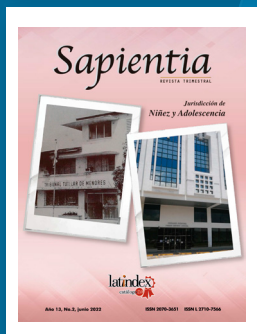


# Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL



## 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 Penal

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

**H.M. María Cristina Chen Stanziola**  
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, 2022

---

## 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**  
Jefa 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

---

## COLABORADORES

### **Mgter. Erick Javier González González**

Juez de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá

Sistema Penal Acusatorio

Órgano Judicial de la República de Panamá

### **Mgter. Giselle Marie Moncada Ramírez de Vásquez**

Abogada

Firma Morgan & Morgan Legal,

miembro del Colegio Nacional de Abogados y su

Comisión de Derecho Colaborativo

### **Mgter. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós**

Juez de Garantías de San Miguelito

Órgano Judicial de la República de Panamá

### **Mgdo. José Agustín Delgado Pérez**

Magistrado del Tribunal Superior de Familia

Órgano Judicial de la República de Panamá

---

## NOTA EDITORIAL

La Revista Sapiencia editada por Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial, en esta cuarta y última edición del mes de diciembre 2022, queremos resaltar los logros de la revista durante los años 2021 y 2022.

La primera indexación de la Revista Sapiencia se obtuvo, con el volumen 12, N°. 2, de junio 2021, en Latindex con el cumplimiento de las 38 características de las revistas electrónicas del Sistema Regional de Información en Línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. El 10 de marzo de 2022, 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 segunda indexación se obtuvo con el volumen 13, N°. 2, de junio 2022, en Panindex, por cumplir con los criterios de calidad y formar parte de la primera Cohorte del Índice de Revistas Científicas Panameñas. Acto realizado el 7 de septiembre de 2022, en la Ciudad Universitaria Octavio Méndez Pereira.

Esta edición aborda temas como: El rol del mediador en la pacificación de los conflictos penales en Panamá; Explotación Sexual en perjuicio de Niñas, Niños y Adolescentes, con el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación; Conciliación como una forma de solución de los conflictos en la vivienda familiar, dentro del proceso ejecutivo hipotecario, en el sistema judicial panameño y Labor del perito en los procesos de participación en las ganancias.

Agradecemos a los autores/as, por informar a la comunidad jurídica, con temas de interés nacional e internacional, a los lectores gracias por su confianza.

*Feliz Navidad y Próspero Año 2023.*

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



## RESEÑA DE LA PORTADA

**Título:** Actividades ISJUP

**Foto:** Collage de fotos

**Fecha:** 2022



---

## MENSAJE DE LA PRESIDENTA

La Revista Sapiencia ofrece a la comunidad jurídica temas que contribuyen al fortalecimiento profesional y académico, proveyéndole a los lectores, artículos jurídicos que impulsan y promueven el debate.

Esta cuarta y última edición de la revista, para el año 2022, incluye escritos, tales como:

- El Rol del Mediador en la Pacificación de los Conflictos Penales en Panamá; el cual comprende la puesta en práctica de habilidades y competencias que permitan a las partes resolver sus conflictos de manera colaborativa, entre estas, la comunicación efectiva, la escucha activa, la empatía, el respeto recíproco y el control de las emociones.
- La Explotación Sexual en Perjuicio de Niñas, Niños y Adolescentes, con el Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación; el cual estudia cómo a través de la tecnología se cometen Delitos Contra la Libertad e Integridad Sexual, y revisa la legislación penal vigente para estos tipos de delitos, analizando la necesidad o no de su modificación.
- La Conciliación como una Forma de Solución de los Conflictos en la Vivienda Familiar, Dentro del Proceso Ejecutivo Hipotecario, en el Sistema Judicial Panameño; el cual propone que la conciliación sea considerada como el método de resolución de conflictos más adecuado, para resolver procesos ejecutivos hipotecarios que involucren la reestructuración o terminación de deudas, ponderando su importancia en el sistema crediticio panameño y considerando su impacto sobre las familias afectadas.
- La Labor del Perito en los Procesos de Participación en las Ganancias; quien asiste en la determinación y cuantificación de las ganancias, como resultado de los bienes obtenidos dentro del matrimonio.

Extendemos nuestro sincero agradecimiento a los autores y actores involucrados en la elaboración de esta edición, a quienes invitamos cordialmente a continuar cultivando el hábito de la escritura; y a los lectores, gracias por su preferencia y confianza.

Atentamente,

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



---

## ÍNDICE

### **El rol del mediador en la pacificación de los conflictos penales en Panamá**

Mgter. Erick Javier González González

**6**

### **La conciliación como una forma de solución de los conflictos en la vivienda familiar, dentro del proceso ejecutivo hipotecario, en el sistema judicial panameño**

Mgter. Giselle Marie Moncada Ramírez de Vásquez

**22**

### **Explotación Sexual en perjuicio de Niñas, Niños y Adolescentes, con el uso de las Tecnologías de la Información y la comunicación**

Mgter. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

**38**

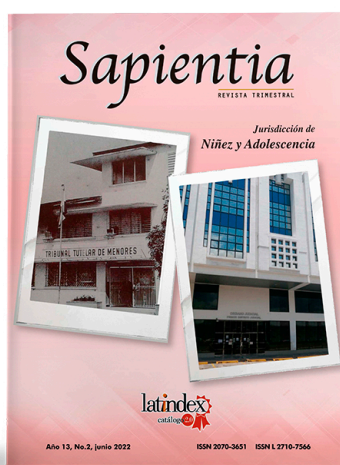
### **Labor del perito en los procesos de participación en las ganancias**

Mgdo. José Agustín Delgado Pérez

**56**

# Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL



## PUBLICACIÓN TRIMESTRAL DE LA REVISTA SAPIENTIA

### ENERO FEBRERO

| Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb | Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 1   | 2   | 3   | 4   | 5   | 6   | 7   |     |     |     | 1   | 2   | 3   | 4   |
| 8   | 9   | 10  | 11  | 12  | 13  | 14  | 5   | 6   | 7   | 8   | 9   | 10  | 11  |
| 15  | 16  | 17  | 18  | 19  | 20  | 21  | 12  | 13  | 14  | 15  | 16  | 17  | 18  |
| 22  | 23  | 24  | 25  | 26  | 27  | 28  | 19  | 20  | 21  | 22  | 23  | 24  | 25  |
| 29  | 30  | 31  |     |     |     |     | 26  | 27  | 28  |     |     |     |     |

### MARZO ABRIL

| Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb | Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
|     |     |     | 1   | 2   | 3   | 4   |     |     |     |     |     |     | 1   |
| 5   | 6   | 7   | 8   | 9   | 10  | 11  | 2   | 3   | 4   | 5   | 6   | 7   | 8   |
| 12  | 13  | 14  | 15  | 16  | 17  | 18  | 9   | 10  | 11  | 12  | 13  | 14  | 15  |
| 19  | 20  | 21  | 22  | 23  | 24  | 25  | 16  | 17  | 18  | 19  | 20  | 21  | 22  |
| 26  | 27  | 28  | 29  | 30  | 31  |     | 23  | 24  | 25  | 26  | 27  | 28  | 29  |
|     |     |     |     |     |     |     | 30  |     |     |     |     |     |     |

### MAYO JUNIO

| Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb | Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
|     | 1   | 2   | 3   | 4   | 5   | 6   |     |     |     | 1   | 2   | 3   |     |
| 7   | 8   | 9   | 10  | 11  | 12  | 13  | 4   | 5   | 6   | 7   | 8   | 9   | 10  |
| 14  | 15  | 16  | 17  | 18  | 19  | 20  | 11  | 12  | 13  | 14  | 15  | 16  | 17  |
| 21  | 22  | 23  | 24  | 25  | 26  | 27  | 18  | 19  | 20  | 21  | 22  | 23  | 24  |
| 28  | 29  | 30  | 31  |     |     |     | 25  | 26  | 27  | 28  | 29  | 30  |     |

### JULIO AGOSTO

| Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb | Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
|     |     |     |     |     |     | 1   |     |     | 1   | 2   | 3   | 4   | 5   |
| 2   | 3   | 4   | 5   | 6   | 7   | 8   | 6   | 7   | 8   | 9   | 10  | 11  | 12  |
| 9   | 10  | 11  | 12  | 13  | 14  | 15  | 13  | 14  | 15  | 16  | 17  | 18  | 19  |
| 16  | 17  | 18  | 19  | 20  | 21  | 22  | 20  | 21  | 22  | 23  | 24  | 25  | 26  |
| 23  | 24  | 25  | 26  | 27  | 28  | 29  | 27  | 28  | 29  | 30  | 31  |     |     |
| 30  | 31  |     |     |     |     |     |     |     |     |     |     |     |     |

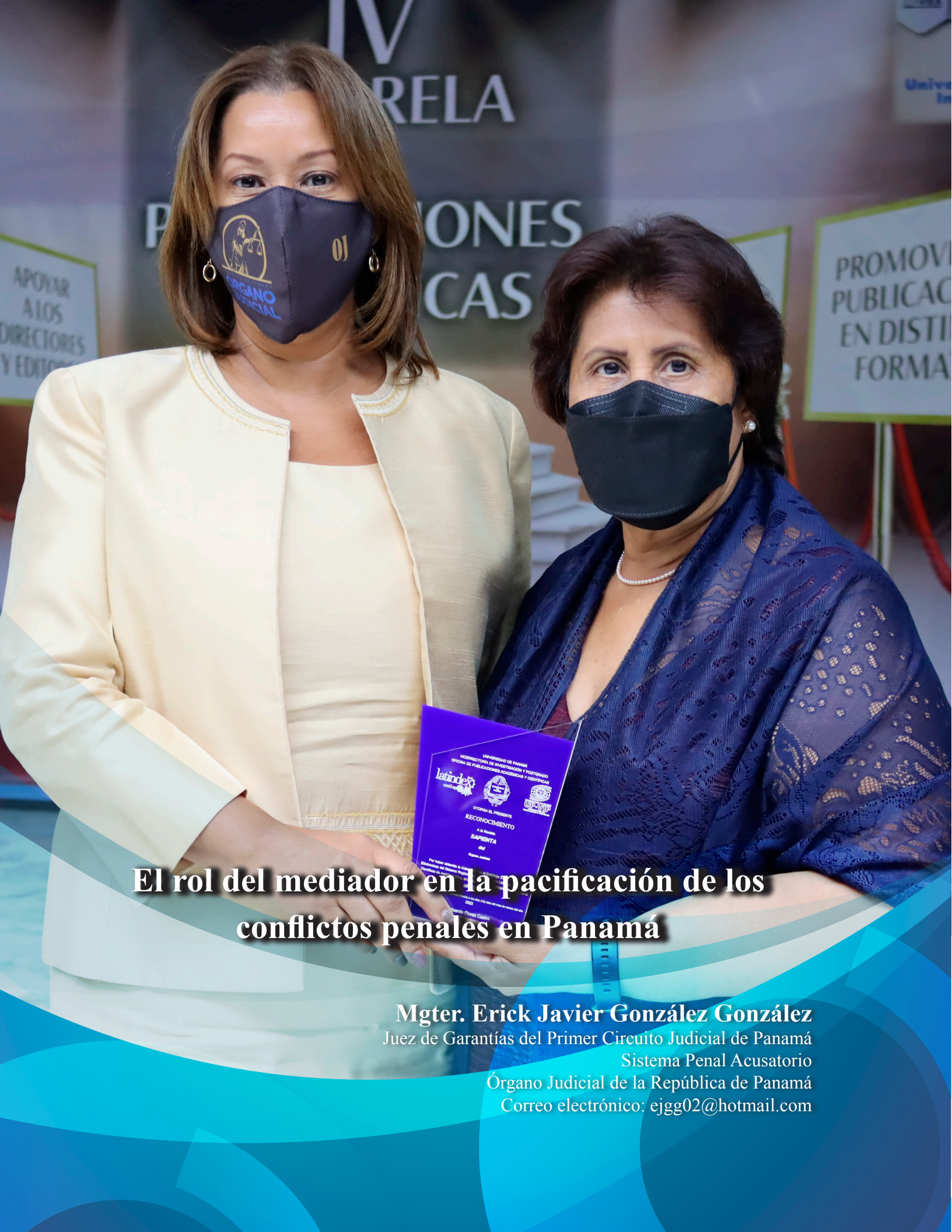
### SEPTIEMBRE OCTUBRE

| Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb | Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
|     |     |     |     | 1   | 2   |     |     |     | 1   | 2   | 3   | 4   | 5   |
| 3   | 4   | 5   | 6   | 7   | 8   | 9   | 8   | 9   | 10  | 11  | 12  | 13  | 14  |
| 10  | 11  | 12  | 13  | 14  | 15  | 16  | 15  | 16  | 17  | 18  | 19  | 20  | 21  |
| 17  | 18  | 19  | 20  | 21  | 22  | 23  | 22  | 23  | 24  | 25  | 26  | 27  | 28  |
| 24  | 25  | 26  | 27  | 28  | 29  | 30  | 29  | 30  | 31  |     |     |     |     |

### NOVIEMBRE DICIEMBRE

| Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb | Dom | Lun | Mar | Mié | Jue | Vie | Sáb |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
|     |     |     | 1   | 2   | 3   | 4   |     |     |     |     |     | 1   | 2   |
| 5   | 6   | 7   | 8   | 9   | 10  | 11  | 3   | 4   | 5   | 6   | 7   | 8   | 9   |
| 12  | 13  | 14  | 15  | 16  | 17  | 18  | 10  | 11  | 12  | 13  | 14  | 15  | 16  |
| 19  | 20  | 21  | 22  | 23  | 24  | 25  | 17  | 18  | 19  | 20  | 21  | 22  | 23  |
| 26  | 27  | 28  | 29  | 30  |     |     | 24  | 25  | 26  | 27  | 28  | 29  | 30  |
|     |     |     |     |     |     |     | 31  |     |     |     |     |     |     |





## El rol del mediador en la pacificación de los conflictos penales en Panamá

**Mgter. Erick Javier González González**  
Juez de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá  
Sistema Penal Acusatorio  
Órgano Judicial de la República de Panamá  
Correo electrónico: ejgg02@hotmail.com



## **El rol del mediador en la pacificación de los conflictos penales en Panamá**

*Recibido: febrero 2022*

*Aprobado: noviembre 2022*

### **Resumen**

En este artículo se desarrollan los aspectos más relevantes del rol del mediador en la gestión de conflictos penales, ya que el mediador es un profesional cuyo desempeño procura que víctima como victimario, puedan negociar de manera colaborativa un acuerdo que sea satisfactorio para ambos, lo que trae como consecuencia la construcción de una cultura de paz. A su vez, se debe indicar que el conflicto es percibido por muchas personas con un enfoque negativo y cuando esa desavenencia entre dos o más personas se judicializa porque se configura en un delito, se agrava el panorama. Sin embargo, cuando se deriva la causa penal a mediación entra en acción el mediador para transformar esa situación en un ambiente más positivo, cordial y pacífico. Por ende, el mediador debe contar con las competencias necesarias para gestionar un conflicto penal. En fin, se llegó a la conclusión, entre otras ideas, que el éxito de la mediación penal depende en gran medida del rol del mediador en la gestión efectiva del conflicto, por lo que también hay que considerar los números positivos en cuanto a los datos estadísticos del Órgano Judicial que para el primer semestre del año 2021 destaca en primer lugar las sesiones del sistema penal acusatorio respecto a las otras jurisdicciones.

### **Abstract**

In this article, the most relevant aspects of the role of the mediator in the management of criminal conflicts are developed, since the mediator is a professional whose performance ensures that the victim as well as the perpetrator can collaboratively negotiate an agreement that is satisfactory for both, which brings as a consequence the construction of a culture of peace. At the same time, it should be noted that the conflict is perceived by many people with a negative approach and when that disagreement between two or more people is prosecuted because it is configured in a crime, the panorama worsens. However, when the criminal case is referred to mediation, the mediator takes action to transform the situation into a more positive, cordial and peaceful environment. Therefore, the mediator must have the necessary skills to manage a criminal conflict. In short, it was concluded, among other ideas, that the success of criminal mediation depends to a large extent on the role of the mediator in the effective management of the conflict, for which the positive numbers must also be considered in terms of the data statistics of the Judicial Branch that for the first semester of the year 2021 highlights in the first place the sessions of the accusatory criminal system with respect to the other jurisdictions.

### **Palabras Claves**

Mediador, conflicto, delito, competencias y acuerdo.

### **Keywords**

Mediator, conflict, crime, competence and agreement.

## Introducción

Los métodos alternos de solución del conflicto en la jurisdicción penal han tenido buena acogida desde la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá en el año 2011. Con respecto a la mediación penal se ha podido demostrar resultados positivos porque el enfoque que se tiene actualmente del conflicto se percibe de una manera constructiva, colaborativa y más humana dejando a un lado ese enfoque negativo como destructor. De allí que, el mediador es una figura importante para la gestión efectiva de los conflictos para que así se pueda llegar a una solución pacífica que beneficie a todos los intervinientes.

Se pretende resaltar el profesionalismo que tienen los mediadores que gestionan conflictos penales, haciendo énfasis en los que pertenecen al Órgano Judicial, ya que son idóneos y poseen las competencias necesarias para resolver una situación delictiva donde participan víctima como victimario en aras no solamente de lograr beneficios para ambas partes sino también para restaurar la paz social. Aunado a esto, el mediador potencializa el principio de mínima intervención consagrado en el Código Penal (2007) y el principio de solución del conflicto estipulado en el Código Procesal Penal (2008), ya que se persigue una justicia penal más humana, participativa y garantista.

Es de gran importancia destacar que con el Decreto Ley 5 (1999) se formalizó la mediación en general en el país dando la oportunidad a que se aplicara a la jurisdicción penal pero es con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio que ha tenido mayor aceptación y esto se debe al esfuerzo que realizan los diversos actores del sistema de administración de justicia donde el mediador juega un protagonismo especial porque es el que traza el camino a seguir a los mediados

para que puedan alcanzar un acuerdo y que a su vez, se logre una sana convivencia. A su vez, para la elaboración de este artículo se consultaron obras literarias tanto de autores nacionales como extranjeros, se analizaron leyes panameñas y se revisaron diversas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia.

## 1. Conceptualización de la mediación

La mediación se percibe como un método alternativo de solución del conflicto de gran utilidad para gestionar desavenencias en muchos ámbitos en que se desenvuelve el ser humano, incluso en muchas legislaciones penales del mundo la consideran como una herramienta efectiva para tratar de resolver la situación delictiva que envuelve a las partes intervinientes (victimario y víctima).

De allí que, “la mediación es la negociación facilitada por un tercero que asiste a las partes a llegar a una solución” (García, et al., 2019, p. 34). Por tanto, en la mediación participan las personas involucradas en un conflicto y un mediador imparcial que intervendrá para tratar de llevar a buen término el conflicto que les impide continuar con sus vidas de manera armónica.

Se debe recordar que la mediación se aplica en distintas áreas o ámbitos del quehacer humano pero haciendo eco de la jurisdicción penal, señala Petzold, (2008) que “la mediación penal es una alternativa, en donde la víctima se confronta frente al victimario en la búsqueda de una verdad consensuada con la posibilidad de una reconciliación víctima-autor, contribuyendo hacia una pacificación social” (como se citó en Azpeitia, 2017, p. 59).

De esta manera, la mediación penal más allá de encontrar la solución a un conflicto penal busca el acercamiento de las partes

directamente involucradas en un delito, ya que “la mediación se convierte en un vínculo en la generación y fortalecimiento de la cultura de paz, utilizando como herramienta un diálogo transformativo que vigoriza valores, comportamientos y aptitudes basadas en la generación y construcción de consensos” (Cabello, 2015, p. 14).

Cuando la solución de un conflicto penal se le deja en manos de un Juez o Tribunal de Juicio tal vez dicha decisión no satisfaga a una o a ambas partes, por tal motivo “la resolución de conflictos judiciales a través de métodos creativos es diez veces mayor que las soluciones obtenidas a través de los procesos judiciales” (García, et al., 2019, p. 27), es decir, la mediación penal es un método creativo que le permite a la víctima como al victimario escoger la mejor alternativa o la opción que más le convenga a ambos, pero siempre guiados por la figura del mediador, por lo que esa solución será pacífica como consensuada y no será impuesta por un tercero que en ocasiones desconoce los verdaderos intereses de los mediados.

