

# Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL



# Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL

Volumen 16, No. 1, marzo 2025

## 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. Carlos Alberto Vásquez Reyes**

Presidente de la Sala Tercera de lo Contencioso  
Administrativo

**H.M. Olmedo Arrocha Osorio**

Presidente de la Sala Primera de lo Civil

**H.M. Angela Russo de Cedeño**

Sala Primera, de lo Civil

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

Sala Primera, de lo Civil

**H.M. Ariadne Maribel García Angulo**

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 Stanzola**

Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo

---

La Revista "Sapientia" es editada por la Sección de Editorial y  
Publicaciones del Órgano Judicial de la República de Panamá,  
Escuela Judicial, Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,

Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).

Teléfono: (507) 212-7395 Ext. 8395

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

Panamá, 2025

---

## CONSEJO EDITORIAL

**H.M. María Cristina Chen Stanzola**

Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo

**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 de la Escuela Judicial,

Escuela Judicial Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,

Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).

Órgano Judicial de la República de Panamá

**Magíster José Correa**

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del  
Tercer Distrito Judicial

Órgano Judicial de la República de Panamá

**Magíster Jennifer Saavedra**

Jueza de Juicio Oral del Primer Distrito Judicial

Órgano Judicial de la República de Panamá

**Magíster Aracelly Vega Sánchez**

Asesora del Programa de Justicia de la oficina de Asuntos Antinarcoóticos y  
Aplicación de la Ley (INL) de la Embajada de Estados Unidos en Panamá

**Magíster Anixa Santizo**

Asistente de Magistrado de la Sala Civil

Órgano Judicial de la República de Panamá

**Magíster Andrés Mojica García de Paredes**

Director de la Oficina de Acceso a la información Pública y de  
Justicia Abierta

**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

**Profesora Deysi Moreno**

Tecnólogo de Currículum Educativo

**Magíster Stella Martínez**

Diseño Gráfico

## COLABORADORES

**David Ellister Zamora-Smith**

Universidad de Panamá

República de Panamá

**Enrique Grillo**

Juez de Tribunal de Sentencia. Poder Judicial de Honduras

República de Honduras

**Antonio Ariel Rodríguez Villarreal**

Movimiento de Abogados Gremialistas (MAG)

República de Panamá

**Carlos Ivan Guerra Barahona**

Asistente ejecutivo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

República de Panamá

**Ruth Alpízar Rodríguez**

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

República de Costa Rica

## NOTA EDITORIAL

La Escuela Judicial Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa, tiene el honor de presentar la primera edición de la revista Sapiencia, correspondiente a marzo de 2025. Esta publicación, que surge con el objetivo de promover la discusión académica y aportar al progreso del pensamiento legal, incluye en su primer número una serie de artículos que tratan asuntos de importancia contemporánea en el campo del derecho, tanto a escala nacional como internacional.

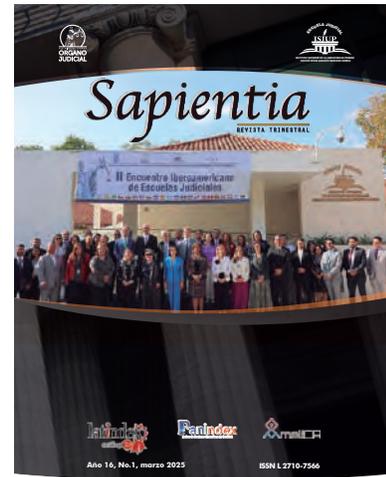
En esta edición, los lectores encontrarán análisis profundos y pensamientos críticos sobre cuatro temas fundamentales: La pérdida de la oportunidad, La prisión preventiva no es regla, sino excepción (jurisprudencia, doctrina y control de convencionalidad en Honduras), el nuevo rol del juez en el proceso civil regulado en el Código Procesal Civil y los acuerdos simplificados en Panamá.

La pérdida de la oportunidad, daño a una situación favorable, examina un concepto legal que ha suscitado disputas en el ámbito del derecho de daños. Mediante un estudio histórico, doctrinal y comparado, se examina la factibilidad de admitir la pérdida de una condición ventajosa antes del acto delictivo, subrayando la relevancia de su indemnización completa de acuerdo a los principios del derecho de daños.

La prisión preventiva no es regla, sino excepción (jurisprudencia, doctrina y control de convencionalidad en Honduras). Se adentra en el análisis de esta medida de precaución desde el punto de vista de la jurisprudencia a nivel nacional e internacional. El artículo enfatiza la importancia de que su aplicación esté adecuadamente justificada y conforme a los estándares de derechos humanos, basándose en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

El nuevo rol del juez en el proceso civil regulado en el Código Procesal Civil analiza las modificaciones implementadas por el Código Procesal Civil de Panamá, que se pondrá en marcha en octubre de 2025. Se enfatiza la relevancia del juez en la administración del proceso civil y se reflexiona sobre los retos que implica el paso hacia un sistema basado en la oralidad y la aplicación de normas convencionales y constitucionales.

Los acuerdos simplificados en Panamá abordan un tema de gran relevancia en el campo del derecho internacional y constitucional. El artículo analiza la naturaleza jurídica de estos acuerdos,



## RESEÑA DE LA PORTADA

**Título:** II Encuentro Iberoamericano de Escuelas Judiciales

**Foto:** ISJUP

**Fecha:** 2025

su influencia en la política exterior de Panamá y las consecuencias del vacío regulatorio que los envuelve, haciendo referencia a fallos judiciales fundamentales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Con la edición inicial de Sapiencia, la Escuela Judicial reafirma su compromiso con la excelencia académica y al fomento de un debate jurídico riguroso y diverso. Esperamos que esta publicación se convierta en un referente para jueces, magistrados, académicos y todos los que se interesan en el análisis y la reflexión del derecho.

Invitamos a nuestros lectores a sumergirse en las páginas de esta revista, con la certeza de que encontrarán en ellas un espacio de conocimiento, análisis y propuestas que contribuirán al fortalecimiento del estado de derecho y la justicia en Panamá y más allá de sus fronteras.

***Dr. Edita de Garibaldi***

***Editora***

<https://orcid.org/0009-0008-4694-7925>

## MENSAJE DE LA PRESIDENTA

Distinguidos lectores, juristas y miembros de la comunidad interesados en temas jurídicos y judiciales, que conciten en la necesidad de acometer esfuerzos es pos de una sociedad justa y democrática, nos complace presentar con gran satisfacción la edición No.1 de marzo 2025, de la revista SAPIENTIA. Esta publicación está dedicada al análisis y la reflexión académica y científica sobre tesis de gran relevancia jurídica y social, con el objetivo de promover un debate constructivo forjado sobre la noesis y el discernimiento de fenómenos que impactan directa o indirectamente en los diferentes contextos sociales.



En esta ocasión, nuestra revista desarrolla cuatro ejes temáticos que invitan a la cavilación sobre la complejidad y la relevancia de los desafíos que enfrentamos cada vez de manera más real. En primer lugar, se explora el tema sobre "La pérdida de la oportunidad", que, en esta oportunidad se presenta como un daño a una situación favorable, reconociendo la importancia de comprenderlo como la afectación de un interés jurídico legítimo. Este tema nos lleva a cuestionar la necesidad de proteger las expectativas legítimas y a rechazar la idea que el derecho pueda tolerar efectos nocivos en las víctimas por la pérdida de un momento oportuno para actuar.

A continuación, nos adentramos en el complicado asunto de "La prisión preventiva", recordando que, según la jurisprudencia, la doctrina y el control de convencionalidad, esta medida debe ser la excepción y no la norma. Se examinan los fundamentos de necesidad y proporcionalidad lógica que deben guiar su implementación, además de la importancia de la revisión regular y la motivación adecuada en las decisiones judiciales que la establecen.

Se examina "El nuevo rol del juez en el proceso civil" dentro del Código Procesal Civil que pronto entra en vigencia. Este análisis destaca la evolución hacia un modelo oral, con una mayor participación del juez en la dirección y reestructuración de las fases procesales, incluido el hecho de mantener una mayor inmediación con las partes; el cual invita a reflexionar sobre la necesidad de una formación continua para jueces y magistrados, adaptada a las exigencias emergentes de un sistema judicial moderno y eficaz.

Finalmente, se aborda la problemática de "Los Acuerdos Simplificados en Panamá", que pone de relieve la ausencia de un claro y pertinente marco normativo y las consecuencias que esto conlleva al intentar obtener el equilibrio de poderes, para evitar erosionar principios constitucionales fundamentales. En conjunto, estos cuatro temas reflejan el compromiso de SAPIENTIA con el análisis profundo y crítico de cuestiones jurídicas y de actualidad.

Esperamos que esta edición contribuya al enriquecimiento del debate y al avance del conocimiento en cada una de estas áreas. Agradecemos su interés y lealtad continua, y les invitamos a sumergirse en las páginas de esta nueva y enriquecedora edición.

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

# ÍNDICE

<b>La pérdida de la oportunidad, daño a una situación favorable</b> <b>The Loss of Chance, damage to a favorable situation</b> David Ellister Zamora-Smith	<b>7</b>
<b>La prisión preventiva, no es regla sino excepción (jurisprudencia, doctrina y control de convencionalidad en Honduras)</b> <b>Pretrial detention, an exception not the rule (jurisprudence, doctrine, and conventionality control in Honduras)</b> Enrique Grillo	<b>21</b>
<b>El nuevo rol del juez en el proceso civil regulado en el Código Procesal Civil y otras consideraciones</b> <b>The new role of the judge in the civil process regulated in the Civil Procedure Code and other considerations</b> Antonio Ariel Rodríguez Villarreal	<b>37</b>
<b>Los Acuerdos Simplificados en Panamá</b> <b>The executive agreements in Panama</b> Carlos Ivan Guerra Barahona	<b>55</b>
<b>Aspectos básicos de la interculturalidad y la pluriculturalidad: su impacto en las fuentes del Derecho privado costarricense en relación con el Derecho consuetudinario indígena</b> <b>Basic aspects of interculturality and pluriculturalism: their impact on the sources of Costa Rican private law in relation to Indigenous customary law</b> Ruth Alpízar Rodríguez	<b>71</b>



Escuela Judicial Instituto Superior de la Judicatura de Panamá Doctor César Augusto Quiñero Correa y Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales

# II Encuentro Iberoamericano de Escuelas Judiciales



ÓRGANO JUDICIAL



INSTITUTO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE PANAMÁ  
DOCTOR CÉSAR AUGUSTO QUIÑERO CORREA



## La pérdida de la oportunidad, daño a una situación favorable

### The Loss of Chance, damage to a favorable situation

**David Ellister Zamora-Smith**

Universidad de Panamá

República de Panamá

david.zamora@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8781-1222>

*Recibido: enero 2025*

*Aprobado: marzo 2025*



#### Resumen

El daño es un concepto unitario que se divide en una serie de rubros indemnizables para facilitar su estudio y reconocimiento en juicio, entre ellos, la pérdida de oportunidad o de chance (galicismo). Esta figura ha sido problemática, ya que, una vez frustrada, desaparece la probabilidad de perseguir el resultado beneficioso, y por ende, dificulta al juzgador reconocer el grado de concreción que tenía la víctima previamente al hecho dañoso. Este rubro indemnizable consiste en el detrimento de un interés jurídico y se expresa como la injusta interrupción de una situación favorable que mantenía la víctima antes del hecho ilícito acaecido. Así, en el presente trabajo se pretende reconocer la importancia de evidenciar, analizar y reconocer la existencia de una -previa- situación favorable para la víctima, antes del acaecimiento del hecho nocivo. Para demostrar su viabilidad, hemos recurrido a un breve recuento histórico, a la doctrina, al derecho comparado, a las normas extranjeras que reconocen expresamente la figura en estudio y a la evocación de casos emblemáticos. Todo ello ante la fiel premisa de que el derecho de daños se rige por el principio de reparación integral.

#### Abstract

Damage is a unitary concept that is divided into a series of indemnifiable items to facilitate its study and recognition in court, including the loss of opportunity or chance (galicism). This figure has been problematic, since, once frustrated, the probability of pursuing the beneficial result disappears, and thus it is difficult for the judge to recognize the degree of concreteness that the victim had prior to the harmful fact. This indemnifiable item consists of the detriment of a legal interest and is expressed as the unjust interruption of a favourable situation maintained by the victim before the wrongful act occurred. Thus, the present work aims to recognize the importance of evidencing, analyzing and recognizing the existence of a favourable situation

for the victim before the occurrence of the harmful event. In order to demonstrate its feasibility, we have used a brief historical account, the doctrine, comparative law, foreign standards which expressly recognize the figure under study and the evocation of emblematic cases. This is in the light of the correct premise that the right to damages is governed by the principle of comprehensive reparation.

### Palabras claves

Daño, derecho civil, interés jurídico, relación de causalidad, responsabilidad civil.

### Keywords

Damage, civil law, legal interest, causal link, civil liability.

### Introducción

En la actualidad, la responsabilidad civil se centra en la reparación integral, concepto que, si bien es complejo de materializar en su totalidad, tiene como propósito que todo menoscabo sufrido injustamente por una persona sea reparado. Sin embargo, ¿qué sucede cuando situaciones favorables son injustamente arruinadas por un tercero? Ciertamente, esta condición enmarca un supuesto de hecho en el que resulta necesario que la víctima pueda presumir con certeza la oportunidad de adquirir una ventaja, un beneficio, un premio o de evitarse un detrimento, supuesto que puede evidenciarse tanto en un escenario contractual como extracontractual.

Como antecedente de mayor referencia tenemos que la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, Resolución de fecha 11 de mayo de 2015 reconoció que la pérdida de oportunidad como daño a una situación favorable demuestra una ponderación aceptada doctrinal y jurisprudencialmente, específicamente, cuando las partes se vean afectadas por el incumplimiento de un contrato, funcionando desde entonces la figura en estudio se estima dentro de los parámetros de un arbitraje en derecho, esto a pesar de su ausencia regulatoria.

La importancia de esta investigación consiste en evidenciar que, al arruinar la situación favorable de forma antijurídica, puede solicitarse su reconocimiento por el derecho. Por consiguiente, nos hemos centrado en definir cómo el daño, como concepto unitario, ha sido ampliado por la doctrina y por el derecho comparado, llegando a nuestros tribunales por medio de la jurisprudencia. De esta forma, se pretende brindar herramientas para asimilar la existencia de un derecho más justo.

### 1. La responsabilidad civil y el daño

La responsabilidad civil tiene como primer sistema de aplicación la venganza privada, aplicada principalmente por hombres libres (*Lex talionis*). Luego pasó a la composición voluntaria evolucionando hacia la composición legal y seguidamente se intensificó la represión del Estado hasta llegar con el actual sistema de responsabilidad civil con sus antecedentes próximos en Francia, siglo XIX, resultado de los estudios de Jean Domat y Robert Joseph Pothier quienes influyeron en la elaboración del Código de Napoleón (1804) específicamente artículos 1382-1384 (Mazeaud *et al.*, 1977).

Así también tenemos que la noción de responsabilidad civil tiene como principal

tarea reprimir el daño injusto causado a otro, como bien dispone nuestro Código Civil (1916), artículo 986 en materia contractual y artículo 1644 en materia extracontractual, por no cumplir con el deber legal impositivo de no dañar a los demás (Principio de Ulpiano que reguló la vida de la sociedad romana: *alterum non laedere*)<sup>1</sup>.

Dicho esto, tenemos que los elementos de la responsabilidad que deben concurrir para que se exija indemnización son los siguientes: el hecho ilícito, el factor de atribución, el nexo de causalidad y el daño; siendo el último de ellos el que activa la obligación de reparar lo afectado, ya que, de lo contrario, no tendría sentido cuestionar la existencia de los demás elementos si el daño no cuenta con las cualidades de serio, cierto y subsistente.

Para Bustamante (1997) el daño es: “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o las afecciones legítimas (daño moral)” (p. 167). De este modo, todos los daños que sean ciertos merecen ser reparados, y, por ende, su indemnización debe ser reconocida por el derecho, incluso cuando el rubro indemnizable no se encuentre registrado de forma expresa en el derecho positivo.

Reiteramos que lo importante es que se repare el daño injustamente percibido, lo que no siempre coincidirá en un bien jurídico. Para justificar lo anterior nos apoyamos en el concepto legal que ofrece el Código Civil

y Comercial de la Nación (2015) (Argentina) en su artículo 1737 cuando destaca que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico [...]”.

La noción anterior se resume en el “*interés jurídico*”, término más abarcador que el “bien jurídico”, ya que no solamente contempla las cosas, sino que también rescata el valor mismo del derecho subjetivo del individuo, lo que le permite acudir ante al juez para reclamar la afectación del ejercicio de su derecho. Siendo así, cuando el interés jurídico ya no sea ejercitable, deberá ser susceptible de un valor, como ocurrió con la intimidad, el honor, la reputación etc. (Picasso et. al., 2021). Dicho esto, pretendemos enfatizar que el interés jurídico que afectado se puede encontrar en la alteración injusta de una situación legítima y favorable en la que una persona ya no pueda concretar -por causa de otro- sus necesidades o proyecciones.

En consecuencia, considerar que el daño de una seria y real situación favorable no sea reparado sería considerar que existe un daño jurídico, o, dicho en términos metafóricos, que el Derecho permite que se produzca, por muy perjudicial que resulte, la alteración del devenir de la persona (Yzquierdo, 2021). En consecuencia, una decisión inicua del juzgador colocaría en desventaja a la víctima y, a su vez, estaría contrariando el principio básico de reparación integral.

## 2. La pérdida de la oportunidad: un daño a una situación favorable

Cuando nos referimos a la pérdida de la oportunidad conviene profundizar en

<sup>1</sup> Del latín que significa “no dañar a otro” elaborado como precepto por Ulpiano. Este principio conforma uno de los tres principios cardinales que fundamentan lo justo (“*ius*”), vivir honestamente (“*honeste vivere*”) y dar a cada uno lo suyo (“*suum ius cuique tribuere*”).

definiciones menos tradicionales del “*daño*”. Por ejemplo, De Cupis (1975) señala que: “[el] daño no significa más que nocimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (p. 85), mientras que Gamarra anota que el daño es la contrafigura de la ventaja, provecho o beneficio que golpea una situación positiva, individualizada en un bien o en una ventaja que termina por suprimirse por otro (como se citó en Prévôt y Chai, 2007, p.2).

El daño no solo constituye el detrimento o el menoscabo a un bien jurídico, sino que también, como ya mencionamos, consiste en la lesión de un “interés jurídico”, lo que puede incluir la reclamación del derecho legítimo de un modo de “estar” diferente al que se encontraba la víctima con anterioridad al hecho lesivo. Con la situación favorable arruinada, se afecta la certeza de una esperanza legítima con probabilidad de éxito, lo que en sí supone un perjuicio.

Explicado lo anterior, conviene referirnos a los orígenes de la figura, su noción y la configuración del nexo causal para evidenciar la existencia del daño a una situación favorable.

### 2.1. Orígenes del rubro indemnizable

La teoría jurídica de la pérdida de la oportunidad tiene sus inicios a nivel jurisprudencial en Francia como “*la perte d’une chance*” y, luego en Inglaterra, como “*The loss of chance recovery*”, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, bajo el análisis del cercenamiento de ganar un proceso judicial y un supuesto de concurso de dotes artísticos, respectivamente.

Por su parte, la primera resolución que mencionó en sus considerandos el análisis de la «*perte de chance*» data del 17 de julio

de 1889. Se refirió a la obstaculización de un funcionario en tramitar un recurso de apelación dentro de un proceso judicial, lo que afectó al interesado sin que pudiera conocer cual hubiese sido el resultado del proceso de haber prosperado el recurso. Seguidamente, la *perte de chance* fue invocada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en Francia, por medio de la Sentencia de 17 de marzo de 1911, con relación al ejercicio profesional de la abogacía ante la omisión de ejercer la acción correspondiente.

Paralelamente, en el derecho inglés, *The loss of chance recovery* fue analizado por la Corte de Apelaciones en sentencia de 1911, en la controversia *Chaplin vs Hicks*, respecto a un concurso de selección de 12 artistas teatrales que tendrían trabajo por 3 años, pero que serían electas de las 50 más votadas por los lectores del periódico. Al ser preseleccionada dentro de los 50 preliminares, la señorita Chaplin, con altos dotes artísticos, fue notificada del lugar y la hora de la audición de forma tardía, por lo que no le fue posible llegar a tiempo, cercenándole así una situación favorable. El señor Hicks tuvo que indemnizarla por la negligencia de su gestión.

