarse en los procesos mientras no sean refrendadas por el secretario.

Los que violen esta prohibición serán sancionados por su respectivo superior con multa de veinticinco balboas (B/. 25.00).

Estas faltas previstas por el citado código han sido derogadas por la Ley 53 (2015). las mismas describían las conductas, puntualizaban la sanción y le imponen al superior (juez o tribunal) el deber de aplicar las multas respectivas a los responsables.

El Código Judicial (2001) artículo 447 enuncia veintidós (22) reglas de ética judicial que debían observar y cumplir los funcionarios del Órgano Judicial y del Ministerio Público. La mayoría de estas reglas eran de cortesía elemental, algunas prohibitivas de no hacer, otras de incompatibilidades e inhabilidades de los servidores. El margen de discrecionalidad conferido a la autoridad nominadora que le correspondía el admitir la acusación o queja contra algún servidor judicial, investigarlo y juzgarlo por las faltas cometidas era amplísimo.

En la Ley de Carrera Judicial (2015) el legislador clasificó las faltas en leves, graves y gravísimas. Las faltas leves las describe el artículo 190 de la siguiente manera: Incurren en faltas leves los servidores judiciales cuando:

1. Se ausentan del lugar de trabajo sin causa justificada, por dos días en el curso de un mes.
2. Incumplan injustificadamente los plazos establecidos en la ley para realizar sus labores.
3. Incumplan la obligación de remitir el informe periódico de gestión o estadístico de la relación de expedientes en el tribunal o despacho.
4. Sean desconsiderados en su trato a iguales, superiores, inferiores, servidores que ante ellos actúen o ciudadanos en general, por razón del servicio que prestan.
5. Incumplan el deber de prestar declaración jurada de su patrimonio.

De las 5 faltas leves enunciadas, la contenida en el numeral 2 relativa a la falta de cumplimiento sin justificación de los plazos legales, constituye un tipo abierto de falta disciplinaria, que hace imperativo señalar que término legal previsto por el procedimiento respectivo se ha desatendido.

Las demás faltas son tipos cerrados, cada situación enuncia la conducta concreta en que se podría incurrir, sin necesidad de acudir a otra disposición legal a efecto de completar la misma. El numeral 1 alude a la prohibición de ausentarse del lugar de trabajo sin causa justificada dos días en un mes; el numeral 3 a la falta de cumplimiento en la remisión de informe periódico de gestión o estadístico de la relación de expedientes en el tribunal o el despacho; el numeral 4 la relativa al trato desconsiderado (descortés o descomedido) a iguales o pares, superiores, inferiores o

subalternos, servidores que ante ellos actúen o ciudadanos en general, por razón del servicio que presta. La del numeral 5 la de no presentar la declaración jurada de su patrimonio. Todas estas faltas ponen de manifiesto la desatención a los principios éticos de: responsabilidad institucional, cortesía, integridad y diligencia; previstos en el Código de Ética Judicial (2008) artículo 203. De igual manera, la falta de observancia de los deberes generales descritos por el artículo 64 de la Ley 53 (2015) podría acarrear responsabilidad.

Conforme el artículo 197, de la ley antes citada las sanciones por este tipo de falta será la amonestación pública o la multa.

Las faltas graves las prevé el artículo 191 de la ley, se verifican cuando los servidores judiciales:

1. Ausentarse del lugar de trabajo sin causa justificada, por más de tres días, en el curso de un mes.
2. Incumplir injustificadamente las decisiones judiciales cuya ejecución tengan encomendadas.
3. Incumplir los actos procesales o administrativos que deben llevarse a cabo con audiencia pública.
4. Retrasar injustificadamente la tramitación de los asuntos que conozcan, siempre que se compruebe esta falta.
5. Incurrir en negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus deberes oficiales o incumplir los niveles satisfactorios de desempeño, según resulte de la tramitación correspondiente con arreglo a las normas legales y reglamentarias que regulan la evaluación del desempeño.
6. Obstaculizar el ejercicio de las funciones auditoras o evaluadoras del desempeño.
7. Abstenerse injustificadamente de diligenciar y decidir las situaciones

procesales o administrativas planteadas en los expedientes o en labores que son de su conocimiento.

8. El personal de apoyo judicial o administrativo desobedecer las órdenes o instrucciones verbales o escritas de su jefe, emitida en el ejercicio de sus competencias y referidas a funciones o tareas propias del puesto de su trabajo, salvo las que sean manifiestamente inconstitucionales o ilegales.
9. Retardar, omitir o rehusar injustificadamente actos propios de su cargo o instrucciones impartidas por sus superiores jerárquicos, siempre que estas no violen la Constitución Política o la ley.
10. Dirigir a servidores públicos o a corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos.
11. Excederse o abusar de su autoridad con ciudadanos, instituciones, subordinados y el resto del personal de servicio en el Órgano Judicial, abogados o agentes del Ministerio Público.
12. Revelar fuera de los casos legalmente establecidos, hechos o actos de los que conocen con ocasión de o en el ejercicio de su función.
13. Actuar con negligencia en la custodia de documentos bajo su responsabilidad que dé lugar a su difusión o conocimiento indebido.
14. Utilizar indebidamente, en provecho propio o para fines de especulación, documentación, informes, materiales y/o equipos de trabajo.
15. Ocasionar intencionalmente daños o pérdidas de bienes, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder en razón de sus funciones.
16. Conceder entrevistas privadas, a puerta cerrada, y escuchar argumentos o comunicaciones destinados a influir en una actuación judicial.

17. Escoger a los curadores, síndicos, depositarios, peritos y otras personas que deban intervenir como auxiliares de la Administración de justicia, mediando nepotismo o favoritismo.
18. Nombrar servidores judiciales en los cargos de partidores, depositarios de bienes u otros, que sean materia de procedimiento judicial o administrativo, salvo las excepciones de ley.
19. Desempeñar los cargos de partidores, depositarios de bienes que sean materia de procedimiento judicial o administrativo o cualquier otro, cuando dicho nombramiento les corresponda a los despachos judiciales, de instrucción o a las partes en el proceso, salvo las excepciones de ley.
20. Utilizar el tiempo y los recursos del Estado en beneficio propio.
21. Introducir o portar armas de cualquier naturaleza durante la jornada laboral, sin estar autorizado para ello.
22. Faltar de palabra, por escrito o de obra, el respeto a superiores, inferiores o iguales o censurar injustificadamente su conducta oficial.

En el caso de determinación de la mora en el cumplimiento de los deberes, se tomará en consideración la actividad desplegada por el servidor judicial al que se le ha abierto el expediente disciplinario, en el despacho donde se desempeña y las condiciones generales del Tribunal.

Estas faltas graves presentan similitud con algunas faltas leves, dado que el ausentarse del lugar de trabajo durante más de tres (3) días sin causa justificada (numeral 1); dirigir a servidores públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos (numeral 10); excederse o abusar de su autoridad con ciudadanos, instituciones,

subordinados y el resto del personal de servicio en el Órgano Judicial, abogados o agentes del Ministerio Público (numeral 11).

Las sanciones aplicables por faltas graves podrían ser de multa o suspensión sancionatoria o definitiva y privación de sueldo hasta por dos (2) meses.

Las faltas gravísimas contenidas en el artículo 192 se dan cuando los servidores judiciales:

1. Infrinjan las incompatibilidades establecidas la Ley 53 (2015).
2. Se afilien o tomen parte en reuniones, manifestaciones o en cualquier acto de carácter político que no sea el de depositar su voto en los comicios electorales o cualesquiera consultas o plebiscitos populares de carácter oficial.
3. Marquen la tarjeta de tiempo de otra persona al iniciar o terminar la jornada de trabajo.
4. Dirijan órdenes o presiones de cualquier tipo en asuntos cuya resolución de corresponda a los tribunales competentes.
5. Falten al despacho sin causa justificada más de dos lunes en el curso de un mes o más de seis en el curso de un año: teniéndose como lunes el día que siga a uno de fiesta o duelo nacional.
6. Den a las partes o terceras personas opiniones, consejos, indicaciones o información confidencial, en relación con asuntos pendientes en sus despachos.
7. Porten o usen injustificadamente sustancias ilícitas que produzcan dependencia física o psíquica, o asistan en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes a sus labores.
8. Sugieran a jueces y tribunales la decisión de negocios pendientes.
9. Nombren o contribuyan al nombramiento para un cargo judicial, a una persona que

- esté comprendida en las prohibiciones que establece la Constitución Política o la ley.
10. Incurran en negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus deberes oficiales o incumplan los niveles satisfactorios de desempeño, habiendo sido sancionados en el año anterior por esa misma falta.
  11. Cometan o participen en la comisión de cualquier delito doloso, siempre que haya sido declarada su culpabilidad por sentencia firme.
  12. Soliciten o reciban dinero o cualquier forma de pago o recompensa por servicios propios de su cargo, salvo las excepciones de ley.
  13. Revelen hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o en ocasión de esta, que causen algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier otra persona.
  14. Omitan la motivación de las sentencias y autos, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme y así lo denuncie la parte afectada con el procedimiento.
  15. No se presenten a ocupar el cargo una vez transcurrido el término de la licencia que le haya sido concedida o de la prórroga, sin causa justificada.
  16. Utilizar la condición de servidor judicial para la obtención de un beneficio indebido para sí o para un tercero.