La Corte Suprema de Justicia (2014) sobre la promoción de los métodos alternos de solución del conflicto en la jurisdicción penal, que incluye la mediación, ha estacado que:

Todo lo expresado lo que quiere decir es que el Juez y el Ministerio Público deben tomarse en serio el mandato del artículo 26 del Código Procesal Penal durante la tramitación de todo el proceso, así como también se toman en serio los derechos fundamentales en juego. La solución del conflicto juega un rol importante en el nuevo Código Procesal Penal. Y esa perspectiva no debe pasar desapercibida por los operadores jurídicos. La importancia

de tener en cuenta ese criterio implica, entre otras cosas, que puede y debe ser considerado al momento de interpretar los preceptos legales.

En pleno siglo XXI la mediación penal es necesaria ponerla en práctica por sus múltiples beneficios y especialmente porque es un puente para que las partes aprendan a solucionar su conflicto en base a un diálogo sincero donde imperará el respeto, la empatía y la resiliencia.

## 2. Nuevo enfoque del conflicto

El conflicto por muchos años ha sido considerado como algo negativo, destructivo o perturbador de la tranquilidad de las personas pero esa concepción ha cambiado, especialmente con la implementación de diversos métodos alternos de solución del conflicto, como por ejemplo la mediación.

En este hilo de ideas, Folger considera que el “conflicto es, la interacción entre personas o grupos independientes que perciben la incompatibilidad de sus metas y la indiferencia mutua en el cumplimiento de dichas metas” (como se citó en Araujo, 2005, p. 46). Por tanto, el conflicto une a dos o más personas en una situación que impide encontrar un punto en común para solucionarlo, por lo que en muchas ocasiones requiere la intervención de un tercero.

Desde que se nace una persona tiene que lidiar con conflictos tanto en el hogar, en la escuela, con los amigos, en el trabajo y en cualquier otro lugar en que exista interacción con otras personas durante el resto de su vida, por lo que “el conflicto, en sí mismo, no tiene una significación peyorativa, podrá ser negativo o positivo, dependerá del valor que le asignemos y, sobre todo, del uso que le demos a través de su gestión” (Vinyamata, 2014, p. 99).



Por tanto, en casa como en la escuela se debe cambiar la mentalidad de afrontar el conflicto y a medida que el ser humano va creciendo debe ser capaz de analizar la vía correcta para encontrar una solución a cada problemática que se le presente. De esta manera, “el conflicto debe ser visto como algo natural, siempre estará presente en cualquier ámbito de nuestras vidas, es algo inherente como seres humanos, pero debe aprovecharse y educar a través de él, fomentando una cultura de paz”. (Cantú & Vásquez, 2019, p. 157). Incluso, cuando el conflicto traspasa determinadas fronteras y la acción generadora del mismo es tipificada como un delito, no hay que temerle, ya que existirán alternativas para lograr una solución, que en ocasiones la propia ley penal pone a disposición de las partes involucradas, como lo es la mediación.

En pleno siglo XXI al escuchar la palabra “conflicto” no debe llenar la mente de las personas con pensamientos negativos, ya que “el conflicto puede obligarnos a buscar nuevas soluciones, ayudarnos a clarificar nuestras posiciones y puntos de vista y dar un impulso de energía y acción; el conflicto puede producir mejores ideas y dar impulso a la creatividad y a las relaciones” (García, et al., 2019, p. 15). De allí que, la gestión adecuada como a tiempo del conflicto puede traer beneficios para las personas envueltas en dicha situación.

En un proceso penal se debiera considerar que “el conflicto como fenómeno social “no se crea ni se destruye”, se transforma” (Araujo, 2005, p. 42), por ello, el Código Procesal Penal (2008) establece una diferenciación con determinados delitos que se pueden gestionar por una vía pacífica como la mediación e incluso la administración de justicia pone a disposición de las partes los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial donde se brinda un

servicio gratuito con profesionales idóneos como también los Centros de Mediación del Ministerio Público.

Por ende, la figura del mediador en la gestión del conflicto penal es importante porque “abordar positivamente el conflicto, nos obliga a desarrollar nuestras capacidades para manejarlo mediante el uso de un método adecuado y técnicas específicas para el análisis y resolución de conflictos” (García, et al., 2019, p. 16), es decir, el mediador como profesional imparcial pondrá en práctica sus conocimientos especializados que le permitirá llevar a buen término el conflicto.

Las nuevas corrientes del Derecho Penal buscan la pacificación del conflicto, es decir, como comenta (Vinyamata, 2014, p. 299) la pacificación puede entenderse como aquel “proceso mediante el cual, en situación de conflicto y de guerra, se llega a restablecer por métodos no violentos la paz”. De lo anterior se puede deducir que, ante la existencia de un delito, esto no debe ser percibido como una condena anticipada para el imputado o acusado, porque se debe respetar el principio de inocencia en primer lugar y como corolario de lo anterior, al insertarse la pacificación al proceso penal es muy probable que al utilizar los métodos alternos de solución del conflicto que pone a disposición la propia ley, se pueda encontrar una salida conciliadora.

En la vía judicial y especialmente en la jurisdicción penal, la mediación se percibe como un método pacífico ante la existencia de un delito que tiene a dos o más personas en una situación litigiosa, ya que “la mediación considera las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, y busca la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades de la víctima y del infractor” (Gómez & Coco, 2012, p. 15).

También la Corte Suprema de Justicia (2014) basada en el Código Penal (2007) artículo 3, en concordancia con los artículos 26, 69 y 272 del Código Procesal Penal (2008) ha cambiado el enfoque en cuanto a la solución del conflicto, ya que se transita de un enfoque negativo como castigador hacia un enfoque más positivo como pacífico cuando señala que:

Pero los elementos mencionados si bien son necesarios no son suficientes para que la jurisdicción penal pretenda resolver un conflicto entre partes sin tener que llegar a la medida extrema de aplicar una pena. En efecto, aunque una de las filosofías que subyace en los preceptos del Código Procesal Penal es la de resolver un conflicto sin que el proceso penal tenga que culminar con la aplicación de una pena -que el propio Código y, dicho sea de paso, también el Código Penal, consideran la última ratio a la que hay que recurrir, por ser una medida extrema que afecta importantes bienes y derechos fundamentales de quien la tendría que padecer-, los elementos anteriores no son suficientes, aunque sí necesarios, para que se pueda resolver un conflicto sin tener que llegar a la aplicación de una pena.

Es cierto que el proceso penal no tiene como único fin la aplicación de una pena, sino también, la solución de un conflicto: del conflicto surgido entre víctima y victimario, lo cual queda expresado en el último enunciado del citado artículo 26 cuando señala que "El Ministerio Público y los tribunales deben promover durante el curso del procedimiento mecanismos que posibiliten o faciliten los fines previstos en el párrafo anterior",

es decir, que faciliten los fines de "resolver el conflicto 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."

Pero ello no significa que el Estado haya renunciado o desistido de ejercer su ius puniendi, es decir, su derecho a castigar, y que siempre y a toda costa hay que evitar aplicar la pena, aun en los delitos graves o en los que no son desistibles, que es la condición prevista por la ley para que se pueda conseguir la solución de un conflicto sin tener que aplicar la pena.

En concordancia con la jurisprudencia anterior la Corte Suprema de Justicia (2017) con el pasar de los años ha exhortado a quien lleva el ejercicio de la acción penal a cumplir con el principio de solución del conflicto que involucra el poner en práctica la mediación cuando indica que

Es necesario recordar que el artículo 69 del Código Procesal Penal nos brinda una clara idea de lo que el legislador esperaba lograr con el nuevo sistema y la incorporación de los medios alternos de solución del conflicto, al señalar que el Ministerio Público procurará la solución de los conflictos a través de la aplicación de los mecanismos alternativos, velando por la protección de las víctimas. Lo mismo se infiere del artículo 26 *lex cit*, que señala que dentro de las reglas del proceso, el deber de los Tribunales, sin distinción, es procurar la solución del conflicto 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, e invitando a estos funcionarios a promover dichos mecanismos que posibiliten o faciliten tales fines de solución.

Por tanto, cuando un Juez de Garantías deriva una causa penal a mediación, el mediador debe poner todo su empeño para que se gestione de la mejor manera el conflicto porque se está poniendo en sus manos la tranquilidad de las partes en cuanto para el imputado o acusado el riesgo de ser condenado e incluso perder su libertad y para la víctima la necesidad de ser reparada por el daño causado, es decir, cada parte tendrá un interés en la posible solución del conflicto en aras también de alcanzar la reconciliación social.

### 3. Principales competencias del mediador

El mediador puede ser identificado como un profesional con un perfil definido que ejerce una función central de imparcialidad en el proceso de mediación, ya que no impone una solución, más bien gestiona de manera adecuada el conflicto entre las personas involucradas, poniendo en práctica diversas técnicas para facilitar el diálogo y así se pueda lograr una negociación colaborativa para alcanzar un acuerdo satisfactorio para los mediados.

El mediador cuando gestiona un conflicto penal debe tener como norte que su fin no es encontrar un culpable o condenar sino más bien debe armonizar a la víctima con el victimario para que juntos ofrezcan alternativas para lograr la mejor solución que los beneficie.

De allí que, el mediador debe poseer diversas competencias, que entre otras, se destacan la preparación académica especializada, ser flexible, actuar creativamente, manejar con prudencia los

sentimientos, tener buen humor, mantener el respeto, controlar el tiempo, ser honesto y hablar de una manera sencilla como entendible. En este hilo de pensamiento, el mediador debe aplicar diversas técnicas durante el proceso mediador como por ejemplo el rapport, escucha activa, parafraseo, reformulación, connotación positiva, legitimación, empatía, indagación, clarificación, formulación de preguntas abiertas como cerradas, equilibrar el poder, revalorización y el caucus. Además, debe demostrar habilidades como “a) Escuchar activamente; b) Comunicarse efectivamente; c) Usar el lenguaje claramente; d) Crear confianza y afinidad; e) Permanecer neutral; f) Desactivar estados emocionales extremos y; f) Ayudar a las partes en la creación de opciones” (Pastrana, 2013, p. 86).

La idoneidad es imprescindible para ejercer como mediador, por lo que cada profesional debe tramitar su registro, para que se le otorgue su certificado de mediador y conciliador ante el Ministerio de Gobierno, donde existe un Registro de Conciliador y Mediador a nivel nacional, pero para dar ese paso la persona interesada debe haber adquirido previamente una preparación universitaria relacionada a métodos alternos de solución del conflicto o sobre mediación a nivel de un Diplomado como mínimo, por lo que “el mediador cuenta con la característica de la especialidad. Ésta consiste en que la persona que se encarga de conducir el procedimiento, normalmente es un especialista altamente calificado en la materia de Mediación” (García, et al., 2019, p. 49), es decir, debe poseer estudios especializados.

La labor que desarrolla el mediador no es fácil; pero si tiene vocación no existirá obstáculo que le impida amar lo que hace, por lo que “el rol del mediador o conciliador en los mecanismos de diálogo para la transformación de los conflictos consiste, precisamente, en



unir los mundos interiores de cada parte y en establecer con una comunicación clara, fluida y sana” (Araujo, 2005, p. 70). A pesar que la víctima se considere la parte más débil en un proceso penal, el mediador debe mantenerse en un plano neutral y potencializar la igualdad de partes logrando entablar un diálogo interactivo, sin miedo, transparente y basado en la buena fe.

En este sentido, se debe recordar que “la sesión o encuentro de mediación, lo maneja el mediador que debe ser profesional capacitado en las técnicas de mediación y del manejo de los conflictos penales, con criterios de imparcialidad, neutralidad y conducción de proceso” (Soler, 2017, p. 305), por lo que tanto víctima como victimario se les debe garantizar los mismos derechos y no debe existir excepción alguna respecto al trato de ambas personas.

Si bien como señala Dávalos, (2010) a las víctimas “no las mueve exclusivamente ese resarcimiento (económico) sino la necesidad de comprender, superar o sublimar el conflicto que han atravesado y las huellas de ese conflicto” (como se citó en Azpeitia, 2017, p. 83), el mediador debe tener bien desarrollada la habilidad de la escucha activa que “se manejará como elemento base para que la comunicación sea fluida y de manera voluntaria y participativa, esta podrá ayudar a entender mejor el conflicto y sus necesidades” (Steele & Rodríguez, 2017, p. 193). En muchas ocasiones, el mediador debe enseñar a las partes a comunicarse porque al existir un conflicto lo primero que se deteriora es la comunicación.

Durante una sesión de mediación se pueden dar diversas situaciones incómodas; pero es en esos momentos donde el mediador debe actuar como “un artista que a través de su

trabajo procurará que las partes depongan sus intereses y lleguen a un arreglo satisfactorio. Dentro de este proceso, uno de los roles del mediador es evitar que las partes se ofendan recíprocamente” (Soler, 2017, p. 304), ya que las emociones pueden desestabilizar a una de las partes; pero el mediador debe tener el control de la situación para propiciar un clima tranquilo como relajado.

Sobre el tema en particular Rondón (2010) ha manifestado que

Las competencias generales incluyen: el manejo de conflictos, las habilidades para las relaciones interpersonales, el trabajo en equipo, el compromiso y la capacidad de análisis. Entre las competencias específicas se señalan: Concebir el conflicto como base para la mediación, discernir la causa del conflicto, reconocer las alternativas de solución de conflictos, gestión del proceso comunicativo con construcción de hipótesis de trabajo y participación de los usuarios. Por último, se señala la dimensión de habilidades, en el marco de la competencia, relativos a la escucha activa, y la comunicación en general, a la habilidad de evaluar intereses y necesidades, de generación de confianza o de negociar. (Como se citó en García-Longoria, 2013, p. 72)

La creatividad es otra de las competencias que debe desarrollar un mediador para que el conflicto se perciba con un enfoque positivo como también que se logren alternativas diversas para lograr una posible solución, por lo que Gorjón y Valdés (2021) han destacado al respecto que:

Un mediador creativo siente curiosidad por el caso que se le asigna, así como curiosidad por la información que le brindan las partes. Esto lo motiva a ver la información

obtenida desde distintos ángulos con la finalidad de buscar diversas formas para gestionar el conflicto, el mediador trabaja con las relaciones interpersonales, le sería de utilidad hacer ejercicios para desarrollar su creatividad y a su vez llevar a los mediados a ver las cosas desde un punto de vista distinto a como habían venido trabajando el problema, esto permitiría que se observe la problemática desde otros ángulos y crear soluciones que no habían previsto. (pp. 22-23)

Si el mediador logra que las partes suscriban un acuerdo, debe ser redactado de manera sencilla y se les debe advertir que el mismo presta mérito ejecutivo tal cual se contempla en el artículo 56 del Decreto Ley 5 (1999). Incluso una vez firmado el acuerdo no puede ser modificado de manera unilateral y esto alcanza al Juez de Garantías que solamente debe validar el mismo en una audiencia sin poder hacer mayores consideraciones al respecto.

Con base a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia (2012) ha indicado sobre el principio de la voluntad de las partes y el respeto al acuerdo de mediación al que llegaron las partes lo siguiente

El ya mencionado artículo 210 del Código Procesal Penal (ley 63 de 2008), que regula lo relativo a lo que debe dictarse en la audiencia que se surte posterior a la remisión del resultado de la mediación, no habla o estipula que lo decidido deba ser homologado por el juez de garantías. La disposición en comento es clara en mencionar que la tarea del juez de garantías debe estar encaminada a disponer la continuación del proceso o suspenderlo. Pero además de ello, determina de forma prístina las circunstancias que deben concurrir para que se surtan dichas decisiones.

Y estas son, la existencia o no de un acuerdo en mediación.

...

Otro aspecto que debe considerarse dentro de la presente causa, es que la decisión de la funcionaria requerida se sustentó en lo dicho por la víctima, de que luego de firmado el acuerdo, consideró que no estaba conforme con la cantidad de dinero que se había establecido, ya que introduce nuevos bienes y conductas que no se habían abordado en un principio. Consideró la juez de garantías que debía disponer la reactivación del proceso, ya que debía respetar la voluntad de la víctima que ahora mostraba su disconformidad con lo pactado.

Ante esta situación observa la Corte Suprema de Justicia que, la decisión de la víctima de desconocer lo pactado, fue adoptada unilateralmente después que se había surtido la mediación.

Por tanto, aceptar la postura de la juzgadora, sería desconocer el pacto debidamente consensuado que se dio entre las partes, restándole eficacia a la mediación como parte integrante del sistema penal acusatorio. Pero además de ello, y contrario a lo que deja ver la juez de garantías, en el sentido que su decisión atiende a respetar la voluntad de las partes (la víctima únicamente), consideramos que la verdadera forma de darle valor a ese principio, es acatar aquello que ambas partes habían pactado, y no la posición de una sola de ellas, máxime que como hemos indicado, el acuerdo de mediación no ha sido impugnado por estar viciado en su consentimiento.

Consideramos entonces, que relajar el procedimiento con la incorporación de estas circunstancias no establecidas en la ley, podría llevarnos a decisiones que darían al traste con principios fundamentales de este nuevo sistema, haciéndolo inoperante. Abrir la posibilidad de que luego de haber obtenido un acuerdo de mediación, una de las partes pueda modificarlo en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia, incluso no probada, atentaría contra la efectividad del sistema, y se daría un mal mensaje de irrespeto a lo que se acuerda, dejando la mediación como una figura reconocida pero ineficaz.

También el mediador, que si bien en Panamá no necesariamente se exige que debe ser Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, debe conocer el marco legal que regula la mediación en general y la mediación penal que se encuentra estipulada en el Código Procesal Penal (2008) pero además si el mediador forma parte del Órgano Judicial debe ser conocedor del contenido del Acuerdo 685 de 12 de noviembre de 2015 “Por medio del cual se unifican los acuerdos N°294 de 6 de septiembre 2001; N°433 de 13 de diciembre de 2001; N°225 de 19 de junio de 2003 y N°252 de 31 de mayo de 2005 y dictan otras disposiciones concernientes a los métodos y centros de métodos alternos de resolución de conflictos del Órgano Judicial” y de otras normas.

Aunado a lo anterior el mediador debe saber que toda regla tiene su excepción, ya que si bien el Código Procesal Penal (2008), artículo 201 establece un listado de los delitos desistibles que pueden ser derivados a mediación, también es un hecho cierto que de manera jurisprudencial se ha dado

una interpretación más amplia a este tipo de normas y es así que la la Corte Suprema de Justicia (2014) se ha pronunciado así

Y es que, frente a un escenario en el cual las partes (imputado y víctima) expresaron su deseo de resolver el conflicto a través de la mediación y luego de verificar que las normas aplicables hacían viable, a criterio del juez, acceder a remitir la causa al Centro Alternativo de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, sin que tal actuación produzca indefensión en la parte que recurre en amparo, no justifica la concesión del presente.

A juicio del Pleno la decisión del Juez de garantías de derivar una causa seguida por el delito de uso de tarjeta de crédito, en circunstancias en las que la lesión causada se limita al patrimonio de la víctima y en la que ésta -la víctima- y el imputado están de acuerdo en acudir a la mediación, no hace más que privilegiar el ejercicio de la facultad de las partes de acudir a los medios alternos de resolución del conflicto, en plena armonía con una de las finalidades del proceso penal, el principio de solución del conflicto y resulta consistente con el objetivo de evitar la judicialización del conflicto.

El mediador que gestiona conflictos penales puede pertenecer o no al sistema de administración de justicia, ya que el Código Procesal Penal (2008), artículo 207 le da la facultad a las partes que le puedan solicitar al Juez de Garantías que derive la causa a un Centro de Mediación público o privado. De allí que, independientemente que el mediador sea o no un servidor público, debe respetar las normativas que regulan su profesión e incluso

tener un comportamiento ético.

Sobre este tópico, sea un mediador que pertenece al Órgano Judicial como al Ministerio Público o forme parte de un Centro de Mediación privado legalmente reconocido, dicho profesional ejerce temporalmente las funciones de un administrador de justicia, lo anterior ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia (2011) de la siguiente manera

Fallo de 28 de marzo de 2005 M.P. Winston Spadafora Franco.