En 1917, otra sentencia del derecho anglosajón, caso *Kansas City del Texas Court of Civil Appeal M. & O. Ry. Co. vs Bell*, consistió en que el demandante tuvo la oportunidad real y cierta de ganar el premio en una feria de ganado, pero ello fue frustrado por el retraso del transporte de los animales.

### 2.2. La oportunidad o chance

En términos sencillos, la oportunidad (u chance) es la posibilidad seria, cierta y objetiva de conseguir algo en torno a determinado acontecimiento futuro. Por su parte, Ríos (2019) considera que el derecho de chance es

“la situación fáctica de una legítima y probable expectativa de obtener una ganancia o evitar un perjuicio” (p. 177).

En palabras de Zannoni (1993):

la chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esperanza al sujeto, conlleva un daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado como tal (p. 78).

Sigue diciendo el autor que la razonabilidad de esta contingencia debe ser seria, esto quiere decir que la chance debe ser real y objetiva, con una alta probabilidad de concretarse según el normal transcurrir de los hechos o, dicho de otro modo, que sea una oportunidad con serias probabilidades de producirse.

El derecho de oportunidad (chance) considera una órbita en la que existe la legitimidad y la facultad de ejercitar el acceso a un provecho o beneficio (o la potencial viabilidad de evitar un daño), por lo que considera una probabilidad de resultado razonablemente efectivo, aunque al mismo tiempo aleatorio y desconocido. Y es que la propia existencia de la oportunidad (chance) descansa en la incertidumbre, en la expectativa de su éxito y que no se puede prever hasta que se concrete, pero a causa del agente, ya no se concretará, siendo precisamente esto lo que se le reprocha como consecuencia de su conducta.

El hecho de ostentar el derecho de “oportunidad” o “chance” implica la “probabilidad” intrínseca de obtener un premio, un beneficio, una ganancia o la facilidad de evitar un perjuicio o pérdida. Ello no quiere

decir que se trate del reconocimiento de una mera expectativa, sino de una probabilidad razonable para no incidir en lo hipotético o eventual.

### 2.3. El daño en la oportunidad

Debe tenerse en cuenta que nadie está facultado para destruir la libertad de otro en una sociedad que goza de seguridad jurídica. Dicho en otras palabras, la destrucción del curso normal de la víctima de ejercitar su derecho a acceder a los beneficios, ganancias o situaciones favorables, constituye la destrucción de un interés jurídico en la situación favorable que -muy probablemente- gozaría la víctima sino hubiese sido alcanzado por lo injusto.

De tal forma, para que se configure el daño en el derecho de oportunidad (pérdida de oportunidad o pérdida de chance), consideramos esencial la concurrencia de tres elementos: (i) certeza de existencia de una oportunidad (seria, cierta, objetiva y legítima); (ii) Probabilidad del resultado esperado (expectativa), y; (iii) la destrucción o disminución significativa de la oportunidad de percibir el probable beneficio esperado (frustración en la chance u oportunidad).

Como ya mencionamos, para que la oportunidad cobre relevancia jurídica, debe existir una razonable y seria “probabilidad” de lograr una “expectativa”, la cual debe estar objetivamente evidenciada antes del acaecimiento del hecho ilícito y no como un hecho meramente accidental o remoto.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad por daño en la pérdida de la oportunidad, nos situamos ante una particularidad: bajo este rubro, el ofensor nunca será responsable de la no concreción

del resultado final, sino exclusivamente de la “oportunidad frustrada”, que logra su balance en el grado de las probabilidades objetivas de éxito, en la medida que la misma pudo llevarse a cabo: a mayor probabilidad de éxito que evidenciaba la oportunidad, mayor grado de indemnización.

Ahora bien, asignarle valor a la oportunidad utilizando como factor determinante el grado de éxito que tenía la víctima en su probabilidad ya resulta bastante problemático. Aunque muchos consideran que la expectativa –por incierta- no debe formar parte del valor de este daño, la simple lógica nos lleva a reconocerla como referente.

A pesar de ello, la expectativa se verifica con medios objetivos, como los datos empíricos o el conocimiento previo ante situaciones abstractas y similares, la estadística, las evidencias actuariales y la legitimidad del objeto perseguido, etc.; y también con medios subjetivos, centrándonos de forma muy particular en la legitimidad del sujeto en cuanto a sus condiciones y variables necesarias para reclamar la pérdida de la oportunidad, sus capacidades, sus cualidades y los factores de tiempo, modo y lugar con los cuales hubiese ejercitado su derecho de oportunidad.

Gherzi y Weingarten (2016) agregan un elemento que podría facilitar este análisis: la “historicidad”, un ejercicio detallado de retrospectiva que evoque una mirada en lo viable y realizable; es decir, como si el daño en la oportunidad no hubiese sido causado, simulando la extirpación del hecho dañoso del escenario, con el fin de evidenciar que existió un injusto y sustancial cambio en el normal devenir de la víctima. Una reflexión que acude como referencia para fijar la magnitud de la

expectativa, coeficiente del daño existente en la pérdida de la oportunidad.

A tal efecto, Krieger y Jalil (2021) opinan que es necesario un doble esfuerzo probatorio

se debe probar la posibilidad cierta de obtener el incremento patrimonial [...] y por otro, el grado de posibilidad que tenía de obtener el premio, dado que, cuanto mayor sea la certeza sobre las posibilidades de incremento patrimonial, mayor será el monto por reconocer sobre el incremento perdido (p. 35).

Esto se debe a que el daño gira en torno a una situación fáctica que, de ser injustamente frustrada, se convertiría en un evento desfavorable para la víctima, sin que sea necesario acreditar otros rubros indemnizables más que la oportunidad perdida como daño injusto y con indiscutibles consecuencias.

#### **2.4. La pérdida de la oportunidad es un daño autónomo y actual**

La pérdida de la oportunidad es autónoma porque constituye una afectación a la oportunidad misma -y no una fracción de la misma-, lo que se configura como una lesión distinta al daño emergente, al lucro cesante o el daño moral. Es actual toda vez que la oportunidad, como situación legítima, debe ser cierta y real al momento de su frustración, lo que lo hace un detrimento indemnizable.

#### **2.5. El nexo de causalidad se dirige a la oportunidad cercenada**

La configuración jurídica del nexo causalidad pasa por una serie de cambios, sentidos y significados hasta que se obtiene

una noción para el derecho (Frota, 2016, p. 41), pero nos limitamos al significado de nexo de causalidad que se dirige a evidenciar la correspondencia que existe entre un hecho ilícito y el daño que efectivamente producido en cabeza de la víctima.

Primeramente, debemos aclarar que la dificultad de establecer la relación de causalidad en los supuestos de pérdida de la oportunidad está en el error de establecer el vínculo entre el hecho ilícito y el resultado final esperado, pero cabe anotar que la ausencia de concreción de la expectativa solo se obtiene con el ejercicio de la oportunidad, que sea dicho de paso: ha sido destruida por el agente.

Afirma Chabas que la relación de causalidad debe existir entre el hecho ilícito lesivo y una “chance” y “nada más que eso”, el acaecer lesivo es la expectativa de competir, participar, y no el resultado de ganar y triunfar que no resultan imputables a quien destruye esa probabilidad como lo explicaremos a continuación (como se citó en Prévôt y Chai, 2007).

Ramos (2024), aporta una reflexión con razonado atino cuando señala que el nexo causalidad

se impone determinar mediante patrones objetivos, un pronóstico causal sobre la incidencia del hecho lesivo en aquella oportunidad beneficiosa, es decir, [...] representa la conducta activa o pasiva del dañador, en la cadena causal al punto que frustra el probable beneficio para la víctima (p. 82).

El nexo de causalidad es entre el hecho

antijurídico y el perjuicio en la oportunidad misma, al punto de considerar que sin ese acto (ilícito) el ejercicio de la situación favorable seguiría latente (De Trazegnies, 2000). En ese sentido, la relación entre causa y efecto no solamente es previsible, sino también directa e inmediata.

En este caso, la consecuencia esperada con el ejercicio de la oportunidad registra porciones de incertidumbre (el azar, el riesgo, la naturaleza misma) que corresponde a otro evento ajeno al actuar ilícito. Esto es así, porque el éxito, aun con el pleno ejercicio de la oportunidad, depende de otros factores externos, como la propia gestión y esfuerzo del agente para lograrlo. Por consiguiente, reiteramos que la expectativa en el premio o el éxito, por definición, no puede ser absoluta sino probable.

A tener en cuenta que, para reconocer el nexo causalidad entre la pérdida de la oportunidad y el hecho ilícito, resulta necesario apartarnos de los viejos dogmas que solicitan una idea absoluta del nexo causalidad (del todo o nada), que solo entraría en escena para desnaturalizar la función primordial de la responsabilidad civil, reparar íntegramente los daños ocasionados para que los mismos no sean soportados injustamente.

Vemos entonces que el nexo causalidad, cuando se trata de la pérdida de la oportunidad, tiene una función justa, dado que busca que se indemnice con equivalencia el daño producido por la conducta del agente, rebajando la cuota que corresponde al azar y el riesgo natural en cabeza de la víctima. Ante tal efecto, es totalmente aceptable que el nexo causalidad en la pérdida de la oportunidad presente poca claridad, y esto se debe a que la dinámica de este daño cuestiona “una situación favorable”

más que a un bien jurídico tradicional.

Es decir, que se adentra en lo fáctico y no siempre muestra evidencias tangibles o económicas, más que una reflexión retrospectiva y prospectiva necesaria en los hechos acreditados en juicio: “¿qué hubiese sido si no se hubiese frustrado la oportunidad?”.

En síntesis, lo natural y cotidiano de la expectativa no puede ser disipado del panorama. Es allí que el nexo de causal opera con una suerte de concausa “conjunta”, en el que los dos factores, hecho ilícito, y del otro lado, el azar, el riesgo o simplemente incertidumbre natural en la expectativa impiden que la chance sea resarcida con el equivalente del premio o beneficio total deseado.

Por ejemplo, un paciente de cáncer con 50% por ciento de supervivencia fallece por falta de diagnóstico oportuno. Ciertamente, este hecho no fue el único que causó el fallecimiento de la víctima, reduciendo sus posibilidades a 0%. La enfermedad ya venía deteriorando su nivel de supervivencia, por lo que ese otro porcentaje del 50% no puede ser achacado al galeno, ya que es ajeno a su actuar negligente. Y es que no podemos obviar que el paciente llegó por atención con previas limitaciones de sobrevivir, siendo injusto reprocharle al galeno una responsabilidad total en el daño final (muerte), sino por la pérdida de la oportunidad de supervivencia del paciente.

Es por ello que la indemnización en casos médicos derivados de la omisión, o bien, de la tardanza en la prestación de los servicios de curación, queda acreditada con la probabilidad que tenía el paciente de preservar su vida.

### 3. Ejemplos y casos de referencia

El daño en la pérdida de la oportunidad, con efecto de afectación en una situación favorable,

se evidencia en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ha cobrado incluso interés en los estudiosos del derecho en lo que respecta a los supuestos de responsabilidad precontractual (Viney, 2007), cuya naturaleza jurídica aún se discute.

Con ello, solo queremos resaltar que los casos no se limitan al supuesto del caballo de carrera que no llega a tiempo a la competición por culpa de un conductor negligente que ocasionó un accidente de tránsito. Caballo que, a pesar de ser el favorito, no puede ser indemnizado con la suma que obtendría de haber llegado en el primer lugar de la competición, dado que no puede ignorarse el alea natural que existe en el hecho de concursar en una carrera que requiere esfuerzo y contempla riesgos que el propio caballo debe asumir para lograr el primer puesto.

La figura en estudio destaca como un daño en los procesos de curación o supervivencia del paciente por mala praxis médica y en los litigios judiciales por negligencia del abogado por no presentar una acción judicial en el tiempo oportuno o en aquellos casos que deja precluir un término judicial negligentemente, privando a su cliente de una probabilidad de triunfo.

Nos referiremos a casos emblemáticos que nos permiten demostrar que la pérdida de oportunidad, como afectación a una situación favorable, ha sido reconocido en diversos supuestos:

- Estados Unidos (1925): *Zinnel y United States Shipping Bd. Emergency Fleet Corp.*, en el que se discutió sobre la vida de un marinero que cayó de la borda y no pudo ser rescatado, siendo el debate la culpa de un resultado que no se podía

comprobar. Tras la ausencia de una cuerda de seguridad de tres pies por encima de la cubierta y cuya existencia no implicaría la certeza de que el marinero habría sujetado la misma o que al sujetarla habría detenido su caída y salvarse, perdiendo la oportunidad de sobrevivir.

- Italia (1983): en materia laboral, la *Corte di Cassazione* reconoció el resarcimiento por la *perdita di chance* de dos sujetos que habían visto desvanecidas injustamente su situación favorable de trabajo. El empresario solicitó a la empresa de colocación una serie de trabajadores para una contratación, siendo estos sometidos a las pruebas físicas, pero no a las psicotécnicas, privándolos así de ser ascendidos.
- Italia (1992): uno de los casos más simbólicos de la pérdida de oportunidad se ventiló en materia de rescisión contractual, por medio de una demanda interpuesta por un equipo de carreras en contra de su propio piloto, por una supuesta “falta de voluntad de integrarse al equipo”, dado que el conductor se comprometió a obtener los mejores resultados y a causa de la estricta interpretación, después de las primeras pruebas se excluyó al piloto por vaticinar prematuramente malos resultados en sus compromisos. El piloto, sin mediar mayores confrontaciones, contrademandó igualmente la rescisión del contrato por incumplido, el pago de la devolución del contrato y la indemnización por daños, perjuicios y pérdida de posibilidades, dado que fue excluido ilícitamente del Campeonato Intercontinental de Fórmula 3000, el cual comprometía su posibilidad de ser partícipe de la competición de Fórmula 1 (máxima de la disciplina deportiva) y cuyo requisito obligatorio era haber competido previamente en ligas inferiores.
- España (1998): se analizaba como perspectiva de un daño inmaterial por tratarse de un caso de oportunidad de curación. Se trata del caso de un enfermo con dolor precordial con radiación a cuello y brazo no admitido en un hospital y remitido a otro, ocasionó gravedad en el paciente, dejando de hablar y respirar en el trayecto, falleciendo a la llegada del derivado nosocomio. El Tribunal consideró la negligencia del primer centro médico al rechazar la atención e ingreso del enfermo, pero supuso que el daño a indemnizar no correspondía a la muerte sino la oportunidad de sobrevivir.
- España (2006): el Tribunal Supremo, Sala 1ª, continuó con esta innovación mediante resolución de 10 de mayo de 2006, nuevamente reconoció la pérdida de oportunidad por violación al deber de informar en el caso de una niña en el que se le diagnosticó un tumor en la pierna, y ante la probabilidad de que se malignizara, se aconsejó su extirpación ocasionándole alteraciones en el nervio ciático provocando así una segunda operación, pero esta vez con mayores secuelas. Se reconoció el daño a la pérdida de oportunidad porque la segunda intervención no era urgente, pero no se informó debidamente a la paciente para desistir de la operación a pesar de las primeras secuelas.
- Brasil (2011): el *Órgão Julgador 31ª Câmara de Direito Civil*, el 6 de septiembre de 2011 reconoció la pérdida de obtener un resultado favorable cuyo antecedente descansa en el abandono familiar, más

allá de lo afectivo, por una oportunidad de educación y ayuda económica que el padre no proporcionó a su hijo, privándolo de la situación favorable para prepararse adecuadamente para la vida laboral.

- Argentina (2014): el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), en su artículo 1738. “Indemnización”, comprende, entre otras cosas, “la pérdida de chances”. Seguidamente rescata en su artículo 1739. “Requisitos”, que la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.
- Francia (2015): *Le Tribunal d’instance* reconoció la pérdida de oportunidad de supervivencia de un caballo, por no ofrecerle tratamiento y salvarlo por la ausencia de exámenes de rutina, retrasando el suministro de antibióticos llevándolo a ser sacrificado.
- Panamá (2017): la Sala Primera de lo Civil, bajo la ponencia de Hernán De León Batista, se pronunció sobre el particular en el caso de Iginio Smith Robinson y Carlos Ariel Mesa (ambos con amputación de miembro inferior izquierdo), cuando reconoció el daño por pérdida de oportunidad de ascenso de los demandantes, uniformados del cuerpo de Operaciones Especiales Motorizadas (“*linces*”) de la Policía Nacional, quienes realizaban su ronda de rigor en la provincia de Bocas del Toro pero fueron perjudicados en su anatomía al perder la pierna izquierda debido a un accidente de tránsito por parte del vehículo conducido por el señor Atencio Araúz. Como consecuencia del accidente, ambos fueron

reasignados a trabajos administrativos en la institución en la cual laboran “como oficinistas”, lo cual dio paso para que la judicatura desarrollara sobre la pérdida de posibilidad de un futuro mejor de los miembros de la fuerza pública (ascenso). Las consideraciones se fundaron en la certeza de chance de los oficiales en ascender si hubiesen permanecido como “policías operativos”, con un toque de incertidumbre porque todavía no eran plenos merecedores del cargo al momento de los hechos analizadas en dicha causa.

- Panamá (2019): la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y de lo Laboral reconoció la existencia de la pérdida de oportunidad como consecuencia de la emisión del Decreto No 25 de 11 de noviembre de 2014, proferido por el Tribunal Electoral (el cual fue declarado inconstitucional previamente a la interposición de la demanda). El mencionado decreto impidió al demandante la posibilidad de resultar reelecto al cargo de Diputado de la Asamblea Nacional para el periodo 2014-2019. El actor judicial era un político previamente aceptado y venía ocupando el cargo por cuatro (4) periodos consecutivos. La superioridad reconoce la pérdida de oportunidad bajo el fundamento de que existían otros candidatos a Diputados y que ello dificultaba afirmar que existiera certeza que el demandante hubiese resultado electo, considerando que lo evidenciado se dirigía más bien a “una probabilidad”, toda vez que debía superar a otros candidatos en las elecciones generales, existiendo dos curules a ocupar en su circuito.

- Principios de *Unidroit* (1995). Estos principios contemplan específicamente en el artículo 7.4.3., numeral 2, la “pérdida de la oportunidad”. Dicho artículo reza así: “La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca”.

#### 4. Impresión en su reclamación

La pérdida de oportunidad como un daño a una situación favorable no prospera en decisiones judiciales o arbitrales a causa de la impresión con la que es invocada y acreditada.

Son varios los casos en que este daño es citado de forma desmedida sin tan siquiera adentrarse a acreditar los supuestos básicos en el que se apoya este daño resarcible: la oportunidad y su valor en la expectativa. Ambos aspectos están sujetos a probanza por la parte interesada.

Un ejemplo de ello lo proporciona la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, por medio de Resolución de 8 de septiembre de 2015, bajo la ponencia del entonces Magistrado Hernán de León Batista, cuando afirma que:

[...] el simple hecho de ser propietario de dos fincas sobre las cuales pesa una

anotación provisional de la demanda, sin indicio alguno de que el dueño pretendiera un proyecto o su venta, no basta para acreditar que perdió la “posibilidad” de obtener un posible beneficio”.

Para ejemplificarlo, el caso en que una chica que ha sufrido una lesión visible en el rostro (cicatrices ampliamente visibles), “desea” ganar el título de Miss Universo, al no encontrarse inscrita en el certamen nacional de belleza de su país para ser seleccionada entre las finalistas nacionales, no puede presumir la existencia de la oportunidad frustrada de no poder ser la reina de belleza del Mundo. Hasta aquí se omite la seriedad de la probanza del hecho cierto que constituye la oportunidad, pero también puede darse el caso en el que no se compruebe las probabilidades serias de éxito en la expectativa esperada.

Por último, debemos enfatizar en que el daño no consiste en un acto de beneficencia en el que el juez ensaya cuando el daño en juicio sea ambiguo, o bien, cuando pretenda reconocer parcialmente el daño con una discrecionalidad que no amerita el caso. Muy por el contrario, es un rubro que permite aplicar las más concretas y recíprocas facetas de justicia ante el daño acaecido.

## Conclusiones

Con el concepto de reparación integral se busca que todo daño serio, cierto y subsistente sea indemnizado con fundamento legal en el Código Civil (1916) artículos 986 (responsabilidad contractual) y 1644 (responsabilidad extracontractual). Independientemente del régimen de responsabilidad que se considere aplicado debemos coincidir en que el agente, en ninguno de los supuestos, tiene la facultad para destruir la libertad de la víctima de permanecer como aspirante de una situación favorable o beneficiosa.