Las faltas gravísimas anotadas revisten la desatención de deberes, el actuar doloso u omisivo en el que no pueden caer los servidores judiciales.

Las sanciones por la comisión de faltas gravísimas pueden ser de suspensión sancionatoria o definitiva y privación de sueldo hasta por tres (3) meses o destitución.

La mayoría de estas faltas no requieren la

producción de un resultado, constituyen faltas semejantes a los delitos de mera actividad, delitos de infracción de deber y delitos de peligro abstracto donde basta la realización de la conducta prohibida sin necesidad de afectación o lesión concreta.

Se tienen como faltas de mera actividad pues generan la aplicación de la sanción por el solo hecho de cometerla. Así, como los delitos de mera actividad donde no es necesario un resultado, basta que el agente realice la acción descrita como delito (poseer armas ilícitas o drogas) genera la posibilidad de sanción penal.

Las faltas disciplinarias dan muestras que los servidores judiciales no se ajustan a cumplir con los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, los delitos de infracción de deber son acciones penadas por la falta de cumplimiento de un deber que tiene un servidor público o un garante en un momento determinado, no obrando como se espera de él u omitiendo una obligación legal.

A la vez, resultan las faltas disciplinarias manifestaciones de peligro abstracto, pues, no hay generación de afectación a un bien jurídico concreto sino una amenaza a la correcta prestación de servicios públicos.

### Sanciones

Sobre las sanciones comenta Ramírez (2008) que: “La sanción disciplinaria tiene una eminente función preventiva, produce un efecto de advertencia. La función de correctiva de la sanción hace parte de la preventiva. La función preventiva como género comprende la prevención general negativa y la prevención general positiva” (p. 84).

En el ámbito judicial panameño los servidores sujetos por la calidad de sus

funciones y deberes judiciales podrían ser sancionados por incurrir en faltas. La Ley 53 (2015) establece en el artículo 197, las sanciones aplicables por las faltas en las que incurran los servidores judiciales.

Por faltas leves se aplican las sanciones de amonestación pública o multa. Son sanciones alternativas, si se aplica amonestación pública, ella excluye la posibilidad de imponer multa, y si se impone multa no se puede amonestar al servidor judicial.

La amonestación pública consiste en un llamado de atención escrito al sancionado, dejando constancia en su registro personal.

La multa consiste en el pago al Fisco de una cantidad determinada de dinero, que oscila entre el 10% y el 25% de la remuneración mensual que devengue la persona sancionada.

Por faltas graves procede la aplicación de multa o la suspensión sancionatoria o definitiva y privación de sueldo hasta por dos (2) meses. Son sanciones alternativas, si se aplica la multa no puede aplicarse la suspensión del cargo junto con la privación del derecho al salario.

La suspensión sancionatoria o suspensión del cargo conlleva que el servidor sancionado se le podría impedir el ejercicio del cargo hasta por dos (2) meses o de manera definitiva, incluyendo el no pago de salario. Es esta última modalidad de sanción, una sanción de tipo conjunta por privar al sancionado del derecho a trabajar y de percibir salario.

De tratarse de faltas gravísimas, las sanciones a aplicar serían: suspensión sancionatoria o definitiva y privación de sueldo hasta por tres (3) meses o destitución.

La destitución que es la más severa de las sanciones consiste en la cancelación del título y pérdida del cargo, que excluye la posibilidad de reingresar a la carrera judicial y a los cargos judiciales señala el artículo 197 numeral 4.

Agravará la sanción al servidor judicial o disciplinado, el que exista sentencia firme declarando que actuó con dolo, fraude o arbitrariedad lo que genera la destitución del cargo que ocupe.

Asimismo, si el servidor juzgado en los últimos dos (2) años resulta sancionado por falta grave o gravísima y se hace acreedor a nueva sanción perderá el cargo. Lo mismo ocurrirá cuando se cometa por el servidor judicial dentro del lapso establecido tres (3) faltas leves, establece el artículo 199.

También, impone el artículo 197 de la ley antes citada, al Tribunal Especial de Integridad y de Transparencia, al aplicar las sanciones a los servidores judiciales el seguir los principios de necesidad y proporcionalidad.

El principio de necesidad conlleva la consideración de evaluar si resulta pertinente la sanción al disciplinado por la falta cometida, puesto que la misma debe servir de ejemplo al resto del recurso humano de la institución y la sociedad que deben cumplirse las obligaciones de los cargos, el actuar apegado a la ley y sin incurrir en faltas.

En tanto, el principio de proporcionalidad resulta reiterado, pues lo consagra la Ley 53 (2015) artículo 150, numeral 12 implica la aplicación de la sanción en consonancia con la gravedad de la falta acreditada.

Antes de concluir, es menester destacar que, en todo proceso disciplinario donde se

pretenda aplicar sanciones por faltas, no puede soslayarse la observancia de principios rectores destaca (Sheffer, 2011). Reconoce la citada ley los principios de: debido proceso legal, la presunción de inocencia, legalidad, tipicidad de las causales y sanciones correspondientes y de proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción aplicada.

El Derecho Disciplinario Judicial contribuirá a elevar el nivel del servicio público de resolver conflictos y como subraya Ordóñez (2010):

En esta perspectiva, el Derecho disciplinario constituye un elemento, ciertamente necesario, pero no único del control sobre los jueces. Sólo si funcionan los procedimientos de selección y promoción de los buenos jueces y siempre que el Derecho disciplinario se articule teniendo presente a los jueces cumplidores, será efectivo y disuasorio para los malos jueces; de hecho, el Derecho disciplinario no deja de ser complementario de la vía en principio más estricta y disuasoria del Derecho penal (p. 87).

### Conclusiones

La Ley 53 (2015) ha establecido un procedimiento especial para que sean juzgados los servidores que incurran en faltas disciplinarias leves, graves o gravísimas y sancionados previa la realización de la investigación y el juzgamiento respectivo.

Las faltas conllevan la aplicación de sanciones como: la amonestación, la multa, la suspensión y la destitución del cargo.

Al aplicar las sanciones el Tribunal Especial de Integridad y Transparencia deberá observar los principios de necesidad y proporcionalidad.

## Referencias Bibliográficas

- Acuerdo 523 de 2008 [Corte Suprema de Justicia]. Por el cual se aprueba el Preámbulo y el Texto del articulado del Código de Ética Judicial Panameño. Octubre 3 de 2008 (Panamá).
- Código Judicial (2001). Resolución N°1 agosto 30, 2001, Gaceta N°24384, (Panamá).
- Gómez, C. (2012). El Derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma. *Revista Derecho penal y criminología*. 33, 95, 51-68.
- Gómez, C. (2011). El Derecho disciplinario en Colombia. “Estado del arte”. *Revista Derecho penal y criminología*. 32, 92, 115-154.
- Ley 53, 2015. Que regula la Carrera Judicial. Gaceta N°27856-A (Panamá).
- Ordóñez, D. (2010). La convivencia entre la ética judicial y el derecho disciplinario (vista por un juez). *Revista Jueces para la Democracia* N°68, 84-101.
- Ramírez, G. (2008). Dogmática del Derecho Disciplinario en preguntas y respuestas. Procuraduría General de la Nación.
- Sheffer, J. (2011). Principios del Desarrollo disciplinario en Panamá. Memorial del 2° Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, 49-72.

## Mgter. Alberto Hassim González Herrera

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá (1995). Especialista en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica (1997). Magíster en Derecho con Especialización en Ciencias Penales, Universidad de Panamá (2005). Especialista en Docencia Superior, Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad de Panamá (2013). Candidato a doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España.

Curso inicial para operadores del Sistema penal acusatorio, Instituto Superior de la Judicatura, Dr. César Augusto Quintero Correa, Panamá, 2006.

Diplomado en Derecho Penal con mención en Teoría del Delito, Instituto de Investigación

Jurídica Universidad Nacional de Pilar, Managua, 2019.

Curso Creación y administración de Cursos on line, Departamento de Desarrollo Humano, Educación y Empleo (DDHEE) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, 2019.