El arbitraje, la mediación, así como la conciliación constituyen medios o métodos alternos de solución de conflictos. La adopción de estas formas alternas en la solución de controversias se han incorporando en las distintas legislaciones con la finalidad de agilizar las controversias en distintos tipos de negocios que a través de las leyes de cada país han adoptado como vía sustitutiva a la judicial estos mecanismos. Así también tenemos que las personas que le dan solución a estos conflictos, si bien podría decirse en principio que realizan temporalmente una función de tipo judicial, no toman la calidad de servidores públicos. Ello en razón de que el párrafo tercero del artículo 3 del Código Judicial establece que la administración de justicia "También se ejerce en casos especiales, por personas particulares que, en calidad de jurados, arbitradores o árbitros, o por razón de cualesquiera otros cargos de esta misma naturaleza, participen en las funciones jurisdiccionales, sin que ello incluya a tales personas como parte del Órgano Judicial". Lo anterior evidencia que es legalmente permitido y admitido en nuestra legislación que

determinadas causas sean resueltas por otras personas sin que esto implique que formen parte de lo judicial y, más aún, se admiten estos métodos alternos de solución de conflictos.

Dicha jurisprudencia reconoce la existencia como la importancia de los métodos alternos de solución del conflicto, destacándose la mediación, por lo que los mediadores también ejercen un rol jurisdiccional; por supuesto que de manera temporal (pertenezcan o no al Órgano Judicial), claro está que no emitiendo una sentencia; aunque sí gestionando de manera efectiva el conflicto para que se trate de lograr un acuerdo que sea del agrado de los mediados y que se cumpla a futuro. Se debe recordar entonces que es el Juez de Garantías el competente para derivar una causa penal a mediación y luego de llevarse a cabo la sesión por el mediador debe remitirse el resultado nuevamente a dicho Juez para que valide el acuerdo, otorgando el plazo que señala la norma o bien, reactivando la causa penal en el evento que no se llegue a un acuerdo por las partes.

#### **4. Efectividad de la mediación penal según datos estadísticos**

Desde la entrada en vigor del sistema penal acusatorio en Panamá en el año 2011, de manera escalonada, hasta el año 2016, que rige de manera total en todo el país, la mediación ha sido reconocida como un método alternativo efectivo para solucionar conflictos penales y esto se demuestra con datos estadísticos oficiales.

Hay que tener en cuenta que "dentro de las ventajas que ofrece la mediación están que favorece la comunicación, preserva las relaciones, es rápida, disminuye la agresión y la escala del conflicto, garantiza un mayor cumplimiento y satisfacción, es económica,



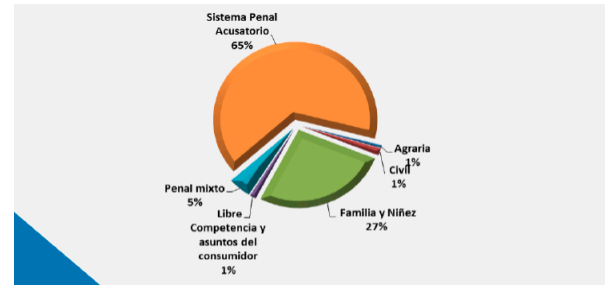
voluntaria, implica menor coerción” (Tapias, 2016, p. 21). Además, se debe considerar que “la mediación como herramienta de convivencia, está logrando en estos últimos años resultados satisfactorios. Es necesario promover “el aprender a vivir juntos”, las relaciones positivas con los otros, el diálogo como vía de resolución de conflictos” (Herrera & Ortiz, 2016, p. 57).

La mediación penal ha venido a humanizar el sistema penal, al menos con aquellos delitos que la norma lo permite; de allí que como comenta Gómez y Coco (2012)

También se intenta evitar la llamada “victimización secundaria”, y siempre que sea posible, una pena privativa de libertad que ni satisface la necesidad de la víctima de sentirse escuchada, atendida y reparada, ni del infractor que pierde y puede que no recupere su situación social cuando salga de prisión. A su vez la sociedad recuperaría a ambos miembros y se pacificaría la convivencia. (p. 15)

Con la puesta en marcha de la mediación penal en Panamá se ha podido percibir una gran ayuda a la pacificación de los conflictos y lógicamente esto repercute de manera positiva al sistema de administración de justicia porque son causas penales que se terminan en las fases iniciales del proceso, lo que representa un alivio de carga laboral; por tanto, esto se puede ver reflejado con los datos estadísticos recopilados por los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, donde se destacan los siguientes:

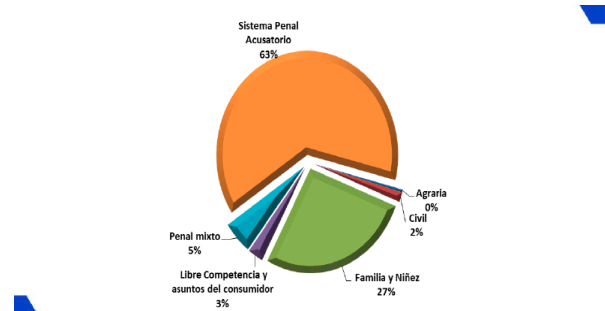
Gráfico N°1. Sesiones de mediación judicial realizadas en los centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, por materia: año 2020



Fuente: Órgano Judicial. Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos. Informe Estadístico. Enero a diciembre 2020.

En el año 2020 se realizaron 3,088 sesiones de mediación judicial de las cuales 2,020 les correspondieron a las causas derivadas del Sistema Penal Acusatorio, seguidamente le siguieron 827 de la jurisdicción de familia y niñez, 138 de la jurisdicción penal mixto, 45 de la jurisdicción civil, 39 de libre competencia y asuntos del consumidor y 19 de la jurisdicción agraria.

Gráfico N°2. Sesiones de mediación judicial realizadas en los centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, por materia: enero a junio 2021



Fuente: Órgano Judicial. Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos. Informe Estadístico. Primer Semestre 2021.

De enero a junio de 2021 se realizaron 1,379 sesiones de mediación judicial de las cuales 872 les correspondieron a las causas derivadas del Sistema Penal Acusatorio, seguidamente le siguieron 372 de la jurisdicción de familia y niñez, 71 de la jurisdicción penal mixto, 37 de libre competencia y asuntos del consumidor, 21 de la jurisdicción civil y 6 de la jurisdicción agraria.

Cabe resaltar que para el año 2020 los delitos que más se derivaron para mediación fueron: Lesiones personales (867), hurto (209), estafa y otros fraudes (208), lesiones culposas (203), incumplimiento de deberes familiares (187), otros delitos (106), homicidio culposo (101), delitos cometidos con cheques (69) y apropiación indebida (65). En este hilo de ideas, para los meses de enero a junio del

año 2021 los delitos que más se derivaron para mediación fueron: Lesiones personales (417), estafa y otros fraudes (108), hurto (99), lesiones culposas (71), homicidio culposo (58), delitos cometidos con cheques (37), otros delitos (33), incumplimiento de deberes familiares (27) y apropiación indebida (20).

A su vez, para el año 2020 con la ayuda de los mediadores se lograron 1,253 acuerdos de mediación penal del sistema penal acusatorio, de los cuales 1,217 se referían a aspectos económicos y 36 a cuestiones restaurativas. Sin embargo, para los meses de enero a junio del año 2021 con la ayuda de los mediadores se lograron 854 acuerdos de mediación penal del sistema penal acusatorio, de los cuales 835 se referían a aspectos económicos y 19 a cuestiones restaurativas.

## Conclusiones

Con la mediación penal se permite a las partes intervinientes resolver de manera diferente como creativa su conflicto, donde además ellas pueden replicar sus buenas experiencias con otras personas para que intenten concluir su proceso penal por esa vía; e incluso se garantiza una tutela judicial efectiva donde son los mediados los que deciden la solución que más les beneficie.

En pleno siglo XXI la mediación penal debe ser considerada como un derecho humano para que la víctima como el victimario puedan obtener justicia en tiempo razonable, ya que el conflicto se gestiona desde un enfoque constructivo como positivo donde además de reducir el rezago judicial se obtienen ventajas para los mediados, siendo para el victimario que al cumplirse el acuerdo no se le aplicará una sanción y para la víctima el resarcimiento del daño causado.

El rol del mediador en la gestión de conflictos penales comprende la puesta en práctica de habilidades o competencias como la idoneidad, estudios académicos especializados, la comunicación efectiva, la escucha activa, técnicas especiales, la empatía, el respeto recíproco, la conducción adecuada de la sesión, el control de las emociones, la colaboración de las partes para manifestar alternativas viables para la solución del conflicto y de ser posible la firma de un acuerdo que sea satisfactorio para todos los involucrados.

Con base a los datos estadísticos del Órgano Judicial se puede corroborar que la mediación penal está teniendo éxito porque de todas las jurisdicciones la que más deriva causas a mediación es la jurisdicción penal con un 70% para el año 2020 (un 65% en el sistema penal acusatorio y 5% en el sistema

penal mixto) y para el primer semestre del año 2021 volvió a ocupar el primer lugar con un 68% (un 65% en el sistema penal acusatorio y 3% en el sistema penal mixto).

Los números positivos que está teniendo la mediación penal actualmente se debe a la voluntad de un equipo comprometido con garantizar un sistema de administración de justicia más humano como participativo, ya

que Jueces de Garantías, Defensores Técnicos, Querellantes y Fiscales apuestan por las bondades que ofrece este método alternativo pero también se debe adicionar la participación del Terceros Civilmente Responsable que como buena práctica judicial se incorpora a dichas sesiones; e incluso se debe resaltar la labor de los mediadores que con empeño gestionan los conflictos de manera pacífica con el norte de construir una cultura de paz.

### Referencias bibliográficas

- Acuerdo 685 de 2015 (Corte Suprema de Justicia). Por medio del cual se unifican los acuerdos N°294 de 6 de septiembre 2001; N°433 de 13 de diciembre de 2001; N°225 de 19 de junio de 2003 y N°252 de 31 de mayo de 2005 y dictan otras disposiciones concernientes a los métodos y centros de métodos alternos de resolución de conflictos del Órgano Judicial. Noviembre 12 de 2015. (Panamá).
- Araujo Gallegos, A.M. (2005). *Negociación, Mediación y Conciliación. Cultura de Diálogo para la Transformación de los Conflictos*. (2a ed.). Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Azpeitia Ponce, A. (2017). *Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Conocimiento Indispensable para el Abogado Actual*. México: Editorial Flores.
- Cabello Tijerina, P.A. (2012). *La Mediación como Política Social Aplicada al Fortalecimiento de la Cultura de Paz en México y España*. (Tesis doctoral). Universidad de Murcia. Facultad de
- Trabajo Social. España. Recuperado de: [eprints.uanl.mx/4389/1/tesis.pdf](https://eprints.uanl.mx/4389/1/tesis.pdf)
- Cantú Leal, C.A., y Vásquez Gutiérrez, R.L., (2019). La Importancia de la Educación Emocional en la Formación de Agentes de Pacificación Social para la Gestión Positiva del Conflictos. En Emilia De Los Ángeles Iglesias Ortuño y Reyna Lizeth Vázquez Gutiérrez (Coords.). *Intervención para la Gestión Positiva de Conflictos desde el Trabajo Social*, pp. 143-162. México: Tirant Lo Blanch.
- Código Penal, 2007. Texto Único adoptado por la Ley 14, 2007. 26 de abril de 2010 (Panamá).
- Código Procesal Penal, 2008. Ley 63 agosto 28, 2008. 29 de agosto de 2008 (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 876-10 (M.P. Harley J. Mitchell; enero 20 de 2011).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 730-12 (M.P. Hernán De León Batista; diciembre 20 de 2012).

- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 805-12 (M.P. Jerónimo Mejía; diciembre 12 de 2014).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 859-16 (M.P. Abel A. Zamorano; marzo 22 de 2017).
- Decreto Ley, 5, de 1999, (Presidencia de la República y Consejo de Gabinete). Por la cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación, 8 de julio, 1999. (Panamá).
- García-Longoria Serrano, M. P. (2013). La Formación en Mediación y el Trabajo Social. *Revista Servicios Sociales y Política Social*, 101, 69-81. Recuperado de: <https://www.serviciosocialesypoliticassocial.com/la-formacion-en-mediacion-y-el-trabajo-social>
- García Ortega, A.L., Pérez Santana, M.E. y Pérez Santana M.A. (2019). *Mediación como Método de Solución de Conflictos*. México: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez Bermúdez, M. y Coco Gutiérrez, S. (2012). Justicia Restaurativa: Mediación en el Ámbito Penal. *Revista de Mediación*. Año 6, N°11, primer semestre 2012, pp. 14-19. Recuperado de: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/08/Revista-Mediacion-11-03.pdf>
- Gorjón Gómez, F. y Valdés Espinosa, E. (2021). Análisis de la Creatividad de la Mediación. *Revista Ciencia Jurídica y Política*. N°12 (6), pp. 14-27. Recuperado de: <https://portalderevistas.upoli.edu.ni/index.php/5-revcienciasjuridicasypoliticas/article/view/641>
- Herrera Pertuz, L. y Ortiz Ocaña, A. (2018). *Educación Inclusiva y Convivencia Escolar. Cómo Evitar los Conflictos entre los Estudiantes del Nivel de Educación Básica Primaria*. Colombia: Ediciones de la U.
- Órgano Judicial de Panamá. (2020). Estadísticas Judiciales. Recuperado de: <https://www.organojudicial.gob.pa/files/estadisticas-judiciales-estadisticas-generales>
- Pastrana Aguirre, L.A. (2013). *La Mediación en el Sistema Procesal Acusatorio en México*. Doctrina y Disposiciones Legales. (2a ed.). México: Editorial Flores.
- Soler Mendizábal, R. (2017). *Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos. En la Justicia Penal Acusatoria*. Panamá: Librería & Editorial Barrios & Barrios.
- Steele Garza, J.G. y Rodríguez Calderón, D. (2017). Las Prácticas Restaurativas como Forma de Solución de Conflictos en las Comunidades Escolares. En Gabriel de Jesús Gorjón Gómez (Coord.). *Tratado de Justicia Restaurativa, un Enfoque Integrador*, pp. 177-198. México: Tirant Lo Blanch.
- Tapias Saldaña, A.C. (2016). Mediación: Solución Pacífica de Conflictos. En Ángela Cristina Tapias Saldaña (Coord.). *Aprendiendo a Mediar*, pp. 15-24. Colombia: Ediciones de la U.
- Vinyamata Camp, E. (2014). *Conflictología. Curso de Resolución de Conflictos*. (5a ed.). España: Editorial Planeta.



## Mgter. Erick Javier González González

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

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



## **La conciliación como una forma de solución de los conflictos en la vivienda familiar, dentro del proceso ejecutivo hipotecario, en el sistema judicial panameño**

**Mgter. Giselle Marie Moncada Ramírez de Vásquez**

Abogada

Firma Morgan & Morgan Legal,  
miembro del Colegio Nacional de Abogados y su  
Comisión de Derecho Colaborativo.

Correo electrónico: [gismoncada11@gmail.com](mailto:gismoncada11@gmail.com)



## **La conciliación como una forma de solución de los conflictos en la vivienda familiar, dentro del proceso ejecutivo hipotecario, en el sistema judicial panameño**

*Recibido: octubre 2022*

*Aprobado: noviembre 2022*

### **Resumen**

Como consecuencia de la crisis económica generada por el COVID-19, los acreedores y deudores confrontan preocupaciones sobre el pago de las hipotecas morosas. El problema agrava cuando la garantía de estos préstamos lo constituye la vivienda de la familia, el lugar donde convive la célula madre de la sociedad. Para evitar un colapso en el sistema nacional de crédito y una crisis general de vivienda, se propone la conciliación como solución en el proceso ejecutivo hipotecario de este tipo de inmueble.

A través de la conciliación se exploran más alternativas, como la dación en pago, la entrega a un corredor de bienes raíces de la propiedad para su venta, el sometimiento voluntario del deudor al remate, la posibilidad de una salida pacífica del bien inmueble, entre otras. Es la calidad de experto del conciliador y su facultad activa de proponer soluciones lo que añade valor agregado a esta propuesta.

El problema es que no se está usando la conciliación para la solución de un proceso ejecutivo hipotecario de la vivienda familiar, cuando su aplicación en este tipo de procesos sería un aporte para Panamá y los países que tengan un sistema de adquisición de viviendas familiares garantizadas con préstamos hipotecarios.

### **Abstract**

As a consequence of the COVID-19 crisis, lenders and debtors confront worries about the payment of the mortgages in default. The problem is worst when we talk about the family residence, which is the mother cell of the society. To avoid a collapse in the national credit system and the family housing crisis, conciliation is proposed as an alternative solution to a conflict originated by the unfulfillment of a loan with mortgage of this kind of properties.

With the conciliation, it is possible to suggest more solutions to the foreclosure process, for example to transfer the asset with condonation of the debt, to put at the disposition of a real estate broker the property, the voluntary decision to allow the bid, the pacific eviction of the debtor, and any others. It is the quality of expert of the conciliator and its active prerogative to provide solutions which add more value to this proposal.

The problem is that actually the conciliation has not been used for the solution of the foreclosure process of the family residence and its application in this kind of financial-patrimonial process is going to be positive for Panama and all the countries that secure their acquisition of residences in loans with mortgages.

## Palabras Claves

Conciliación, ejecución hipotecaria, vivienda familiar

## Keywords

Conciliation, foreclosure process, family residence

## Introducción

Este trabajo se realiza con la convicción de que en la aplicación correcta de un método de resolución de conflicto, como lo es la conciliación, puede estar la solución que evite un colapso nacional en el sistema de créditos, con motivo de la crisis que generó la pandemia COVID-19. Aunque la mediación también es viable y provechosa, en este caso particular se ha elegido la conciliación porque en nuestro país, Panamá, el conciliador sí puede sugerir soluciones o propuestas para que las partes lleguen a un acuerdo. En cambio, el mediador no puede dar esas sugerencias y la materia requiere, en muchos casos, soluciones financieras que implican capacitación previa y experiencia. Se sugiere un perfil de conciliador con conocimientos en banca y finanzas, capaz de entender las políticas del banco y la Superintendencia de Bancos así como la situación particular del deudor. Actualmente en Panamá, dependiendo de las políticas de cada banco, sólo si las partes lo acordaran se podría solicitar una conciliación en un centro autorizado o a un conciliador con registro expedido por el Ministerio de Gobierno de Panamá.

Se trata de buscar la manera de que el sistema nacional de créditos siga funcionando eficientemente y no quede el acreedor con una cartera de propiedades devaluadas sobre las que no va a recuperar lo adeudado con su venta. Por otro lado, con una conciliación al inicio del proceso, el deudor tendría una oportunidad más de salvar su vivienda familiar.

En este sentido, una de las mayores aportaciones que se pretende con este trabajo es proponer la aplicación, antes o durante el proceso ejecutivo hipotecario, de una conciliación llevada por un conciliador con especialización en banca y finanzas y bienes raíces. Es decir, exhorta al uso de un medio de terminación anticipada del proceso para conveniencia de las partes, lo cual representará una verdadera forma de solucionar la crisis de créditos impagos generados por la pandemia COVID-19, creando un modelo de solución de conflictos ante cualquier otra crisis similar que se afronte.

Indudablemente, la propuesta de conciliación entraña un interés de tipo social cuando se busca conciliar al acreedor hipotecario y al sistema bancario, con el deudor propietario de una residencia donde convive con su familia. No perdamos de vista que ejecuciones hipotecarias masivas sobre residencias familiares también podrían ocasionar heridas irreconciliables entre el sector más vulnerable y la banca. Por tanto, lejos de buscar soluciones al extremo paternalistas que perjudiquen de forma marcada al sistema bancario, hay que darle la oportunidad al método de solución de conflictos para buscar el acuerdo *ganar-ganar* para todas las partes.

En apoyo a sugerir el uso preferente del conciliador al mediador en Panamá, como método de solución del conflicto causado por el no pago de la hipoteca de la vivienda



familiar, está el hecho de que la mayoría de los bancos cuentan con equipos especializados en reestructuración de deudas y cuando los deudores desean llegar a un acuerdo son atendidos por estos colaboradores. No se puede considerar que esto representa una conciliación, toda vez que no existe imparcialidad en la figura del tercero que trata de provocar el acuerdo o arreglo de pago.