El derecho en la oportunidad ha sido reconocido por diversos sistemas jurídicos, por lo que el daño en ella debe comprenderse como la afectación de un interés jurídico, o dicho de forma práctica para los objetos de nuestro estudio: en una situación favorable. Obviar este supuesto sería asentar que el derecho está de acuerdo con que se produzcan efectos nocivos en la víctima, propagándose acontecimientos injustos y la errada idea de que se trata de un daño “jurídico”.

Entendemos que el daño -en general- constituye todo detrimento o menoscabo a un bien jurídico, también incluye la lesión de un “interés jurídico”, lo que puede traducirse a una real, cierta y razonable situación favorable,

es decir, un modo de “estar” diferente al que se encontraba la víctima con anterioridad al hecho lesivo. Si esta situación favorable es cercenada de manera injustificada, se afecta la certeza de una esperanza legítima con probabilidad de éxito, lo que en sí supone una afectación ilegítima.

Así pues, la posibilidad de que un marino pudiese salvarse la vida con la correcta colocación de las cuerdas de seguridad en un buque, para que no cayera por la borda; la negligente convocatoria de ciertos aspirantes a un empleo; la pérdida de oportunidad de curación y de sobrevivencia en materia médica, la pérdida de oportunidad del ejercicio adecuado del consentimiento informado para evitar secuelas más graves en el paciente, la pérdida de aptitudes físicas para ascender en cargos operativos de la Fuerza Pública o de perder la probabilidad de ser relecto como diputado por causa de una norma inconstitucional, son algunos de los ejemplos que confirman que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como una afectación a una situación favorable, no consiste en una utopía, casos en los cuales se concreta el evidente desplazamiento de una posición beneficiosa en la que se encontraba la víctima desde antes del hecho antijurídico.

## Recomendación

Con el propósito de una correcta aplicación del principio de reparación integral, corresponde al juzgador reconocer todos los derechos afectados a una persona los cuales no solamente se traducen a meros bienes jurídicos, sino también a intereses jurídicos, como es el caso de una situación favorable que mantenía la víctima. Por otro lado, en el caso de figuras jurídicas innominadas en la ley, como ocurre con la pérdida de oportunidad, no es óbice para que la misma sea desconocida

por el juzgador. En ese sentido, consideramos de suma importancia que la figura en estudio sea contemplada en futuras reformas al compendio civil patrio, con el fin de preservar el cuidado que los miembros de la sociedad deben tener con sus semejantes, proporcionar seguridad jurídica a los miembros de la sociedad, y al mismo tiempo, garantizar el reconocimiento como daño indemnizable de forma indiscutible.

## Referencias bibliográficas

- Bustamante, J. (1997). Teoría General de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot.
- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 octubre 7, 2014, 8 de octubre de 2014 (Argentina).
- Código Civil de la República de Panamá, 1916. Ley 2, agosto 22 de 1916. 22 de agosto de 1916 (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales. Resolución de 11 de mayo 2015 (Magistrado ponente: Luis Ramón Fábrega S.; mayo 11, 2015).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil. Resolución de 8 de septiembre de 2015 (Magistrado ponente: Hernán A. De León Batita; septiembre 8, 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. Resolución de 22 de noviembre de 2019 (Magistrado ponente: Carlos Alberto Vásquez; noviembre 22, 2019).
- De Cupis, A. (1975). El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil, Bosch Editor.
- De Trazegnies, F. (2000). La Responsabilidad Extracontractual, Editorial Temis, S.A.
- Frota, P. (2016). Responsabilidad por daños. Imputación y Nexo de Causalidad, Editorial Juruá.
- Gherssi, C.y Weingarten, C. (2016). Daño al derecho de chance, Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Krieger, W.y JALIL, J. (2021). Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Editorial Astrea.
- H., Mazeaud; L. Mazeaud, y Tunc A. (1977). Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad civil delictual y contractual: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Picasso, S. y Sáenz, L. (2019). Tratado de Derecho de Daños, La Ley,
- Prévôt, J. y Chai, R. (2007). Pérdida de chance de curación, Editorial Astrea.
- Principios Unidroit (2018), Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, sobre los contratos comerciales internacionales.
- Ríos, C. (2019). Sistema de la responsabilidad, Editorial Astrea.

Viney, G. (2007). Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Yzquierdo, M. (2021), Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Dykinson, S.L.

Zannoni, E. (1993). El daño en la responsabilidad civil, Editorial Astrea.

## David Ellister Zamora-Smith

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Capítulo de Honor Sigma Lambda; Maestría en Derecho Privado en énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá, Especialidad en Docencia Superior de la Universidad de Panamá, egresado del Programa de Posgrado de Actualización Jurídica de la Universidad de Buenos Aires, estudiante de los Cursos Intensivos Válidos para el Doctorado de la Universidad de

Buenos Aires; ha ocupado los cargos de Escribiente, Oficial Mayor, Secretario Judicial Interino y Asistente de Juez en los Juzgados de Circuito Civil y Seccional Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá. Ha dictado las asignaturas de Derecho Romano y Derecho Civil V de las Sucesiones en la Licenciatura de Derecho y Ciencias Políticas y la asignatura de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho Privado de la Universidad de Panamá.

## La prisión preventiva, no es regla sino excepción (jurisprudencia, doctrina y control de convencionalidad en Honduras)

### Pretrial detention, an exception not the rule (jurisprudence, doctrine, and conventionality control in Honduras)

**Enrique Grillo**

Juez de Tribunal de Sentencia. Poder Judicial de Honduras

República de Honduras

[jeromerog@poderjudicial.gob.hn](mailto:jeromerog@poderjudicial.gob.hn)

<https://orcid.org/0000-0002-2445-8265>

*Recibido: febrero 2025*

*Aprobado: marzo 2025*



#### Resumen

El presente artículo aborda un estudio puntual sobre la medida cautelar de prisión preventiva, como la manifestación de coerción estatal más grave que limita la libertad del acusado mientras se desarrolla el proceso penal, siendo conveniente perfilar que la misma, se sitúa en un punto de encuentro entre garantías procesales y derechos fundamentales, por lo que su imposición debe ser estrictamente motivada y sustentada en el riguroso cumplimiento de supuestos legítimos para alcanzar su finalidad procesal.

Sin embargo, regularmente se percibe que su imposición no cuenta con la debida tutela judicial, de manera que resulta útil recurrir a la doctrina legal de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (CSJ) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para modular con un enfoque que aporte mayor grado de protección en torno a los requisitos mínimos, principios y justificación de la medida cautelar de prisión preventiva conforme con los estándares internacionales sobre Derechos Humanos.

#### Abstract

This article presents a specific study on the precautionary measure of pretrial detention, as the most severe manifestation of state coercion that limits the accused's liberty while the criminal process unfolds. It is important to profile that it is positioned at the intersection of procedural guarantees and fundamental rights, so its imposition must be strictly motivated and based on the rigorous fulfillment of legitimate assumptions to achieve its procedural purpose.

However, it is regularly perceived that its imposition lacks proper judicial oversight, therefore, it is useful to refer to the legal doctrine of the Constitutional Chamber of

the Supreme Court of Justice of Honduras (**CSJ**) and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (**IACHR**) to adjust with an approach that provides a higher degree of protection regarding the minimum requirements, principles, and justification of the precautionary measure of pretrial detention in accordance with international human rights standards.

### Palabras claves

Derecho procesal penal, medidas cautelares, control de convencionalidad, jurisprudencia, prisión preventiva.

### Key words

Criminal procedural law, precautionary measures, conventionality control, jurisprudence, pretrial detention.

### Introducción

El derecho procesal penal, en palabras de Llobet (2017) cumple una función relevante al servir de intermediario entre la intervención del Estado y los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de la República (1982); esta función se materializa y legitima a través de lo que la doctrina denomina como medidas cautelares, coercitivas o medidas de coerción procesal.

Para el desarrollo de este artículo se parte desde un enfoque que contempla a las medidas cautelares como un fin y no como un medio. Es decir que, su finalidad responde a lograr la efectividad del proceso penal y no debe ser utilizada como pena anticipada. Para su definición, resulta atinente el concepto de Santos (2001), quien manifestó que se trataba de “aquellos actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre las personas o los bienes, se ordenan a posibilitar la efectividad de la sentencia que ulteriormente haya de recaer, así como asegurar el desarrollo del procedimiento” (p. 217).

En este contexto, el artículo abordará

la medida cautelar de prisión preventiva, la cual por el hecho de afectar el derecho fundamental a la libertad y por ello constituir la medida más grave, requiere ciertos requisitos para su imposición. Dichos supuestos guardan cierta similitud en las fórmulas de las legislaciones en la mayoría de los países hispanoamericanos, donde se hace hincapié que, para imponer dicha medida, deben concurrir circunstancias objetivas y subjetivas que la justifiquen y la misma debe aplicarse como última opción, con la debida y suficiente motivación. Pese a ello, en el caso de Honduras, es frecuente que en la práctica forense se percibe que se ordena la prisión preventiva, sin agotar la suficiente tutela judicial, razonamiento y rigor, cuando la norma penal adjetiva establece con claridad que su imposición debe detallarse mediante auto motivado.

Para ello, se relacionará, como fuente auxiliar de la actividad judicial, los criterios de la Sala Constitucional y Penal de la (**CSJ**), la doctrina y la jurisprudencia de la Corte (Corte IDH), con la pretensión de aportar elementos que sirvan para enriquecer el debate.

## Metodología

Este artículo se realizó mediante una investigación documental que, es muy útil para facilitar el desarrollo y estructura de trabajos en ciencias normativas como el Derecho. (Sáenz, 2017) Utilizando el “método inductivo-deductivo, toma en consideración hechos particulares, y posteriormente, establece afirmaciones universales para aplicar al caso en particular” (Reyes & Toscano, 2019, p. 17).

A través de esta metodología de la investigación, se realizó el estudio y análisis de la norma penal adjetiva y sustantiva, así como constitucional de Honduras, la doctrina legal, jurisprudencia, derecho comparado y jurisprudencia de la (Corte IDH), en relación a las medidas cautelares y propiamente con la de prisión preventiva.

### 1. Las de medidas cautelares en el proceso penal hondureño y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ)

El Código Procesal Penal de Honduras (1999), desarrolla en el Título VI. De las medidas cautelares, especialmente en el capítulo I: Disposiciones generales, artículos 172 al 197, todo lo relacionado con estas medidas. A pesar que la norma penal formal no establece un concepto propio sobre las medidas cautelares, el legislador fue muy claro al expresar que su finalidad: es asegurar la eficacia del procedimiento, garantizando la presencia del imputado y la regular obtención de las fuentes de prueba (Art. 172). En esos mismos términos García (2007), planteaba que, “las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento de la futura y probable ejecución de la sentencia, hasta que adquiera firmeza” (p.56).

La (CSJ), por medio de la Sala de lo

Constitucional, en la sentencia del Amparo Penal, AP-763-21 (2022), ha realizado un importante aporte a la doctrina legal, mencionando que:

... Los derechos fundamentales no son absolutos, y que los mismos se pueden ver restringidos o limitados, conforme lo manda la Constitución de la República, en ocasiones haciendo remisión a leyes secundarias; así la libertad personal es inviolable, señala el artículo 69 constitucional. No obstante, y como excepción al referido derecho fundamental, este puede ser restringido o suspendido. Esta restricción al derecho a la libertad personal, encuentra su encuadre legal en el Código Procesal Civil (CPP), a través de la institución de las Medidas Cautelares.

Un concepto más formal sobre las medidas cautelares lo encontramos en las palabras de Almenar (2001), donde refiere que las medidas cautelares son;

Las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, no solo por su calidad de imputado, sino que, por la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia. (p. 310)

Sobre las medidas cautelares, la Sala de lo Penal de la (CSJ), en la sentencia de la

Casación Penal, CP-203-10 (2011), afirmó que;

... son un medio y no un fin, y sirven para asegurar la eficacia del procedimiento garantizando la presencia del imputado y la regular obtención de las fuentes de prueba, teniendo la oportunidad en su momento el acusado y su defensa técnica, de interponer los recursos legalmente establecidos, por lo que la sola modificación de una medida cautelar de un acusado no implica vulneración al estado de inocencia, sino más bien una medida que persigue asegurar su presencia y la obtención de pruebas.

En ese mismo sentido la doctrina de la Sala Constitucional de la (CSJ) nutre este tema destacando en la sentencia del Amparo, AP-1422-22 (2023);

Que la finalidad constitucional legítima de las medidas cautelares es garantizar el desarrollo del proceso penal, asegurando el resultado del juicio. Para la aplicación de las medidas cautelares deberá considerarse el principio de necesidad en cuanto a la finalidad esencial de asegurar la eficacia del proceso, y el principio de proporcionalidad que implica que la medida cautelar debe estar debidamente adecuada a las circunstancias objetivas y subjetivas de caso concreto...

Se hace la oportuna observación que la Sala Constitucional no ha mantenido una sola postura en relación al tema de las medidas cautelares y quizás convendría decir que ha

evolucionado su criterio -en el mejor de los sentidos-, en ciertos contextos ha definido (en acción de amparo), que la imposición de las medidas cautelares es en principio, una decisión propia de la jurisdicción penal, sujeta a los requisitos exigidos por la ley y en atención a su finalidad, la que se encuentra dispuesta por el (Código Procesal Penal, 1999) artículo 172 que “éstas (sic) son valoraciones propias de instancia que corresponden a la justicia ordinaria” (AP-1356-21, 2022).

En este hilo de ideas, las resoluciones de Exhibición Personal, EP-520-20 (2020) y EP-990-21 (2022), reconocen que; “la revisión, revocación e imposición de medidas cautelares en el proceso penal es una potestad propia de la jurisdicción penal”.

Por otra parte, mediante la resolución AP-1039-19 (2021), se argumenta que las medidas cautelares “no susceptible de la garantía constitucional de amparo, a menos que se advierta arbitrariedad en la decisión del juzgador o que tal decisión ponga en precario los derechos que la Constitución reconoce”, postura que se profundiza con la sentencia de la Exhibición Personal, EP-1160-22 (2022), donde manifiesta, refiriéndose a pronunciamientos en relación a la decisión de imponer medidas cautelares en el proceso penal, compete a jueces y tribunales de la materia:

...también hemos dicho que esto resulta ser aplicable salvo cuando sea advertida la ilegalidad de la privación de la libertad, la imposición arbitraria de la detención o prisión, o la aplicación al agraviado de tormentos, torturas y cualquier otro vejamen de los consignados en el texto constitucional y en el artículo 13.1 de

la Ley Sobre Justicia Constitucional, que recoge a su vez las estipulaciones normativas constitucionales.

Con todo ello, se puede establecer que el conocimiento y resolución de las medidas cautelares corresponde por regla, directamente a la jurisdicción penal, esto abarca a Juzgados de Garantías, Tribunales de Sentencias, Cortes de Apelaciones y la Sala de lo Penal (CSJ). Excepcionalmente, podrá conocer sobre las medidas cautelares, la Sala de lo Constitucional de la (CSJ), por vía de acción de Amparo o de Exhibición Personal (*Hábeas Corpus*) por violación de algún derecho reconocido por la Constitución de la República, o en caso de ilegalidad, arbitrariedad de la detención o aplicación de tormentos, torturas o vejámenes.

Como bien lo manifestó la distinguida penalista, jurista y victimóloga, Palacio (2024); el derecho penal no es un producto terminado. De tal suerte, que la frase por antonomasia vuelve a tener protagonismo; dependerá del caso concreto y este es el matiz que da razón de ser a la tarea del abogado.

## 2. Principios básicos y presupuestos para la aplicación de medidas cautelares

La Corte Suprema de Justicia (CSJ) (2004), realizó una tarea loable, ofreciendo un importante análisis sobre las medidas cautelares a través de un instructivo donde proporcionó un listado de principios básicos a los que deberá estar sujeta la aplicación de las medidas cautelares, entre los que enumeró:

**1. Principios de necesidad:** Conforme a este principio, la aplicación de las medidas cautelares solo se justifica en la medida en que las finalidades del proceso (presencia del imputado y aseguramiento de las fuentes de prueba) no puedan

ser garantizadas por otra vía menos perjudicial para el imputado.

**2. Principio de proporcionalidad:** No basta con que la medida cautelar pueda estimarse materialmente necesaria, sino que, además, debe estar adecuada a las circunstancias del caso en concreto.

**3. Principios de racionalidad:** Conforme a este principio las medidas cautelares de coerción son la garantía fiel de la acción punitiva del Estado, siendo que el juez está obligado a considerar todos los factores del entorno en cuanto al imputado y al ilícito, tratando de no desnaturalizar, ni las medidas que favorecen al imputado, ni las que favorecen al Estado, en función de la defensa social.

En ese mismo sentido, la CSJ, también expresó que, para la adopción de alguna medida cautelar, deben concurrir los siguientes presupuestos legitimadores:

**1. *Fumus boni iuris*:** que implica, por un lado, la apariencia razonable de que el hecho investigado presenta las características de delito y, por otro lado, que haya podido ser cometido por la persona sobre la que han de recaer tales medidas cautelares.

**2. *Periculum in mora*:** la existencia de razones de que el imputado podría fugarse en caso de permanecer en libertad o que el mismo pretenda obstruir la investigación mediante la ocultación o destrucción de la prueba.

## 3. Formalidades para la imposición de medidas cautelares

Como se ha expresado, conforme al Código Procesal Penal (1999) las

medidas cautelares las resuelve el órgano jurisdiccional competente mediante un auto motivado (Arts. 139 y 174). En el cual se justificará la concurrencia de los presupuestos legitimadores, invocando los indicios que resulten de las investigaciones realizadas, siendo imperativo que:

El órgano jurisdiccional, al seleccionar la medida aplicable, deberá tener en cuenta su idoneidad y proporcionalidad en relación con los fines que se pretende conseguir, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y de la pena que, en caso de condena, podría ser impuesta y las circunstancias personales del imputado. (Art. 174).

Ahora bien, contra las resoluciones que impongan, modifiquen o declaren sin lugar una medida cautelar, podrá interponerse el recurso de reposición (Código Procesal Penal, 1999, Art. 352), apelación (en un solo efecto) (Art. 190 y 354 Núm. 4) y en todo caso la acción constitucional de amparo.

En ese horizonte de ideas, la Sala Constitucional **CSJ** ha sostenido que;

...Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional han de expresarse a través de una resolución judicial motivada, motivación que ha de ser “suficiente y razonable”, entendiendo por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad del afectado, ponderando adecuadamente los

intereses en juego –la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado por otro. (como se citó en Soler et al., 2009, p. 773).

Es en esa misma postura que Llobet (2017) enfatiza que, el auto motivado que ordena la medida cautelar de prisión preventiva, debe analizar los requisitos materiales contemplados en la ley, haciendo una valoración del material probatorio, además de indicar con claridad el supuesto para la imposición de la prisión preventiva y expresar las razones por las que se considera que concurre dicha causal y así, evitar resoluciones que contengan expresiones abstractas que aparenten una fundamentación, pero no una real.

#### **4. La medida cautelar de prisión preventiva**

Llarena y Mariot (2018), refiriéndose al Código Procesal Penal de República Dominicana, conceptualizan la prisión preventiva como la intervención más grave y radical del Estado para implementar en el proceso mientras se desarrolle el juicio en un contexto de respeto de estrictas garantías, ya que incide en el núcleo del derecho a la libertad personal del procesado. Otro interesante concepto lo ofrece García (2022), señalando que; “la prisión preventiva, como medio de coerción; implica que la detención que el imputado viene sufriendo se extenderá en el tiempo, excepcionalmente, en tanto aparecen peligros ciertos de que el Imputado intentará entorpecer la investigación o se fugará...” (p. 137).

Según Balcarce (2002) definía a la prisión preventiva como aquel estado de

privación de la libertad ambulatoria, impuesta a un imputado por un órgano jurisdiccional cuando existe una acusación con probabilidad de hacerse cometido un delito penado con privación de la libertad y que existan indicios de que el imputado podría evadir a la justicia o entorpecer en la investigación. (como se citó en Cafferata, et al. (s.f.))

El Código Procesal Penal de Honduras (1999), declara que; “Por prisión preventiva se entenderá la privación de libertad que se produzca, durante el proceso, en cumplimiento de la orden emitida por el órgano jurisdiccional competente, hasta que la sentencia definitiva adquiera el carácter de firme”. (Art. 178). Y continúa enumerando las circunstancias que deberán concurrir para poder ordenarla, las que son:

1. Peligro de fuga del imputado;
2. La posible obstrucción de la investigación por parte del imputado;
3. Riesgo fundado de que el imputado se reintegre a la organización delictiva a la que hay sospecha que pertenece y, utilice los medios que ella le brinde para entorpecer la investigación o facilitar la fuga de otros imputados; y,
4. Riesgo fundado de que el imputado atente o ejecute actos de represalia en contra del acusador o denunciante.