Miembro del Órgano Judicial desde el año 1993, se desempeña como Defensor público a partir del año 2001; fue Secretario del Consejo de Administración de la Carrera de la Defensa Pública, 2018-2020.

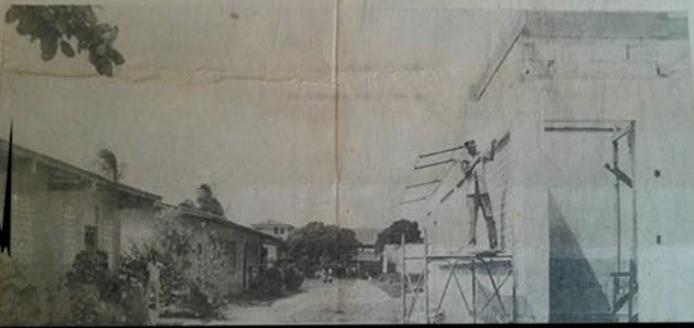
Actualmente es profesor especial IV, tiempo parcial en la Universidad de Panamá, Centro Regional de San Miguelito.

tribunal Tutelar es un centro de fra- permanecer en esas condi-



ista frontal del edificio que alberga al Tribunal Tutelar de Menores que pese a la función que debe brindar se ve olvidada por nuestras autoridades. (Foto Luis Carlos Amán).

trabajo y de actividades en la Tribunal tiene jurisdicción pri- sobre los menores inter- de Chapala. Entre los programas tenemos: atención a menores inter- nos, Relaciones Familiares, Orien- tación Familiar y consulta externa; adopción y Asistencia Legal. Los programas extramuros inclu- yen: Orientación Familiar con tre- yección comunitaria (Sector Orde- programas. El Tribunal cuenta con un modesto presupuesto anual de B.144,000,00. Este fondo es admi- nistrado por el Ministerio de Go- bierno y Justicia y cubre: sueldos fijos, gastos de representación, viá- ticos, mantenimiento, (incluye re- paración de equipo y mobiliario en ge- neral); gastos de viaje y transporte, materiales y suministros, pensiones y jubilaciones, aportaciones, medi- camentos, gastos de seguros para los El personal del Tribunal Tutelar de Menores cuenta con 10 em- pleados, de los cuales algunos de- 17 hacen labor educativa de apoyo administrativo, custodia de menores y mantenimiento. A manera de conclusión, quere- mos agradecer nuestras formas de in- tervención desde nuestros inicios hasta el presente. Estas se carac-



# Fundamentos del carácter revolucionario del Derecho Ambiental

**Dr. Mariano H. Novelli**  
Profesor de Derecho Ambiental  
Universidad Nacional de Rosario, Argentina  
Correo electrónico: [mnovelli@fder.unr.edu.ar](mailto:mnovelli@fder.unr.edu.ar)

## Fundamentos del carácter revolucionario del Derecho Ambiental

*Recibido: Diciembre 2021*

*Aprobado: Abril 2022*

### Resumen

El Derecho Ambiental es una rama transformadora y dinámica, cuyos límites permeables promueven intensas interacciones con las demás áreas del mundo jurídico y científico. Los valores e institutos que lo conforman se proyectan al resto del universo del conocimiento, dando lugar a un nuevo paradigma basado en el desarrollo sostenible, la estabilidad climática y la economía circular. Entre los factores determinantes de la revolución producida están el carácter colectivo del bien ambiente, de los daños y de los procesos, la causalidad compleja, los derechos difusos, el reconocimiento de las generaciones futuras y de la naturaleza como sujetos jurídicos, además de diversos principios con marcada finalidad protectora. El Estado Ambiental de Derecho, un modelo ecocéntrico y solidario, constituye simultáneamente marco y resultado de los cambios en curso.

### Abstract

Environmental Law is a transformative and dynamic field whose permeable boundaries promote intense interactions with the other areas of the juridical and scientific world. The values and institutes that make it up are projected to the rest of the universe of knowledge, giving rise to a new paradigm based on sustainable development, climate stability, and the circular economy. Determining factors of the revolution produced are the collective character of the environment, of damage and of actions, complex causation, diffuse rights, the recognition of future generations and of nature as legal subjects, in addition to various principles with a strong protective purpose. The Environmental Rule of Law, an ecocentric and solidary model, constitutes both the framework and the result of the changes underway.

### Palabras Claves

Derecho Ambiental, revolución jurídica, nuevo paradigma, Estado Ambiental de Derecho.

### Keywords

Environmental Law, juridical revolution, new paradigm, Environmental Rule of Law.

## 1. Introducción

El Derecho Ambiental es dinámico, transformador y profundamente revolucionario. Desde sus inicios<sup>1</sup>, con su autonomía aún en ciernes, expuso ostensibles dificultades para encuadrar en las bases tradicionales del mundo jurídico. Pero posteriormente, los principios e institutos de la naciente rama comenzaron a proyectarse a las demás, modificándolas<sup>1</sup> a tal punto que hogaño el *paradigma ambiental* ha producido una mutación disciplinaria y epistemológica y una adecuación del pensamiento retórico, analítico y protectorio (Lorenzetti, 2006).

Este proceso constituye la piedra angular para la transición hacia una nueva era. Se pretende dejar atrás una sociedad inviable, con unos modos de producción y consumo asentados en el carbono y con una fisonomía lineal en la que el dispendio de recursos y la generación de residuos conducen a un cambio climático de efectos catastróficos y a una dilapidación de los recursos naturales que impedirá a las generaciones futuras satisfacer apropiadamente sus necesidades. Hasta tiempo reciente, el eje del Derecho Ambiental estaba dado por el *desarrollo sostenible*<sup>2</sup>, pero como explica Alenza (2021), tal principio hoy se encuentra complementado por los de *estabilidad climática* y *economía circular*, que refuerzan el objetivo de construir un modelo distinto de sociedad<sup>3</sup>.

El paradigma ambiental, que se reconfigura de manera permanente, extiende sus proyecciones en el ámbito jurídico por medio de ciertos factores que corresponde analizar.

## 2. El Derecho Ambiental como rama revolucionaria

### 2.1. Integración en el mundo jurídico y científico

#### 2.1.1. Transversalidad

El Derecho Ambiental no podría haber progresado sin interactuar con su contexto, conmoviendo y atravesando estructuras jurídicas de larga data, fuertemente arraigadas en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Lorenzetti (2008) lo califica, con expresiones sumamente gráficas, como descodificante y herético:

Se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. (...) La invitación es amplia: abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición de que adopten nuevas características. (p. 2)

Un rasgo que se deriva de dicha afirmación es la *transversalidad* del Derecho Ambiental, que significa que éste se

<sup>1</sup> La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972 es considerada el hito fundacional del Derecho Ambiental, a pesar de la existencia de otras normas estatales anteriores (v. gr., la *Clean Air Act* británica de 1956, la *National Environmental Policy Act* estadounidense de 1969 y la *Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental* mexicana de 1971) y contemporáneas (como la *Ley de Protección del Ambiente Atmosférico* española de 1972).

<sup>2</sup> El *desarrollo sostenible* “es una de las ideas directrices más fuertes que se vinculan a la tutela ambiental” (Novelli, 2008a, p. 185). Abordaremos la temática desde una perspectiva conceptual e histórica en el punto 2.2.6.1 del presente trabajo.

<sup>3</sup> La *estabilidad climática* ha sido consagrada en el Acuerdo de París –adoptado en la 21ª Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, el 12 de diciembre de 2015–, un instrumento jurídicamente vinculante, universal y diferenciado que cubre la casi totalidad de las emisiones mundiales y reconoce la necesidad de que todos los países contribuyan a la implantación de una economía hipocarbónica; la *economía circular*, si bien contaba con antecedentes, ha sido confirmada en la Comunicación de la Comisión Europea de 2 de diciembre de 2015 –COM (2015) 614 final–, titulada “Cerrar el círculo: un Plan de Acción de la UE para la economía circular”, que pretende sustituir una economía lineal caracterizada por “extraer, fabricar, comprar, usar y tirar”, por un sistema económico que considere el ciclo de los materiales desde la producción, garantice el consumo sostenible y gestione los residuos mediante la reutilización y el reciclado (Alenza, 2021).

despliega procurando solucionar problemas no resueltos adecuadamente por las ramas jurídicas tradicionales; “las actualiza y se articula con ellas, incorporándoles estándares *humanistas* y de *preservación*” (Novelli, 2012b, p. 294)<sup>4</sup>. De hecho, “sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan todo el ordenamiento jurídico” (Aguilar & Iza, 2005, p. 39)<sup>5</sup>.