Este trabajo hace un llamado claro a la promoción de la cultura de la paz, que es pregonada en todos los métodos de resolución de conflicto, ya que busca provocar el equilibrio entre los bandos afectados por las crisis económicas y los que gozan de gran liquidez.

## **2. Antecedentes**

### **2.1. Antecedentes del proceso ejecutivo hipotecario**

En la mayoría de las legislaciones existe este tipo de proceso especial que responde y accede al cumplimiento de una obligación contractual. Generalmente esta obligación es el pago de un préstamo (aunque se puede garantizar cualquier tipo de obligación legal). Así vemos que en el derecho anglosajón existe el denominado *foreclosure*, en Puerto Rico, Colombia, Costa Rica y Panamá existe el proceso ejecutivo hipotecario.

En Panamá existen las siguientes clases de procesos ejecutivos hipotecarios: proceso ejecutivo hipotecario de bien mueble, proceso ejecutivo hipotecario sobre bien inmueble (sin cláusula de renuncia de trámites), proceso ejecutivo hipotecario mixto, proceso ejecutivo hipotecario por cobro coactivo y proceso ejecutivo hipotecario con renuncia de trámites, que es el que nos ocupa, ya que, generalmente, todos los contratos de préstamo actualmente contienen la cláusula de renuncia de trámites (en adelante, a lo largo de este trabajo se le

denominará proceso ejecutivo hipotecario). Mediante La Ley Hipotecaria Española se incorpora, en el año 1917 al Código Civil panameño la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, actualmente se encuentra regulado en su artículo 1602.

Por otra parte, el Código Judicial (2001) en el artículo 1744 regula este tipo de proceso y a su tenor literal lee así:

Artículo 1744: Cuando en la escritura de la hipoteca se hubiera renunciado a los trámites del proceso ejecutivo, el juez con vista de la demanda y de los documentos que habla el artículo 1734, ordenará la venta del inmueble con notificación del dueño actual del bien hipotecado; pero no se podrán proponer incidentes ni presentar otra excepción que la de pago y prescripción. El pago puede efectuarse y comprobarse en cualquier estado del proceso. Si el ejecutado acreditare haber pagado antes de la interposición de la demanda no será condenado a pagar costas causadas. La prueba ha de consistir en documento auténtico, en documento privado o en actuación judicial de los cuales aparezca de manera clara que se ha efectuado el pago.

Servirá de base para el remate, la suma fijada por las partes en la escritura de la hipoteca. Si no se hubiere fijado precio al inmueble se aplicará lo dispuesto en el artículo 1657. (Código Judicial, 2001)

### **2.2 La vivienda familiar como garantía hipotecaria**

Con convicción podemos decir que la familia es la célula básica de toda sociedad.

Las legislaciones por siglos se han ocupado de proteger a la familia y al menor de edad, enfocándose, más que nada, en las crisis originadas en el seno de la familia y conflictos entre los cónyuges, guarda y crianza de los menores de edad, pensión alimenticia, régimen de liquidación matrimonial y otros.

Como referencia, digna de señalar, se encontró un trabajo que menciona el impacto de la vivienda en la salud de las personas, producto de recesión económica acontecida en España donde se señala lo siguiente:

...la relación entre la vivienda y la salud puede explicarse a través de cuatro dimensiones interrelacionadas, tal como propone la Organización Mundial de la Salud: 1) el hogar (significado social y emocional que las personas dan a su vivienda), 2) las condiciones físicas de la vivienda, 3) el entorno físico y 4) el entorno social (comunidad) del barrio donde está situada la vivienda. A su vez, estas dimensiones vienen determinadas por el sistema de vivienda, resultado de la interacción del mercado y las políticas de vivienda y otras políticas macroeconómicas y sociales. (Novoa, 2014, p. 45)

El presente trabajo se desenvuelve precisamente, en una de las crisis originadas por aspectos exógenos al seno familiar, ya que muchas veces las preocupaciones y conflictos entre los cónyuges se originan por temas económicos y la pérdida de la vivienda familiar es sin duda uno de ellos. Este trabajo no pretende ser un estudio de Derecho de Familia, pero es innegable el vínculo que existe con dicha rama del derecho, porque al desarrollar este problema financiero-patrimonial, se afecta directamente al hogar

donde idealmente se cultivan los valores y se preparan los futuros ciudadanos. Veamos dos artículos de la Constitución Política (2004) que protegen específicamente el patrimonio familiar y la vivienda:

62. El Estado velará por el mejoramiento social y económico de la familia y organizará el patrimonio familiar determinando la naturaleza y cuantía de los bienes que deban constituirlo, sobre la base de que es inalienable e inembargable.

...

117. El Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso. (Constitución Política, 2004)

Nuestro interés radica en establecer la medida justa entre la protección constitucional de la familia y su patrimonio y el sistema financiero que origina la posibilidad de que los hogares puedan optar por préstamos para adquirirlas. Hemos encontrado en la conciliación el remedio necesario para provocar este equilibrio y que el sistema financiero siga funcionando y beneficiando a todos sus usuarios, pero protegiendo equilibradamente el patrimonio familiar. Para Cedeño (2021) “las familias no todas tienen igualdad de condiciones, económicas, sociales, culturales, educacionales, además del factor de discriminación que ha existido a nivel de raza, religión y otros...” (p. 369)

### **2.3 Los métodos alternos de resolución de conflictos en Panamá**

Antes de entrar a detallar algunos antecedentes de la conciliación, es oportuno brindar antecedentes sobre los métodos de solución de conflictos en general y cómo se

inicia su uso en la República de Panamá. Todo se inicia con la promulgación del Decreto Ley, 5 (1999), que estableció el arbitraje, la mediación y la conciliación. Este Decreto fue modificado por la nueva Ley de Arbitraje, Ley 131 (2013), que derogó el Título I (sobre arbitraje) del Decreto Ley, 5 (1999) y Ley 15 (2006), pero dejó subsistentes los artículos relativos a la Conciliación y la Mediación. Veamos:

El inicio de los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos en Panamá, se dio con la finalidad de establecer el arbitraje, la mediación y la conciliación, con el proyecto del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en coordinación con el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. (Soler, 2019, p. 133)

Continúa diciendo el autor, antes citado, que luego surgieron otras leyes que impulsaron los métodos de resolución de conflictos tales como:

1. Ley 38 (2000), que regula el Estatuto de la Procuraduría de la Administración, el Procedimiento Administrativo General y se dictan otras disposiciones. En el artículo 9 de la referida ley se menciona la mediación como método alternativo para reducir la litigiosidad.
2. Resolución, 50 (2013), por la cual se crea la Secretaría Nacional de Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos y se organiza a nivel nacional los Centros de Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos.
3. Acuerdo, 294 (2001), por el cual se crea el primer Centro Alternativo de Resolución

de Conflictos en el Órgano Judicial, reformada por el Acuerdo, 225 (2003), que permite a los mediadores que no son parte del Órgano Judicial ofrecer sus servicios.

4. Acuerdo, 433 (2001), que establece el Reglamento Interno del Centro de Mediación.
5. Acuerdo, 252 (2006), que creó la Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos.
6. Acuerdo, 685 (2015), que unifica varios acuerdos y establece la estructura del centro.
7. Decreto, 777 (2007), por el cual dicta medidas sobre las instituciones de arbitraje, conciliación y mediación; se cualifica al mediador y al conciliador y se regula la Conciliación y Mediación a nivel comunal.
8. Ley 16, (2016), que instituye la Justicia Comunitaria de Paz y dicta otras disposiciones sobre Mediación y Conciliación Comunitaria.
9. Decreto Ejecutivo, 205 (2018), que reglamenta la Ley 16 (2016) que instituye la Justicia Comunitaria de Paz y dicta otras disposiciones sobre Mediación y Conciliación Comunitaria.

#### 2.4. La conciliación

Al revisar la historia de la humanidad y buscar en sus orígenes los hallazgos del Derecho, se encontraron antecedentes en Grecia y Roma, lugares donde tampoco faltó el espíritu pacifista que intentaba resolver los conflictos de la época.

Desde el año 1239 hay antecedentes de la Conciliación y la Mediación en el Tribunal de

Aguas de Valencia, España.

La Ley de enjuiciamiento civil española de 1881 establece la conciliación prejudicial obligatoria en algunos casos.

En Panamá, como hemos mencionado, la figura de la conciliación se da con la promulgación del Decreto Ley, 5 (1999) que estableció el arbitraje, la mediación y la conciliación. Es preciso mencionar que en este país se hace una diferenciación entre la conciliación y la mediación. En términos generales, el mediador extrae las posibles soluciones de las mismas partes y a través de técnicas y habilidades especiales ayuda a que lleguen al acuerdo; el conciliador, en adición, propone activamente las soluciones para llegar al acuerdo. Es indispensable que el conciliador posea el conocimiento de la materia que es sometida a su intervención por voluntad de las partes en conflicto, siempre bajo los principios esenciales de imparcialidad, confidencialidad y buena fe.

Soler (2018) afirma que:

La conciliación es una forma alterna de resolución de conflictos de carácter dinámica y activa, cuya herramienta fundamental es la forma de hacer la sugerencia dentro del proceso conciliatorio; pero esta debe ser bien formulada emanado de la imparcialidad y del conocimiento jurídico del tema por parte del conciliador. (p. 257)

Las diferencias principales de la conciliación con la mediación son para Gorjón (2012), las siguientes:

- a) El conciliador asume como objetivo persuadir a las partes de la ventaja de la conciliación como un proceso

extrajudicial y extraarbitral.

- b) El conciliador resuelve el conflicto y propone tal solución, pero no se impone como el árbitro o los jueces.
- c) El MEDIADOR sólo (sic) propone una fórmula de composición. (p. 17)

Se puede decir que en Panamá la aplicación de la conciliación es en materia laboral, agraria y derecho de familia. Aunque la Ley 16 (2016) que instituye la Justicia Comunitaria de Paz y dicta otras disposiciones sobre Mediación y Conciliación Comunitaria promueve su uso, aún en proceso de adaptación.

La conciliación en Panamá es totalmente voluntaria, puesto que la conciliación obligatoria según Soler (2019) se declaró inconstitucional en este país en 1995, “porque atentaba contra el derecho de acceso a la justicia. Este fue el criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de noviembre de 1995”. (p. 145)

En muchas legislaciones, la obligatoriedad de la mediación para continuar el proceso no vulnera ni va en contra del acceso a la justicia. Lo cierto es que no se puede considerar que la convocatoria o llamado a plantear una mediación o conciliación previo al proceso, vaya en contra al acceso de la justicia. Es importante mencionar que Soler (2019) señaló que el referido fallo fue anterior a la promulgación del Decreto Ley, 5 (1999) y su posterior ejecución y desarrollo.

En la esfera que nos ocupa, que es la civil, tenemos que el Decreto Ley, 5 (1999) desarrolla la conciliación y la figura del conciliador, normalmente bajo un costo económico, que va acorde a las tarifas que



el centro privado de arbitraje, mediación o conciliación establezca.

La actuación de un conciliador en Panamá no está supeditada a pertenecer a un centro privado o público, el mismo con su registro de mediador y conciliador tiene la facultad de dar validez a un acuerdo con su sello y número de registro. Lo anterior tiene como fundamento la Ley 16 (2016), artículo 54, numeral 4, el Decreto Ejecutivo, 777 (2007), artículo 6, concordante con el artículo 2. Uno de los requisitos más importantes que exige la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DRAC) del Ministerio de Gobierno de Panamá es la constancia de una institución reconocida que certifique que la persona ha recibido la capacitación como conciliador o mediador y el número de horas de formación acreditadas.

En Panamá, el antecedente inmediato de uso de la conciliación para resolver la situación crítica de las empresas que fueron afectadas financieramente por la pandemia COVID-19 es la Ley de Reorganización Conciliada, Ley 212 (2021) “que establece un régimen para los procesos de reorganización conciliada efectuados por motivo de la emergencia nacional por la pandemia COVID-19”. Para poder entender por qué se crea la reorganización conciliada en Panamá, es necesario mencionar que para los procesos de insolvencia existía la Ley 12 (2016), y que se continúa aplicando para los procesos de esta índole que no surgieron producto de la pandemia COVID-19.

Como hemos visto, el sector de los comerciantes en Panamá sí aprovechó la conciliación para las empresas que afrontaban procesos de reestructuración y quiebra, razón por la que se introdujo una ley especial, Ley 212 (2021), para aquellos empresarios afectados con la pandemia, y se crea la

## REORGANIZACIÓN CONCILIADA.

Poco tiempo después se da la reglamentación de la referida Ley 212 (2021) mediante Decreto Ejecutivo, 90 (2021), que establece un régimen especial para los procesos de reorganización conciliada efectuados por motivo de la emergencia nacional por la pandemia de la COVID-19. A manera de comparación, lo que es el conciliador para los empresarios en la nueva ley de reorganización conciliada, lo pudiera hacer la misma figura pero en beneficio del deudor de un préstamo hipotecario que está a punto de perder la vivienda donde descansa su familia.

En Panamá la Corte Suprema de Justicia, a finales del año 2021, presenta un proyecto de reforma al Código Judicial (2001). En las discusiones del mismo se muestra un interés particular en el uso de los métodos de solución de conflictos en los procesos civiles donde se encuentra el proceso ejecutivo hipotecario. Actualmente no tenemos una reforma aprobada, pero se encuentra en proceso y sujeta a cambios y mejoras.

## 3. Estado actual y reacciones en Panamá sobre la mora crediticia ante la crisis COVID-19

Durante la crisis provocada por la pandemia COVID-19 se han presentado a la Asamblea de Diputados dos proyectos de ley: Proyectos de Ley 740 y 635, que han tratado de introducir cambios en los procesos ejecutivos hipotecarios.

El Proyecto de Ley 740 (2021) establece medios procedimentales para que las personas que mantienen préstamos hipotecarios y no han podido pagar puedan tener una oportunidad de poder demostrar sus abonos y suspender el proceso mediante los pagos parciales.

El Proyecto de Ley 635 (2021), hace una

modificación relativa a los remates de bienes muebles e inmuebles y fue presentada por un grupo de 19 diputados, el cambio va dirigido a que se utilice como base del remate el valor comercial de la garantía y no el del crédito del deudor que es el que se suele utilizar. Sin embargo, no han avanzado más y durante el año en transcurso 2022, la Asociación Bancaria Panameña manifestó que estas propuestas podrían provocar un colapso en el sistema crediticio nacional. Muchas personas están preocupadas porque van a perder su vivienda principal, techo de su familia, y luego no será fácil encontrar una vivienda en las mismas condiciones.

Desafortunadamente en ninguno de estos proyectos de ley se vislumbra un método de resolución de conflicto.

Se investigó también en la Superintendencia de Bancos de Panamá la cual es la encargada de mantener nuestro centro bancario internacional con las mejores prácticas internacionales. Se consultó la página de los acuerdos bancarios con el ánimo de buscar si existía alguna política que permitiera o, por el contrario, negara la aplicación de un método formal de resolución de conflicto en materia de cobranzas de créditos hipotecarios siendo que existe un vacío al respecto. En los acuerdos bancarios desde el 2020 al 2022 se creó una política para reestructurar los créditos morosos que tuvieran como origen los estragos de la pandemia COVID-19 y se pudo confirmar, de la lectura realizada, que no existe un departamento de conciliación en los bancos sino un centro de atención de reclamos que en muchos casos se mal denomina “de conciliación” pero nada tiene que ver con el método. En materia de atención de reclamos del cliente hacia el banco hay una fase contemplada de avenimiento, por lo que sí existe familiaridad con los métodos de

resolución de conflictos.

#### 4. Experiencias en otros países

Se obtuvo como información que en Málaga, España, para el año 2013, se dio la preocupación por la ejecución de préstamos hipotecarios en tiempos de crisis:

Los difíciles momentos que estamos atravesando a nivel social y económico obligan a todo jurista que se precie a ocuparse de esa realidad, esforzándose en encontrar respuestas jurídicas a las nuevas necesidades, sin perder de vista la objetividad que como científico debe siempre presidir su actividad.

Por eso, este trabajo tiene por objeto analizar el estado actual de ese grave problema social que se deriva de los préstamos con garantía hipotecaria y su ejecución judicial, en su conexión con la protección que los consumidores merecen en ese ámbito, no solo a nivel civil, sino también a nivel procesal. Así pues, el presente trabajo pretende ser una aportación, lo más constructiva y completa posible, que sirva para clarificar cuestiones no siempre bien entendidas, así como para ayudar a resolver buena parte de los problemas que la aplicación de las normas vigentes está suscitándose ante nuestros Tribunales. (Ruiz-Rico & De Lucchi, 2013, p. 76)

En Perú, la conciliación aplica más al proceso de desalojo, al igual que en Panamá mediante la Justicia Comunitaria de Paz. En Perú, los aspectos a considerar en un acuerdo por desalojo son los siguientes:

- Individualizar el bien que es objeto de la restitución.

- Establecer en forma precisa la restitución del bien inmueble.
- Se puede establecer igualmente un nuevo contrato de arrendamiento.
- Se puede establecer la compraventa del bien arrendado.
- Se puede establecer una cláusula penal por incumplimiento del acta de conciliación. (Medina, 2017, p. 299)

En referencia a la República Bolivariana de Venezuela respecto a la mediación, se plantean estos objetivos:

Como objetivo general: determinar si la mediación como medio alternativo incide en la solución de conflictos en el Proceso Civil Venezolano. Como objetivos específicos lo siguiente: Promover la mediación como medio alternativo para solución de conflicto en el Proceso Civil Venezolano, determinar el mecanismo de proposición de la mediación identificar los medios de resolución de conflictos en el Proceso Civil Venezolano, establecer las diferencias entre mediación, conciliación y arbitraje. (Gravante, 2021, p. 248)

Aunque el estudio referido de la autora antes citada se inclina más por la mediación que por la conciliación, es un indicio de la necesidad mundial que existe de incorporar los métodos alternos al proceso civil.

Desde el punto de vista pre procesal civil de la conciliación, se encontró un estudio de 2019 en España, que señala lo siguiente:

Sin embargo, lo que acontece en la conciliación pre procesal es radicalmente diferente. Nada viene impuesto, sino que estamos ante

un acto en principio unilateral, una iniciativa voluntaria de proponer una solución extra jurisdiccional al conflicto. Y ello se refleja en el mero hecho de la presentación de la solicitud de conciliación, que desde el punto de vista civilístico, supone sencillamente una oferta de contrato.

Ante esa oferta de contrato, el requerido puede rechazar tal oferta de plano, lo que se traduce en la no comparecencia, o puede por el contrario aceptar tal oferta, y comparecer en el día señalado. Posteriormente habrá o no habrá contrato de transacción, pero aunque no lo haya porque las partes no han llegado a acuerdo alguno, tal comparecencia, del requerido (o cualquier actividad que exprese voluntad negociadora) implicará una aceptación de la oferta de un contrato para la transacción. Y ello indica una naturaleza al menos precontractual a priori, que no concurre en la conciliación intraprocesal. (Félez, 2019, p. 212)

Se sabe que, en Colombia, la conciliación pre procesal es obligatoria como paso previo en una gama de procesos, no es exclusivamente de la jurisdicción de familia o la laboral, sino aplicable a todas las jurisdicciones. A diferencia de Panamá donde no existe la obligatoriedad pre judicial de la mediación ni la conciliación en general, por fallo de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, se debe mencionar que en el modelo colombiano, en los procesos ejecutivos la conciliación no es requisito previo de procedibilidad:

Puerto Rico desde el año 2012 tiene una ley para mediación compulsoria y preservación de tu hogar en los procesos de ejecuciones de hipotecas de una vivienda principal, Ley

184 (2012), pero durante la pandemia se encontró información relativa a que se pide al legislador una modificación de esa ley por tener una falencia, por eso no se puede llegar al preacuerdo y se da la inminente ejecución. Lo importante aquí es que sí es un buen antecedente la legislación puertorriqueña ya que contempla el método de resolución de conflicto para dar tratamiento al conflicto causado por los créditos hipotecarios impagos circunscribiéndose a la residencia o vivienda principal.