En la resolución que ordene la prisión preventiva, se deberá consignar expresamente la causa o causas en que se funde, así como los indicios resultantes de las actuaciones practicadas, que se hayan tenido en cuenta para acordarla.

### 5. Breve jurisprudencia de la Corte IDH sobre la medida cautelar de prisión preventiva

La Corte Interamericana de Derechos

Humanos (Corte IDH), en su jurisprudencia, ha recalcado que, una medida de detención o prisión, se trata de “una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena” (Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, 2014, párr. 311 o p. 109; Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, 2016, párr. 122 o p. 35). Asimismo, la (Corte IDH) ha dado a conocer en la sentencia de 15 de octubre de 2019 en el caso Romero Feris Vs. Argentina, que; la prisión preventiva debe cumplir con los cuatro elementos del “*test de proporcionalidad*”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional. (párr. 92 o p. 20)

Cabe resaltar que la propia (Corte IDH), se ha preocupado por la aplicación generalizada de la medida cautelar de prisión preventiva y por ello ha sido constante, clara y muy amplia en su jurisprudencia, para referirse a las condiciones de legalidad y los motivos que deben cumplirse para su implementación, si bien enumerar este acervo jurisprudencial tomaría un análisis más profundo y complejo, se trae a relieve de modo sucinto, los puntos más contundentes;

... que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no

impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención... (Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, 2006a, párr. 90 o p. 38).

...La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal... La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria... (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006b, párrs. 67-68 o p. 39).

Es por ello que, al determinar la concurrencia o no de los supuestos que legitiman la imposición de una medida privativa de la libertad en el caso concreto, cada circunstancia es objeto de probanza, es decir, quien las solicita, que en la mayoría de los casos será el ente acusador; el Ministerio Público, deberá apoyar su petición con los medios de prueba idóneos, ya que condiciones tan subjetivas como las características

personales del procesado o la gravedad de la pena no son por sí, la piedra angular donde deben sustentarse tal petición, es en esta ruta de pensamiento que la (Corte IDH), ha sido reiterativa en establecer de manera textual, que:

... el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto... (Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, 2016, párr. 122 o p. 36; Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica, 2018, párr. 357 o p. 120; Caso Romero Feris Vs. Argentina, 2019. Párr. 99 o p. 22)

... Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva... (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006, párr. 69 o p. 39; Caso J. Vs. Perú, 2013, párr. 159 o p. 52; Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador, 2020, párr. 65 o p. 17)

No obstante, lo anterior, en la práctica forense se percibe que los órganos jurisdiccionales, han normalizado la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, llegando a tener la apariencia de ser la regla y no la excepción que solo debe utilizarse cuando ya todas las demás medidas cautelares no pudieron ser suficientes. Esto exige, que las partes conozcan los presupuestos legitimadores que el legislador ha establecido para la imposición de dicha medida cautelar, así como la verificación mediante prueba suficiente para determinar su concurrencia, todo esto analizado en un auto motivado, caso contrario podrán las partes velar por la tutela judicial efectiva y el derecho al

acceso a la justicia mediante el agotamiento de los recursos respectivos que se consideren necesarios y oportunos.

## 6. Duración de la medida cautelar de prisión preventiva

Si bien, a simple vista parece un tema sencillo, en la *praxis* judicial es objeto de diversas interpretaciones en los distintos juzgados y tribunales, por ello la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), mediante Circular No. 02-2018 de 23 de marzo del 2018, en su momento tuvo que hacer su pronunciamiento al respecto, en donde dejó establecido:

**...d) De la contabilización del término de la Prisión Preventiva:** En cuanto a la medida cautelar de Prisión Preventiva que se imponga en cualquier proceso, el inicio de la misma deberá contarse a partir de la privación de la libertad que se produzca durante el proceso, en cumplimiento de la orden emitida por el órgano jurisdiccional competente. En los casos en que la Policía Nacional prive de su libertad a un ciudadano, antes de iniciado el proceso, la prisión preventiva comenzará a correr desde el momento en que el imputado es privado de su libertad, ya sea por orden judicial o detenido por autoridad competente o desde el momento en que es puesto a disposición de ésta... (CSJ, 2018, p. 3).

Conforme a la norma penal formal, la duración de la medida cautelar de prisión preventiva, por regla general *podrá* (nótese que esta fórmula, se refiere a una facultad potestativa o discrecional y no tiene una

connotación obligatoria o preceptiva) durar hasta un (1) año; y cuando la pena aplicable al delito sea superior a seis (6) años, la prisión preventiva *podrá* durar hasta dos (2) años, y en condiciones excepcionales, por motivos de dificultad, dispersión o amplitud de la prueba que deba rendirse, la CSJ podrá ampliar hasta por seis (6) meses los plazos a que este artículo se refiere, a solicitud fundada del Ministerio Público (Código Procesal Penal, 1999, Art. 181). Detallando que, en ningún caso, la prisión preventiva podrá exceder de la mitad de la duración del mínimo de la pena aplicable al delito, sin embargo, una vez dictada la sentencia condenatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse durante la tramitación y resolución del recurso que contra ella pueda interponerse, hasta la mitad de la pena impuesta en la sentencia recurrida

En lo relacionado a la revocación o sustitución de medidas cautelares privativas de libertad, el Código Procesal Penal de Honduras (1999), establece que *podrá* hacerse de oficio o a petición de parte. Se entiende que la revisión de oficio, es la que se refiere en el tan discutido artículo 186 del código de rito<sup>1</sup>, donde algunos colegas han interpretado de manera restrictiva que esta revisión trimestral es aplicable de manera general a todos los casos, en todas las medidas y en todas las circunstancias, de tal modo que se reaviva la reflexión de Bonilla y Vivas (2003), quienes insistieron en señalar que en el tema de las medidas cautelares, por el hecho de afectar derechos (de quien goza un estado jurídico, constitucional y convencional de inocencia), toda interpretación deberá ser restrictiva, por cuanto la Ley penal adjetiva establece que; los pasajes oscuros o contradictorios de la ley penal se interpretarán del modo que más

<sup>1</sup> Cada tres (3) meses el juez examinará si las medidas impuestas deben mantenerse o ser sustituidas por otras o revocadas.

favorezca a la persona imputada. (Art. 18)

Desde el punto de vista de Almenar (2001);

...para garantizar el control por el juez de la permanencia de los presupuestos que, en un momento dado, justificaron la adopción de una medida, el Código obliga al Juez a revisar de oficio cada tres meses la procedencia de mantener o no las medidas acordadas. (p. 312)

Como se ha podido apreciar, se podrá acordar la revisión de la medida cautelar en cualquier momento del proceso, antes de la firmeza de la sentencia, instancia y la sustanciación del recurso interpuesto contra la misma, siempre y cuando las circunstancias o motivos que fundamentaron tomar una medida cautelar, hayan cambiado o que la medida cautelar ya hubiera cumplido su fin primordial que es asegurar la eficacia del procedimiento, garantizando la presencia del imputado y la regular obtención de las fuentes de prueba

En los mismos términos antes citados la (Corte IDH), enfatiza en la sentencia del 20 de noviembre del 2014, caso Argüelles y otros Vs. Argentina, que la prisión preventiva:

... debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo

de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe... (párr. 121 o p. 34).

... Está sujeta a revisión periódica: no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción, por lo que las autoridades deben valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta (sic) y que el plazo de la detención no haya sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón... (Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, 2016, párr. 122 o p. 36)

En preciso hacer mención que la Ley penal formal hondureña, describe los casos específicos en los que no se podrá imponer la medida cautelar de prisión preventiva;

1. En los delitos en lo que la pena aplicable no sea privativa de libertad o en aquellos en que el máximo de la pena sea inferior a cinco (5) años de reclusión (salvo a que exista el riesgo fundado de que el imputado atente o ejecute actos de represalia en contra del acusador o denunciante y el peligro de fuga) (Código Procesal Penal, 1999, Art. 182);
2. Contra los mayores de setenta (70) años;
3. Contra las mujeres en estado de embarazo;
4. Contra las madres durante la lactancia de sus hijos;
5. Contra las personas afectadas por una enfermedad en su fase terminal;
6. Contra quien actué al amparo del artículo

24 numeral 1 del Código Penal (Art. 183).

Así como el Legislador enumeró los casos en los que se prohíbe imponer la medida cautelar de prisión preventiva, también lo hizo para los casos en los que se prohíbe imponer medida distinta a la prisión preventiva, tales casos son:

1. En los delitos de narcotráfico.
2. Violación especial.
3. Tráfico de armas; o,
4. Delitos relacionados con grupos criminales conocidos como “maras o pandillas”. (Art. 184).

Aun con estas prohibiciones en la norma penal adjetiva, se debe recordar que, la interpretación en lo que respecta a las medidas cautelares no debe ser extensiva, sino todo lo contrario, debe ser restrictiva, en mejores palabras el jurisconsulto Cafferata (s.f.) argumentaba:

...Si bien en el derecho procesal penal se admite la interpretación restrictiva, la extensiva y aun la aplicación analógica, la primera es la única aceptable en materia de

coerción personal del imputado. La interpretación restrictiva de una disposición legal, implica que ésta debe ser “entendida apretadamente a su texto, sin extensión analógica o conceptual”, aun cuando su literalidad “admita lógicamente su extensión a hechos o relaciones conceptualmente equivalentes o similares a los previstos expresamente por ella”. El carácter excepcional de las restricciones a la libertad – frente al principio de inocencia– imposibilita interpretar las normas que las autorizan más allá de lo que literalmente expresan, ni atrapar en su contexto otras situaciones de hecho no contempladas expresamente como merecedoras de tales medidas restrictivas. Sólo si fuera en beneficio del imputado se podrá aplicar al caso una norma que no lo regule expresamente. (p. 135)

Tal como lo declara el reconocido autor Llobet (2017), el órgano jurisdiccional en caso de tener dudas ante distintas interpretaciones, deberá resolver considerando la más favorable.

## Conclusiones

La medida cautelar de prisión preventiva, es la más grave en el proceso penal. Por ello, no debe olvidarse que la libertad del acusado es la regla general y la prisión preventiva en todo caso adquiere carácter excepcional, es decir que será impuesta motivadamente hasta una vez se han intentado otros medios menos lesivos y estos se hubiera constatado que han fallado, para asegurar la finalidad procesal de la misma.

Además del carácter excepcional, la medida cautelar de prisión preventiva goza de otra característica, que consiste en su revisión periódica a efecto de constatar las causas, necesidad y proporcionalidad de la misma, en este sentido no debe extenderse más allá de los supuestos o condiciones que motivaron su imposición, por una parte, el órgano jurisdiccional competente de oficio podrá acordar la revisión trimestral o a petición de parte cuando así se considere oportuno o cuando las causas que condicionaron su imposición hubieran cambiado.

La (CSJ), ha sido clara en sostener que la finalidad de la prisión preventiva es garantizar el desarrollo del proceso, con énfasis en los delitos contrarios al orden social, que pongan en peligro la investigación, la integridad de los testigos o partes y la justicia efectiva. Reconoció que la norma es clara en cuanto a las medidas cautelares y lo que se requería era una interpretación, capacitación y evaluación práctica, para ello elaboró el; Instructivo sobre la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva en delitos de crimen organizado, donde se dejó meridianamente

claro, que la aplicación de las medidas cautelares, se rige por los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, en términos muy concordantes la jurisprudencia de la Corte IDH ha destacado que la medida cautelar de prisión preventiva debe limitarse a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. Estos fundamentos, deberían tomarse en consideración como auxiliares en la actividad judicial.

Como resolución que afecta derechos fundamentales, el auto que ordena la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, debe contener una motivación suficiente y razonable, entendido que en dicha resolución existen diversos derechos constitucionales en contienda, como la presunción de inocencia, el debido proceso, la libertad y el acceso a la justicia, esto implica que dicho auto motivado debe contener una especie de ponderación<sup>2</sup> del caso concreto, por ello no solo debe expresar de manera clara, detallada y motivada la justificación o el modo en que concurren las condiciones o supuestos por lo que se considera idóneo, necesario y proporcional imponerla, sino que debe contener, un análisis de las razones o motivos por los que se considera que el resto de medidas cautelares no son suficientes para cumplir con la finalidad procesal de las mismas, esto con base en medios de prueba idóneos, que aseguren la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos y no solo a condiciones como las características personales del procesado o la gravedad de la pena.

<sup>2</sup> Cada tres (3) meses el juez examinará si las medidas impuestas deben mantenerse o ser sustituidas por otras o revocadas.

La (CSJ) se ha referido que la prisión preventiva, es una decisión que compete a la jurisdicción penal, que atiende a la finalidad procesal, es decir que están facultados a conocerla a todo órgano jurisdiccional con competencia penal, sin hacer distinción de la instancia, es decir que la puede conocer el Juzgado de Garantías, el Tribunal de Sentencias, la Corte de Apelaciones y en su caso la Sala de lo Penal de la (CSJ); y solo en caso de incurrir una violación a derechos constitucionales, ilegalidad, arbitrariedad o aplicación de tormentos, torturas o vejámenes, podrá conocer Sala de lo Constitucional, por

medio de acción de Amparo o de Exhibición Personal (Hábeas Corpus).

Como una última reflexión, todo lo concerniente al tema de las medidas cautelares, debe regirse de acuerdo con una interpretación restrictiva, es decir expresa y literal, admitiendo solo en caso de dudas, realizar una interpretación que favorezca al procesado y como recurso importante convendría tomar en consideración los estándares internacionales de la jurisprudencia de la Corte IDH y la doctrinal legal de la Sala Constitucional de la (CSJ).

### Referencias bibliográficas

- Almenar, M. (2001). Las medidas cautelares de carácter personal en el proceso penal hondureño. En Carrillo, F., De Diego, L., Estrella, M., Fernández, J., Gutierrez, F., De Jorge, F., Fernández, A., Maza, J., De Prada, J., Tasende, J., Ávila, F., Banegas, J., Burgos, J., Cantarero, T., Cubas L., Dubón, L., Fortín, M., Fortín, H., López, N., ... Pérez, R. Código procesal penal comentado. [https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod\\_data/content/6478/407\\_C%C3%B3digo%20procesal%20penal%20comentado.pdf](https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/6478/407_C%C3%B3digo%20procesal%20penal%20comentado.pdf).
- Bonilla, D y Vivas, G. (2003). Capítulo VIII. Medidas cautelares y coerción procesal. En Banegas, J. et al. Manual de derecho procesal penal hondureño. Tomo II. Dinámica procesal. (Segunda edición.) Proyecto de Apoyo al Sector Justicia USAID.
- Cafferata, J., Montero, J., Vélez, V., Ferrer, C., Novillo, M., Balcarce, F., Hairabedian, M., Frascaroli, M. y Arocena, G. (s.f.). Manual de Derecho Procesal Penal. Segunda edición revisada y corregida. Editorial Intellectus. [https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6891/mod\\_resource/content/1/Manual-de-D.-Procesal-Penal.-Cafferata-Nores.pdf](https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6891/mod_resource/content/1/Manual-de-D.-Procesal-Penal.-Cafferata-Nores.pdf)
- Código Penal, 2017. Decreto No. 130-2017, 10 de mayo de 2019, (Honduras). [https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Decreto\\_130-2017.pdf](https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Decreto_130-2017.pdf)
- Código Procesal Penal, 1999. Decreto No. 9-99-E, 30 de diciembre de 1999. (Honduras). [https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod\\_data/content/1821/117\\_CodigoProcesalPenal%28reformasdictamendeperitosyprisionpreventiva%29junioyoctubre2020%29.pdfW](https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/1821/117_CodigoProcesalPenal%28reformasdictamendeperitosyprisionpreventiva%29junioyoctubre2020%29.pdfW)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2006a). Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2006b). Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia del 21 de septiembre de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2013). Caso J. Vs. Perú. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2014a). Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2014b). Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_288\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2016). Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia del 21 de octubre de 2016. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2018). Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Sentencia del 25 de abril de 2018. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_354\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2019). Caso Romero Feris Vs. Argentina. Sentencia del 15 de octubre de 2019. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_391\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_391_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2020). Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Sentencia del 3 de febrero de 2020. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_399\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_399_esp.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala Constitucional, Amparo Penal AP-1039-19. 1 de septiembre del 2021. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/13625>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Amparo Penal AP-763-21. 22 de febrero del 2022. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/14051>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Amparo Penal AP-1356-21. 30 de mayo de 2022. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/14680>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Amparo Penal AP-838-21. 6 de junio de 2022. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/14922>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Amparo Penal AP-1422-22. 24 de enero de 2023. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/15717>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Exhibición Personal Habeas Corpus EP-520-20. 20 de agosto de 2020. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/16221>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Exhibición Personal Habeas Corpus EP-990-21. 3 de noviembre de 2021. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/14272>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Exhibición

- Personal Habeas Corpus EP-1160-22. 26 de junio de 2022. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/15018>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Penal. Casación Penal CP-203-10. 20 de octubre de 2011. <https://sij.poderjudicial.gob.hn/sentences/2037>
- Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Penal. Circular No. 02-2018. 23 de marzo de 2018.
- García, G., Tello, F., Peralta, M. y González, N. (2022). Manual de derecho procesal penal. <https://www.mseg.gba.gov.ar/areas/Vucetich/MANUALES%20DE%20MATERIAS%202022/MANUAL%20Derecho%20procesal%20penal.pdf>
- García, J. (2007). Curso de Formación Inicial de Jueces de Letras y Defensores Públicos. Módulo Instruccional Derecho Procesal Penal. [https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod\\_data/content/1181/76\\_Derecho%20Procesal%20Penal.pdf](https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/1181/76_Derecho%20Procesal%20Penal.pdf)
- Llarena, P y Mariot, M. (2018). Módulo V. Medidas de Coerción. En Ureña, A., Binder, A., Medrano, C., Gadea, D., González, D., Quiñones, H., Castillo, J., Taveras, J., Bellido, M., Houed, M., Resumil, O., de Jesús, R. y de Jesús, S. (2018). Derecho Procesal Penal. (2da ed.) Editorial Escuela Nacional de la Judicatura. <https://isbn.cloud/9789945425475/derecho-procesal-penal/>
- Llobet, J. (2017). Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado. (6ta ed.) Editorial Jurídica Continental. Costa Rica.
- Palacio, M. (2024, 12 de febrero). Curso Judicialización de la Violencia de Género con énfasis en la Violencia Sexual. [Conferencia] Choluteca, Honduras.
- Punto No. 31. [Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Honduras]. Instructivo sobre la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva en los delitos de crimen organizado. 29 y 30 de septiembre de 2004. (Honduras)
- Santos, A. (2001). La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal.
- Sáenz, J. (2017). Metodología de la investigación en el Derecho. Editorial Jurídica Pujol. 1ra ed. <https://doctorajuliasaenz.com/wp-content/uploads/2020/04/Metodologia-230317.pdf>
- Reyes, A. y Toscano, J. (2019) Tema 2 El objeto y método de la investigación en la actualidad. En Maldonado, E., Báez, J., Armenta, P., Díaz, M. (coord.). Tópicos de metodología de la investigación jurídica. Editorial Universidad de Xalapa. Edición digital de distribución gratuita. <https://www.uv.mx/mdhjc/files/2021/12/Topicos-de-Metodologia-de-la-Investigacion-Juridica.pdf>
- Rifá Soler, J. M., et al. (2009). El proceso penal práctico: Comentarios, jurisprudencia y formularios (6.<sup>a</sup> ed.). Editorial La Ley.

## Enrique Grillo

El autor ingresó al Poder Judicial de Honduras en el año 2015, desempeñándose en cargos de Defensor Público, Juez de Letras Supernumerario y actualmente Juez de Tribunal de Sentencia. Maestrando en Ciencias Forenses y Criminalística [Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua y la Universidad Autónoma de Chiriquí (UNACHI), Panamá], Máster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal [INEJ, Nicaragua], Abogado en su grado de Licenciatura [Universidad Católica de Honduras, Nuestra Señora Reina de la Paz], Certificado Curso Protección de víctimas y usuarios especiales en relaciones con la administración de justicia. [Consejo General

del Poder Judicial (CGPJ) y la Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo (AECID)], Diplomado de Actualización sobre la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4ta ed. [Corte IDH y Escuela Judicial de Honduras], Diplomado sobre Justicia Penal y Enfoque de Género [Centro Internacional de Estudios Jurídicos (CIEJ), Universidad Tecnológica de Honduras (UTH) y Programa de Seguridad Ciudadana Territorial (COSUDE)], Diplomado sobre el control de la Justicia Constitucional [Instituto Superior de la Judicatura de Panamá (ISJUP) y el INEJ, Nicaragua], Certificado Curso Justicia Abierta [CGPJ y la AECID].