Como expone Cafferatta (2018), el Derecho Ambiental es un sistema abierto, sin límites rígidos, comprensivo de dimensiones variadas –que muchas veces ponen de manifiesto situaciones yuxtapuestas, cambiantes y hasta inasibles–, de naturaleza híbrida y que, por su potencialidad, necesita permanentemente de nuevos espacios donde operar. Siendo ello así, resulta lógico que expanda sus alcances hacia las distintas especialidades jurídicas, insertándoles un alto contenido tuitivo del ambiente.

### 2.1.2. Interdisciplinariedad y transdisciplinariedad

Asimismo, el Derecho Ambiental puede considerarse situado en las fronteras del mundo

jurídico, debido a los estrechos vínculos y al fluido intercambio que establece con otras áreas del conocimiento. El *holismo* que es preciso para la protección de los ecosistemas exige dar paso a la *interdisciplinariedad* e incluso a una *transdisciplinariedad* que aborde al Derecho integrado con las demás ciencias y la cultura (Novelli, 2009)<sup>6</sup>.

En este sentido, Martín Mateo (2003) afirma que todas las ramas jurídicas “necesitan del concurso de otras ciencias sociales que interpretan y transmiten instrucciones derivadas de la dinámica comunitaria” (p. 56); pero lo que es infrecuente es que el Derecho requiera del aporte de ciencias de la naturaleza. En efecto, en el Derecho Ambiental, además del intercambio con ciencias humanas –como la economía, la politología, la sociología, la ética, la biogeografía, la antropología, la historia y la psicología social–, la regla general es su alimentación por los dictados de los epígonos correspondientes de ciencias como la física, la química, la biología<sup>7</sup> y la medicina.

### 2.2. Factores determinantes

Empero, más allá de las intensas vinculaciones del Derecho Ambiental con el

<sup>4</sup> Aunque empleando una terminología distinta –y, a nuestro criterio, menos precisa–, advierte esta cuestión Prieur (2001), para quien el Derecho Ambiental es *horizontal* porque recubre las diferentes ramas del Derecho (privado, público e internacional) y *de interacciones* pues tiende a penetrar en todos los sectores del Derecho para introducir la idea de ambiente.

<sup>5</sup> Allende Rubino (2006) identifica y analiza numerosos supuestos que denotan la transversalidad del Derecho Ambiental: la responsabilidad objetiva agravada, así como los límites y obligaciones relativos a la propiedad, en el Derecho Civil; la Evaluación de Impacto Ambiental y los contratos de carbono, en el Derecho Comercial; el derecho humano al ambiente, en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional; el ambiente laboral, en el Derecho del Trabajo; la agricultura sustentable, la protección de la tierra y la no contaminación de los recursos naturales, en el Derecho Agrario; el problema de la minería a gran escala, en el Derecho Minero; la actividad estatal para la protección ambiental, en el Derecho Administrativo; la criminalización de conductas que atentan contra el bien jurídico ambiente, en el Derecho Penal.

<sup>6</sup> Aunque no negamos utilidad a los enfoques desde la disciplina y la multidisciplina en materia ambiental, consideramos de mayor riqueza que los estudios tengan carácter interdisciplinar y, sobre todo, transdisciplinar. La interdisciplinariedad implica la transferencia de los métodos que han sido utilizados con éxito dentro de una disciplina a otra y la combinación de enfoques de diversas áreas sobre un mismo objeto; no se trata de una mera yuxtaposición, sino de la axiomática común a un conjunto de disciplinas que se relacionan a partir de sus propios conocimientos para, sin resignar cada una su lógica científica particular, resolver problemas cuyo alcance desborda los límites de una única rama del saber. La transdisciplinariedad, por su parte, es un proceso que trasciende la articulación lineal de las disciplinas y representa el más elevado grado de integración en el continuo de los enfoques de investigación; la indagación se efectúa de manera plural, pragmática e incluyente, es multirreferencial, multidimensional y concibe diferentes niveles de realidad regidos por distintas lógicas, con aspiración planetaria. Ello la vuelve particularmente adecuada para afrontar problemas complejos como los relativos al ambiente.

<sup>7</sup> Dentro de la biología, las disciplinas de mayor proximidad con el Derecho Ambiental son la ecología, la bioclimatología, la bioeconomía, la biofísica, la biogeofísica, la bioquímica, la psicobiología, la sinecología, la zoología y la botánica.

resto del conocimiento jurídico y científico, que exhiben la enriquecedora permeabilidad de sus límites, existen diversos elementos genuinos y vanguardistas que imprimen a la rama su carácter revolucionario.

### 2.2.1. Bien colectivo ambiente

Desde una perspectiva filosófica, el ambiente posee una complejidad inherente, pues presupone un estado de interrelaciones e interdependencia entre los fenómenos físicos, químicos, biológicos, psicológicos, sociales y culturales. Esto lo convierte en un *sistema* cuyos elementos se afectan recíprocamente, asignándole al conjunto propiedades diferentes de las de cada unidad y haciendo que su todo sea más que la suma de las partes (Morin, 2005).

Jurídicamente, constituye un tipo particular dentro de los *bienes colectivos*, los cuales presentan ciertas características, según explican Lorenzetti y Lorenzetti (2018).

**2.2.1.1.** El *uso común* significa que pueden ser utilizados por todas las personas. Esta peculiaridad produce la denominada “tragedia de los comunes”<sup>8</sup>, es decir, la ausencia de incentivos individuales para proteger estos bienes y evitar su agotamiento o destrucción, por lo que se requieren reglas limitativas que definan su aprovechamiento.

**2.2.1.2.** La *estructura no distributiva* impide su división y atribución en copropiedad (Alexy, 2004); pero reconocida jurídicamente su vulneración, aun en el supuesto de un

reclamo singular, el amparo se extiende y favorece por igual a todos y cada uno de los miembros del grupo social.

**2.2.1.3.** La *no exclusión de beneficiarios*, que rige como regla general, implica que el acceso a estos bienes solo puede ser restringido por razones legítimas (por ejemplo, un interés público); en tal caso, la carga argumentativa recae sobre quien adopta la decisión.

**2.2.1.4.** El *estatus normativo* denota que la existencia jurídica de los bienes colectivos se identifica por su reconocimiento deontológico, en el sentido de que su protección debe estar ordenada<sup>9</sup>.

**2.2.1.5.** La *precedencia de la tutela preventiva* es consecuencia no solo de una opción valorativa sino también de la difícil apreciación económica de estos bienes. La prioridad consiste en evitar el daño (actuación *ex ante*); la restitución y, en su defecto, la reparación (actuación *ex post*) son alternativas de *ultima ratio* en este ámbito<sup>10</sup>.

### 2.2.2. Daños colectivos

Los daños ambientales son de tipo colectivo, tanto por el carácter del bien lesionado como porque resultan víctimas – aunque no siempre legitimados para accionar – todos los miembros de la comunidad<sup>11</sup>. Doctrina y jurisprudencia suelen denominarlos *daños al ambiente*<sup>12</sup>, para distinguirlos de los *daños a través del ambiente* (o “*par ricochet*”), que son afectaciones directas a la persona o a su patrimonio utilizando el ambiente como medio.

<sup>8</sup> Gráfica expresión acuñada por Garrett Hardin en 1968.

<sup>9</sup> Todo bien colectivo precisa que el interés puramente fáctico se transforme en un interés jurídicamente reconocido y, como tal, justificado (Alexy, 2004).

<sup>10</sup> A diferencia de lo que sucede con la mayoría de los bienes individuales, donde el titular puede elegir voluntariamente entre la restitución *in natura* y el resarcimiento.

<sup>11</sup> La naturaleza del bien hace que se propaguen los efectos nocivos hacia quienes usan, disfrutan o se benefician con el objeto conculcado.

<sup>12</sup> En España se acostumbra nombrarlos como *daños ecológicos puros*.

Se trata de daños impersonales e inciertos<sup>13</sup>, en ocasiones no subsistentes; es decir que no reúnen ninguna de las condiciones históricamente requeridas para que un perjuicio sea resarcible. En efecto, los especiales rasgos de los daños ambientales tornan insuficientes las respuestas brindadas por el sistema de responsabilidad civil y justifican un régimen regulatorio específico<sup>14</sup>. Entre las cuestiones de difícil o inadecuada solución dentro de los esquemas clásicos aparecen la identificación del responsable, la distribución de la carga probatoria, el plazo de prescripción de la acción, la legitimación activa, la forma de la reparación y los efectos de la sentencia (González, 2003).

### 2.2.3. Causalidad compleja

En este contexto, una problemática que presenta gran intrincación es la relación de causalidad. Los daños por contaminación suelen derivar de la acumulación de emisiones que pueden ser inofensivas individualmente, pero que en conjunto superan la capacidad de absorción y de regeneración de los

ecosistemas<sup>15</sup>. Además, cuando los contaminantes se combinan con ciertas sustancias, las sinergias pueden crear otros diferentes, cuyas fuentes son complicadas de determinar.