En sentencia de 3 de junio de 2022 del Tribunal Supremo de Puerto Rico en proceso que Scotiabank de Puerto Rico instauró contra la señora Linda George Riviello (209DPR\_2022TSPR70 Franklin Credit Management Corp. v. Linda George Riviello) se reitera que esta ley de mediación compulsoria sólo aplica cuando el bien inmueble que será ejecutado es la residencia o vivienda principal.

Se encontró también un estudio que analiza la situación de las ejecuciones hipotecarias por la consecuente crisis económica en España desde el año 2008 al 2013. Señalan las autoras del referido trabajo:

La mediación hipotecaria, es una vía que puede ayudar a prevenir el riesgo de pérdida de la vivienda por causa de impago, pero también un camino para negociar con la entidad bancaria una carencia, ampliación de plazo, reducción del tipo de interés o del diferencial recogido en la escritura o en última instancia lograr la dación en pago de deuda con constitución de alquiler social. (Romea & Valero, 2014, p. 122).

Se encontraron otros antecedentes de uso de la mediación hipotecaria en Chile, en el Estado

de Illinois, de los Estados Unidos de América, y en Nueva León, *México, pero el uso es de la mediación como solución y no la conciliación.*

Se ha de resaltar que en México, los sistemas alternos de resolución de conflictos son un principio constitucional consagrado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los 32 estados mexicanos han desarrollado el concepto. Al respecto, menciona Lizaola (2021):

De tal forma que hoy en día, los mecanismos alternativos se han constituido como un principio constitucional de igual peso que el de la presunción de inocencia, resaltándose así que el constitucionalismo moderno está orientado en mayor medida a la salvaguarda de la libertad de las personas por sobre una connotación negativa para el Estado: Evitar la inferencia de este en la solución de conflictos, patentizando a su vez así, el principio de mínima intervención de la autoridad judicial. (p. 366)

## 5. Resultados

En la página web del Órgano Judicial se consultaron las estadísticas de la Dirección de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos y se extrajeron las siguientes cifras en relación a procesos denominados “ejecutivos”:

Enero a Junio 2022: Sesiones Judiciales Civiles Atendidas en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, según proceso: De 20 procesos civiles atendidos, solamente 4 eran procesos ejecutivos, esto es un 20% como se aprecia en la figura 1.



**Figura 1**

SESIONES JUDICIALES CIVILES ATENDIDAS EN LOS CENTROS DE MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL ÓRGANO JUDICIAL, SEGÚN PROCESO: ENERO A JUNIO 2022



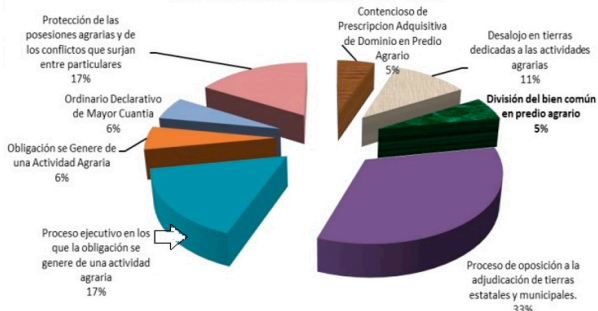
Fuente: Órgano Judicial Estadísticas primer semestre 2022.

<https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/20/2022/08/1/estadisticas-primer-semestre-2022.pdf>

Enero a Diciembre 2021: Sesiones Judiciales en materia agraria atendidas en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, según proceso: de 18 procesos agrarios, 3 corresponden a procesos ejecutivos en los que la obligación se genere de una actividad agraria, esto es un 17 % como se muestra la figura 2.

**Figura 2**

SESIONES JUDICIALES EN MATERIA AGRARIA ATENDIDAS EN LOS CENTROS DE MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL ÓRGANO JUDICIAL, SEGÚN PROCESO: AÑO 2021



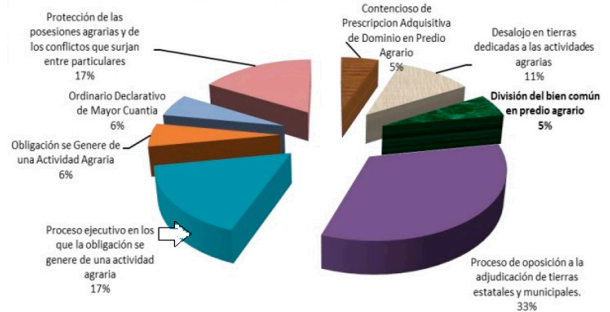
Fuente: Órgano Judicial Estadísticas 2021.

<https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/20/2022/02/1/estadisticas-2021.pdf>

Enero a Diciembre 2021: Sesiones Judiciales en materia civil atendidas en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, según proceso: de 44 procesos civiles, 9 corresponden a procesos ejecutivos, esto es un 21 % como se aprecia en la figura 3.

**Figura 3**

SESIONES JUDICIALES EN MATERIA AGRARIA ATENDIDAS EN LOS CENTROS DE MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL ÓRGANO JUDICIAL, SEGÚN PROCESO: AÑO 2021



Fuente: Órgano Judicial Estadísticas primer semestre 2022.

<https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/20/2022/02/1/estadisticas-2021.pdf>

Enero a Diciembre 2020: Sesiones Judiciales en materia civil atendidas en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, según proceso: de 45 procesos civiles, **ninguno corresponde a procesos ejecutivos.**

Enero a Diciembre 2019: Sesiones Judiciales en materia civil atendidas en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial, según proceso: de 41 procesos civiles, **ninguno corresponde a procesos ejecutivos.**

En la estadística se refleja un aumento del uso de la Mediación a partir del año 2021 en los procesos ejecutivos, **sin embargo, no se menciona ningún proceso ejecutivo hipotecario aún.**

Aunado a lo anterior, no se está utilizando la Conciliación todavía como método de solución de conflictos para los procesos ejecutivos en general, en los centros de métodos alternos de resolución de conflictos del Órgano Judicial.

El Acuerdo, 685 (2015), de la Corte Suprema de Justicia-Pleno, por medio del cual se unifican los Acuerdos, 294 (2001); 433 (2001); 225 (2003) y 252 (2005) y dictan otras disposiciones concernientes a los métodos y centros alternos de resolución de conflictos del Órgano Judicial, establece en su artículo 20 la posibilidad de contar con conciliadores y mediadores externos que presten sus servicios de forma voluntaria y gratuita. Igualmente, dicho Acuerdo, 685 (2015) desarrolla la materia de la conciliación de los artículos 42 al 46, pero en la actualidad sólo se está prestando el servicio de mediación ya que el plan estratégico señala que la implementación de la conciliación es para el año 2023. Sin

embargo, para los casos que ocurran en este momento, nada impide que las partes puedan designar voluntariamente un conciliador con número de registro expedido por el Ministerio de Gobierno para atender extrajudicialmente una petición de conciliación ya sea de forma remunerada o voluntaria.

Con las situaciones previas expuestas, la estadística encontrada y las impresiones recabadas de forma exploratoria en la experiencia actual, se concluye que no se está usando la conciliación como un método de resolución de conflicto para la ejecución de la vivienda familiar. Todo lo anterior sumado al antecedente inmediato utilizado en Panamá para las empresas Ley 212 (2021), justifica la necesidad de proponer a la conciliación, como el método de resolución de conflicto que puede lograr un equilibrio justo entre los deudores de un préstamo hipotecario de la vivienda familiar y el sistema financiero-bancario panameño.

## Conclusiones

La conciliación es un método efectivo para la resolución de un proceso ejecutivo hipotecario sobre la vivienda familiar.

El Decreto Ley, 5 (1999) que regula la conciliación y mediación en Panamá, permite que las partes de un proceso acudan a conciliación previamente o durante el proceso.

No obstante lo anterior, en la práctica no se utiliza la conciliación para tratar de solventar los procesos civiles y menos los procesos ejecutivos hipotecarios con renuncia de trámite.

Finalmente se espera que la conciliación sea considerada como el método de resolución de conflictos más adecuado para temas de reestructuración o terminación de deudas, en beneficio para ambas partes, ante un proceso ejecutivo hipotecario sobre la vivienda familiar, tomando conciencia de que en el caso particular se respeta la condición de título ejecutivo de la escritura contentiva del préstamo con garantía hipotecaria y se pondera su importancia en el sistema crediticio panameño pero dejando en equilibrio el daño que se pudiese causar a la familia como célula básica de la sociedad con la pérdida del hogar.

## Propuestas

Se propone a la Asociación Bancaria de Panamá, la Superintendencia de Bancos de Panamá y al Centro de Mediación del Órgano Judicial que capaciten conciliadores en materias de Banca y Finanzas y Bienes Raíces para la resolución de un conflicto producido por el no pago de la hipoteca cuando se trate de la vivienda familiar.

Igualmente se propone no solamente que los capaciten, sino que dichas entidades tengan un centro de conciliación a disposición de la banca panameña.

Se espera que de llevarse a cabo estas

propuestas, producto de la experiencia exitosa de la conciliación, emane una lista enriquecedora de posibles soluciones, tales como: la dación en pago judicial, la suspensión del proceso por 3 meses entre las partes para otorgar la opción de venta a un tercero, la reestructuración de la deuda, el remate voluntario con un tiempo establecido para el desalojo voluntario, la compra de crédito por otro acreedor, el refinanciamiento por otro acreedor hipotecario, la posibilidad de permuta del bien inmueble con otra propiedad adjudicada al acreedor, entre otras soluciones que seguramente saldrán del ejercicio práctico.

## Referencias bibliográficas

- Cedeño de P., N. (2021). La Familia, la Justicia Terapéutica y desafíos ante el covid-19. En C.G. Cedalise, *Estudios Jurídicos: Derecho Constitucional, Procesal, Laboral y Métodos de Solución de Conflictos. Perspectiva comparativa México y Panamá* (págs. 369-375). Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa.
- Código Judicial. (2001). *Resolución 1 de 30 de agosto de 2001*. (Panamá).
- Constitución Política. (2004). 15 de noviembre de 2004, Gaceta No. 25176. *Constitución Política*. (Panamá).
- Félez, P. (2019). *El acto de conciliación pre procesal civil ante el Juzgado*. España: Bosh.
- Gorjón, F. (2012). *Introducción a los métodos alternos de solución de conflictos*. Cultural Portobelo.
- Gravante, M. (2021). *Mediación o Conciliación ¿Por qué no me lo dijeron?* Kindle Edition.
- Lizaola P., C. (2021). La Mediación: Un principio constitucional del Derecho Mexicano. En C. G. Cedalise R., *Estudios Jurídicos: Derecho Constitucional, Procesal, Laboral y Métodos de Solución de Conflictos. Perspectiva Comparativa México Panamá* (págs. 357-367). Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa.
- Medina, R. (2017). *Materias Conciliables Civiles (Conciliación Extrajudicial No. 3)*. Limamarc.
- Novoa, A. B. (2014). *El impacto de la*

*crisis en la relación entre vivienda y salud. Políticas de buenas prácticas para reducir las desigualdades en salud asociadas a las condiciones de vivienda.* <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911114000818>

Romea, I. y Valero, S. (2014). *Guía del deudor hipotecario. Pasado, presente y futuro.* Ayuntamiento de Zaragoza, área de servicios públicos. Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC Zaragoza).

Ruiz-Rico, J. y De Lucchi, Y. (2013). *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego.* Práctica Jurídica Tecnos.

Soler, R. (2018). Procedimientos alternos de solución de conflictos en la Justicia Penal Acusatoria. Librería & Editorial Barrios & Barrios.

Soler, R. (2019). 20 años del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación: reflexiones y críticas. En O. C. Lugo, *La transversalidad de los MASC Una perspectiva México-Panamá* (págs. 133,135, 145, 147). Editorial Universitaria UANL.



## Mgter. Giselle Marie Moncada Ramírez de Vásquez

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad Católica Santa María La Antigua, distinción Magna Cum Laude. Entre sus estudios cuenta con una Maestría en Derecho Procesal, en Universidad Latina de Panamá, una Especialización en Docencia Superior y un Diplomado de Resolución de Conflictos de la Universidad del Istmo (UDI), un Diplomado en Locución de la Universidad Euroamericana y actualmente es Doctoranda en Derecho de la Universidad Internacional Iberoamericana - UNINI México.

Cuenta con 25 años de experiencia profesional en el campo legal, desde su pasantía en firma de abogados, la antigua Autoridad de la Región Interoceánica (ARI) y más de 18 años como abogada idónea de la firma forense Morgan & Morgan Legal.

Posee entre sus credenciales, Licencia de Corredora de Bienes Raíces, por la Junta Técnica de Bienes Raíces del Ministerio de Comercio e Industrias, Registro de Conciliadora y Mediadora expedido por el Ministerio de Gobierno, Licencia de Locutora, por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP). Ha liderizado varios proyectos de importancia, entre los cuales estuvo la estructuración de la Sección de Cobros Judiciales y el Departamento de Derechos Reales de la firma para la cual labora. Actualmente está encargada de la oficina de Morgan & Morgan Legal en la Provincia de Chiriquí y es parte del equipo coordinador de la práctica de Bienes Raíces de la firma.



## **Explotación Sexual en perjuicio de Niñas, Niños y Adolescentes, con el uso de las Tecnologías de la Información y la comunicación**

**Mgter. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós**

Juez de Garantías de San Miguelito

Órgano Judicial de la República de Panamá

Correo electrónico: barraganjurista@gmail.com

## **Explotación Sexual en perjuicio de Niñas, Niños y Adolescentes, con el uso de las Tecnologías de la Información y la comunicación**

*Recibido: marzo 2022*

*Aprobado: noviembre 2022*

### **Resumen**

Consideramos necesario mostrar, en esta ocasión, la terminología que debemos utilizar al referirnos a Delitos Contra la Libertad e Integridad Sexual, específicamente tipos penales como el de Corrupción de Personas Menores de Edad, Explotación Sexual Comercial y otras Conductas, y el mal uso del término pornografía infantil; toda vez que, sin lugar a dudas, las niñas, niños o adolescentes no hacen pornografía.

Se avistará que estos actos en perjuicio de las personas menores de edad deben identificarse como abuso o explotación sexual, y no como pornografía infantil. Para ello veremos los tipos penales básicos establecidos en el Código Penal (2007), la doctrina extranjera, y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Presentamos las nuevas modalidades donde determinados sujetos, con el uso de las herramientas tecnológicas ejecutan actos dirigidos a explotar sexualmente a este grupo vulnerable. En ese mismo sentido, se podrá deducir la falencia existente en los tipos penales actuales para encuadrar de manera inequívoca alguna de esas conductas, es decir, podrá concluirse que es necesaria una nueva codificación y actualización de la ley penal, haciendo referencia a los nuevos comportamientos o hechos que han surgido con el mal uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

### **Abstract**

We consider it necessary to show, on this occasion, the terminology we should use when referring to Crimes Against Sexual Freedom and Integrity, specifically criminal types such as Corruption of Minors, Commercial Sexual Exploitation and other Conduct, and the misuse of the term child pornography; since, undoubtedly, children and adolescents do not make pornography.

It will be seen that these acts to the detriment of minors should be identified as sexual abuse or exploitation, and not as child pornography. For this we will see the basic criminal types established in the Penal Code (2007), the foreign doctrine, and the Convention on the Rights of the Child (1989).

We present the new modalities where certain subjects, with the use of technological tools, perform acts aimed at sexually exploiting this vulnerable group. In the same sense, it will be possible to deduce the existing deficiency in the current criminal types to unequivocally frame some of these conducts it will be possible to conclude that a new codification and updating of the criminal law is necessary, making reference to the new behaviors or facts that have arisen with the misuse of the Information and Communication Technologies.



## Palabras Claves

Explotación sexual, abuso infantil, ciberdelitos, tecnologías de la información y derecho penal.

## Keywords

Sexual exploitation, child abuse, cybercrime, technology of the information and criminal law.

## Introducción

Comúnmente se utiliza el término pornografía infantil para mencionar toda actividad ilícita que involucra a Niños, Niñas o Adolescentes (NNA), y actos de connotación sexual, ya sea a través de videos, fotografías, en vivo, etc. Lo cierto es que hace tiempo ya, la Interpol, por ejemplo, entre otros organismos internacionales, han manifestado que la denominación adecuada para las conductas descritas debe ser explotación sexual o abuso sexual, entre otras, las cuales veremos a lo largo de este sustancial ensayo.

Este azote a la dignidad del ser humano, especialmente a las personas menores de edad se ha acrecentado con el uso de las tecnologías, es decir, de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), aunado a la pandemia mundial en la que todavía nos encontramos. Pues bien, veremos las corrientes y doctrinas más relevantes, luego, plasmaremos los tipos penales que describen la conducta en comento, y lo promulgado por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) con relación a este tema.

Observaremos lo que debemos conocer, y concebir como ciberdelitos o delitos informáticos, todo dentro del contexto de delitos sexuales en perjuicio de NNA.

**Terminología adecuada: pornografía**

## infantil o explotación sexual en contra de NNA.

Iniciemos con plasmar la terminología adecuada para determinar, y aclarar los vocablos pornografía infantil y explotación sexual, en menoscabo de niños, niñas y adolescentes (ESNNA).

¿Es correcto decir pornografía infantil? Iniciemos con el significado rescatado de WordReference.com (2022):

Pornografía: 1. f. Género artístico que muestra con detalle escenas de carácter sexual para excitación de quien las contempla.

Ante la definición descrita, y partiendo del vocablo artístico, es claro que se debe añadir a esa representación sexual la condición de adulto, y complementarlo con sustantivos como: voluntario, consensuado, remunerado, y con plena capacidad de autodeterminación. Esto es simple lógica y sentido común. En consecuencia, mal podríamos hablar de pornografía infantil como el género artístico de carácter sexual con personas menores de edad dirigido a personas adultas.

Si se observa existe inconsistencia no solo en el lenguaje, también es contrario a la ley. Tampoco podemos tratar a la pornografía infantil como una profesión o estilo de vida.



Si ello es así, que lo es, la expresión correcta es explotación sexual contra NNA. Y es que la explotación sexual no tiene nada de artístico, es puramente el quebrantamiento, la mutilación, y la interrupción en la sexualidad sana de las personas menores de edad.

Sobre la locución “autodeterminación” en palabra simples no es otra cosa que la capacidad mental, legal y espiritual de elegir y decidir sobre un punto específico. Debe estar claro que ningún NNA tiene la capacidad de autodeterminarse, de allí que, aunque una niña de doce o diez años de su voluntad para tener relaciones sexuales con un adulto, dicho acto se entiende como delito contra la integridad e indemnidad sexual. Y es que, a esa temprana edad, la persona no tiene la capacidad de establecer, y decidir cómo quiere llevar su vida, porque mental, social y psicológicamente no está preparada para ello.

Tengamos presente lo considerado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia,

### **¿Qué se considera explotación sexual?**

La explotación sexual ocurre cuando un grupo de personas o una persona involucra a niñas, niños o adolescentes en actos sexuales para satisfacción propia o de otras personas a cambio de cualquier tipo de beneficio, dinero, especias, protección, regalos. Es una flagrante violación de Derechos Humanos.

La explotación sexual, es una de las formas de violencia hacia niñas, niños y adolescentes. Es un antiguo problema que existe en todo el mundo y se sustenta en prácticas históricas y culturalmente determinadas en las que se someten a estas víctimas al

poder del mundo adulto.

Es un delito y un problema social complejo en el que los elementos centrales radican en aspectos culturales que ubican a las mujeres, niñas, niños y adolescentes en situación de desventaja e inequidad, en diversos órdenes de la vida. En este caso se establece como natural una sexualidad masculina hegemónica, culturalmente determinada, con el objetivo de someter y dominar el comportamiento humano a partir del ejercicio de la sexualidad.

Los niños, niñas y adolescentes explotados sexualmente son víctimas, personas cosificadas, reducidas a objetos de consumo, a mercancías puestas en venta a instancias de su situación de vulnerabilidad. (UNICEF, párrs. 1-4)

Pasemos de inmediato a la definición que nos muestra la Guía de Detección y Derivación de Víctimas de ESNNA (2015).