## El nuevo rol del juez en el proceso civil regulado en el Código Procesal Civil y otras consideraciones

### The new role of the judge in the civil process regulated in the Civil Procedure Code and other considerations

**Antonio Ariel Rodríguez Villarreal**

Movimiento de Abogados Gremialistas (MAG)

República de Panamá

antonio9005@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6773-2910>

*Recibido: enero 2025*

*Aprobado: marzo 2025*



#### Resumen

El artículo tiene relación con la implementación del Código Procesal Civil (CPC) en Panamá, que es el novedoso sistema de gestión de justicia en la jurisdicción civil que regirá en el país desde el 11 de octubre de 2025. Esta serie de reglamentos reemplazarán las estipulaciones del Libro Segundo del Código Judicial, señalando una transición hacia un modelo más actualizado y eficiente.

Por tal motivo, este ensayo resulta innovador, ya que se hace antes de la entrada en vigencia del nuevo modelo de administración de justicia civil, es decir, cuando aun no se han puesto en marcha los estadios procesales, y por ende sirve como una lectura de referencia para los jueces y magistrados, servidores judiciales, fiscales, abogados litigantes, y académicos del derecho procesal civil.

El eje principal de este análisis es el rol del juez como encargado de dar dirección al proceso civil, y haremos una comparación con el sistema anterior, regido por las disposiciones del Código Judicial (1984).

El problema consiste en que los jueces y magistrados deben ajustarse a un nuevo procedimiento civil. Este cambio conlleva abandonar la cultura de la escritura y optar por la oralidad, al fomento de actos de audiencia y la aplicación de normas convencionales, constitucionales y jurídicas en el procedimiento civil de Panamá.

La formación continua y especializada será la respuesta clave para enfrentar los retos a todos los problemas que surjan en la gestión del proceso civil.

En conclusión, el nuevo Código Procesal Civil simboliza un avance significativo hacia un modelo de administración de justicia contemporáneo y eficiente en la jurisdicción civil. Esta reforma evidencia el compromiso del Órgano Judicial de Panamá a mejorar la calidad y la duración de los procesos civiles, en beneficio de los

ciudadanos y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

### Abstract

The article is related to the implementation of the Civil Procedure Code (CPC) in Panama, which is the new justice management system in the civil jurisdiction that will govern the country from October 11, 2025. This series of regulations will replace the stipulations of the Second Book of the Judicial Code, signaling a transition towards a more updated and efficient model.

For this reason, this essay is innovative, as it was written before the new model for the administration of civil justice came into force, that is, before the procedural stages had yet been implemented. It therefore serves as a reference reading for judges and magistrates, judicial officials, prosecutors, litigating attorneys, and civil procedural law scholars.

The main axis of this analysis is the role of the judge as in charge of giving direction to the civil process, and we will make a comparison with the previous system, governed by the provisions of the Judicial Code (1984)

The problem is that judges and magistrates must adjust to a new civil procedure. This change entails abandoning the culture of writing and opting for orality, promoting hearing acts and the application of conventional, constitutional and legal norms in civil procedure in Panama.

Continuous and specialized training will be the key response to face the challenges of all the problems that arise in the management of civil proceedings. In conclusion, the new Civil Procedure Code symbolizes a significant advance towards a contemporary and efficient justice administration model in civil jurisdiction. This reform demonstrates the commitment of the Judicial Branch of Panama to improve the quality and duration of civil processes, for the benefit of citizens and the strengthening of the rule of law.

### Palabras Claves

Deberes procesales, normas procesales, organización judicial, procedimiento judicial, duración del juicio.

### Keywords

Procedural duties, procedural rules, judicial organization, judicial procedure, duration of the trial.

## Introducción

El 11 de enero de 2023, la Corte Suprema de Justicia, por conducto de su presidenta, presentó ante la Asamblea Nacional de Panamá<sup>1</sup> el Proyecto de Ley 935 “Que adopta el Código Procesal Civil de la República de Panamá”. Esta iniciativa fue aprobada en tres debates por la Asamblea Nacional y debidamente sancionada por el presidente de la República.

Con la aprobación de este nuevo instrumento legal, se deroga el Libro Segundo del Código Judicial, denominado “Procedimiento Civil”, adoptado por la Ley 29 (1984), que rige actualmente los procesos tramitados en la jurisdicción civil. Esto, implica un cambio en el modelo de administración de justicia, en específicamente en los procesos que se tramitan ante dicha jurisdicción.

El Código Procesal Civil, es la nueva norma de procedimiento que regirá el proceso civil en la República de Panamá, y fue adoptado mediante la Ley 402 (2023), y regirá el proceso civil en la República de Panamá, reemplazando las regulaciones del Código Judicial (1984).

Ahora bien, la entrada en vigor del Código Procesal Civil, no fue inmediata, sino que la totalidad de los artículos según lo dispuesto en la Ley 402, (2023), es la nueva norma que rige el proceso civil en la República de Panamá y reemplazará al Código Judicial (1984).

Es importante destacar que el legislador, en la Ley 402 (2023) o Código Procesal Civil

(2023), específicamente en el artículo 809, estableció un período de *vacatio legis*, que consiste en “período que transcurre desde que se publica una norma hasta que entra en vigor, momento este que habitualmente viene establecido en la propia norma” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, (s. f.).

No obstante, a pesar de que el Código Procesal Civil entrará en vigencia por completo el 11 de octubre de 2025, ya la fecha hay algunos artículos de dicho cuerpo normativo que ya se encuentran vigentes.

Nos referimos al artículo 1, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 25, que regulan los principios y reglas comunes, y los artículos 803, 804, 805 y 806, que tratan acerca de la implementación del Código Procesal Civil, la creación de la Comisión Nacional de Implementación de la Justicia Civil, dotación presupuestaria al Órgano Judicial para la implementación, reforzamiento de la jurisdicción civil con nombramientos de servidores judiciales, y el programa de descarga.

El artículo 809 de la Ley 402 (2023), dispuso que, estas disposiciones entraban en vigencia desde la promulgación en la Gaceta Oficial, es decir, el día 11 de octubre de 2023. Este hecho ya ocurrió, y, por lo tanto, tales artículos a la fecha se encuentran vigentes.

Los numerales 11, 12, 13 y 24 del citado artículo, que desarrollan los principios de oralidad, concentración, intermediación y publicidad y transparencia, no entraron en vigencia con la promulgación de la ley en

<sup>1</sup> Debo destacar que, tuve la oportunidad de participar en algunas de las discusiones en el primer debate del Proyecto de Ley 935, que tuvieron lugar en la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional, y como interesados en el proyecto, presentamos algunas consideraciones y recomendaciones para que fueran consideradas por los diputados.

Gaceta Oficial, sino que entrarán en vigencia el 11 de octubre de 2025, con el restante de los artículos. Esto es así, ya que, a la fecha en el proceso no se pueden aplicar las disposiciones sobre las audiencias en los procesos, ya que no están vigentes. El proceso es eminentemente oral.

También entraron en vigencia del Libro Segundo, Título I, Capítulo II, los artículos 172 a 194, que rigen el expediente electrónico, y Capítulo VI, artículos 222 al 249, que se refieren a las comunicaciones judiciales, y los artículos 409, sobre el saneamiento del proceso y 410, sobre el derecho a la prueba. Estos artículos, comenzaron a regir al año de su promulgación en la Gaceta Oficial, es decir, el 11 de octubre de 2024. Este hecho ya ocurrió, y por lo tanto tales artículos están vigentes a la fecha.

El resto de los artículos del (C P C) no están vigentes, y comenzarán a regir el día 11 de octubre de 2025, tal como se dispuso en la Ley 402 (2023), en el artículo 809. Este hecho no ha ocurrido.

De este modo, al existir una nueva norma de procedimiento, es evidente que el rol del juez cambiará, ya que no se trata de las mismas normas de procedimiento, y en este artículo, de alguna manera, analizaremos cuál es el rol que juzgará el juez a la luz del Código Procesal Civil.

Se debe aclarar al lector, que, si bien es cierto en el Código Procesal Civil en el artículo 808, denominado “disposición derogatoria”, mandata la derogatoria del Libro Segundo del Código Judicial de la República de Panamá,

sobre Procedimiento Civil, adoptado por la Ley 29 de 25 de octubre de 1984, así como de toda ley o artículo reformativo de las disposiciones de dicho Libro. En virtud de lo anterior, no son solo las disposiciones del Libro Segundo del Código Judicial, las que quedan derogadas, sino también toda ley o artículo que modifique tal libro.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, en el artículo 802 de la misma excerta legal, se reguló que, por motivos de ultraactividad<sup>2</sup> de la ley, las normas y procedimientos del Código Judicial, continuarán en vigentes únicamente para los efectos de la sustanciación y terminación del proceso respectivo.

Por tal razón, los procesos civiles que se encontraban en trámite al momento en que entró en vigencia el Código Procesal Civil, se seguirán rigiendo por las disposiciones del Libro Segundo del Código Judicial, y no por las del Código Procesal Civil.

Esto, comprende los términos y plazos que están en curso, las medidas cautelares, los períodos de práctica de pruebas, los recursos e incidentes en trámite, así como los procesos que estén en la fase de ejecución de las resoluciones, y en general todo procedimiento inherente a la terminación de los procesos iniciados antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil.

### **¿El Código Judicial deroga todas las disposiciones del Libro Primero Del Código Judicial?**

Quedan vigentes solamente el Libro Primero “Sobre organización Judicial”, pero,

<sup>2</sup> Cuando nos referimos a la ultraactividad de la ley, significa que la norma que se encuentra vigente al momento en que se producen u ocurren los hechos que están regulados en ella, es la ley que debe ser aplicada, aun a pesar de que tal norma haya sido derogada; En este caso, no se aplicaría la nueva ley, y la antigua prolonga su existencia jurídica, porque así lo ha establecido el legislador en la ley.

no todos sus artículos están vigentes, puesto que algunos los artículos del Libro Primero, fueron derogados por la Ley 53 de 2015, Que regula la Carrera Judicial, y otros artículos del Libro Primero, fueron subrogados por la Ley 402 de 2023. También queda vigente el Libro Cuarto “Instituciones de Garantía”.

Esto es así, ya que, mediante la Ley 63 de 2008, Que adopta el Código Procesal Penal, se deroga el Libro Tercero del Código Judicial adoptado por la Ley 29 del 25 de octubre de 1984, y mediante la Ley 402 de 2023, Que adopta el Código Procesal Civil de la República de Panamá, se deroga el Libro Segundo del Código Judicial de la República de Panamá, sobre Procedimiento Civil, adoptado por la Ley 29 de 25 de octubre de 1984. Por lo tanto, se han derogado 2 libros, y han quedado vigentes solo 2 libros.

En nuestra opinión no tiene razón de ser que, en el Código Judicial queden vigentes solamente dos libros, y que, por lo tanto, debe derogarse el Código Judicial, y lo que se desarrollaba en el Libro Primero acerca de la organización judicial, debe ser regulado en la Ley Orgánica de la Administración Judicial, a la que se refiere el artículo 558 del Código Procesal Penal. Además, debe establecerse una ley que desarrolle solamente lo relativo al procedimiento de las instituciones de garantía.

### **El rol del juez dentro del proceso civil regulado en el Código Procesal Civil y su comparación con el Código Judicial**

En el proceso civil regulado en el Código Judicial (1984), el juez, según lo establecía el artículo 465, era el encargado de dar el impulso y la dirección del proceso, y quien debía cuidar de la rápida tramitación del expediente. Sin embargo, en la práctica, se observa que la tramitación de los procesos

podía extenderse por varios años, solamente para resolver el caso, y se dictara la sentencia de primera instancia. Esta situación no incluye, el tiempo que los tribunales superiores jerárquicos se demoraban en resolver los recursos de apelación y los recursos de casación y revisión civil.

Esta quizás, es una de las principales problemáticas del proceso civil panameño que motivó al Órgano Judicial a hacer un cambio en el procedimiento civil, para que los procesos que se tramitan en la jurisdicción civil no demoren años para ser resueltos por ninguna de las instancias.

De este modo, reconocemos la voluntad institucional del Órgano Judicial, de hacer cambios en el sistema procesal civil para que el proceso y su tramitación no sean tan demorados.

Por otro lado, es importante mencionar que, en el Código Judicial (1984), gran parte del articulado establecía que, en el trámite de algunas diligencias, estas debían practicarse “en presencia del juez”. En teoría viene a desarrollar el principio de inmediación. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, no existía una inmediación que fuera real, ya que el proceso se tramitaba en forma escrita. Las partes, al presentar sus escritos en la secretaría de los tribunales no necesariamente tenían contacto directo con el juez.

Es necesario destacar que, como ahora los expedientes son electrónicos, ya no es necesario presentar los escritos en la secretaría del Tribunal, sino que los escritos pueden ser presentados directamente ante el Registro Único de Entrada, que los digitaliza o también los usuarios pueden presentar sus escritos a través del Sistema Automatizado

de Gestión Judicial (SAGJ).

Dicho esto, el juez como director del proceso, casi no mantenía contacto directo con las partes intervinientes en el proceso, o este contacto era mínimo. La intermediación solo se materializaba en algunas diligencias específicas, por ejemplo:

- En actos de audiencia que, en el proceso civil regulado en el Código Judicial, eran muy pocas.
- En la práctica o evacuación de pruebas en el proceso.
- Ahora bien, en el Código Procesal Civil (2023), se observa la figura de un juez o magistrado, que es mucho más activo y participativo en el curso, tramitación y desarrollo de los estadios procesales del proceso civil. Mientras que, en el Código Judicial (1984), el juez o magistrado estaba llamado a tener un rol activo, pero, no participaba tanto de los procesos, y como hemos señalado la intermediación era casi nula.

### La presencia del juez en el proceso

En el Código Procesal Civil (2023), el artículo 1, numeral 13, se establece propiamente tal el principio de intermediación. Esta norma de procedimiento, a la fecha no se encuentra vigente.

Según este principio el juez o magistrado, como actor del proceso, es quien está encargado de presidir las audiencias y las prácticas de pruebas que tengan lugar en el desarrollo del proceso. Si el juez o magistrado, no está presente, esto generará la nulidad insubsanable de cualquier actuación.

Así mismo, el juez que practica las pruebas debe ser el mismo que emita o dicte

la sentencia, salvo el caso de las pruebas que se practicaron fuera del proceso, fuera de la circunscripción territorial, y las que deben ser apreciadas por otro juez o magistrado, por la pérdida de competencia.

Ahora bien, en lo relativo a la intermediación, se permite el uso de medios y plataformas tecnológicas en el proceso, y que con ello se garantizará la interacción e intermediación del juez y de las partes en el proceso. Se señala que esto es compatible con el principio de intermediación, siempre que, no se vulneren garantías y derechos de las partes al momento de la celebración de la audiencia, a través de tales medios, lo cual es novedoso.

Con el Código Judicial (1984), en algunos tribunales, los jueces no asistían personalmente a la práctica o la evacuación de pruebas en los distintos expedientes, sino que enviaban a alguno de sus subalternos. Es decir que no estaban presentes.

Pero, con el Código Procesal Civil estamos convencidos de que esta situación, va a cambiar, ya que se exige la presencia del juez como director en el desarrollo del proceso, ya que su ausencia del provoca la nulidad insubsanable del proceso.

### La dirección del proceso por el juez

En el Código Procesal Civil (2023), artículo 1, numeral 10, se establece el principio de dirección judicial e impulso procesal. Según este principio, una vez las partes en el proceso, han promovido la demanda, el juez ejercerá la dirección del proceso, y, por lo tanto, el juzgador de oficio debe tomar las medidas necesarias para evitar que el proceso se vea paralizado, y debe surtir la sustanciación o tramitación

del proceso, procurando la mayor celeridad posible. El juez o magistrado será el encargado de impulsar el proceso, y de cualquier demora o negligencia.

Del mismo modo, según lo dispuesto en el Código Procesal Civil (2023), artículo 68 que a la fecha no se encuentra vigente, se establece que los jueces y magistrados que conforman la jurisdicción civil, deben ejercer sus competencias y poderes de dirección en los procesos que estén sometidos a su conocimiento.

En lo que se refiere a la organización judicial de los tribunales o juzgados, los jueces y magistrados, ejercen sus atribuciones siguiendo las reglas establecidas en la ley sobre la organización judicial y el funcionamiento de los tribunales.

Podemos citar como ejemplo los siguientes casos:

- El caso previsto en el Código Procesal Civil (2023), artículo 16, numeral 3, que establece como causal de pérdida de competencia al haberse vencido el término para proferir la sentencia de primera instancia. Ya que esta debe ser expedida en un término o plazo no mayor de un año, contado desde la notificación del auto que admite la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada.
- El desarrollo o tramitación de la audiencia preliminar, tal cual lo señala el Código Procesal Civil (2023).
- La audiencia preliminar, debe celebrarse entre los 20 y 60 días contados desde el vencimiento del término del traslado de la demanda, reconvenición, coparte o excepciones previas.

En esta audiencia el juez:

1. Invitará a las partes a que solucionen la controversia a través de la conciliación o la mediación.
2. Determinará los puntos controvertidos y los hechos del proceso.
3. Verificará las pruebas ofrecidas y se discutirá sobre la admisibilidad, exclusión e inadmisibilidad por ser impertinentes, improcedentes, inútiles o prohibidas.
4. Resolverán las excepciones previas y de especial pronunciamiento o incidentes que afecten la continuación del proceso. Contra la decisión que reconoce las excepciones o incidentes en la audiencia cabe recurso de apelación en efecto suspensivo; contra la que los niega, cabe recurso de apelación en efecto devolutivo.
5. Decretará la admisión de las pruebas solicitadas por las partes y que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, siempre que sea pertinentes, procedentes, útiles y que no sea prohibidas. Asimismo, prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos declarados probados. Si decreta un dictamen pericial, el juez señalará el término para que se aporte, teniendo en cuenta que deberá presentarse por lo menos con diez días de antelación a la fecha de la audiencia final. En los procesos en que sea obligatorio practicar inspección judicial, el juez fijará fecha y hora para practicarla antes de la audiencia final.
6. Fijado el objeto del litigio, si se

precisa que los hechos admitidos por ambas partes quedan excluidos de prueba, quedando el proceso reducido a una cuestión de derecho, el juzgador, salvo que se requiera la práctica de otras pruebas, en el mismo acto, oirá las alegaciones de los apoderados hasta por treinta minutos cada una y posteriormente dictará sentencia.

7. Si, por el contrario, existen pruebas por practicar o hechos que requieran ser acreditados en el proceso, el juzgador procederá al cierre del acta de la audiencia preliminar y fijará:

- El objeto del debate.
- Los hechos controvertidos.
- La prueba admitida y aquellas que requieren ser practicadas.
- La fecha y hora para la audiencia final y dispondrá todo lo necesario para la evacuación de las pruebas.

- El desarrollo o tramitación de la audiencia final, tal cual lo señala el Código Procesal Civil (2023), artículo 257, se establece que, en la audiencia final el juez dispondrá del tiempo suficiente para practicar todas las pruebas admitidas o decretadas en el proceso.

1. Se practicará el examen de los peritos sobre sus dictámenes rendidos.
2. Se recibirán las declaraciones testimoniales de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás, previo interrogatorio a los testigos respecto de los hechos sobre los cuales respalda su deposición.

3. Practicarán la exhibición y suministro de documentos y las demás pruebas que hubieran sido decretadas.

### **La aplicación e interpretación de las normas convencionales, constitucionales y del Código Procesal Civil al resolver los procesos**

El Código Procesal Civil (2023), es innovador puesto que en esta normativa procedimental se introducen principios como el control de la convencionalidad, la constitucionalización del proceso y la Tutela Judicial Efectiva. Lo regulado en el citado código, en cuanto a la interpretación de la norma procesal, es mucho más amplio que lo dispuesto en el Código Judicial (1984).