Los daños ambientales son con frecuencia expansivos, itinerantes, continuados y progresivos; intervienen en ellos un sinnúmero de variables aleatorias; rara vez implican proximidad o instantaneidad, puesto que, a menudo, distancias considerables y espacios de tiempo extremadamente largos separan los efectos perjudiciales de su hecho generador. Todo ello torna ardua la tarea de los expertos para expedirse acerca de la relación causal con, aunque sea, un mínimo de certeza (De Sadeleer, 2018). Tal circunstancia demanda flexibilizar los criterios en esta materia<sup>16</sup>, asumiendo que la determinación del vínculo de causa-efecto no debe ser mecánica sino más bien de tipo *probabilístico*<sup>17</sup>, “con matices procesales a la hora de encarar la obligación de probar e incluso siendo posible la aplicación de presunciones legales”<sup>18</sup> (Kalil, 2019, p.

<sup>13</sup> La incertidumbre es un elemento del principio de precaución, que analizaremos en el punto 2.2.6.4 del presente estudio.

<sup>14</sup> Gomis Catalá (1998) afirma que el daño ambiental plantea problemas de identificación (existencia del daño), de ámbito (víctimas afectadas) o de fuente (origen múltiple) que condicionan el principio de la *full compensation*. Aunque se consiga descubrir *qué se va a reparar*, será necesario averiguar *quién va a reparar*, superando los obstáculos para comprobar la relación de autoría; asimismo será indispensable determinar *quién puede exigir la reparación*; y aun suponiendo que alguien reclame la reparación de un daño ambiental presuntamente producido por un responsable particular, queda por averiguar *cómo se va a reparar* y *cuándo se va a reparar*: tanto la reparación *in natura* cuanto la compensación económica presentan dificultades prácticas insuperables que obligan, por un lado, a limitar el alcance de la reparación y, por otro, a buscar soluciones alternativas de inspiración colectiva más allá del mecanismo de corte individualista que informa la responsabilidad civil.

<sup>15</sup> Este supuesto se conoce como “causalidad complementaria”, pues únicamente la contribución conjunta de varios agentes –con o sin interacción entre ellos– conduce a la producción del daño. Difiere esta situación de la llamada “causalidad concurrente”, en la cual varias causas que pueden ocasionar el daño por sí solas se unen para el acaecimiento del resultado final.

<sup>16</sup> No es ámbito propicio para una estricta aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, que se apoya en la previsibilidad y en la regularidad de los eventos.

<sup>17</sup> En la imputación por causa probable, la causalidad se entiende acreditada cuando, “a la luz de un examen objetivo, aparece que un comportamiento, además de idóneo para producir un resultado, fue probablemente el que, en el caso concreto, llevó a producirlo. Así, esta teoría combina dos grupos de factores: la idoneidad y la probabilidad de la causa, de manera tal que entiende configurada la causalidad cuando, en abstracto, el fenómeno cumple con el mencionado requisito de idoneidad y, en concreto, llena también la exigencia de probabilidad” (Rojas & Mojica, 2015, p. 81). Los elementos de juicio suministrados deben conducir a un grado suficiente de probabilidad. Será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la alta probabilidad. Esto significa que el legitimado activo no estará obligado a demostrar esa relación con exactitud científica (Gomis, 1998).

<sup>18</sup> Las presunciones legales respecto del nexo causal funcionan trasladando la carga probatoria de la víctima al victimario, lo cual reviste utilidad en aquellos casos en que es más fácil desvirtuar la causalidad que acreditarla. Este escenario supone que el demandado, que suele ser quien está en mejor situación de probar, deberá acreditar la inexistencia de cualquier relación causal. Es una estrategia *pro victimæ* (Rojas & Mojica, 2015), cuyo primer exponente se dio en la República Federal Alemana cuando, tras la denuncia por la doctrina de la débil posición de los perjudicados por daños ambientales, la Ley sobre Responsabilidad Ambiental (Umwelthaftungsgesetz) de 1993 estableció una presunción legal *iuris tantum* respecto de las instalaciones susceptibles de haberlos generado (Esteve, 2005; Gomis, 1998).

77). Entre las teorías que puede emplear el operador jurídico ante casos ambientales, se encuentran las de participación en el mercado (*market share*), de la causalidad inmediata, de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), de la víctima más probable (*most likely victim*) y de la condición peligrosa.

#### 2.2.4. Derechos difusos

Los *derechos difusos*, surgidos producto de la globalización y de una sociedad masificada, constituyen otra nota distintiva del Derecho Ambiental. Son aquellos cuya titularidad corresponde a un grupo indeterminado de personas que no cuentan con vínculo previo y que están relacionadas solo por una situación de hecho<sup>19</sup>. A su vez, presentan como objeto de tutela una pretensión genérica de uso o goce de un bien jurídico no susceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante.

Esto significa que son *supraindividuales* e *indivisibles*. Son *supraindividuales* porque pertenecen a la comunidad como un todo, no a individuos específicos o asociaciones, ni al Estado<sup>20</sup>. Son *indivisibles* puesto que es imposible fraccionarlos en partes atribuibles a cada miembro del grupo, así como circunscribir la protección legal a solo uno de ellos (Gidi, 2004b).

#### 2.2.5. Procesos colectivos

En relación con esta nueva clase de derechos, para facilitar su tutela efectiva ante el órgano jurisdiccional, se ha hecho menester diseñar *procesos colectivos*<sup>21</sup>, los cuales tienen ya vasta difusión en Latinoamérica<sup>22</sup>.

Las reglas en tales procesos difieren sustancialmente de las que rigen en los típicos litigios que versan sobre derechos individuales. Así, la trascendental circunstancia de que el debate se establezca en torno al bien colectivo ambiente exige adaptaciones en diversos aspectos.

**2.2.5.1.** Primeramente, se admite una *legitimación extraordinaria* que da lugar a una pluralidad de sujetos demandantes, entre los cuales, dado el interés social que está en juego, suelen estar los particulares (*acción popular*), el defensor del pueblo, las organizaciones no gubernamentales o el ministerio público. Los actores no son titulares del derecho difuso afectado, sino meros representantes del grupo al cual el derecho corresponde. Por tal razón, cuando se ejercita una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, “se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación” (Lorenzetti, 2008, p. 38).

<sup>19</sup> Los *derechos difusos* son un tipo de *derechos de grupo*, al igual que los *derechos colectivos*, aunque en estos últimos las personas se encuentran unidas entre sí o con la contraparte mediante una relación jurídica. Preferimos referirnos a *derechos* y no a *intereses* como lo hace parte de la doctrina, dado que, como bien explica Gidi (2004a), en la alegada imposibilidad de que el titular de un derecho pueda ser un grupo –y no solo una persona– subyace la influencia individualista de la dogmática jurídica del siglo XIX, aún arraigada, que pretende sostener intacta la delimitación conceptual clásica del *derecho subjetivo*.

<sup>20</sup> El titular del derecho difuso no es la comunidad de un país como un todo, sino una cierta comunidad, más o menos amplia dependiendo de la esfera del derecho material en cuestión. La comunidad titular del derecho difuso es perfectamente determinada: indeterminadas son apenas las personas que la componen, siendo esta circunstancia absolutamente irrelevante y dispensable para la efectiva protección del derecho difuso en juicio (Gidi, 2004a).

<sup>21</sup> Destinados no solo a encauzar reclamos por la afectación de derechos difusos –como los relativos al ambiente–, sino también de derechos colectivos e individuales homogéneos.

<sup>22</sup> Ya sea por creación legislativa o pretoriana, mediante sistemas integrales o disposiciones sectoriales, son numerosos los países que cuentan con regulación atinente a los procesos colectivos. Entre otros, cabe mencionar a Brasil –pionero con el Código de Defensa del Consumidor de 1990–, Colombia, Argentina, México, Uruguay y Paraguay.

**2.2.5.2.** Asimismo, se flexibiliza la regla de *mutatio libelli*, “de tal forma que se puedan alcanzar resoluciones más justas y que desplieguen un mayor efecto pacificador” (Neira, 2019, p. 232), pudiéndose incluso –bajo ciertas condiciones– modificar y ampliar la demanda en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción<sup>23</sup>.

**2.2.5.3.** El juez asume un *rol proactivo*, ya que ejerce amplios poderes de control sobre la actuación de las partes, impulsa el procedimiento y cuenta con iniciativa probatoria, siempre respetando el contradictorio. Es decir que el principio dispositivo cede, lo cual se justifica por la naturaleza del bien lesionado, la necesidad de institucionalizar su defensa y su relación con valores fundamentales como la vida y la salud. Tampoco puede obviarse que el magistrado integra la comunidad que es titular del derecho en liza, lo cual redundando en que su imparcialidad sea relativa –mas no su imparcialidad–.