La explotación sexual de menores de edad consiste en el uso de NNA con fines sexuales, pornográficos o eróticos a cambio de un pago, promesa de pago u otro beneficio. Esta es una forma de violencia y constituye una violación de sus derechos. (p. 22)

En ese mismo sentido la Guía en cuestión, ESNNA (2015) nos afirma que existen otros modos de explotación sexual de NNA, como lo son las Relaciones sexuales a cambio de dinero y/u otros; entendiéndose que esta viene a ser, “el acto de obtener o mediar los servicios sexuales de un niño, niña o adolescente a cambio de una retribución de cualquier tipo”.

Se entiende entonces que la utilización de los menores en esta actividad se da en una situación de asimetría de poder. (p. 22)

No sólo [sic] se restringe a las relaciones coitales, sino que incluye también cualquier otra forma de relación sexual o actividad erótica que implique acercamiento físico-sexual entre la víctima y el explotador. La edad y el género de niñas, niños y adolescentes víctimas definen los sitios en donde clientes abusadores-as contactan a las víctimas, y la explotación se lleva a cabo en proporciones similares tanto en áreas rurales como urbanas. La mayoría de los casos involucran a niñas y mujeres adolescentes, quienes por lo general son contactadas en lugares públicos que ofrecen servicios sexuales para adultos. (Guía de Detección y Derivación de Víctimas de ESNNA, 2015, pp. 22-23)

En esa misma línea de análisis, la UNICEF (2020) recalca algunas modalidades de explotación sexual las cuales se dan **de diversas maneras, por lo general de manera relacionada y simultánea. Para tener una idea mostremos solo algunas.**

**Actos sexuales remunerados o con promesa de remuneración:** esta modalidad implica la utilización de niñas, niños o adolescentes en actividades sexuales a cambio de una remuneración, promesa de remuneración o cualquier otra forma de retribución. Dentro de ella encontramos formas más visibles como la explotación callejera, en calles, en rutas, plazas, parques, puertos, pasos de fronteras, explanadas de camiones y formas encubiertas

como en bares, clubes nocturnos, whiskerías, prostíbulos, casas de masajes y en domicilios particulares, tanto de la víctima, como del explotador, donde en muchos casos la familia es intermediaria. También existen situaciones en que se disfraza una relación laboral —como el trabajo doméstico— y de esta forma el adulto explota sexualmente a la adolescente. (párr. 6)

De acuerdo con la Organización Internacional de Policía Criminal INTERPOL (2022) el usar el vocablo pornografía infantil, es inadecuado, toda vez que se alienta a no banalizar el abuso y la explotación sexual de NNA. Afirma la agencia internacional la necesidad de que los grupos estatales de investigación, la policía, y demás organismos que persiguen, acusan y juzgan delitos de carácter sexual contra NNA, deben hablar el mismo lenguaje. Esto es, que se utilice la misma nomenclatura, sobre todo partiendo de la posición de las víctimas. Verbigracia, no es lo mismo, ni se lee igual: condenan a sujeto que mantenía vídeos de pornografía infantil de una niña de once años, a que se diga: condenan a sujeto que mantenía vídeos de explotación sexual en perjuicio de una niña de once años.

En las propias palabras de la Organización Internacional, y tomando como punto de partida que, si se trata de un delito grave, se hace necesaria una definición conforme a dicho hecho. Por ello afirman con justa razón:

La explotación sexual de menores no es un delito que nos tomemos a la ligera. De hecho, queremos que se estremezca cuando oiga el término “porno infantil.

¿Por qué? Porque los niños

fotografiados o grabados mientras están siendo víctimas de abusos sexuales merecen ser protegidos y respetados. La gravedad de su abuso no debería reducirse con el uso de palabras como “porno”.

La pornografía es un término utilizado para adultos que realizan actos sexuales consentidos y distribuidos casi siempre de forma lícita al público en general para su disfrute sexual.

Si hay niños implicados, no es porno. Es un delito. Es abuso.

Los abusadores también utilizan términos como “porno infantil”. Estos términos no deberían formar parte del lenguaje legítimo utilizado por los organismos encargados de la aplicación de la ley, la judicatura, el público o los medios.

Apelamos a la comunidad internacional de las fuerzas del orden a contribuir a un cambio cultural siendo precisos en la forma de referirnos a estos delitos. (INTERPOL, 2022, párrs. 1-8)

Para demostrar lo discutido hasta el momento, y el inadecuado uso del término pornografía infantil hagamos lo siguiente. Imaginemos que a la víctima de explotación sexual “pornografía infantil” se le denomine, como consecuencia del acto “niña prostituta, niño en prostitución, o adolescente prostituto”. A parte de sonar totalmente desproporcional en el ámbito social y legal, lo que se da a entender es que algún NNA se dedica a la prostitución con pleno conocimiento y voluntad, y ello no es acorde a los postulados y principios básicos, innatos, e integrales de toda persona menor de edad, más aún por pertenecer a un

grupo vulnerable. Por consiguiente, no puede imprimirse a ningún NNA que por alguna circunstancia ha sido víctima de explotación o abuso sexual infantil un calificativo de tal magnitud.

Ante tal perspectiva, aboquémonos a las Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales para exteriorizar algunos de los conceptos que consideramos más relevantes.

Una niña, un niño o un adolescente es víctima de explotación sexual cuando participa en esa actividad sexual a cambio de algo (por ejemplo, ganancia o beneficio, o incluso la promesa de tales) recibida por una tercera persona, el agresor, o incluso la propia niña, niño o adolescente.

Una niña, un niño o un adolescente puede ser obligado a una situación de explotación sexual a través de la fuerza física o amenazas (p.27)

Asimismo, la edad de la niña, el niño y el adolescente también puede aumentar su vulnerabilidad a la explotación sexual, ya que, con respecto a niñas y niños de más edad o adolescentes, con frecuencia se asume erróneamente que consienten a su propia explotación o que no necesitan protección.

“Explotación” en este contexto es un término clave que marca la diferencia entre este fenómeno y lo que se entiende por violencia sexual y abuso sexual a niñas, niños y adolescentes. La distinción principal radica en la noción de provecho/intercambio que conlleva la explotación, que sin embargo no se incluyen en los conceptos de abuso y/o

violencia. Según el DLE, “explotar” es “utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona”. Los principales diccionarios en inglés definen “explotación” como el uso de algo o alguien (injustamente) para provecho propio, el acto de aprovecharse de una persona o una situación, especialmente de forma no ética o injusta para provecho propio o tratar a otros injustamente con el fin de sacar provecho u obtener beneficio. La idea de extraer u obtener un beneficio, ventaja o ganancia del acto sexual implicado en la “explotación” no necesariamente, como demuestra claramente el significado de la palabra, tiene que ver con una ganancia monetaria, sino que puede consistir en cualquier tipo de beneficio. (Orientaciones de Luxemburgo, 2016, (p. 27-28)

Después de lo dicho es más clara la definición de explotación sexual dado que ella lleva inmersa una ganancia para el transgresor, independientemente de si la misma es monetaria, física, mental, o social. Lo que se busca como hemos visto, es evitar que el término porno infantil se visualice como un llamado -comercial- a estos desviados sociales. Es todo lo contrario, es determinar y afirmar que la explotación sexual es una de las conductas más sombrías, lascivas, y lesivas en perjuicio de una persona menor de edad. El sufrimiento que la conducta viciada provoca en cualquier NNA es notoriamente irreparable a nivel psicológico, psíquico y espiritual, incluso, muchas veces cercena el aparato reproductor de la víctima de manera irreversible.

Volviendo con los criterios internacionales, se nos muestra una diferencia

básica entre explotación sexual y abuso sexual en contra de NNA, y lo hace con el siguiente cuestionamiento.

### **¿Es la explotación sexual lo mismo que el abuso sexual?**

Tanto la explotación sexual comercial como el abuso sexual infantil son expresiones de violencia sexual hacia niñas, niños o adolescentes, ambas buscan someter y dominar vulnerando derechos fundamentales de las personas. La explotación sexual comercial siempre implica un intercambio, tanto en dinero, especies, protección o cualquier otra cosa, el abuso sexual no.

El abuso sexual es cualquier forma de sometimiento sexual que por lo general se da dentro de relaciones afectivas, tanto en el ámbito familiar como en el contexto de vínculos cercanos, aunque no exista convivencia, otros familiares, vecinos, amigos de la familia, docentes, personas que por su lugar social y afectivo con niñas, niños o adolescentes se encuentran en posición de mayor poder en relación a ellos.

En la mayoría de las situaciones de explotación sexual comercial queda clara la idea de intercambio y, aunque esta acción se repita en el tiempo, se establece a partir de un intercambio, “es por algo”. Este producto no siempre queda en manos de la persona víctima, sino que puede quedar en manos de su familia, un proxeneta o un tratante. (UNICEF (2020, párrs. 16-18)

En similares términos Greijer & Doek (2016) del Grupo de Trabajo Interinstitucional que



elaboró el texto Orientaciones Terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales nos dicen:

El término “material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes” se emplea cada vez más con el propósito de sustituir los términos que asocian a la pornografía con la niñez, sobre todo el término “pornografía infantil”. Este cambio en la terminología se basa en el argumento de que la representación sexualizada de una niña, un niño y un adolescente es, de hecho, una representación y una forma de abuso sexual hacia éstos[sic]y, por lo tanto, no debe ser descrita como “pornografía” (p. 44).

Añaden, los autores que:

“Pornografía” es un término que se usa principalmente para adultos que participan en actos sexuales consensuados que se distribuyen (muchas veces de forma legal) al público para su satisfacción sexual. La crítica contra este término en relación con las niñas, los niños y los adolescentes proviene del hecho de que la “pornografía” cada vez está más aceptada socialmente y el uso de este término en este contexto puede (de forma involuntaria o voluntaria) contribuir a disminuir la gravedad, normalizar, o incluso legitimar lo que en realidad es abuso sexual de niñas, niños y adolescentes y un delito grave. Por otra parte, al igual que los términos anteriormente discutidos “prostitución infantil” o “niña, niño o adolescente prostituto/a”, el término “pornografía infantil” corre el riesgo de insinuar que

estos actos son llevados a cabo con el consentimiento de la niña, el niño o el adolescente y es material sexual legal (p.44).

Por esto, el Parlamento Europeo (2015) en una Resolución sobre la lucha contra los abusos sexuales de menores en línea expresamente expone que:

... considera que es fundamental utilizar una terminología correcta en relación con los delitos cometidos contra los niños, en particular la descripción de imágenes de abusos sexuales de menores, y utilizar de forma adecuada el término “materiales de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes” en lugar de “pornografía infantil”. (pp. 44-45)

En INFOBAE (2019) se puede observar lo decidido por La Suprema Corte provincial de Mendoza, a través de la cual prohibió el uso del término pornografía infantil en escritos y actuaciones judiciales”. El fallo de la judicatura mediante la Acordada 29.363 dispuso que no se utilice dicho término en los escritos y actuaciones del Poder Judicial, y en su defecto sea denominado material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes. Expresó la Corte lo siguiente:

El uso del término ‘pornografía infantil’ revictimiza a niñas, niños y adolescentes sometidos a este delito, no teniendo en cuenta que la comunicación escrita y verbal es de vital importancia en los esfuerzos por respetar, proteger y poner en práctica los derechos de esta población vulnerable, justificó la Suprema Corte mendocina. (párr. 3)

### **Marco convencional, constitucional y legal.**

La Convención sobre los Derechos del

Niño (1989) en su artículo primero promulga: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (p. 10). Ante esto, debemos tener presente que existen dos grupos etarios de las personas menores de edad, uno que está establecido en el rango de los 14 a 17 años, y el más vulnerable de 13 años hacia abajo.

Es necesario tener presente lo señalado, dado que, dependiendo del tipo penal, así mismo será la sanción con base a la edad de la víctima, por ejemplo, el tipo penal y la pena para un adulto que tenga relaciones sexuales “consensuadas” con una adolescente de 17 años, no es igual a que ese adulto tenga sexo con una preadolescente de 13 años, o una niña de 10 años. Es por ello que dependiendo del grupo etario se denominará violación técnica a cualquier conducta sexual en perjuicio de niñas o niños, o se tipificará como estupro o abuso sexual. Lo dicho lo veremos pronto al tratar los tipos penales respectivos.

Amplíemos lo dicho con los términos de la UNICEF (2020) al preguntarse; **¿Es aún explotación sexual cuando la víctima da su “consentimiento”?**

Una niña, un niño o adolescente jamás puede consentir frente a una situación de explotación sexual. Cualquier gesto o actitud que se parezca a un consentimiento u aceptación en este sentido está viciado por su situación de vulnerabilidad definida por su edad. Las normas uruguayas plantean los 18 años como la edad por debajo de la cual el acto de pago o promesa de pago es un delito, penado por ley. (párr. 19)

Retomando a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) observamos que su artículo 34, promulga que “Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”. Para ello cada Estado Parte, debe tomar las medidas necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. (p. 24)

De nuestra parte, la Constitución Política (2004) con claridad dispone en su artículo 56, que el “Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales”, mientras que en el artículo 110 (3) mandata que le corresponde al Estado el desarrollo y protección “del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia”.

Es prístino que nuestra carta supra estatal está en concordancia con los convenios internacionales en materia de protección a favor de NNA. Pasemos entonces a ver los artículos más relevantes codificados en nuestra ley sustantiva, y así entrar en el grueso de este tema, no obstante, para tener una visión más amplia de estas conductas delictivas recordemos que existen diferentes formas de ESNNA, entre otra de ellas está la siguiente.

**Utilización de imágenes de niños en pornografías:** toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña

o adolescente dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales. Esto puede incluir fotografías, videos, revistas, dibujos, películas, archivos informáticos, grabaciones de audio, negativos fotográficos, diapositivas. Las nuevas tecnologías informáticas han facilitado y abaratado la producción de videos, así como la distribución, ya que Internet comprende un espacio libre de fronteras con escasa regulación legal a nivel nacional y de articulación entre los Estados. (. . .). Generalmente quienes lo producen pertenecen al entorno de los niños y niñas y para su realización recurren al engaño y la manipulación mediante ofertas laborales vinculadas al modelaje. (párr. 7)

El Código Penal (2007) establece las penas para las personas que incurran en delitos de corrupción de personas menores de edad, explotación sexual comercial y otras conductas. Para no ser repetitivos y no abultar este ensayo con la normativa penal, señalaremos los puntos que nos interesan de cada artículo.

El artículo 179 establece. “Quien corrompa o promueva la corrupción de una persona menor de dieciocho años haciéndola participar o presenciar comportamientos de naturaleza sexual será sancionado con prisión de ocho a diez años”. Dicha pena irá de 10 a 15 años cuando la persona tenga catorce años de edad o menos.

Dispone el artículo 180. “Quien con ánimo de lucro facilite, instigue, reclute u organice de cualquier forma la explotación sexual de personas de uno u otro sexo será sancionado

con prisión de siete a nueve años ...”. Dicha pena será de 10 a 12 años de prisión cuando la víctima sea una persona menor de edad, o tenga algún grado de discapacidad, entre otros agravantes.

En esa línea vemos que los artículos 184 y 187, ya describen de manera más puntual delitos que guardan relación con las TIC's, y conductas sexuales en perjuicio de menores de edad. Pero antes de ello plasmemos lo manifestado por la Guía de Detección y Derivación de Víctimas de ESNNA (2015).

Es importante reconocer que hoy en día, las personas que captan a NNA, se hacen pasar por otro u otra menor de edad, haciendo uso de las redes sociales o contactos telefónicos para entablar una relación con la finalidad de explotarlo/a. “Con las nuevas tecnologías y las crecientes facilidades para acceder a Internet y, sobre todo, a las redes sociales creadas con el propósito de mejorar y facilitar la comunicación (desde los iniciales Hi5, ORKUT, MySpace, que serían luego desplazados por Facebook, Twitter e Instagram), han surgido personas que no las usan adecuadamente y que buscan agredir a los más vulnerables, las NNA, escudándose en el anonimato que otorga Internet”. Estas redes de captación pueden estar a cargo de compradores comerciales, traficantes, turistas sexuales con NNA; y otros depredadores sexuales que ponen en riesgo la seguridad de NNA, quienes se encuentran expuestas a amenazas en línea. (pp. 23-24)

Con lo anterior, podemos ir con más claridad a los artículos ya señalados de nuestra ley sustantiva, no sin antes advertir que existen

otros artículos que de igual manera establecen tipos penales a las conductas que hemos descrito, sin embargo, el presente ensayo sería demasiado extenso de incluirlos todos.

Artículo 184. Quien fabrique, elabore por cualquier medio o produzca material pornográfico o lo ofrezca, comercie, exhiba, publique, publicite, difunda o distribuya a través de Internet o de cualquier medio masivo de comunicación o información nacional o internacional, presentando o representando virtualmente a una o varias personas menores de edad en actividades de carácter sexual, sean reales o simuladas, será sancionado con prisión de diez a quince años.

La pena será de quince a veinte años de prisión si la víctima es una persona menor de catorce años, si el autor pertenece a una organización criminal nacional o internacional o si el acto se realiza con ánimo de lucro.

Artículo 187. Quien utilice, consienta o permita que una persona menor de edad participe en actos de exhibicionismo obsceno o en pornografía, sea o no fotografiada, filmada o grabada por cualquier medio, ante terceros o a solas, con otra persona u otras personas menores de edad o adultos, del mismo o de distinto sexo o con animales, será sancionado con prisión de ocho a diez años.

Igual sanción será aplicada a quien se valga de correo electrónico, redes globales de información o cualquier otro medio de comunicación individual o masiva, para incitar o promover el sexo en línea en personas menores

de edad o para ofrecer sus servicios sexuales o hacer que lo simulen por este conducto, por teléfono o personalmente.

Este artículo añade agravantes a la conducta delictual la cual eleva la pena de 10 a 15 años de prisión cuando, **(1)** “La persona tenga catorce años de edad o menos”, **(2)** “La víctima esté en una situación de vulnerabilidad que impida o inhiba su voluntad”, **(3)** “El hecho sea ejecutado con el concurso de dos o más personas o ante terceros observadores”, **(4)** “El hecho sea ejecutado por medio de engaño, violencia, intimidación, abuso de autoridad, abuso de confianza, por precio para la víctima o cualquiera otra promesa de gratificación”, **(5)** “El autor sea pariente de la víctima por consanguinidad, por afinidad o por adopción, o su tutor o cualquier persona que interviene en el proceso de su educación, formación y desarrollo integral o en su dirección, guarda y cuidado”, **(6)** “La víctima resultara contagiada con una enfermedad de transmisión sexual”, **(7)** “La víctima resultara embarazada”, y **(8)** “Se acredite en la víctima la alteración del desarrollo psicosexual. (la negrita nos pertenece)

Para añadir algo de doctrina y legislación extranjera, nos asistimos de Aboso (2019) el cual nos refiere que a nivel internacional, “... la pornografía infantil representa sin dudas uno de los fenómenos criminales más preocupantes, en virtud de la expansión lograda por esta forma de criminalidad gracias a la globalización de las comunicaciones” (p. 197). El autor, al remitirse al Código Penal (2016) argentino, específicamente el artículo 128, nos muestra lo siguiente.

Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o



distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare, el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años. (pp. 199-200)

Por otro lado, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (2001) comúnmente llamado “Convenio de Budapest”, advierte en su protocolo sus finalidades. Entre una de ellas está que los Estados Parte tengan como carácter prioritario una política tendente a proteger a la sociedad de la ciberdelincuencia. En especial, debemos añadir, aquellos que giran en torno a la explotación y abuso sexual en perjuicio de NNA. Tengamos presente que, con el alto grado del uso de las herramientas tecnológicas, así de elevado es el número de víctimas en los delitos en contra de ESNA.

Una de las características de la ESNA, y que tienen que ver con el uso de las TIC's, según el Convenio de Budapest, es que los delitos informáticos que son ejecutados por la ciberdelincuencia llevan en sí una acumulación

inabarcable de autores y partícipes, dado que la información y los datos (vídeos, fotos, imágenes, etc.) que se comparten, venden o compran se puede dar en cualquier lugar de este mundo.