- Nos encontramos frente a una normativa procesal que es más garantista, que busca proteger a las partes del proceso, para que no se encuentren en indefensión, tengan las mismas oportunidades procesales, y que, además, se les pueden aplicar otros principios de la Constitución Política, e inclusive preceptos que están regulados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este concepto, del garantismo procesal, no es novedoso para la República de Panamá, ya que, en la jurisdicción penal de corte acusatorio, se aplica la teoría o corriente del garantismo procesal, lo que, en nuestra opinión, hace que tanto el proceso civil regulado en el Código Procesal Civil (2023) y el proceso penal regulado en el Código Procesal Penal (2008), se encuentren en un plano de igualdad, en lo que se refiere al respeto y prevalencia de garantías constitucionales y convencionales.

Ahora bien, al referirnos a que el Código Procesal Civil, es más garantista, con ello, queremos indicar que, se ha acogido la teoría o corriente del garantismo procesal, lo cual:

supone la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora. Surge, de este modo, la conceptualización del proceso como sistema de garantías procesales. (Navarrete, 2009, p.18).

De este modo, ahora la interpretación que hagan los jueces y magistrados, en palabras del citado autor, ahora sí “tiene trascendencia constitucional<sup>2</sup>, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme al principio *pro actione* y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela”. (p.18)

Ahora bien, es importante mencionar que, en el Código Judicial (1984), específicamente en el artículo 469, donde se regulaba lo relativo a la interpretación de la norma procesal, no se establecía nada, referente al garantismo procesal. Esta es la principal diferencia que existe entre el Código Procesal Civil y el Código Judicial. Además, el Código Procesal Civil, en cuanto a la interpretación de la norma procesal, establece una regulación que es mucho más amplia.

En el artículo antes citado se establecía que:

el juez, al proferir sus decisiones, debe tener en cuenta que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial y con este criterio se deben interpretar las disposiciones del presente Código. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas de este Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del Derecho Procesal, de manera que se observe el debido proceso, la igualdad procesal de las partes, la economía y la lealtad procesal. (Código Judicial, 1984).

Ahora bien, no puede dejarse de lado que, en el Código Procesal Civil (2023), se han establecido algunos lineamientos para la interpretación de la norma procesal civil. Sin embargo, la interpretación que se realice, no puede ser apartada de las reglas de la interpretación que están reguladas en el Código Civil, en el Título Preliminar, en el Capítulo III que se denomina “Interpretación y aplicación de la Ley”, ya que, a nuestro juicio, se trata de normas que son comunes a las distintas disciplinas del derecho<sup>3</sup>.

En este caso, el Código Civil (1916), es la ley substancial que debe aplicar las disposiciones del Código Procesal Civil (2023).

### **Principio de constitucionalización del proceso**

Según este principio del Código Procesal Civil (2023), las disposiciones del

<sup>2</sup> Para nosotros, el garantismo no solamente tiene trascendencia constitucional, sino también convencional, y que el juez o magistrado, tiene que aplicar las convenciones sobre derechos humanos que formen parte del ordenamiento jurídico panameño.

<sup>3</sup> Las normas de interpretación establecidas en el Código Civil vienen a ser como una especie de manual de instrucciones que deben seguirse para la interpretación de la ley, y son aplicables a todas las ramas del derecho.

procedimiento civil, se fundamentan en los principios, garantías y valores constitucionales, los cuales sirven de guía en la configuración del precepto procesal, y orientan el diseño de las estructuras procesales contempladas en la citada normativa de procedimiento, de este modo, en su aplicación e interpretación, y durante la sustanciación de toda actuación judicial, debe tenerse en cuenta que su finalidad es asegurar la eficacia de los principios, garantías y valores constitucionales.

Cuando se alude al concepto de constitucionalización del proceso, se señala que “partir de la idea que la ley fundamental no tiene por objeto sólo limitar el poder público, sino orientar su actuación a través del resto del ordenamiento jurídico hacia la realización de sus valores” (Carbonell & Gil, 2011 p.33)

Esto significa que, a través del principio de Constitucionalización del proceso, se limita el poder público, y se garantiza el respeto a los valores, garantías y principios recogidos en la Constitución Política de la República de Panamá. Asimismo, este principio también a normas de rango internacional, como la Convención Americana de los Derechos Humanos, que fue adoptada como parte integrante del derecho vigente en la República de Panamá. Por tanto, Código Procesal Civil (2023), la estructura del proceso civil panameño, las actuaciones de las partes en el proceso, la aplicación de las normas procesales y su interpretación quedan supeditadas a estas normas.

Sobre este tema, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que:

desde luego, los valores constitucionales, reconocidos

y positivados a través de los derechos fundamentales, obligan a que se realicen los fines que son consustanciales con tales derechos, lo cual se traduce en el deber que tiene la autoridad de protegerlos y de asegurar la efectividad de los mismos, así como en la necesidad de la implementación de las respectivas políticas públicas por parte de las agencias y departamentos del Estado de conformidad con sus respectivas competencias. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Es interesante la introducción, de este principio procesal, al Código Procesal Civil (2023), dado que es novedoso y que no estaba recogido dentro del articulado del Código Judicial (1984). Sin embargo, somos del criterio que, a pesar de que, no estaba reconocida esta figura, se aplicaba por el juzgador sobre la base de una interpretación de la Constitución Política (1972), artículo 32 que reconoce el derecho a recibir tutela judicial efectiva, de los jueces y magistrados

### **Principio del control de convencionalidad**

Según este principio del Código Procesal Civil (2023), establece que el juez o magistrado, al proferir sus decisiones dentro del proceso civil, debe promover, respetar, proteger y garantizar, en forma oficiosa, los derechos humanos. Además, tiene la obligación de aplicarlos e interpretarlos conforme a los principios consagrados en la Constitución Política (1972) y en los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, que han sido ratificados por la República de Panamá.

Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia, ha indicado en su jurisprudencia que:

la teoría del control de convencionalidad, sintetizada en su desarrollo jurisprudencial actual, aspira a que los Estados parte del sistema interamericano inviten tanto a jueces como a todas las autoridades, a realizar un control de convencionalidad, que no es más que un test de compatibilidad entre los derechos y obligaciones asumidas por los Estados y que se consagran en el Corpus Iuris interamericano y la normativa interna o política interna del Estado parte, según sea el caso (Corte Suprema de Justicia, s/f).

Asimismo, en el mismo fallo, se citó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que en el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, se ha indicado que:

la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos

y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, (p.45)

Según Chen Stanziola (2020) cuando el juez o magistrado, aplica el control de la convencionalidad, ello implica:

velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales y que no sea mermado o anulado, por la aplicación de normas internas y lista las características del control de convencionalidad, en que el juez nacional y el juez interamericano, se convierten en guardianes de la convencionalidad de las leyes y que tiene además, un carácter difuso, ya que todos los jueces deben aplicarlos en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; es un control *ex officio*, puesto que todos los jueces deben realizarlo, aunque no lo soliciten las partes; y en un bloque de convencionalidad, que significa que el control de convencionalidad, debe ser extendido al corpus iuris interamericano, así como a las opiniones consultivas y criterios derivados de las medidas provisionales y supervisión del cumplimiento de las sentencias por parte de la Corte IDH (p.15.)

Dicho lo anterior, los jueces y magistrados que conforman el Órgano Judicial deben, en

la tramitación de un proceso, aplicar y velar por el cumplimiento de las disposiciones de instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (1977), que forma parte del derecho panameño, y que las actuaciones de estos, no se pueden ver limitadas por disposiciones legales o jurídicas internas de la República de Panamá, y este control de convencionalidad, debe hacerlo el juez o magistrado, aun cuando las partes en el proceso, no lo hayan solicitado. Este control de convencionalidad debe ser entendido conforme a las opiniones consultivas y criterios que haya emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias.

### Principio de Tutela Judicial Efectiva

Según este principio procesal, toda persona tiene derecho a acudir a la jurisdicción civil para ejercer derechos o solicitar el reconocimiento de sus derechos sustanciales o para defender sus intereses o relaciones jurídicas que le sean concernientes.

Así también, la tutela judicial efectiva, es el derecho que tiene toda persona a recibir una respuesta a su petición o pretensión emitida por un tribunal competente, en un plazo razonable. Dicha respuesta, debe estar, motivada y sustentada en derecho, conforme a las normas que rigen el ordenamiento jurídico y los trámites previstos en el Código Procesal Civil (2023). Además, respetando los derechos y garantías fundamentales establecidas en la Constitución Política (1972) y los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (1977). La sentencia, emitida, debe garantizar certeza y efectividad en su ejecución.

El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como:

El derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso (Silguero, 1996. p. 86)

Es necesario destacar que, la tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental, que contiene diversos elementos que la conforman, que son:

- El derecho a acudir a un tribunal competente como demandante para solicitar el reconocimiento de derechos.
- El derecho a oponerse a las pretensiones de la parte demandante.
- El derecho a recibir una respuesta a su petición o pretensión en un plazo razonable y que la respuesta se ajuste al derecho vigente.
- Que en el proceso se le respeten garantías y derechos fundamentales.
- El derecho a recurrir decisiones judiciales.
- El derecho a ejecutar en forma efectiva las sentencias que se dicten.

De lo antes expuesto, se colige que:

el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, es un derecho de rango constitucional de naturaleza prestacional, el cual consideramos no es absoluto dado que debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley. Este derecho, les permite a las personas, formar parte de un proceso y recibir un pronunciamiento de un tribunal, en el que se decida las pretensiones que se formulen en el mismo, en los que se haga una apreciación o valoración razonada fundamentada en la Ley, pudiendo el Tribunal rechazar o admitir la pretensión. Además, según este derecho, las partes, deben tener la garantía de la decisión emitida por el Tribunal, podrá ser ejecutada efectivamente y no quede en un simple papel, en el que se manifieste una voluntad del juzgador. E inclusive, el derecho va más allá, e incluye, además, el derecho a poder recurrir las decisiones judiciales (Villarreal, 2023, p.15)

En el caso de la República de Panamá, es la primera vez que, dentro del ordenamiento jurídico, específicamente dentro de una norma de carácter procesal, como lo es el Código Procesal Civil, se incluye el principio de la Tutela Judicial Efectiva, lo que consideramos, es bastante innovador. Hasta antes de ello, la figura de la Tutela Judicial Efectiva, si había sido desarrollada, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en fallos emitidos, sobre la base de la interpretación, de la Constitución Política (1972), artículo 32 que establece que:

**Artículo 32.** “Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la

misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”.

España, a diferencia de la República de Panamá, ha incluido en la Constitución Española, el derecho a recibir tutela judicial efectiva de jueces y magistrados, en el artículo 24.1 CE, como un derecho que tienen todas las personas.

Para nosotros, es bastante preocupante, que, en el caso de Panamá, el principio de la Tutela Judicial Efectiva, ha quedado sujeto a la interpretación que realicen los jueces o magistrados en sus fallos sobre la Constitución Política (1972), específicamente del artículo 32, y que la misma, no haya sido conceptualizada de forma expresa en la Constitución Política como una garantía fundamental, como si ha ocurrido en el caso de España, sin embargo, consideramos que es un avance significativo, que en el Código Procesal Civil, ha reconocido el principio de la Tutela Judicial Efectiva, que para nosotros es el elemento más innovador de esta norma procesal.

### **¿Cuál es la principal reforma que establece el Código Procesal Civil en el contexto de la jurisdicción civil en Panamá?**

Sin lugar a dudas, el Código Procesal Civil (2023), introduce diversas innovaciones que son interesantes; sin embargo, consideramos que la más importante, es el establecimiento de la oralidad en la tramitación de los procesos civiles, es decir, el establecimiento de actos de audiencia.

Según la Ley 402 (2023) el artículo 1, numeral 11:

las actuaciones centrales del proceso se tramitarán preferentemente de

manera oral, a través de audiencias públicas, pero los actos inherentes a la fase preparatoria del proceso y la fase de impugnación se surtirán de manera escrita, ya sea en soporte físico o tecnológico. Se excluyen los procesos que por su naturaleza deban desarrollarse en forma escrita.

Anteriormente, con el Código Judicial (1984), en Panamá, predominaba un modelo en el que los trámites escritos eran la regla general en el proceso civil, mientras que la tramitación en forma oral, eran muy excepcionales, y tenía lugar en ciertos tipos de procesos específicos tales como, el proceso oral, la evacuación de pruebas testimoniales, y en audiencias específicas, como el recurso de casación civil o el trámite del testamento ológrafo, entre otros.

#### Otros aspectos relevantes:

- Se aumenta la competencia por cuantía de los jueces municipales hasta B/. 10,000.00, cuando en el Código Judicial era solo hasta B/. 5,000.00. La competencia de los jueces de circuito se aumentó a cuantía superiores a los B/. 10,000.00, cuando en el Código Judicial, era de B/. 5,001.00 en adelante.
- Se crea la figura de los jueces adjuntos.
- Se regula el uso del expediente judicial electrónico.
- Se establece la regulación de las notificaciones electrónicas.
- Se introduce la regulación de la preclusión

de términos.

- Se limita la duración de los procesos. 1 año, en primera instancia, desde la notificación del auto de admisión. 6 meses en segunda instancia.

#### ¿El Código Procesal Civil dará solución real a la cantidad de problemas que enfrentamos en la jurisdicción civil?

Sin lugar a dudas, el actual proceso civil panameño, que se rige por el Código Judicial, presenta una serie de problemáticas que, en su mayoría, influyen, o tienen como resultado que los procesos civiles, demoren años en tramitarse.

Es decir, la duración de los procesos civiles es considerable extensa. Tomando como referencia el tiempo transcurrido desde que inicia un proceso civil hasta la emisión de una sentencia, en primera instancia, puede demorar años. Esto es solo, sin tener en consideración el tiempo de duración en la segunda instancia, cuando se resuelve un recurso de apelación, y el tiempo que demora la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia para resolver los recursos extraordinarios de casación y la revisión civil.

Por todo esto, resulta necesario implementar cambios en el procedimiento civil que permitan agilizar y/o simplificar el proceso civil panameño. Lo anterior obedece a que, en la actualidad el sistema judicial se encuentra colapsado, debido al alto volumen de expedientes pendientes de solución específicamente en la jurisdicción civil.

## Conclusiones

El proceso civil ha sufrido un cambio notable, evolucionando de un modelo que era mayoritariamente escrito, a uno en el que se valora la expresión oral en actos de audiencia. Esta modificación significa que, a excepción de situaciones justificadas, los procesos se llevarán a cabo en forma oral. Esto promueve la transparencia y la rapidez en la solución de conflictos.

En el Código Procesal Civil, la función del juez es más activa y participativa, en comparación con el anterior que era regulado por el Código Judicial. Este nuevo enfoque permite al juez poseer mayores facultades para dirigir el proceso, descarta acciones de las partes y promueve la participación activa en la búsqueda de eficacia y equidad en la resolución de conflictos.

La implementación del Código Procesal Civil, ha inducido a una reestructuración de las fases procesales, las cuales incluyen las audiencias preliminares, finales y extraordinarias. Estas innovaciones muestran

una adaptación a las exigencias de un sistema judicial moderno, que aspira a acelerar los procedimientos y asegurar una mayor implicación de los actores implicados.

La evolución a este nuevo modelo requiere que jueces y magistrados tengan una visión renovada y se capaciten en las dinámicas del procedimiento oral. Esto comprende el uso de técnicas de gestión de audiencias, la administración, el uso y manejo del tiempo procesal y la aplicación de los principios rectores del nuevo sistema, tales como la rapidez y la concentración.

Remplazar el Código Judicial por el Código Procesal Civil demuestra el propósito del Órgano Judicial de modernizar y optimizar el sistema de administración de justicia en el sector civil. Estos cambios no solo impactan la jurisdicción civil, sino que también interviene en otras jurisdicciones donde el Código Procesal Civil se aplica de manera supletoria, consolidando un marco normativo más coherente y eficaz.

## Referencias bibliográficas

- Carbonell, M. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? <https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2011/vol15/2.pdf>
- Chen M. (2020). Teoría del Control de la Convencionalidad: Un cambio de paradigma. Ediciones Nueva Jurídica. P.
- Código Judicial, 1984. Ley 29 octubre 25, 1984. 25 de octubre de 1984, (Panamá).
- Código Procesal Civil, 2023. Ley 402 octubre 9, 2023. 9 de octubre de 2023 (Panamá).
- Código Procesal Penal, 2008. Ley 63 agosto 28, 2008. 28 de agosto de 2008, (Panamá).
- Constitución Española (1978), 29 de diciembre de 1978, BOE Núm. 311, (España).
- Constitución Política (2004), 15 de noviembre de 2004, Gaceta No.25176, (Panamá).
- Convención Americana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. <https://www.corteidh.or.cr/>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda de lo Penal. Proceso 2191832017 (M.P. Jerónimo Emilio Mejía Edwards; septiembre 29 de 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. Proceso 1032372022 (M.P. Carlos Alberto Vásquez Reyes; enero 14 de 2025).
- Ley 53, 2015. Que Regula la Carrera Judicial. Gaceta No. 27856-A (Panamá).
- Lorca A. (2009). Garantismo y Derecho Procesal ¿Una Aporía Del Método Constitucional? Revista de la Maestría en Derecho Procesal volumen 3 Núm. 1 p. 1-20. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2134>.
- Mila F. (2022). Tutela judicial efectiva y recuperación de activos: Medidas cautelares como mecanismos de aseguramiento. Revistalex.org. Volumen 5 Núm. 15. p. 49-62. <https://revistalex.org/index.php/revistalex/article/view/114/252>
- Montero J., Colomer, J., & Vilar, S. (2000). Derecho Jurisdiccional I. Parte General 10a edición. Tirant Lo Blanch.
- Órgano Judicial (2023). Proyecto de Ley 935. Que adopta el Código Procesal Civil de la República de Panamá. <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/2/2023/03/665/texto-uenico-proyecto-de-ley-935-codigo-procesal-civil-de-la-republica-de-panama.pdf>
- Navarrete, A. (2009). Garantismo y derecho procesal: ¿Una aporía del método constitucional?. Revista De La Maestría En Derecho Procesal, 3(1). Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2134>.
- Real Academia Española & Consejo General del Poder Judicial. (2016). Diccionario panhispánico del español jurídico. Espasa. <https://dpej.rae.es/lema/vacatio-legis>
- Rodríguez A. (2023). Fundamentos y Problemáticas de la Ejecución: Diferencias y similitudes de la

- Ejecución Forzosa en España y el Proceso Ejecutivo en Panamá. (Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Salamanca, España).
- Silguero E, J. (1996). La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la legitimación de los grupos. Editorial Dykinson.
- Vadell, L., & García, R. (1999). Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm., 2. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=846>
- Vadell, L. (s/f). Tema 1: Fundamentos de Derecho Procesal. *Teoría General del Proceso*. Tema, 1.

## Antonio Ariel Rodríguez Villarreal

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Máster en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca, España y estudios en una Maestría en Derecho Privado con énfasis en Derecho Civil por la Universidad de Panamá. Estudio una Maestría en Docencia Superior en la Universidad Latina de Panamá. He ejercido la profesión de abogado por 7 años consecutivos. He ocupado cargos públicos en el Órgano Judicial, Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo. También he laborado para abogados

tales como Claudio Timpson Layne, Víctor M. Harding y Manuel Oberto Solanilla, y Ricardo Arosemena. Soy presidente de la Comisión de Derecho Procesal Civil del Movimiento de Abogados Gremialistas (MAG) y miembro de la Comisión de Derecho Procesal Civil del Colegio Nacional de Abogados de Panamá (CNA). He sido facilitador de un Diplomado en la Formación en el nuevo Código Procesal Civil de la República de Panamá Ley 402 de 2023, durante los años 2024 y 2025.

## Los Acuerdos Simplificados en Panamá

### The executive agreements in Panama

**Carlos Ivan Guerra Barahona**

Asistente ejecutivo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

República de Panamá

[carlos.guerra@organojudicial.gob.pa](mailto:carlos.guerra@organojudicial.gob.pa)

<https://orcid.org/0009-0000-7029-724X>

*Recibido: febrero 2025*

*Aprobado: marzo 2025*



#### Resumen

Los acuerdos en forma simplificada son un mecanismo que agiliza las relaciones diplomáticas al permitir la celebración expedita de acuerdos internacionales. En Panamá, han sido utilizados en distintos contextos de política exterior; sin embargo, su naturaleza jurídica y su relación con el derecho constitucional han generado debates sobre su validez y control.

A pesar de su uso recurrente, estos acuerdos carecen de una regulación específica en el ordenamiento jurídico panameño, lo que ha llevado a la Corte Suprema de Justicia a delimitar su alcance a través de sus fallos. Este artículo analiza el papel de estos acuerdos en la política exterior panameña, los distintos enfoques adoptados por la corte y los efectos de la ausencia de regulación en su aplicación.