**2.2.5.4.** En concreto, procede la *designación de peritos de oficio*, como herramienta que coadyuva para que el juzgador consiga sopesar más apropiadamente cuestiones tales como la gravedad del daño, la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio causado, el monto de las indemnizaciones u otros extremos complejos que requieran de conocimientos técnicos o especializados para su correcta apreciación (Neira, 2019).

**2.2.5.5.** La sentencia tiene *efectos expansivos* (carácter *erga omnes*), alcanzando a quienes

no han intervenido en el proceso<sup>24</sup>. La cosa juzgada se propaga y se vuelve sistémica, si bien en algunos ordenamientos este principio se excepciona –razonablemente– para el supuesto de que se rechace la pretensión por insuficiencia de pruebas.

**2.2.5.6.** El tribunal puede emitir *varios tipos de órdenes*, ya sea para evitar daños futuros, para restaurar el *statu quo ante* o para abonar una suma que compense el perjuicio global ocasionado a la comunidad, o todos estos remedios, de acuerdo con cada caso específico (Gidi, 2004b).

## **2.2.6. Ampliación de la subjetividad jurídica**

Un aporte absolutamente original del Derecho Ambiental consiste en la ampliación de la subjetividad jurídica, puesto que esta rama ha convertido en sujetos a entes que hasta tiempo reciente era impensado que adquirieran tal estatus. Son, concretamente, las generaciones futuras y la naturaleza, primeros exponentes de una nómina que indudablemente continúa extendiéndose<sup>25</sup>.

### **2.2.6.1. Generaciones futuras**

Las generaciones futuras adquieren la categoría de sujeto de derecho bajo las premisas éticas de *solidaridad, equidad intergeneracional y responsabilidad hacia el planeta*, visibilizadas luego de los colapsos bélicos mundiales, el poder nuclear desatado y el crecimiento geométrico poblacional y de consumo. Pese a no ser más que una expectativa humana, tienen un valor intrínseco –no instrumental– ligado a la conservación de

<sup>23</sup> Es el criterio, v. gr., del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), que en su artículo 10 dispone que “el juez permitirá la enmienda de la demanda inicial para alterar o ampliar su objeto o la causa de pedir” así como “la alteración del objeto de proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, siempre que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado”.

<sup>24</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha afirmado al respecto: “El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger” (causa “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de febrero de 2009, considerando 21).

<sup>25</sup> Ejemplos en camino de consolidación son las comunidades étnicas y los seres sintientes civil.

la especie y son titulares de derechos como el de vivir en condiciones ambientales adecuadas, lo que se traduce en el deber de las personas actuales de preservar el mundo para garantizar su disfrute en el porvenir (Ceballos, 2019).

Es decir que derechos y deberes expanden su núcleo conceptual al prolongar su dimensión temporal, incluyendo no solo a un colectivo conformado por seres no determinables cuantitativa ni cualitativamente, sino incluso inexistentes, lo que provoca un profundo quiebre epistémico en la ciencia jurídica. Empero, como atinadamente argumenta Santacoloma-Méndez (2015), negar a las generaciones venideras la posibilidad de tener derechos con fundamento en que éstas aún no existen, sería dejarlas sin amparo priorizando las formas por sobre la dignidad humana, que debe ser atemporal. Si dichas generaciones están en incapacidad absoluta de oponerse o resistirse a las decisiones presentes, deben mejorarse sus futuras condiciones de vida incluyéndolas en los acuerdos mundiales y las políticas locales de manera consciente y eficaz.

Todo ello se enmarca y enraíza en el principio de desarrollo sostenible, consagrado en un sinnúmero de instrumentos internacionales y normas internas de los Estados, que se analizará *infra*<sup>26</sup>.

### 2.2.6.2. Naturaleza

La subjetividad de la naturaleza, por su parte, es resultante directa de la superación de

la concepción que la consideraba una cosa, un recurso o mercancía al servicio del hombre. Se ha afianzado la idea de que el bienestar de la naturaleza es moralmente significativo independientemente de su utilidad para los seres humanos y ello ha conducido, como consecuencia natural, al reconocimiento de sus derechos. “Después de todo, instituir derechos no es otra cosa que un medio (utilizado por diversas sociedades) para promover la protección de aquello que se reputa importante” (Colón-Ríos, 2019, p. 213).

En el continente americano, tal evolución se produjo al hilo de las luchas y reivindicaciones de los pueblos originarios, particularmente en Ecuador, Bolivia y Colombia, sobre la base de que la naturaleza tiene valor por sí misma (Ceballos, 2019) y con sustento en una visión biocéntrica. Según la Constitución ecuatoriana<sup>27</sup>, las leyes sobre la Madre Tierra boliviana<sup>28</sup> y la jurisprudencia constitucional colombiana<sup>29</sup>, la naturaleza tiene derecho a la existencia, al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como a la restauración y reparación de los daños de origen antrópico.

El resto del mundo tampoco permanece ajeno a la referida transformación, dado que una diversidad de países ha reconocido legal o jurisprudencialmente la subjetividad jurídica de la naturaleza. Con variados alcances, lo han efectuado Australia<sup>30</sup>, Bangladesh<sup>31</sup>, Canadá<sup>32</sup>,

<sup>26</sup> En el punto 2.2.6.1 del presente trabajo, al cual remitimos.

<sup>27</sup> Aprobada en el año 2008, que establece los *derechos de la naturaleza* en un capítulo especial (artículos 71 a 74).

<sup>28</sup> Ley 71/2010 (Ley de derechos de la Madre Tierra) y Ley 300/2012 (Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien).

<sup>29</sup> Casos *Río Atrato* (Sentencia T-622 dictada el 10 de noviembre de 2016 por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional), *Amazonia colombiana* (Sentencia STC4360-2018 dictada el 5 de abril de 2018 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia), *Vía Parque Isla de Salamanca* (Sentencia STC3872-2020 dictada el 18 de junio de 2020 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia) y *Parque Nacional Natural Los Nevados* (Sentencia STL10716-2020 dictada el 25 de noviembre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia).

<sup>30</sup> *Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrn) Act 2017* (Ley N° 49 de 2017, aprobada por el Parlamento de Victoria el 26 de septiembre de 2017) y *Great Ocean Road and Environs Protection Act 2020* (Ley N° 19 de 2020, aprobada por el Parlamento de Victoria el 23 de junio de 2020).

<sup>31</sup> Caso *Turag River* (Sentencia dictada el 30 de enero de 2019 por la Corte Suprema de Bangladesh –*Writ Petition* N° 13989 de 2016–).

<sup>32</sup> Resoluciones de *Reconnaissance de la personnalité juridique et des droits de la rivière Magpie - Mutehekau Shipu*, emitidas por el Conseil des Innu de Ekuanitshit el 18 de enero de 2021 y por la Municipalité Régionale de Comté de Minganie el 16 de febrero de 2021.

India<sup>33</sup>, Nueva Zelanda<sup>34</sup> y Uganda<sup>35</sup>, entre otros.

### 2.2.7. Principios

El Derecho Ambiental, como rama de reciente autonomía con una normatividad en pleno desarrollo, brinda suma relevancia a los *principios*, circunstancia que se ve propiciada por los matices mutantes de los fenómenos abordados y por la expansión del *neoconstitucionalismo*. Su valía como criterios orientadores para los responsables de adoptar decisiones jurídicas es extensamente aceptada.

A diferencia de las reglas, los principios no pueden aplicarse lógico-deductivamente, sino que deben ser sopesados por la autoridad, pues constituyen mandatos de optimización “caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”<sup>36</sup>(Alexy, 2001, p. 86).

Entre los principios que, habiéndose gestado o resignificado en el Derecho Ambiental, han conmocionado las bases de la ciencia jurídica toda, se encuentran los de desarrollo sostenible, responsabilidad,

prevención y precaución<sup>37</sup>.

#### 2.2.7.1. Desarrollo sostenible

El *desarrollo sostenible* es aquel que permite satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas. Implica que los recursos naturales sean administrados de manera racional, sin poner en peligro su aprovechamiento en el porvenir.

Un antecedente significativo de este principio se ubica en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, que enunció los elementos básicos del *uso sostenible*<sup>38</sup> (Novelli, 2008b). Tiempo después, en 1980, una publicación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el World Wildlife Fund (WWF) hizo referencia por primera vez al *desarrollo sostenible*<sup>39</sup>.