Tengamos presente que el concepto de delito informático viene a ser el uso de una computadora, el instrumento necesario para concretar el fin, mientras que la web o el ciberespacio viene a ser el complemento que permite globalizar una foto o un vídeo con expresiones sexuales de NNA, en consecuencia, la internet viene a representar el punto medular en la ocurrencia del tipo penal contra los ESNA, esto es: el ciberdelito y la ciberdelincuencia. Para comprender un poco más lo dicho observemos las definiciones instituidas por el Convenio de Budapest (2001):

#### Artículo 1 – Definiciones

- a) por “sistema informático” se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa;
- b) por “datos informáticos” se entenderá toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función; ...

A lo anterior, atinadamente añade Parra (2021) de la Universidad de Salamanca y DoinGlobal, que el convenio sobre cibercriminalidad en su artículo 9 indica qué

actos deben tipificarse bajo la denominación de pornografía infantil en la red, a saber”:

... El Convenio hace referencia expresa a lo que se entiende por pornografía infantil en su artículo 9.2. Define la pornografía infantil como cualquier material que represente de manera visual a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito. A la pornografía técnica la define como aquella que se proyecta sobre una persona que aparece en la imagen como si fuera menor adoptando comportamientos sexuales de manera explícita. La pseudopornografía es entendida como imágenes realistas que representan a un menor en los referidos comportamientos sexuales.

Entiende “menor” como toda persona que no ha alcanzado los 18 años de edad, no obstante, reconoce la competencia de las legislaciones nacionales para reducirla hasta los dieciséis como límite máximo. Es importante resaltar que ya desde el año 2001 en este Convenio internacional se habla de material pornográfico estableciendo claras diferencias entre la utilización de menores reales con la pornografía técnica y la pseudopornografía. (pp. 6-7) (énfasis suplido)

Por su parte, Fratti (2018) con el apoyo de Derechos Digitales e IPANDETEC, en su texto intitulado “Un País con la Necesidad de una Legislación sobre Cibercrimen”, atinadamente afirma que es necesaria una reforma en nuestra legislación penal con relación a los delitos informáticos o cibernéticos. Además, afirma la escritora que:

El vertiginoso desarrollo de las nuevas

Tecnologías de la Información y Comunicación de los últimos años han facilitado muchos aspectos de la vida cotidiana del ser humano. Sin embargo, este despliegue también ha incidido en un repunte en los índices de criminalidad asociados al ciberespacio.

El creciente acceso a Internet y las tecnologías han requerido determinar regulaciones jurídicas, desde el reconocimiento de los Derechos Humanos en línea hasta la tipificación de delitos cibernéticos. Sin embargo, esta tarea no ha sido fácil, derivado de la dificultad de determinar diferentes aspectos de la comisión y persecución de los ciberdelitos. Refiere que el Consejo de Europa decidió establecer un catálogo de ciberdelitos, para tener básicamente un estándar o clasificación concreta para una mejor persecución y sanción penal de este tipo de conductas. (p. 3)

Agrega la ensayista que las críticas al Convenio de Budapest, se dan porque “los Estados no miembros del Consejo de Europa, principalmente los Estados en vías de desarrollo, no pudieron participar en las negociaciones, tampoco establecer los criterios sustantivos y procesales en materia de ciberdelincuencia” (p. 4). Ante ello, nos muestra los antecedentes en Panamá.

El Código Penal de la República de Panamá, aprobado mediante Ley 14 del 18 de mayo de 2007, en su Título VIII, sobre los delitos contra la “Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos” regula los delitos contra la seguridad informática. Del artículo 289 al 292 regula las siguientes conductas

delictivas y sus respectivas penas: a) ingresar o utilizar de bases de datos, red o sistemas informáticos; y, b) apoderar, copiar, utilizar o modificar datos en tránsito o contenidos en bases de datos o sistemas informáticos, o interferir, interceptar, obstaculizar o impedir la transmisión. Además, determina ciertas conductas como circunstancias agravantes que aumentan la pena de prisión. La carencia en la categorización adecuada de tipos penales que exigen la gran demanda de nuevas conductas que no se encuentran debidamente reglamentadas, como consecuencia no se puede cumplir con el desarrollo de investigaciones dentro procesos penales en los que se analizan delitos que utilizan alta tecnología y lograr la imposición de una sanción acorde al responsable de dicha conducta. (p .4)

Textualmente nos expone Fratti (2018) que el Código Penal solo tipifica dos “conductas como delitos informáticos y no incluye los delitos que se realicen por medios electrónicos, como consecuencia, la adecuación de la normativa penal interna a lo regulado en el Convenio de Budapest es una obligación internacional que Panamá debe cumplir” (p. 6). Por tanto, los proyectos presentados en su momento, y que aún se encuentran en trámite legislativo, buscan regular la ley sustantiva en esta materia, esto es:

... la protección de la información y tipificar las conductas delictivas, relacionadas a la nueva tendencia que incluyen: el acceso ilegal a sistemas informáticos, la suplantación de identidad (pshishing), intercepción ilegal de redes, interferencia, daños en la información (borrado, dañado, alteración o supresión de datos

informáticos), extorsiones, fraudes electrónicos, estafas, ataques a sistemas informáticos, calumnia y difamación online, hurtos digitales a bancos, ataques realizados por hackers, computadoras zombies (botnets), violación de los derechos de autor, pornografía infantil, pedofilia, ataques de denegación de servicios, ciberacoso (cyberbullying y cybergrooming), violación de información confidencial, la instalación de software como gusanos, malware, ransomware, spam, entre otros. (p. 6)

Para complementar lo anterior, observemos que la República de Panamá, a través de la Secretaría General de la Asamblea Legislativa (2021-2022) mantiene el proyecto de ley que busca la creación de la Unidad Policial Especializada en Delitos Informáticos, y la necesidad de algunas modificaciones al Código Penal panameño.

Se observa en la exposición de motivos de la propuesta legislativa en cita, que “En un mundo cada vez más digitalizado e interconectado, los delitos informáticos se han hecho cada vez más comunes, tanto, que actualmente son el tipo de delito de más rápido crecimiento a nivel mundial” (p. 2). Ello trae como consecuencia que se cuente con una entidad especializada para combatir este tipo de crímenes, con personal altamente capacitado que pueda responder de manera eficaz ante esta nueva modalidad del crimen, es decir, una entidad especializada en combatir los delitos cibernéticos.

La unidad a crear tendría facultades para la persecución activa de delitos relacionados con la ESNNA en medios digitales. Por ejemplo, el brío legislativo busca añadir el siguiente tipo penal:

Quien video grabe, ;udio grabe, fotografíe, filme o elabore, imágenes, audios o videos reales o simulados de contenido sexual íntimo de una persona sin su consentimiento o mediante engaño, y los distribuya, difunda, exhiba, reproduzca, transmita, comercialice, oferte e intercambie, incurrirá en pena de prisión de uno a tres años.

Si se avista, el artículo representa un avance, no obstante, el proyecto en sí no dice mucho, o especifica un desarrollo puntual en los delitos informáticos o cibercrimes con relación a la explotación infantil como tal. Es decir, la conducta descrita no involucra -expresamente- el uso de redes, equipos informáticos, o de la Internet. Como se dilucida con plausibilidad, se requiere de una reforma o modificación a la ley penal que vaya acorde con nuestra cultura tecnológica, siempre buscando sin lugar a duda, la mejor y mayor protección de las personas menores de edad.

Para ir concluyendo, la profesora, Parra (2021) nos hace las siguientes aclaraciones.

El uso de la web y las redes sociales han provocado en el derecho penal sexual de menores una ampliación de los tipos penales, a fin de contemplar nuevas conductas, que sin la existencia de las redes no habrían existido. En este sentido, los delitos que más aumentan por el uso de Internet son los económicos asociados con estafas y los de pornografía infantil. Se incrementaron las denuncias sobre conductas muy concretas y, de manera mayoritaria, sobre dos grupos sociales específicos: los menores y las parejas. Los jóvenes y, en especial los menores de edad son los que más frecuentemente participan del ciberespacio y, por tanto, son los más expuestos a ser víctimas —y en algunos casos, los victimarios— de conductas como grooming, sexting, sextorsión y pornografía infantil... (pp. 4-5)

## Conclusiones

Como se habrá observado los instrumentos y agencias internacionales han tomado la iniciativa de cultivar en la población los términos adecuados a la violencia sexual que se ejecuta en perjuicio de NNA, entonces, vocablos como violación, agresión, abuso, tocamiento, explotación -ESNNA-, son generalmente aceptados, y comprendidos por la población en general. Por tanto, el desuso de la palabra pornografía infantil no debe representar mayor problema. Todo lo contrario, es evidente que el término porno revictimiza y estigmatiza a los que han padecido la explotación o abuso sexual, además, como se

dijo, el fin de la modificación en el uso de una nueva nomenclatura es precisamente ubicar a los autores y partícipes de la ESNNA en una situación que no permita inequívocos en quien es el depredador y quien la presa.

Ha quedado claro que al insertar el vocablo pornografía a conductas que laceran la dignidad e indemnidad de NNA, en ocasiones, puede verse como un acto consentido o aceptable, incluso, estigmatiza y etiqueta a cualquier NNA como si se tratara de una actividad que ellos mismos buscan, situación esta, que, en ninguna circunstancia, ni es aceptable,



ni discutible, ni se presta a confusión, es decir, la violencia ejercida en la ESNNA es incuestionable desde cualquier punto de vista. El progreso de la tecnología y el uso masivo de las TIC's, para cometer Delitos Contra la Libertad e Integridad Sexual, específicamente tipos penales como el de Corrupción de Personas Menores de Edad, Explotación Sexual Comercial y otras Conductas, requiere, exige, que nuestros Códigos Penales, describan de manera puntual las conductas típicas básicas

tomando en cuenta que estas han mutado por el uso y abuso de las nuevas tecnologías y la Internet, entonces, también los tipos penales básicos deben mutar y contemplar nuevas formas de delinquir, en especial cuando hablamos de la destrucción e interrupción del natural desarrollo sexual de NNA. Incluso, podemos asegurar que, de no contar con los tipos penales adecuados, la persecución y juzgamiento de dichos delitos se hace más que difícil, ineficaz.

### Referencias bibliográficas

- Aboso, G. E. (2019). *Derecho Penal Cibernético, La Cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial IBdeF.
- Asamblea Legislativa, Secretaría General. (01 de 2021-2022). *Anteproyecto de Ley N° 024*. Recuperado el 17 de 01 de 2022, de Asamblea Nacional de la República de Panamá: [https://asamblea.gob.pa/APPS/SEG\\_LEGIS/PDF\\_SEG/PDF\\_SEG\\_2020/PDF\\_SEG\\_2021/2021\\_P\\_555.pdf](https://asamblea.gob.pa/APPS/SEG_LEGIS/PDF_SEG/PDF_SEG_2020/PDF_SEG_2021/2021_P_555.pdf)
- Código Procesal Penal de la República de Panamá. (2008). *Ley 63 de 28 de agosto de 2008*. Panamá, República de Panamá.
- Constitución Política de la República de Panamá*. (1972-2004). Panamá, República de Panamá: G. O. 25,176.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (11 de 20 de 1989). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de 11 de 1989). *Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (unicef)*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Convenio sobre la Ciberdelincuencia. (23 de 11 de 2001). *Convenio de Budapest*. [https://www.oas.org/juridico/english/cyb\\_pry\\_convenio.pdf](https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf)
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (08 de 07 de 2020). *Preguntas frecuentes sobre la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes*. Unicef para la Infancia Uruguay: <https://www.unicef.org/uruguay/historias/preguntas-frecuentes-sobre-la-explotacion-sexual-de-ninas-ninos-y-adolescentes>
- Fratti, S. (06 de 2018). *Panamá: un país con la necesidad de una legislación sobre cibercrimen*. de Derechos Digitales, América Latina - IPANDETEC: <https://www.ipandetec.org/wp-content/uploads/2018/08/IPANDETEC-Budapest-final-DD.pdf>

- Greijer, S., & Doek, J. (07 de 2016). *Terminology And Semantics, Interagency Working Group on Sexual Exploitation of Children*. Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines_sp.pdf)
- Guía de Detección y Derivación de Víctimas de ESNNA. (2015). *Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes*. (M. d. Lima, Ed.) <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Guia-de-deteccion-ESNNA.pdf>
- Hernández Giménez, M. (06 de 2019). Dialnet. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*(10), 792-843. Inteligencia artificial y derecho penal: <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/792-843.pdf>
- INTERPOL. (14 de 01 de 2022). *INTERPOL*. Terminología apropiada: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contramenores/Terminologia-apropiada>
- Ley 15. (2008). *Que adopta medidas para la informatización de los procesos judiciales*. Panamá, República de Panamá: Gaceta Oficial No. 25973.
- Ley No. 14. (2007). *Código Penal de la República de Panamá*. Panamá, República de Panamá: Gaceta Oficial No. 25796.
- Mendoza: La Suprema Corte prohibió el uso del término “pornografía infantil” en escritos y actuaciones judiciales. (15 de 11 de 2019). *Mendoza: La Suprema Corte prohibió el uso del término “pornografía infantil” en escritos y actuaciones judiciales*. Infobae: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/11/15/mendoza-la-suprema-corte-prohibio-el-uso-del-termino-pornografia-infantil-en-escritos-y-actuaciones-judiciales/>
- Nieva Fenoll, J., Taruffo, M., Oteiza, E., & Mitidiero, D. (2018). *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Orientaciones Terminológicas para la Protección de Niñas, N. y. (28 de 01 de 2016). *Orientaciones de Luxemburgo*. Recuperado el 01 de 03 de 2022, de Terminology and Semantics, Interagency Working Group on Sexual Exploitation of Children: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines_sp.pdf)
- Parra González, A. V. (2021). Universidad de Salamanca - DoinGlobal. *Delitos Sexuales relacionados con la pornografía infantil*. España: DoinGlobal.
- WordReference.com. (2022). *WordReference.com*. Recuperado el 14 de 01 de 2022, de pornografía: <https://www.wordreference.com/definicion/pornograf%C3%ADa>

## Mgter. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Actualmente desempeña el cargo de juez de garantías en el Sistema Penal Acusatorio del Segundo Circuito Judicial de Panamá, San Miguelito. Inició labores en el Órgano Judicial de Panamá para el 2004, entre varios de los puestos ocupados están: escribiente II, oficial mayor, asistente de defensor de oficio, secretario judicial, juez municipal mixto, defensor circuital, juez de circuito, juez de garantías, magistrado del tribunal superior de apelaciones.

Ha publicado: más de veinticinco artículos en la Revista Sapiaientia del Órgano Judicial de Panamá, entre otras. Es autor de varias obras, tales como: “VEDEMÉCUM de la Prueba, Compilación doctrinal y jurisprudencial (2022); “Maniqueísmo entre detención provisional y libertad limitada, del juez independiente en un sistema penal acusatorio [casuístico]” (2021); “El Juez de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio, un coloquio doctrinal y jurisprudencial autopoiéticamente necesario e ineludible...” (2020); entre otros.





## Labor del perito en los procesos de participación en las ganancias

**Mgdo. José Agustín Delgado Pérez**

Magistrado del Tribunal Superior de Familia

Órgano Judicial de la República de Panamá

Correo electrónico: [delgadop18@hotmail.com](mailto:delgadop18@hotmail.com)



## Labor del perito en los procesos de participación en las ganancias

*Recibido: enero 2022*

*Aprobado: diciembre 2022*

### Resumen

Cuando una pareja contrae matrimonio, deben establecer la clase de Régimen Económico Matrimonial que les conviene, situación que en la mayoría de los casos no lo hacen, donde la legislación panameña, establece como alternativa el Régimen de Participación en las Ganancias.

Al ocasionarse alguna desconfianza en cuanto al manejo de los bienes dentro del matrimonio, ya sea por separación o divorcio, la pareja se ve abocada a demandar la disolución y liquidación del Régimen Económico Matrimonial, donde deben intervenir, a parte del Juez, personas idóneas denominadas peritos, cuya función es determinar y cuantificar las ganancias, como resultados de los bienes obtenidos dentro del matrimonio.

### Abstract

When a couple gets married, they must establish what kind of Matrimonial Economic Regime suits them, a situation that in most cases they do not do, where Panamanian legislation establishes the Profit Sharing Regime as an alternative.

This means that when the marriage does not work, the couple is forced to demand the dissolution and liquidation of the Matrimonial Economic Regime, where, in addition to the Judge, suitable persons called experts must intervene, whose function is to quantify and establish the profits, as a result of property obtained in marriage.

### Palabras claves

Proceso de disolución, participación en las ganancias, perito, patrimonio inicial.

### Key words

Dissolution process, profit sharing, proficient, expert, initial equity.

### Introducción

En los procesos de participación en las ganancias, es más relevante la actuación del perito en los procesos de familia que en los civiles. Planteo esto por cuanto, en los procesos civiles, el informe pericial se centra en los objetos o bienes que son motivo de la controversia; especificando de manera objetiva y tangible los mismos. Mientras que el perito en los procesos de familia no solo debe elaborar la misma tarea, sino que, debe determinar

los bienes y derechos pertenecientes a cada cónyuge, desde el momento de contraer matrimonio, lo que puede deducirse como el patrimonio inicial de cada uno de ellos, hasta el momento que pueda ocurrir la separación, divorcio, nulidad de matrimonio, defunción de uno de los cónyuges o declaración judicial.

Si analizamos el Código de la Familia (1994) no encontramos ningún término o concepto que se refiera a la participación del perito en los procesos de disolución

y liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, señala en su artículo 746, que a falta de procedimientos específicos se debería recurrir al Código Judicial (2001) en lo que no se oponga a las normas especiales del presente código.

### **Qué es un Perito Judicial.**

Un perito judicial es aquella persona con conocimientos profundos y reconocida experiencia, que interviene dentro de un proceso judicial a solicitud de parte o del tribunal, a quien se le consulta como profesional especializado, para que pueda aportar información al Juzgador en una materia determinada.

El Código Judicial (2001) artículo 966, párrafo primero, señala lo siguiente “Para conocer, apreciar o evaluar algún dato o hecho de influencia técnico, artístico o práctico, que no pertenezcan a la experiencia común ni a la formación específica exigida al Juez, se oirá el concepto de peritos.”

### **Función del perito.**

Es diverso el trabajo que debe realizar el perito judicial. El artículo 973 del código antes citado señala lo siguiente:

Los peritos personalmente estudiarán la materia del dictamen y están autorizados para solicitar aclaraciones de las partes, requerirles informes, visitar lugares, examinar bienes muebles o inmuebles, ejecutar calcos, planos, relieves y realizar toda clase de experimentos, que consideren convenientes para el desempeño de sus funciones. A este efecto el Juez podrá requerir a las respectivas oficinas públicas que permita a los peritos registros o documentos públicos y que les ofrezcan las facilidades del caso.

Adicionalmente, esta norma legal plantea la obligación de las partes para colaborar con el trabajo que debe realizar el perito para lograr la efectividad del informe que debe presentar al Tribunal; tal como lo señala la norma arriba mencionada:

Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que aquellos consideren necesarios para el desempeño de su encargo y si alguno no lo hiciere, se dejará constancia de ello y el Juez podrá deducir un indicio, de acuerdo con las circunstancias.

Si alguna de las partes impide deliberadamente la práctica del dictamen, los peritos lo informarán la Juez, quien le ordenará que facilite de inmediato la diligencia y si no lo hace, le impondrá multas sucesivas de diez balboas (B/.10.00 a veinticinco balboas (B/.25.00) hasta que cumpla con la orden impartida. (Código Judicial, 2001).

La función del perito se centra en una inspección ocular, ya que se desplaza a observar el bien u objeto de la controversia y su labor es suministrar al juez la descripción, detalles, razones sobre las causas y los efectos de lo que observó, con el fin de obtener un mejor entendimiento de hechos o datos que por sí mismo no le es posible apreciar, por escapar de la experiencia común y de su formación.

Urazán (1997), destaca la importancia que realiza el perito dentro de los procesos judiciales.