A través del análisis de decisiones judiciales clave, se exploran las implicaciones del vacío normativo y su impacto en la institucionalidad del Estado.

#### Abstract

Executive agreements constitute a mechanism designed to expedite diplomatic relations by facilitating the swift conclusion of international agreements. In Panama, they have been employed across various foreign policy contexts; however, their legal nature and compatibility with constitutional law have sparked debates concerning their validity and oversight.

Despite their frequent use, these agreements lack specific regulation within the Panamanian legal framework, compelling the Supreme Court of Justice to define their scope through its rulings. This article examines the role of executive agreements in Panama's foreign policy, the different approaches taken by the Supreme Court, and the consequences of the regulatory void on their application.

Through the analysis of key judicial decisions, it explores the implications of this regulatory gap and its impact on the country's institutional framework.

### Palabras Clave

Derecho Internacional, Tratados Internacionales, Derecho Constitucional, Jurisprudencia, Derecho Interno

### Keywords

International Law, International Treaties, Constitutional Law, Jurisprudence, Domestic Law

### Introducción

La conceptualización de los acuerdos en forma simplificada carece de uniformidad, ya que la doctrina presenta diversas interpretaciones al respecto. Un punto de partida común en su definición es su contraste con los tratados solemnes. (Torres, 2014)

Entonces, ¿Qué es un tratado solemne? Los tratados solemnes o en debida forma se caracterizan por tener un procedimiento de celebración complejo, requiriendo, normalmente, a partir de su firma, de un trámite interno de autorización o aprobación, previo a la manifestación estatal de obligarse en el ámbito internacional. El mismo, generalmente, se compone de las siguientes fases:

- a. Negociación.
- b. Adopción del texto.
- c. Firma.
- d. Aprobación o autorización dentro del ordenamiento interno.
- e. Ratificación.

Por su parte, Los acuerdos en forma simplificada son pactos internacionales que se distinguen por la brevedad de su trámite y la exclusión del proceso de aprobación interna (generalmente aprobación parlamentaria). A diferencia de los tratados solemnes, estos acuerdos se perfeccionan con la sola firma, el canje de instrumentos, o cualquier otro método que los Estados acuerden, con la finalidad de

abreviar el procedimiento de manifestación del consentimiento estatal. (Guerra, 2024)

Algunas de sus características señaladas por el citado autor son las siguientes:

- a. El derecho internacional reconoce su existencia y obligatoriedad.
- b. Poseen idéntico carácter jurídico que los tratados solemnes, por lo que materialmente son verdaderos tratados, a pesar de su denominación distinta, ya que se les aplica el mismo régimen jurídico.
- c. Su característica fundamental es la simplificación de su proceso de perfeccionamiento, que generalmente se traduce en la exclusión de aprobación legislativa.
- d. Pueden versar sobre cualquier tema, con la limitante que impone el derecho interno de cada Estado mediante los sistemas de listado.
- e. Pueden celebrarse por personas distintas a las que ostentan la facultad de negociar tratados o “*treaty making power*”.
- f. Estos acuerdos se perfeccionan con la sola firma o el canje de instrumentos, u cualquier otro método que simplifique el procedimiento de manifestación de consentimiento del Estado.
- g. El derecho constitucional interno de los Estados acaba imponiendo variaciones sustanciales en el uso de este instrumento jurídico. Los Estados utilizarán esta

figura de acuerdo con lo que contemple su constitución, o actuarán al margen de esta. (Guerra, 2024, pp. 98-99)

Al respecto me gustaría hacer un especial énfasis en este último aspecto. La relación de los acuerdos simplificados con el derecho interno es de suma importancia, pues el criterio que define el procedimiento a utilizar en un acuerdo internacional dependerá de las formas que disponga el derecho interno de los estados parte para brindar consentimiento.

La manifestación del consentimiento de los estados negociadores en los tratados es un factor vital en su perfeccionamiento, ya que este es el único mecanismo que vuelve vinculantes las disposiciones del tratado para los estados (Shaw, 2021). Los tratados, en este sentido, podrían equipararse con los contratos, donde si no se configura el consentimiento, su contenido no será vinculante para aquellos estados que no lo hayan otorgado, es decir, no le obliga.

Existen múltiples formas mediante las cuales los Estados pueden expresar su consentimiento para obligarse a un acuerdo internacional, debido a la informalidad característica del Derecho Internacional. Algunas de estas modalidades son la firma, el canje de instrumentos, la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión o cualquier otra forma que se haya convenido. Sin embargo, será finalmente el Derecho interno de cada Estado el que determine cuáles de estas modalidades son aplicables en cada caso particular. En este sentido, Pantoja (2016) explica que “un tratado bilateral puede ser formal para una de las partes y para la otra revestir la forma de un acuerdo simplificado” (p. 74), resaltando así la importancia del marco jurídico interno en la elección de la forma específica de obligarse.

Vargas (2022) comenta que la Convención de Viena ofrece modalidades válidas para que los estados brinden su consentimiento en materia de tratados; sin embargo, no obliga al estado a que preste su consentimiento de una forma u otra, sino que “simplemente le abre los caminos para su proceder. El estado escogerá el camino que contemple su ordenamiento jurídico interno, especialmente su Derecho Constitucional” (p. 49).

Sin embargo, existen ordenamientos jurídicos, como el de los Estados Unidos, que utilizan la figura de los acuerdos ejecutivos a pesar de no estar contenidos en su derecho constitucional. Si bien reconocemos la existencia de prácticas gubernamentales tendientes a utilizar la figura de los acuerdos simplificados al margen de sus regímenes constitucionales, nos posicionamos en contra, considerando que debemos actuar dentro de los parámetros de la carta magna para no caer en violaciones del principio de supremacía constitucional.

### **1. Los acuerdos simplificados en Panamá**

Los acuerdos en forma simplificada no poseen regulación legal positiva en Panamá, no obstante, existe una gran cantidad de acuerdos internacionales celebrados mediante procedimiento simplificado. Estos han sido constantes en la diplomacia panameña y han conseguido cierto tipo de regulación en virtud de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ente encargado de interpretar la constitución y salvaguardar su contenido normativo mediante el control judicial de la constitucionalidad.

La constitución panameña no contiene una referencia expresa sobre los acuerdos en forma simplificada; de hecho, solo existen unas cuantas referencias en la Constitución que

guardan relación con el Derecho Internacional. De un análisis de estos, podemos concluir que en virtud de la Constitución Política (2004), el procedimiento para vincular jurídicamente a Panamá en el plano internacional mediante tratado involucra la conjunta participación de dos órganos del estado; el Órgano Ejecutivo quien se encarga en primera instancia de la negociación, adopción del texto y la firma, para luego surtir un proceso de aprobación interna por medio de la Asamblea Nacional y finalmente, el Órgano Ejecutivo confirma en el plano internacional su intención de llevar a cabo el tratado.

### 1.1. Uso de los acuerdos simplificados en Panamá

El uso de los acuerdos simplificados en Panamá carece de una normativa específica que determine qué acuerdos requieren aprobación legislativa y cuáles pueden celebrarse de forma simplificada. Sin embargo, esto no ha impedido al Estado panameño utilizar este tipo de acuerdos, de hecho, los acuerdos en forma simplificada se han utilizado desde los inicios de la República.

Guerra (2024) distingue tres categorías diferentes bajo las cuales el Estado panameño recurre a acuerdos simplificados en su política exterior: primero, los acuerdos simplificados autorizados por el Congreso; segundo, los acuerdos simplificados que derivan de un tratado marco; y tercero, los acuerdos que debido al contenido no imponen mayores obligaciones para el Estado.

#### a. Acuerdos simplificados autorizados por el Congreso

Con relación a este tipo de acuerdos nos explica Vargas (2022) que, en la historia legislativa panameña, el Poder Legislativo ha

autorizado el uso de acuerdos simplificados en ciertas áreas específicas, permitiendo que el Poder Ejecutivo celebre estos acuerdos sin necesidad de la aprobación legislativa individual para cada uno. Un ejemplo temprano de esta práctica se encuentra en la Ley 11 (1907), que otorgó al Ejecutivo la facultad de celebrar y ratificar acuerdos para facilitar relaciones postales con otros países, conforme a las convenciones internacionales de Berna y Roma. Bajo esta ley, se firmaron acuerdos como la Convención Postal Universal de Roma de 1906 y varios convenios postales panamericanos, los cuales regulaban el intercambio de correspondencia con países extranjeros.

Otro caso de acuerdos simplificados autorizados por el Congreso panameño se encuentra en el ámbito de migración y visados. La Ley 6 (1980) permite al Ejecutivo suprimir visados o exonerar el pago de estos mediante acuerdos bilaterales basados en reciprocidad. A través de esta autorización, Panamá ha firmado acuerdos con varios países, como España, Colombia y el Reino Unido, para facilitar la entrada y tránsito de turistas sin necesidad de visado o su pago, usando principalmente el método de canje de notas. (Vargas, 2022)

#### b. Acuerdos simplificados derivados de un tratado marco

Los acuerdos simplificados derivados de un tratado marco se celebran dentro de los límites establecidos por un tratado principal ya aprobado por el Congreso. Este tipo de acuerdo no requiere una nueva aprobación legislativa, ya que se considera que la autorización inicial del tratado principal incluye los acuerdos secundarios necesarios para su implementación. Un ejemplo de esta práctica es el Convenio de Cooperación (1988)

Panamá - Organismo Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria (OIRSA), para servicios de fumigación agrícola, celebrado bajo el amparo del Convenio de San Salvador, ratificado en 1954 por la Asamblea Nacional. (Corte Suprema de Justicia, 1993)

La Corte Suprema de Justicia (1993), a través de su jurisprudencia, confirmó la constitucionalidad del uso de acuerdos simplificados en el ámbito internacional. Este respaldo se basó en que los representantes panameños pueden obligar al país en acuerdos específicos siempre que se mantengan dentro de los objetivos establecidos dentro del tratado marco. Así, la Corte avala el uso de acuerdos simplificados derivados de tratados marco en las relaciones internacionales panameñas.

c. Acuerdos que debido al contenido no imponen mayores obligaciones para el Estado

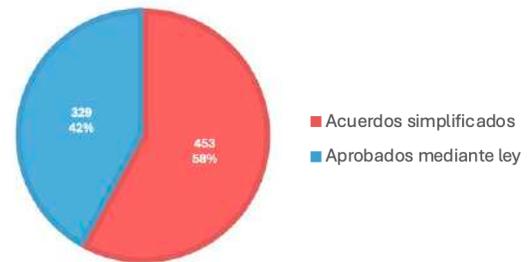
Por último, algunos acuerdos surten el procedimiento simplificado por considerar que su contenido, no impone obligaciones significativas para el Estado. Sin embargo, consideramos esta delimitación peligrosa, ya que la ausencia de una regulación clara permite que el poder ejecutivo decida si un acuerdo específico puede emplear un procedimiento simplificado sin necesidad de intervención legislativa. Este proceso de calificación, que determina la naturaleza del acuerdo y el trámite constitucional a seguir, otorga al Poder Ejecutivo un control exclusivo sobre cómo se categoriza cada instrumento internacional.

Esta potestad plantea un riesgo, ya que habilita al Ejecutivo para celebrar acuerdos internacionales sin la supervisión ni el control de otros poderes, abriendo la puerta a que los acuerdos simplificados sean utilizados como una

herramienta del Órgano Ejecutivo para hacer tratados internacionales sin la intervención de los demás poderes, evadiendo toda clase de control político y creando una brecha en la institucionalidad del Estado constitucional.

En términos cuantitativos, los acuerdos simplificados son ampliamente utilizados en la práctica diplomática panameña.

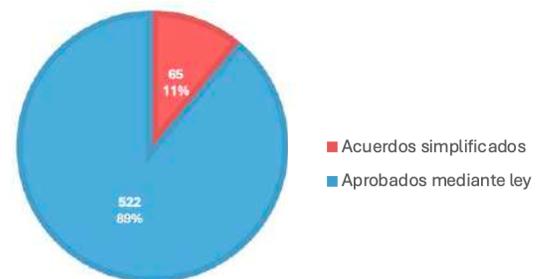
**Figura 1.**  
*Acuerdos bilaterales vigentes celebrados por Panamá a mayo de 2024*



Fuente: Guerra, 2024

La figura muestra la distribución de la suma total de acuerdos bilaterales celebrados por Panamá a mayo de 2024 (782) reflejando que la asignación porcentual de acuerdos celebrados mediante procedimiento simplificado representa 58%, mientras que el 42% restante fueron aprobados mediante ley.

**Figura 2.**  
*Acuerdos bilaterales vigentes celebrados por Panamá a mayo de 2024*



Fuente: Guerra, 2024

La figura muestra la distribución de la suma total de acuerdos multilaterales celebrados por Panamá a mayo de 2024 (587) reflejando que la asignación porcentual de los acuerdos aprobados mediante ley configura una gran mayoría con 89%, mientras que el 11% restante fueron perfeccionados mediante procedimiento simplificado.

De esta forma, podemos constatar que, en la práctica diplomática de Panamá, la mayoría de los acuerdos bilaterales se formalizan mediante el procedimiento simplificado, mientras que en los acuerdos multilaterales la fórmula común de perfeccionamiento es mediante la aprobación legislativa.

### 1.2. Delimitación conceptual de la Corte Suprema de Justicia

Ante la ausencia de una regulación específica sobre los acuerdos en forma simplificada en Panamá, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado un marco conceptual y regulatorio en respuesta a demandas de inconstitucionalidad presentadas contra algunos acuerdos internacionales suscritos mediante este procedimiento. En este apartado, se analizarán los principales conceptos establecidos por la Corte respecto a los Acuerdos Simplificados.

La competencia de la Corte Suprema para conocer sobre la inconstitucionalidad de los acuerdos internacionales ha sido también un tema de debate jurisprudencial. A lo largo del tiempo, su criterio ha variado entre la falta de competencia, la competencia condicionada y la competencia plena. Sin embargo, dado que este aspecto no es el eje central del ensayo, basta señalar que, en la actualidad, el Pleno de la Corte Suprema se considera competente para resolver sobre la inconstitucionalidad de dichos acuerdos.

- a. Sentencia de 13 de junio de 1991 - Demanda de Inconstitucionalidad contra el Convenio de Donación.

La Corte Suprema de Justicia (1991) en esta Sentencia describe a los acuerdos en forma simplificada como un tipo de acuerdo que se concluyen de forma inmediata a través de la negociación y la firma. Se caracterizan por no ajustarse de manera estricta a las exigencias constitucionales, omitiendo requisitos como la aprobación parlamentaria y la intervención del jefe de estado, pudiendo ser negociado por Ministros de Asuntos Exteriores y Agentes Diplomáticos. Estos acuerdos solo pueden versar sobre materias que competen constitucional y legalmente al Órgano Ejecutivo.

- b. Sentencia de 14 de enero de 1994 - Consulta de Inconstitucionalidad contra acuerdo de exoneración de impuestos.

La Corte Suprema de Justicia (1994) abordó el concepto de la costumbre constitucional como mecanismo para suplir vacíos en el ordenamiento constitucional. Además, explicó que la costumbre constitucional se erige como una herramienta de reconocida vigencia introducida mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema. Con relación a los acuerdos simplificados, el Pleno de la Corte establece que en el ordenamiento jurídico panameño no existe regulación normativa directamente relacionada con los acuerdos en forma simplificada. Ante este vacío constitucional, la Corte Suprema analiza la costumbre constitucional del Estado panameño, lo que la lleva a concluir que los acuerdos simplificados, debido a su uso reiterado en la diplomacia panameña, constituyen una costumbre constitucional que integra el bloque de la constitucionalidad. De

esta forma la corte otorga rango constitucional a la práctica de celebrar acuerdos mediante procedimiento simplificado.

### 1.3. Los acuerdos Post-Invasión

Los acuerdos post-invasión son una serie de acuerdos celebrados entre los Estados Unidos y Panamá luego de la invasión estadounidense al territorio panameño el 20 de noviembre de 1989. Estos acuerdos abrieron una nueva etapa en las relaciones diplomáticas entre los países y “establecieron un marco jurídico inédito y sustancialmente diferente a los Tratados Torrijos-Carter y a toda la historia de tratados anteriores” (Allard, 2018, p.132).

Esta serie de acuerdos celebrados entre 1990 y el 2004, siendo su mayoría mediante procedimiento simplificado, han sido fuertemente criticados por la doctrina panameña por considerar que su concertación no propició condiciones en los mejores intereses del Estado panameño y que tratan temas sensibles relacionados incluso con atributos soberanos, con el agregado que su celebración sin el tamiz legislativo enturbia todo lo relacionado con su perfeccionamiento.

## 2. Las críticas a los acuerdos simplificados en la doctrina panameña

La celebración de los acuerdos post-invasión generó un extenso debate jurídico en la doctrina panameña respecto a la constitucionalidad del procedimiento simplificado para que el Estado panameño manifieste su consentimiento, y sobre las consecuencias derivadas de la celebración de los acuerdos post - invasión para los intereses nacionales.

Jorge Illueca, expresidente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, criticó en una

serie de artículos el Arreglo Complementario Salas-Becker, calificándolo como perjudicial para la soberanía panameña y negativo para el desarrollo económico, ya que somete a Panamá a la intervención de funcionarios estadounidenses en temas de jurisdicción y uso de territorio y espacio aéreo. Illueca (2008) argumenta que este convenio, por tratar temas de soberanía y seguridad, debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa.

Sobre el Convenio Alemán Zubieta-Becker, el citado autor cuestiona los privilegios e inmunidades otorgados a empleados estadounidenses y la cláusula que impide resolver disputas en tribunales internacionales. Critica también la autoridad del administrador del Canal, Alemán Zubieta, para firmar un acuerdo que renuncia a estas protecciones legales, y señala que cualquier acuerdo de protección al Canal requiere la aprobación legislativa y referéndum nacional, como establece la Constitución Política (1994) en su artículo 319.

Finalmente, Illueca (2008) considera que los acuerdos Alemán Healy-Becker, Salas-Becker y Alemán Zubieta-Becker representan un retroceso en las conquistas soberanas alcanzadas en los Tratados Torrijos-Carter, pues fueron negociados sin transparencia y sin cumplir el requisito constitucional de someterse a la Asamblea Legislativa.

En un artículo en La Estrella de Panamá, González (2010) argumenta que el Estado panameño no puede obligarse en tratados internacionales sin la aprobación de la Asamblea Nacional, ya que esta representa la voluntad popular y ejerce control político sobre el Ejecutivo. El citado autor critica el uso de acuerdos simplificados, que evaden este control al perfeccionarse solo con

la firma del presidente o del ministro de Relaciones Exteriores, y señala su potencial inconstitucionalidad, especialmente si no están respaldados por un tratado marco o si, en esencia, son tratados.

El autor antes citado plantea varias preguntas sobre los límites de estos acuerdos, cuestionando si basta con que el Ejecutivo califique un acuerdo como simplificado para excluirlo de la aprobación legislativa y si esta práctica puede ser sometida a control político o constitucional. Además, cuestiona hasta qué punto el Ejecutivo puede comprometer al Estado mediante acuerdos simplificados, sin intervención de la Asamblea, especialmente cuando afectan derechos fundamentales.

Por su parte, Vargas (2024) comenta en su última obra en relación con los acuerdos en forma simplificada:

Estos convenios no han surtido el necesario control del Órgano Legislativo, tal como lo prevé la Constitución Política. La excusa ha consistido en que se trata de acuerdos de ejecución simplificada y no tienen que someterse a la aprobación legislativa, como si el texto constitucional permitiera tal conducta gubernamental. Por el contrario, la Carta Magna exige que todo tratado, convenio, acuerdo o arreglo internacional, antes de su ratificación, debe ser aprobado por el Órgano Legislativo. Lo demás es artilugio jurídico o embeleo político para impedir que entendimientos onerosos para la nación panameña sean expuestos al escrutinio público y se sepan las verdades de su contenido, que le otorgan potestades a los

Estados Unidos de América que, por Constitución y ley, están reservadas a la República de Panamá. (p. 110)

Ahora bien, si analizamos detenidamente algunas de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia referente a los acuerdos simplificados, veremos que existe en nuestro más alto tribunal de justicia un conocimiento laxo del Derecho Internacional y una falta de rigor al analizar la figura de los acuerdos simplificados en Panamá. Para demostrar esta afirmación pasaremos a revisar dos fallos de la Corte Suprema de Justicia relativo al control constitucional de los acuerdos simplificados.

### **2.1. El Convenio de Donación (1990)**

En primer lugar, tenemos el Convenio de Donación (1990) entre Panamá y Estados Unidos, estableciendo una donación de hasta \$243.85 millones para el Programa de Recuperación Económica de Panamá, condicionado a la implementación de ciertas políticas económicas.