No obstante, la versión actual del concepto se alcanzó en 1987 con el llamado Informe Brundtland, un documento titulado oficialmente “Nuestro Futuro Común” que elaboró la Comisión Mundial sobre el Medio

<sup>33</sup> Casos *Ganga and Yamuna Rivers* (Sentencia dictada el 20 de marzo de 2017 por la Corte Suprema de Uttarakhand –*Writ Petition* N° 126 de 2014–), *Gangotri and Yamunotri Glaciers* (Sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 por la Corte Suprema de Uttarakhand –*Writ Petition* N° 140 de 2015–) y *Sukhna Lake* (Sentencia dictada el 2 de marzo de 2020 por la Corte Suprema de Punjab y Haryana –*Civil Writ Petition* N° 18253 de 2009–).

<sup>34</sup> *Te Urewera Act 2014* (Ley N° 51 de 2014, aprobada por el Parlamento de Nueva Zelanda el 27 de julio de 2014) y *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017* (Ley N° 7 de 2017, aprobada por el Parlamento de Nueva Zelanda el 20 de marzo de 2017).

<sup>35</sup> *The National Environment Act, 2019* (Ley N° 5 de 2019, aprobada por el Parlamento de Uganda el 24 de febrero de 2019).

<sup>36</sup> En similar sentido, expone Lorenzetti (2008) que “el principio (...) es un mandato de optimización, es decir, obliga a hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo”, generando “un campo de tensión que se resuelve mediante un juicio de ponderación, que consiste en medir el peso de cada principio en el caso concreto” (p. 74).

<sup>37</sup> En modo alguno, estos cuatro principios agotan la nómina de aquellos que, expandiéndose desde la especialidad hacia el conjunto, promueven una nueva matriz jurídica; son, simplemente y según nuestro criterio, los más determinantes.

<sup>38</sup> Principio 2 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

<sup>39</sup> Se trató de *Estrategia Mundial para la Conservación*, un programa que entre sus postulados fundamentales planteaba que “el desarrollo y la conservación son equivalentes en cuanto a su importancia para nuestra supervivencia y para el cumplimiento de nuestra responsabilidad de ser los depositarios de los recursos naturales que necesitarán las generaciones futuras” (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza et al., 1980, p. 1).

Ambiente y el Desarrollo. Unos años más tarde, la Declaración de Río culminó de consagrar a la sostenibilidad como un fin compartido por todos los Estados<sup>40</sup>(Novelli, 2008a).

### 2.2.7.2. Responsabilidad (contaminador-pagador)

El principio de *responsabilidad* o *contaminador-pagador* es aquel en virtud del cual quien introduce un riesgo en la comunidad o produce un daño ambiental debe hacerse cargo financieramente de las medidas de prevención, recomposición y reparación; es decir que el principio propugna la *internalización* de los costos ambientales. Su objetivo consiste en que cada agente que obtenga beneficios de una actividad contaminante, asuma los perjuicios ocasionados, lo que llevará –en una hipótesis ideal– al ajuste en la cantidad y calidad de la actividad para lograr un nivel de producción y contaminación económicamente eficiente, induciendo a los operadores “a adoptar acciones dirigidas a reducir los riesgos de que se produzcan daños ambientales”<sup>41</sup> (Novelli, 2012a, p. 42).

El principio fue adoptado por primera vez en una Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre

“Principios rectores relativos a los aspectos económicos internacionales de las políticas ambientales”, emitida en 1972<sup>42</sup>. A partir de entonces, y tras una nueva Recomendación del Consejo en 1974 concerniente a su implementación, la Comunidad Económica Europea (CEE) fue el ámbito donde se lo definió con mayor precisión y se fijaron sus alcances concretos<sup>43</sup>. Finalmente, su incorporación en la Declaración de Río de 1992 le concedió difusión mundial<sup>44</sup>.

### 2.2.7.3. Prevención

El principio de *prevención* implica actuar ante un daño cierto, a fin de que no se produzca (Viney & Jourdain, 2001). Por ende, debe aplicarse en una etapa temprana, ya sea previamente a la afectación del ambiente o, tratándose de daños en curso, con la mayor urgencia, para impedir que se prolonguen o agraven al transcurrir el tiempo.

La prevención se basa en dos ideas fuerza: es posible conocer el daño anticipadamente y, a su vez, adoptar medidas para neutralizarlo; la ciencia se encuentra en condiciones de objetivarlo y mensurarlo. Para cumplir su función, como indica Moreno Molina (2006):

El principio (...) cristaliza en técnicas como la autorización previa o la evaluación de impacto

<sup>40</sup> La Declaración fue emitida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, que tuvo entre sus objetivos precisamente lograr un equilibrio equitativo entre necesidades económicas, sociales y ambientales, tanto en relación a las generaciones presentes como a las venideras.

<sup>41</sup> Una herramienta complementaria para alcanzar este propósito del principio de responsabilidad está dada por los *daños punitivos*, que ejercen su virtualidad desbaratadora sobre el beneficio subsistente tras sufragarse los costos ambientales. Ante tal situación, un *plus* “puede contribuir firmemente a que las empresas o cualquier agente que se encuentre frente a la posibilidad de causar daños ambientales, adopte medidas eficaces tendientes a internalizar los riesgos de su actividad” (Novelli & Tabares, 2018, p. 197).

<sup>42</sup> Recomendación efectuada en fecha 25 de mayo de 1972, que en su parte pertinente expresaba: “El principio que se utilizará para asignar los costos de las medidas de prevención y control de la contaminación para fomentar el uso racional de los escasos recursos ambientales y evitar distorsiones en el comercio y la inversión internacionales es el llamado principio contaminador-pagador”.

<sup>43</sup> Sands (2003) recuerda la Recomendación del Consejo 75/436/Euratom, CECA, CEE, de 3 de marzo de 1974, relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente, así como la incorporación del principio al art. 130 R 2 del Tratado de la CEE por el Acta Única Europea suscripta en 1986.

<sup>44</sup> Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

ambiental, que permite conocer *ex ante* las repercusiones negativas de determinada obra o proyecto sobre el medio ambiente, con el fin de reducirlas o evitarlas de plano. (pp. 50-51)

La prevención fue contemplada por la Declaración de Estocolmo de 1972<sup>45</sup>, el Proyecto de Principios del PNUMA de 1978<sup>46</sup>, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río de 1992. Ha sido asimismo incluida en numerosos tratados referidos a cuestiones ambientales particulares (Sands, 2003) y ha remozado el Derecho de Daños dando lugar a una nueva función (Novelli, 2012a).

#### 2.2.7.4. Precaución

El principio de *precaución* “impone la adopción de medidas adecuadas ante el riesgo de un daño grave o irreversible, respecto de cuyo acaecimiento no existe certeza científica” (Novelli & Tabares, 2012, p. 882). Para su ponderación, es requisito la existencia de un factor de riesgo cuya concreción podría producir una afectación negativa para la salud, la vida humana o el ambiente. A su vez, debe haber incertidumbre científica acerca de la relación causal entre una determinada tecnología y el eventual daño<sup>47</sup>, que ha de ser grave o irreversible. Indispensablemente se requiere uno de ambos caracteres para que se justifique acudir a medidas de cautela, lo

cual ocurrirá cuando los posibles perjuicios resultantes de un determinado producto o actividad tengan una magnitud tal que hagan preferible abstenerse de ellos y buscar alternativas más seguras.

Por su despliegue en el terreno de la incerteza, el principio de precaución ha venido a conmover profundamente el mundo jurídico, siendo un eje central del *paradigma ambiental* que hoy lo atraviesa. Normativamente, surgió en la política ambiental alemana bajo la denominación de *Vorsorgeprinzip*, en un anteproyecto de ley de 1970 cuya finalidad era el saneamiento del aire, que finalmente se aprobó en 1974. A nivel internacional, su primer reconocimiento explícito estuvo en el documento de la Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, celebrada en Londres en 1987<sup>48</sup>. Sin embargo, el alcance universal lo consiguió en 1992 con su inclusión en la Declaración de Río<sup>49</sup>, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención Marco sobre el Cambio Climático.

#### 2.2.8. Estado Ambiental de Derecho

Como continente y corolario de las cuestiones precedentemente abordadas, se ha configurado en los últimos lustros el *Estado Ambiental de Derecho*, entendido como el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivas y procesales que incorpora los principios del desarrollo sostenible en el

<sup>45</sup> Principios 6, 7, 15, 18 y 24.

<sup>46</sup> Proyecto de *Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados*, propuesto a la Asamblea General de Naciones Unidas para su aprobación por Decisión 6/14 del Consejo de Administración del PNUMA.

<sup>47</sup> Tal situación de incertidumbre debe darse en un marco de objetividad, duda razonable y transparencia.