Los peritos tienen especial responsabilidad para que la justicia se administre con acierto; el perito

no sustituye al Juez porque la experticia está sometido a control, de manera que se puede acoger o no, en el pronunciamiento judicial correspondiente, pero desde el punto de vista práctico es innegable el poder del concepto dentro del proceso, pues si se decretó fue porque la verificación del hecho necesitaba especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; el perito está llamado a darle luces especializadas al proceso y de ahí su delicado compromiso y su grave responsabilidad para con la justicia del caso concreto, no sea que su intervención en lugar de señalar un camino seguro, conduzca a la distorsión de la verdad material. (p.93)

El informe que presenta el perito al tribunal, es fundamental en el resultado del proceso. Si no cumple con el fin de lo que debe especificar se pierde su efectividad; de allí que un perito idóneo debe tener el conocimiento sobre el tema que debe investigar u observar, ya que su trabajo representa la piedra angular de la controversia. El autor antes citado, lo expresa de siguiente manera:

En la práctica el perito tiene inmenso poder, pues se queda en difícil posición para refutar al grafólogo que dice que una firma es falsa, o al genetista que señala una paternidad; sean los anteriores ejemplos, muestra atendible para exigirles a los peritos absoluta responsabilidad en el desempeño de su tarea, para que la justicia se administre con acierto. (p.93)

Es importante señalar que no siempre en un matrimonio los cónyuges tienen que acudir a los tribunales de familia para resolver sus diferencias en cuanto a la división o partición de sus bienes. Solo basta poner en marcha el

principio de la autonomía de voluntad de las partes, para poner en regla sus asuntos legales, cuando quieran resolver sus problemas patrimoniales. De allí que, solo se acude a los tribunales, cuando no hay voluntad de las partes para dirimir estos conflictos. Esto ocurre cuando la pareja en un matrimonio no estableció capitulaciones matrimoniales, respecto al régimen económico que regiría dentro de su convivencia, y no hay acuerdo en cuanto a la división de sus bienes.

El Código de la Familia (1994) artículo 102 establece:

En el régimen de participación, cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte, durante el tiempo en que este régimen haya estado vigente.” Y agrega que “se considera que hay ganancias siempre que el bien o los bienes. (p.40)

De allí que surge el siguiente cuestionamiento: ¿quién y cómo se determina que los bienes adquiridos durante el matrimonio mantienen o conserva el mismo valor que tenían antes de este régimen? Por lo tanto, se requiere que los cónyuges hayan adquirido bienes muebles e inmuebles antes o después de celebrado el matrimonio, teniendo en cuenta su valor real al momento de haber sido adquirido.

El artículo 112 del mismo texto legal establece que, “Si la extinción es por causa distinta a la muerte del Cónyuge, se determinarán las ganancias por las diferencias entre el patrimonio inicial y final de cada cónyuge”. (p.42)

¿Entonces, a quién le corresponde determinar el valor real de los bienes? ¿A

las partes? ¿Al Juez?, o a un tercero. Como expresa en el Artículo 746, el juzgador deberá aplicar la norma relacionadas al trámite que corresponde.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, en Acción Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción mediante fallo de 8 de septiembre de 2006, bajo la ponencia del Magistrado Jacinto Cárdenas M, al referirse al perito como auxiliar judicial señaló lo siguiente:

Visto lo anterior, advertimos que los peritos constituyen auxiliares judiciales y que de conformidad con el artículo 223 (ibídem), la Corte Suprema de Justicia elaborará un listado de auxiliares del Órgano Judicial cada dos años, en el curso del mes de octubre. No obstante, el artículo 227 del Código Judicial dispone que “sólo (sic) en el caso de que no existiere lista de peritos en la especialización o materia de que se trate, o que los incluidos en lista estuvieran impedidos para ejercer el cargo, las autoridades podrán nombrarlos libremente poniendo el hecho en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y dejando constancia en el expediente respectivo para los efectos a que haya lugar.

La Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado mediante Recurso de Casación en Proceso Ordinario que le sigue la Asamblea de Propietarios del P.H. B.B.V.A. (antes Banco Exterior), de 11 de abril de 2016, con relación a la labor del Perito bajo la ponencia del Magistrado Hernán De León Batista en los siguientes términos:

Primeramente, por la sola afirmación de la perito, la Sala no puede tener como

un hecho cierto el que la resolución de condena a la casacionista en el Proceso de Rendición de Cuentas se deba exclusivamente al referido informe de auditoría.

Por otro lado, se advierte que X. Z. no explica el por qué considera que el informe de auditoría adolece de fundamentación, es decir, los motivos que la llevan a tal conclusión.

El artículo 966 del Código Judicial establece que para conocer, apreciar o evaluar algún dato o hecho de influencia en el proceso, de carácter técnico, artístico o científico, que escape a la formación del Juez, éste (sic) puede hacerse asistir de personas calificadas por sus conocimientos (peritos).

La labor del perito es suministrar al Juez razones sobre las causas y los efectos de lo que observó, con el fin de tener un mejor entendimiento de hechos o datos que por sí mismo no le es posible apreciar, por escapar de la experiencia común y de su formación.

El informe presentado por X. Z. no cumple con la finalidad que tiene toda prueba pericial, ilustrar al juez en torno a un dato o hecho ajeno a su formación, ya que no brinda mayor explicación del origen de su conclusión, por ende, el dictamen adolece de motivación, por lo que no cuenta con fuerza probatoria.

Por lo antes expuesto, el perito es un auxiliar del proceso y su experticia es fundamental en la decisión del mismo. Morales, H. (1991) se refiere a los Auxiliares de Justicia de la manera siguiente:



La función jurisdiccional normalmente la ejerce el juez, como se ha explicado, y los subalternos colaboran en la administración de justicia en general y en cada proceso en particular. Más en el proceso fuera de las partes que en él intervienen continúa o accidentalmente y quienes con el juez son sujetos de él, puede figurar otras personas cuya participación es necesaria para auxiliar a la justicia y que no tienen la calidad de parte, aunque ocasionalmente puedan adquirirla para la fijación de sus honorarios o para lo relacionado con las sanciones que se les puedan imponer. (p.130).

En la mayoría de los casos resueltos por el Tribunal Superior de Familia en apelación, no logran su objetivo por la pobre labor realizados por los peritos, que a pesar de su amplia experiencia en los procesos civiles, piensan que es lo mismo en los procesos de participación en las ganancias, no obstante, el Juez por lo general, ha dado las indicaciones al perito en base a las normas establecidas en el Código de la Familia (1994), pero la presentación de sus informes, donde se observa detalles minuciosos con buenas fotografías, en buen papel, planos, entre otros, no muestran lo que el Tribunal requiere para resolver el conflicto.

Es importante diferenciar lo que es el régimen de sociedades gananciales del régimen de participación en las ganancias. El primero lo consideramos como un sistema que es muy ambiguo y poco usual en nuestro derecho positivo. Por tal razón en este estudio, solo nos limitaremos al Régimen de Participación en las Ganancias, desarrollados en los artículos 102 a 126 de dicho código, que, a nuestro criterio, se hace necesario una

mejor redacción en sus articulados por la confusión, falta de detalle y especificación de sus normas.

En primer lugar, es importante reiterar que, la intervención del perito se da cuando no hay manera que los cónyuges, se pongan de acuerdo en cuanto a la división de los bienes y es el Juez quien tiene que tomar la decisión por varias razones:

1. Cuando se disuelve el matrimonio
2. Por voluntad de una de las partes
3. Se decreta judicialmente la separación de cuerpo.
4. Los cónyuges convengan un régimen económico distinto.
5. Cuando uno de los cónyuges se le incapacite judicialmente.
6. Cuando uno de los cónyuges haga gestión patrimonial en fraude, daño o ponga en peligro los derechos del otro en las ganancias.
7. Cuando los cónyuges estén separados por más de un año, por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

Es suficiente el vínculo matrimonial, y que de manera voluntaria o por la vía judicial se determine el derecho que le asiste a las partes en la participación en las ganancias, como resultado de los bienes adquiridos antes o durante el régimen matrimonial que los une. Pero es importante aclarar, que no necesariamente debe haber divorcio para solicitar la participación en las ganancias del otro cónyuge. Con la Sentencia o Auto del Juez que declara la Participación en las Ganancias, ordena a las partes presentar o denunciar los bienes adquiridos antes o dentro de la unión matrimonial de cada uno de ellos, a nombrar sus respectivos peritos, quienes deberán ser previamente juramentados para el fiel cumplimiento de su misión.

Como he señalado en el Código Judicial (2001) son las partes quienes, al nombrar el perito, le indican al juez el punto o puntos que ha de versar el dictamen pericial, mientras que, en los Juzgados de Familia, el juez le da las indicaciones sobre lo que debe contener su informe pericial, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el código.

Por lo general, son las partes quienes de buena fe deben ofrecer el listado de los bienes adquiridos antes o después de celebrado el matrimonio, para que el perito tenga una visión clara de cómo fueron obtenidos y el valor real al momento de haber sido adquirido, ya sea por compra, a título gratuito, herencia, legado o donación. Estos bienes son los que van a constituir el patrimonio inicial y donde el perito tomará en cuenta el precio inicial de su adquisición y de los gravámenes contraídos. Si otros bienes han sido adquiridos dentro del término del matrimonio, el perito tendrá en cuenta, quién de los cónyuges lo obtuvo, la manera de haber sido logrado y los compromisos por su adquisición, o si fue conseguido de manera conjunta.

Es importante tener en cuenta, que el régimen de la participación en las ganancias, es aplicable a todo aquel matrimonio celebrado a partir del 3 de enero de 1995, de modo que el régimen económico celebrado con anterioridad a esta fecha, de no haber capitulaciones matrimoniales, se aplica el régimen de separación de bienes. Todo depende de la duración de convivencia del matrimonio, ya que un matrimonio que ha durado poco, por lo general más son las deudas contraídas que las ganancias que se puedan alcanzar. También es importante señalar que, durante la convivencia del matrimonio, cada uno de los cónyuges puede disponer libremente de sus bienes personales, tal como lo señala el Código de la Familia (1994) artículo 103.

## ¿Qué son las ganancias?

El Diccionario de Manuel Ossorio, define el término de Ganancia, como “Adquisición de bienes mediante el trabajo o actividad lucrativa. Utilidad, provecho, beneficio.” Además, Guillermo Cabanellas de Torres en el Diccionario Jurídico Elemental, también lo define de manera similar como “Adquisición de bienes mediante el trabajo o actividad lucrativa. Utilidad, provecho, beneficio”. (p.143)

Sin embargo, la Enciclopedia Economipedia explica el término de manera más amplia:

La ganancia es el aumento de la riqueza que se produce a partir de una transacción u operación de índole económica.

Visto de otro modo, la ganancia es la diferencia entre los ingresos generados por una actividad económica y los costes necesarios para desarrollar dicha empresa u ocupación. ....

Se suele usar ganancia como sinónimo de beneficio económico o utilidad, siendo lo opuesto a una pérdida. Es decir, cuando los resultados de una empresa, al restar ingresos menos gastos, son positivos, se ha producido una ganancia...

Por lo tanto, podemos inferir que en el régimen de participación en las ganancias es el resultado de un análisis aritmético, entre los bienes adquiridos por los cónyuges en el momento de contraer matrimonio o dentro de la convivencia matrimonial, siempre y cuando no se haya establecido capitulación matrimonial previa. Por lo cual, el perito deberá actualizar el valor de los bienes cuando decidan terminar

el régimen económico matrimonial; o si se disuelve el vínculo.

En la operación aritmética el perito tendrá que determinar el valor de los bienes al momento de ser adquiridos; también tendrá en cuenta las deudas y gastos pendientes para ser deducidos del valor actual del mercado. La ganancia es el resultado del valorar actual menos el valor inicial y deudas y gastos pendientes. La diferencia debe repartirse en partes iguales.

Es importante diferenciar lo que es el régimen de la participación en las ganancias del régimen de la sociedad de gananciales. En el régimen de la participación en las ganancias, cada cónyuge mantiene en su poder los bienes que hayan adquiridos antes o después de celebrados su matrimonio, pero cada uno tiene derecho en la participación de las ganancias, en el evento de su disolución, mientras que en el régimen de sociedad de gananciales se hace común tanto para el marido y la mujer, por partes iguales, los bienes obtenidos a título oneroso indistintamente por cualquiera de ellos.

### **Caso hipotético**

Como ejemplo de lo planteado, presentamos un caso hipotético: Amalia y Pedro contraen matrimonio civil en el 25 de abril de 2011, donde no establecieron Capitulaciones Matrimoniales. Antes de ese matrimonio, Pedro había adquirido una pequeña casa a un costo de B/.35,000.00, lugar donde ubicaron su domicilio conyugal. A los 4 años de convivencia, Amalia hereda una propiedad de su mamá, la cual estaba avaluada en B/. 80,000.00 balboas. De dicha relación nacieron dos hijos. Al séptimo año de casados, ambos adquieren una propiedad de playa la cual le costó B/.200,000.00, a través de un préstamo hipotecario en la que

tuvieron que pagar el 15% como abono inicial al banco. Por razones del destino, en el año 2020, debido a la pandemia y la pérdida de sus empleos, ambos disponen disolver el vínculo matrimonial por mutuo acuerdo, donde la Juez Tercera Seccional de Familia declaró disuelto el matrimonio por medio de la Sentencia N°.262 de 5 de agosto de 2020, quedando pendiente la liquidación de los bienes matrimoniales que, por falta de consenso no se llegó a acuerdos.

El 1 de febrero de 2021, Pedro presentó demanda de Liquidación del Régimen Económico Matrimonial, argumentando tener derecho sobre las ganancias de los bienes de propiedad de la señora Amalia, demanda que fue admitida por el Juzgado Primero Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá.

### **Cuál es la labor que le corresponde al perito.**

Al no haber acuerdo en cuanto a la distribución de los bienes matrimoniales, la Juez ordenó la liquidación de los bienes e indicó a las partes que designaran sus respectivos peritos, cuya labor debe ser muy objetiva, por cuanto que, en la mayoría de los casos, sus informes favorecen los intereses de las partes que lo escogieron.

Como patrimonio inicial en el matrimonio, podemos mencionar solo la casa comprada por Pedro, la cual fue adquirida en la suma de B/.35,000.00 balboas, que con base en el Código de la Familia (1994) artículo 113 señala lo siguiente: Se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge:

1. Por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen económico matrimonial: y
2. Por los bienes adquiridos a título gratuito, herencias, legados o donación.

Por otra parte, el artículo 116 establece lo siguiente:

Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen económico matrimonial o, en su defecto, al tiempo en que fueron adquiridos.

El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado.

Hay que tener en cuenta lo aquí señalado, por cuanto que puede ocurrir que la pareja ya vivan separados mucho tiempo antes de presentar la demanda de divorcio. En estos casos, el patrimonio final debe establecerse desde el momento en que ocurrió la separación. Pues, puede ocurrir que aún estado unidos en matrimonio, alguno de ellos puede adquirir algún otro bien o se haya ganado el “gordito”, púes, esos bienes o ganancias no pueden entrar dentro de la participación en las ganancias.

Si el matrimonio entre Amalia y Pedro terminó por mutuo acuerdo por medio de la Sentencia N°.262 de 5 de agosto de 2020, la participación en las ganancias solo llega hasta este término, conforme lo señala el artículo 116 del citado código.

De allí que el perito deberá actualizar el valor del bien inmueble de Pedro, hasta la fecha que se dictó la sentencia del divorcio, dándole un valor de B/.150,000.00 balboas.

En cuanto al bien inmueble adquirido por Amalia por herencia, no aplica dentro del artículo 113, ya que la misma fue adquirida después de 4 años de convivencia, es decir, al año de 2015. En este caso se debe aplicar el artículo 116 del mismo texto legal, la cual fue

avaluada en B/.80,000.00 y que al actualizar el perito su valor, le estableció en B/.250,000.00 balboas.

En cuanto a la propiedad de playa se le aplica el Artículo 106 del mismo texto legal, ya que la misma fue adquirida conjuntamente, por lo que les pertenece en pro indiviso ordinario, cuya partición y obligaciones le corresponderá a la jurisdicción civil resolver conforme a las condiciones pactadas con la entidad bancaria.

Así las cosas, nos corresponde analizar las ganancias pretendidas por las partes y donde el perito deberá hacer la siguiente operación aritmética, aplicando en este caso lo que determina el Código de la Familia (1994), artículo 112 indica lo siguiente: “Si la extinción es por causa distinta a la muerte del cónyuge, se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.”

En cuanto a la propiedad del señor PEDRO la cual fue adquirida a un costo de B/.35,000.00 y actualizado su valor en B/.150,000.00, daría una diferencia de B/.115,000.00 balboas, como ganancias que repartir, la cual sería la suma de B/.57,500.00 balboas para cada uno.

Con respecto al bien heredado por AMALIA, la cual tuvo un valor original de B/.80,000.00 y valorada posteriormente en B/.250,000.00, tendría como ganancias, la suma de B/.170,000.00 balboas, la cual sería B/.85,000.00 para cada uno.

Como se observa, ambas propiedades arrojaron ganancias para cada uno, y ante la situación planteada, se debe aplicar lo que determina el artículo 121 del mismo texto legal, que reza así: Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge



cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su incremento y el del otro cónyuge.

Así las cosas, observamos que en la propiedad de PEDRO tuvo una ganancia de B/.57,500.00, en cambio en la propiedad de AMALIA se percibió una ganancia de B/.85,000.00 balboas. De modo que al aplicar el artículo 121 arriba descrito, existe una diferencia de B/.27,500.00 balboas a favor de AMALIA, que dividido entre dos, daría una

diferencia de B/.13,750 balboas que tendría que recibir el señor PEDRO de parte de AMALIA.

Como vemos este sistema de participación en las ganancias resulta un engaño, ya que crea mucha expectativa entre los cónyuges tratando de encontrar alguna “ganancia” sobre los bienes adquiridos en el matrimonio. Sin embargo, ante la situación planteada, esa expectativa de ganancia, se va en los gastos de honorarios de abogados y de peritos.

### Conclusiones

El Régimen Económico Matrimonial de Participación en las Ganancias como medio alternativo, en los problemas legales que se presentan al disolverse el matrimonio, no está funcionando para resolver los asuntos de los bienes adquiridos dentro de matrimonio.

La participación del perito en los procesos de participación en las ganancias, si bien representa una figura fundamental para determinar la existencia de las ganancias en un matrimonio, los informes difieren del peritaje en los procesos civiles.

### Referencias bibliográficas

- Cabanellas, G. Diccionario (1993) Jurídico Elemental, nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliastas.
- Código de la Familia, (1994). Ley 3 mayo 17, 1994. 1 de agosto de 1994, (Panamá).
- Código Judicial, (2001). Ley 29 octubre, 25, 1984. 6 de diciembre 1984, (Panamá) Enciclopedia Digital Economipedia. <http://es.wikipedia.org/wiki/Econopedia>
- Fallo de ocho (8) de septiembre de 2006 Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.
- Fallo de once (11) de abril de 2016. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Sala Primera de lo Civil.
- Ossorio, M. (1994). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Heliastas S.R.L.
- Morales H. (1991). *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General* (11.ª ed.). Editorial A B C.
- Urazán J. (1997). *Derecho Probatorio Civil* (1.ª ed.). Editorial Leyer.

## Magistrado José Agustín Delgado Pérez

Nació en Santiago de Veraguas. Sus estudios primarios los hizo en la Escuela Anexa El Canadá. Sus estudios Secundarios los realizó en la Escuela Normal Juan Demóstenes Arosemena, graduándose de Bachiller en Ciencias y Maestro de Educación Primaria. Sus estudios Universitarios los hizo en la Universidad de Panamá, graduándose en Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Postgrado en Derecho en la Universidad de Panamá. Postgrado en Docencia Superior en la Universidad Latina de Panamá y Maestría en Docencia Superior en la Universidad Cristiana de Panamá. Maestro de Educación Primaria en el

Instituto Justo Arosemena, Paitilla. Docente en la Universidad Latina de Panamá, Universidad de La Paz y Universidad Cristiana de Panamá. Fue Asesor Legal de Reforma Agraria para las Regiones 2 y 4, Veraguas y Coclé. Jefe de Reforma Agraria de la Provincia de Coclé y Asesor Legal en la Dirección Nacional de Reforma Agraria. Abogado litigante. Juez de Circuito de Veraguas, Ramo Penal y Juez de Circuito de Veraguas, Ramo Civil. Actualmente se desempeña como Magistrado del Tribunal Superior de Familia y Suplente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.



Que las bendiciones de la Navidad  
estén con ustedes hoy y siempre

FELIZ

= NAVIDAD =

Y PRÓSPERO

*Año Nuevo*