<sup>48</sup> El párrafo VII de dicho documento expresa: “para proteger el Mar del Norte de los efectos de las substancias más peligrosas susceptibles de causar daños, es necesaria una actitud de precaución, que puede exigir que se adopten medidas para limitar los efectos de esas substancias, aun antes de que se haya establecido una relación de causa a efecto en base a pruebas científicas indudables”.

<sup>49</sup> Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como argumento para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

Estado de Derecho<sup>50</sup>. No es excluyente sino complementario del Estado Liberal y del Estado Social, a los que contiene y refunda con una racionalidad ecocéntrica e intergeneracional y una preeminencia de los bienes colectivos por sobre los individuales.

Así, esta versión del Estado de Derecho inmanentemente solidaria y respetuosa de la integración entre derechos humanos y ambiente, procura lograr la promulgación de

leyes ejecutables y efectivas, el resguardo de las libertades fundamentales, el fortalecimiento de las instituciones y la adopción de decisiones inclusivas, representativas y no discriminatorias. Igualmente tiene entre sus objetivos cardinales garantizar el acceso a la justicia y a la información, así como facilitar la participación pública, cuestiones que adquieren destacada trascendencia en materia ambiental<sup>51</sup>.

## Conclusiones

El Derecho Ambiental pretende coadyuvar a la construcción de un modelo distinto de sociedad, con base en el desarrollo sostenible, la estabilidad climática y la economía circular. A tal efecto, en ejercicio de su marcada función transformadora, se proyecta transversalmente hacia las demás ramas, renovando conceptos e institutos y produciendo, de tal suerte, un giro copernicano en la tradición jurídica occidental. Al propio tiempo, sus límites permeables lo integran con otras áreas del conocimiento e incentivan abordajes de tipo interdisciplinar y transdisciplinar.

Entre los factores que fundamentan y explican, en su dinámica— el fenómeno, se encuentran la naturaleza colectiva del bien

ambiente, de los daños y de los procesos, la causalidad compleja, los derechos difusos, el reconocimiento de las generaciones futuras y de la naturaleza como sujetos jurídicos, además de principios que —imbuidos de un fuerte contenido tuitivo— impactan sobre la explotación de recursos, la economía y la ciencia.

De tal magnitud resulta la revolución causada por dichos elementos, que actualmente el mundo presencia la expansión del Estado Ambiental de Derecho, un paradigma enfocado en la ampliación e implementación de derechos, con una perspectiva ecocéntrica e intergeneracional.

<sup>50</sup> Así lo ha definido la *Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental*, adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN que se celebró en Río de Janeiro del 26 al 29 de abril de 2016.

<sup>51</sup> Estos son los tres pilares del Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe), aprobado el 4 de marzo de 2018, que ha sido ratificado por países como Argentina, Bolivia, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá y Uruguay, entre otros.

## Referencias Bibliográficas

- Aguilar, G. e Iza, A. (Eds.) (2005). *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*. UICN. Oficina Regional para Mesoamérica.
- Alenza García, J. F. (2021). Principios clásicos para la nueva era del Derecho Ambiental. En B. Soro Mateo y J. Jordano Fraga (Dir.), *Viejos y nuevos principios del Derecho Ambiental* (pp. 11-39). Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. E. Garzón Valdés). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (Obra original publicada en 1985)
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (Trad. J. M. Seña; 2ª ed.). Gedisa. (Obra original publicada en 1992)
- Allende Rubino, H. L. (2006). La transversalidad del Derecho Ambiental. *UNR Ambiental*, 7, 25-42.
- Cafferatta, N. A. (2018). Daño ambiental colectivo. En H. Allende Rubino y M. H. Novelli (Dir.), *Responsabilidad y acciones ambientales* (pp. 93-118). Nova Tesis.
- Ceballos Rosero, F. (2019). Otros sujetos de derecho o personas (?). *Estudios Socio-Jurídicos*, 22(1), 321-351.
- Colón-Ríos, J. I. (2019). Guardianes de la Naturaleza. En L. Estupiñán Achury, C. Storini, R. Martínez Dalmau y F. A. de Carvalho Dantas (Eds.), *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (pp. 207-226). Universidad Libre.
- De Sadeleer, N. (2018). La aplicación del principio de precaución en la responsabilidad civil (Trad. M. H. Novelli y J. C. Tabares). En H. Allende Rubino y M. H. Novelli (Dir.), *Responsabilidad y acciones ambientales* (pp. 155-173). Nova Tesis.
- Esteve Pardo, J. (2005). *Derecho del medio ambiente*. Marcial Pons.
- Gidi, A. (2004a). Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos (Trad. A. León). En A. Gidi y E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (2ª ed.; pp. 25-38). Porrúa - Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
- Gidi, A. (2004b). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil* (Trad. L. Cabrera Acevedo). Universidad Nacional Autónoma de México. (Obra original publicada en 2003)
- Gomis Catalá, L. (1998). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Aranzadi.
- González Márquez, J. J. (2003). *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

- Kalil, A. (2019). El problema de la determinación del nexo causal en la responsabilidad civil por daños medioambientales: de la certeza causal a la teoría de la causalidad compleja. *Anuario de Derecho Civil*, 13, 52-101.
- Lorenzetti, R. L. (2006). El paradigma ambiental. *Investigaciones*, 10, 213-228.
- Lorenzetti, R. L. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley.
- Lorenzetti, R. L. y Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental* (1ª ed. rev.). Rubinzal-Culzoni.
- Martín Mateo, R. (2003). *Manual de Derecho Ambiental* (3ª ed.). Aranzadi.
- Moreno Molina, A. M. (2006). *Derecho comunitario del medio ambiente*. Marcial Pons.
- Morin, E. (2005). *Introducción al pensamiento complejo* (Trad. M. Pakman; 8ª reimp.). Gedisa. (Obra original publicada en 1990)
- Neira Pena, A. M. (2019). Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos. *Ius et Praxis*, 25(1), 195-250.
- Novelli, M. H. (2008a). Bases jurídicas de la educación para el desarrollo sostenible en el Mercosur. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 11, 183-194.
- Novelli, M. H. (2008b). Panorama actual en materia de producción y consumo sostenibles en el Mercosur. *UNR Ambiental*, 8, 231-244.
- Novelli, M. H. (2009). La justicia en el Derecho Ambiental. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 32, 81-94.
- Novelli, M. H. (2012a). Consideraciones acerca de la Directiva 2004-35-CE sobre responsabilidad medioambiental. *Cognitio Juris*, 4, 40-51. <https://cognitiojuris.com/2012/04/01/cognitio-juris-4a-edicao/>
- Novelli, M. H. (2012b). La complejidad del Derecho Ambiental. En E. V. Lapenta y A. F. Ronchetti (Coords.), *Derecho y Complejidad* (pp. 293-304). Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.
- Novelli, M. H. y Tabares, J. C. (2012). El principio precautorio. *La Ley*, 2, 880-890.
- Novelli, M. H. y Tabares, J. C. (2018). Los daños punitivos y sus proyecciones en el Derecho Ambiental. En H. Allende Rubino y M. H. Novelli (Dirs.), *Responsabilidad y acciones ambientales* (pp. 175-199). Nova Tesis.
- Prieur, M. (2001). *Droit de l'environnement* (4ª ed.). Dalloz.
- Rojas Quiñones, S. y Mojica Restrepo, J. D. (2015). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. Aplicación particular en la responsabilidad civil ambiental. En G. A. Rodríguez e I. Vargas Chaves (Eds.), *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia* (pp. 29-91). Universidad del Rosario.

Sands, P. (2003). *Principles of International Environmental Law* (2ª ed.). Cambridge University Press.

Santacoloma-Méndez, L. J. (2015). El cambio climático y su relación con las generaciones futuras como sujetos de derecho. *Eleuthera*, 13, 11-29.

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y World Wildlife Fund (1980). *Estrategia Mundial para la Conservación* (2ª ed.). UICN - PNUMA -WWF.

Viney, G. y Jourdain, P. (2001). *Les effets de la responsabilité* (2ª ed.). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

## Dr. Mariano H. Novelli

Es abogado graduado con diploma de honor, funcionario judicial, profesor e investigador. Ha sido becario Fulbright del Departamento de Estado de los Estados Unidos, con seminario internacional de posgrado concluido en la University of Delaware. Actualmente es Profesor de Derecho Ambiental en la Universidad Nacional de Rosario, donde también se desempeña como Secretario General del Centro de Investigaciones en Derecho Ambiental. Es asimismo Secretario en el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Ha sido conferencista en diversos congresos internacionales y ha publicado

casi medio centenar de libros y artículos en Argentina, España, Países Bajos, México, Chile, Colombia, Uruguay, Venezuela, Brasil, Perú y Nicaragua. Es miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Ha sido distinguido con el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe”, la Declaración de Interés Legislativo efectuada por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina y el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”.