Celebrado como un acuerdo simplificado, el convenio evitó el proceso de ratificación legislativa, lo que generó controversia y una demanda de inconstitucionalidad presentada por la firma Morgan & Morgan. Los demandantes alegaron que el acuerdo violaba artículos de la Constitución Política (1983) 153.3 y 179.9, los cuales exigen la aprobación de la Asamblea Legislativa para todos los tratados y convenios internacionales. (Corte Suprema de Justicia, 1991)

La Corte Suprema Justicia (1991) en sentencia del 13 de junio, abordó el concepto de acuerdos simplificados, señalando que estos permiten una formalización inmediata sin necesidad de intervención del jefe de Estado ni del cumplimiento estricto de procedimientos

constitucionales, y son aplicables solo a temas de competencia exclusiva del Ejecutivo. La Corte estableció que estos acuerdos no pueden modificar ni derogar leyes, ya que esta función es potestad de la Asamblea Legislativa.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia (1991) declaró que el Convenio de Donación no era inconstitucional, argumentando que las obligaciones del acuerdo podían ser cumplidas exclusivamente por el Ejecutivo sin participación de otros órganos. Según la Corte, las disposiciones del convenio —como cartas, dictámenes y planes— estaban dentro de las facultades del Ejecutivo, lo cual validaba su celebración como un acuerdo simplificado y confirmaba su constitucionalidad.

Ahora veamos algunas de las exigencias que el Convenio de Donación (1990) le impone al Estado panameño que invalidan el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia:

- a. La normalización de las relaciones con las instituciones financieras internacionales (IFIs) entre las cuales encontramos: Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo
- b. Carta que establezca que Panamá ha destinado 130 millones de dólares para liquidar morosidades con las IFIs.
- c. Carta identificando las primeras empresas públicas que serán privatizadas según el programa económico del donatario y un plan para llevar a cabo estas privatizaciones.
- d. Plan para reducir los aranceles de importación, eliminar restricciones comerciales cuantitativas y reducir el número de productos sujetos a control de precios, mejorando las políticas

comerciales y mercantiles.

- e. Evidencia de que el donatario ha llegado a un acuerdo con el Gobierno de los Estados Unidos para el intercambio de registros de transacciones internacionales de cambio en relación con investigaciones y procedimientos sobre narcotráfico, y de progreso constante hacia la firma de un Tratado de Asistencia Legal Mutua.

Al analizar los requisitos expuestos, vemos que estos exceden las funciones constitucionales asignadas al Órgano Ejecutivo, en tanto que estos requisitos requieren la intervención de la Asamblea Legislativa para cumplir con las reformas políticas en finanzas, privatización, política laboral y comercial. Estas reformas demandaban la asignación de presupuesto estatal y la creación de nuevas leyes lo cual recae exclusivamente en el Legislativo. Además, el convenio incluía la exigencia de aprobar un Tratado de Asistencia Legal Mutua (TALM) en materia penal con Estados Unidos, lo cual también requería ratificación legislativa, y, de hecho, el TALM fue ratificado mediante la Ley 20 (1991).

## 2.2. El Convenio Salas-Becker (2002)

El Arreglo Complementario Entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América (2002), mejor conocido como *Salas-Becker*, establece la cooperación del Servicio de Guardacostas de Estados Unidos con el Servicio Marítimo Nacional de Panamá. Aunque su objetivo principal es el apoyo y asistencia marítima, su alcance va más allá del área marítima, extendiéndose al territorio continental de Panamá y su espacio aéreo, así como a operaciones en aguas internacionales que afectan a las naves mercantes de bandera panameña.

Su antecesor, el Arreglo entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de Panamá sobre el apoyo y asistencia por parte del servicio de Guardacostas de los Estados Unidos al Servicio Marítimo Nacional (1991), mejor conocido como el Convenio *Arias Calderón-Hinton* regulaba los operativos policiales marítimos bilaterales en las aguas territoriales de la República de Panamá.

El acuerdo Salas-Becker fue fuertemente criticado por supuestamente comprometer la soberanía nacional al ceder jurisdicción y omitir la aprobación legislativa requerida para tratados internacionales. En respuesta, el 11 de junio de 2008, el diputado Pedro Miguel González presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el acuerdo, señalando como hecho fundamental que el Convenio en cuestión no fue sometido al trámite de aprobación parlamentaria y que contiene cláusulas que vulneran las garantías del debido proceso penal.

La Corte Suprema de Justicia (2018), a través del fallo de 6 de diciembre de 2018 plantea que existen tipos de tratados, y realiza un análisis de la naturaleza del acuerdo demandado de inconstitucional para determinar si estamos ante un tratado formal o ante un acuerdo simplificado. Para ello, la Corte utilizó definiciones doctrinales de acuerdos simplificados, reconociendo su validez en el marco de la Convención de Viena (1969).

Concluyó que el Convenio *Salas-Becker* (2002) era efectivamente un acuerdo simplificado y un complemento del Convenio *Arias-Calderón-Hinton* (1991), con el objetivo de cooperar en la lucha contra el tráfico ilícito en el espacio marítimo y aéreo de Panamá, así como en operaciones en aguas internacionales.

(Corte Suprema de Justicia, 2018)

Al respecto, la Corte confunde las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado con el concepto mismo de tratado. Según el derecho internacional, la forma en la que un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por una norma internacional es competencia exclusiva de dicho Estado. Por tanto, a cada Estado le corresponde decidir, mediante su derecho interno, generalmente a través de su Constitución, el mecanismo mediante el cual se va a comprometer con una norma internacional y en Panamá la Constitución es clara estableciendo que es necesaria la intervención tanto del poder ejecutivo como del legislativo mediante el acto de aprobación.

La Corte sostuvo que el Convenio Salas-Becker era un instrumento internacional válido y que, aunque no cumplía con los procedimientos de un tratado solemne, su naturaleza de acuerdo simplificado lo hacía legítimo bajo el derecho internacional (CVDT). La sentencia indicó la necesidad de analizar en profundidad los alcances de tales acuerdos. En este contexto, la Corte recurrió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que ha abordado en detalle los requisitos y limitaciones de los acuerdos simplificados.

En el Auto 288/10, la Corte Constitucional de la República de Colombia (2010) estableció ciertos postulados que considero importantes sobre acuerdos simplificados:

- Los tratados internacionales son independientes de su denominación formal
- Los acuerdos celebrados mediante procedimiento simplificado pueden versar sobre asuntos de gran trascendencia, y que

- en dichos casos deben sujetarse al trámite constitucional propio de todo tratado
- Son herramientas legítimas en la cooperación internacional, pero **deben respetar el marco de un tratado principal que haya sido ratificado bajo los rigores constitucionales**. Por tanto, estos acuerdos no pueden exceder, ampliar ni modificar las obligaciones del tratado principal ni deben incorporar temas que sobrepasen la competencia del presidente como director de las relaciones internacionales.

En tal sentido la jurisprudencia colombiana ha desarrollado criterios para determinar si un acuerdo simplificado ha desbordado la órbita de su tratado marco que lo autoriza. Estos incluyen que el acuerdo debe desarrollar directamente un tratado vigente, no debe asumir compromisos adicionales ni alterar las obligaciones del tratado principal, y debe corresponder a materias exclusivas del presidente. También se debe evitar que los acuerdos modifiquen sustancialmente el contenido del tratado original sin las formalidades constitucionales requeridas.

Ahora bien, si analizamos el Convenio *Arias Calderón-Hinton* (1991), podemos constatar que este acuerdo entró en vigor al momento de la firma, lo que lo clasifica como un acuerdo celebrado mediante un procedimiento simplificado. Debido a esto, no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional Colombiana (citada por la Corte Suprema de Panamá) para ser considerado un acuerdo marco. Según estos criterios, el acuerdo marco debe haber sido ratificado bajo los rigores constitucionales. Por tanto, el acuerdo *Salas-Becker* no podría ser válido, toda vez que el acuerdo marco que lo autoriza es también un acuerdo celebrado mediante procedimiento simplificado.

En relación al contenido de ambos acuerdos, el convenio *Arias Calderón-Hinton* (1991) estableció la cooperación entre el Servicio de Guardacostas de Estados Unidos y el Servicio Marítimo Nacional de Panamá para la vigilancia de las aguas territoriales panameñas. Dentro de sus disposiciones, incluyó el suministro de naves patrulleras y el entrenamiento del personal panameño. Las operaciones conjuntas requerían la presencia de al menos dos funcionarios panameños a bordo de las embarcaciones estadounidenses, asegurando que se cumplieran las leyes nacionales.

Además, se establecía que el Servicio de Guardacostas de EE.UU. solo proporcionaría asistencia sin ejercer jurisdicción y que las embarcaciones norteamericanas no podrían patrullar las aguas panameñas de manera independiente, debiendo ondear la bandera panameña. Cualquier abordaje a embarcaciones debe ser realizado únicamente por personal panameño, garantizando la soberanía del país en sus aguas.

Por otro lado, el Convenio *Salas-Becker* otorgaba una serie de beneficios, inmunidades y facultades a funcionarios del gobierno de los Estados Unidos. Se les permitiría entrar en aguas panameñas para investigar, detener y asegurar embarcaciones sospechosas, así como perseguir aeronaves en el espacio aéreo del país. Además, las embarcaciones estadounidenses podrían viajar temporalmente en puertos panameños para abastecimiento y otras necesidades logísticas. También se establecía la posibilidad de embarque y desembarque de oficiales estadounidenses en instalaciones aéreas panameñas, permitiendo la presencia de personal militar uniformado en aeropuertos internacionales con multas logísticas y operativas.

Adicionalmente, el Salas-Becker otorga a los Estados Unidos la facultad de registrar naves en aguas territoriales e internacionales y utilizar la fuerza armada en ciertos casos. También permitiría el patrullaje de embarcaciones estadounidenses en aguas panameñas y el sobrevuelo de aeronaves norteamericanas en el espacio aéreo del país. Además, Estados Unidos obtenía prioridad para ejercer jurisdicción sobre embarcaciones o aeronaves detenidas y podía solicitar a Panamá que declinara su jurisdicción. Se establecía, además, que cualquier diferencia entre ambos países sería resuelta exclusivamente mediante consultas bilaterales, excluyendo otros mecanismos internacionales. Asimismo, el acuerdo permitía la participación de terceros Estados en operaciones conjuntas.

El análisis del Convenio *Salas-Becker* (2002) revela que este excede categóricamente las obligaciones del Convenio *Arias Calderón-Hinton* (1991) al modificar y ampliar su

alcance, lo cual cuestiona el intento de la Corte Suprema de Panamá de justificar los acuerdos simplificados mediante paralelismos con la jurisprudencia colombiana. Esta extrapolación de conceptos del derecho comparado, sin una comprensión adecuada de los acuerdos simplificados, revela una falta de rigor jurídico por parte de la Corte en su deber de proteger la Constitución. Esta falta de precisión es especialmente grave cuando implica la cesión de jurisdicción, beneficios e inmunidades que afectan la soberanía y el honor nacional.

Finalmente, la Corte concluye que la aprobación del Arreglo Complementario Salas-Becker no vulnera la Constitución, al considerarlo un acuerdo simplificado y no un tratado solemne, por lo que no requiere las mismas formalidades de aprobación. Así, la Corte instrumentalizó el concepto de acuerdos simplificados, reinterpretando la Constitución, limitando el rol constitucional de control político que ejerce la Asamblea Nacional.

## Conclusiones

El análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia panameña revela que, ante la falta de un marco normativo claro, la Corte ha intentado delimitar el uso y alcance de los acuerdos simplificados mediante una línea jurisprudencial basada en doctrina y jurisprudencia extranjera. Sin embargo, esta interpretación judicial carece de consistencia y no defiende adecuadamente principios constitucionales.

Además, la Corte ha fallado en crear un mecanismo efectivo de recepción de tratados y acuerdos simplificados que contribuya a un sistema de control político sobre las decisiones del Ejecutivo en política exterior. En cambio, el actual régimen permite al Ejecutivo utilizar los acuerdos simplificados como una vía para evadir la aprobación parlamentaria, desvirtuando el rol fiscalizador del Legislativo en un Estado constitucional de derecho.

Cada Estado sigue sus propias normas constitucionales para manifestar consentimiento en tratados, lo cual es fundamental en un Estado constitucional de derecho. En este sentido, el control político y la separación de poderes son principios esenciales para garantizar el equilibrio y la transparencia en el ejercicio del poder, permitiendo al Legislativo revisar y supervisar las decisiones del Ejecutivo. La configuración actual de los acuerdos simplificados, que evita el control parlamentario, erosiona esta separación de

poderes y convierte al Ejecutivo en un actor sin contrapesos en la política exterior.

Si bien los acuerdos simplificados son útiles y necesarios en el ámbito internacional para facilitar la gestión diplomática, en la práctica panameña se han convertido en un instrumento que el Ejecutivo puede utilizar para evitar el control político. Esta situación plantea serias preocupaciones sobre la capacidad de supervisión del Legislativo y el respeto a principios constitucionales, ya que la Corte ha interpretado que dichos acuerdos no requieren ajustarse de manera estricta a las exigencias constitucionales. Esta interpretación debilita la función de la Corte como guardiana de la Constitución y como límite al poder ejecutivo.

Es imperativo establecer una regulación positiva que delimite claramente el uso y los alcances de los acuerdos simplificados. La falta de un marco normativo específico ha llevado a que la Corte permita que estos acuerdos se utilicen para eludir el control legislativo y comprometer la soberanía del Estado sin supervisión adecuada. Una regulación clara contribuiría a restablecer el equilibrio y el respeto por la supremacía constitucional, asegurando que el ejercicio del poder en las relaciones internacionales esté sujeto a los mismos controles y restricciones que rigen el resto de actos dentro del sistema constitucional panameño.

## Referencias bibliográficas

- Allard , B. (2018). La Invasión de Panamá de 1989 y el fin de la bipolaridad. *Tareas*(159), 129-140.
- Arreglo Complementario Salas-Becker. Panamá - Estados Unidos. 5 de febrero de 2002, Gaceta Oficial de la República de Panamá N°24492 de 15 de febrero de 2002.
- Arreglo Arias Calderón-Hinton. Panamá - Estados Unidos. 18 de marzo de 1991, Gaceta Oficial de la República de Panamá N°21764 de 12 de abril de 1991.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 23 de mayo de 1969. [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf)
- Constitución Política de la República de Panamá (2004), 15 de noviembre de 2004, Gaceta Oficial de la República de Panamá N°25176, (Panamá).
- Constitución Política de la República de Panamá (1983), 20 de mayo de 1983, Gaceta Oficial de la República de Panamá N°19815, (Panamá).
- Constitución Política de la República de Panamá (1994), 24 de octubre de 1994, Gaceta Oficial de la República de Panamá N°22650, (Panamá).
- Convenio de Donación. Panamá - Estados Unidos. 3 de julio de 1990. Gaceta Oficial de la República de Panamá N°21581 de 17 de julio de 1990.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Auto 288-10 (M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio; 17 de agosto de 2010).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Demanda de Inconstitucionalidad contra el Convenio OIRSA. (M.P. Raúl Trujillo Miranda; 10 diciembre de 1993). (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Demanda de Inconstitucionalidad contra el Convenio de Donación. (M.P. Aura E. Guerra de Villalaz; 13 de junio de 1991). (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Consulta de Inconstitucionalidad sobre exoneración de impuesto sobre la renta. (M.P. José Manuel Faúndes; 14 de enero de 1994). (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Demanda de Inconstitucionalidad contra el Convenio Salas-Becker. (M.P. Abel Augusto Zamorano; 6 de diciembre de 2018). (Panamá).
- González, R. (9 de diciembre de 2010). El debate constitucional sobre los acuerdos simplificados. *La Estrella de Panamá*.
- Guerra, C. I. (2024). *La Constitucionalidad de los Acuerdos en Forma Simplificada en el Ordenamiento Jurídico Panameño*. Panamá: [Tesis de licenciatura, Universidad Católica Santa María La Antigua].
- Illueca, J. (2008). *Al socaire*. Panamá: Editora Sibauste, S.A.
- González, R. (2010, diciembre 5). El debate constitucional sobre los acuerdos simplificados. *La Estrella de Panamá*. <https://panaletras.wordpress.com/category/gonzalez-m-rigoberto/>
- Ley 6, 1980. Por la cual se adicionan, modifican y se derogan, algunos artículos del Decreto Ley No. 16 de 30 de junio de 1960, modificado por el Decreto Ley No. 13 de 20 de septiembre de 1965, sobre Migración. Gaceta Oficial de la República de Panamá N°19031 de 19

- de marzo de 1980, (Panamá)
- Ley 11, 1907. Por la cual se concede una autorización al Poder Ejecutivo. Gaceta Oficial de la República de Panamá N°444 de 1 de mayo de 1907, (Panamá)
- Ley 20, 1991. Por la cual se aprueba el TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN ASUNTOS PENALES, firmado en Panamá, el 11 de abril de 1991. Gaceta Oficial de la República de Panamá N°21837 de 25 de julio de 1991, (Panamá)
- Pantoja, C. G. (2016). Los tratados en forma simplificada. *Revista Costarricense de Política Exterior*, 61-83. Obtenido de <http://www.rree.go.cr>
- Shaw, M. (2021). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Torres, A. (2014). Consideraciones Sobre la Conceptualización de los Tratados Ejecutivos. *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*.
- Vargas, O. (2022). Los Tratados y la Constitución Nacional. *IUSTITIA et PULCHRITUDO*, 3(1), 43-80.
- Vargas, O. (2024). Los acuerdos en forma simplificada y su incidencia en Panamá. Panamá: Procuraduría de la Administración.

## Carlos Ivan Guerra Barahona

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA), graduado con honores. Autor de la tesis titulada “La Constitucionalidad de los Acuerdos en Forma Simplificada en el Ordenamiento Jurídico Panameño”. Ganador del concurso al mejor ensayo jurídico de la Facultad de Derecho de la USMA, La Pluma Dorada, y exdirector de la revista jurídica

estudiantil El Digesto. Cuenta con más de dos años de experiencia en el Órgano Judicial, habiendo laborado en el Juzgado Decimosexto de Circuito Civil y actualmente en la Corte Suprema de Justicia, en el Despacho del Magistrado Carlos Alberto Vásquez. Realizó una pasantía en la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee (Alcogal).

## Aspectos básicos de la interculturalidad y la pluriculturalidad: su impacto en las fuentes del Derecho privado costarricense en relación con el Derecho consuetudinario indígena

### Basic aspects of interculturality and pluriculturalism: their impact on the sources of Costa Rican private law in relation to Indigenous customary law

**Ruth Alpízar Rodríguez**

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

República de Costa Rica

[ruth.alpizar@ucr.ac.cr](mailto:ruth.alpizar@ucr.ac.cr)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2885-1245>

*Recibido: octubre 2024*

*Aprobado: marzo 2025*



#### Resumen

El principio de interculturalidad está presente en tratados internacionales ratificados por Costa Rica desde hace varias décadas, pero es hasta épocas recientes que ha empezado a tener la importancia y respeto que amerita. Con la reforma constitucional del 2015, que reconoce expresamente es Costa Rica una nación multiétnica y pluricultural, se resalta aún más la importancia de dimensionar su vínculo con las fuentes normativas y el Derecho consuetudinario indígena. También cambia el paradigma con base en el cual se analizaba y asignaba valor a la costumbre como fuente no escrita del ordenamiento jurídico costarricense. El peritaje cultural resulta ser una herramienta fundamental para su debida aplicación.

#### Abstract

The principle of interculturality has been present in international treaties ratified by Costa Rica for several decades, but it is until recent times that it has begun to have the importance and respect it deserves. And with the constitutional reform of 2015, which recognizes that we are a multi-ethnic and multicultural country, the importance of dimensioning its link with normative sources and indigenous customary law is further highlighted. The paradigm on the basis of which custom was analyzed and valued as an unwritten source of the Costa Rican legal system also changes. Cultural expertise turns out to be a fundamental tool for its proper application.

### Palabras claves

Costumbre, fuentes normativas, peritaje cultural, interculturalidad, indígenas.

### Keywords

Custom, normative sources, cultural expertise, interculturality, indigenous.

### Introducción

Por la hegemonía cultural imperante en nuestro país, durante muchos años, se han estudiado y reconocido las fuentes normativas del Derecho Privado conforme a lo estipulado en el Título Preliminar del Código Civil (CC, 1885) (apartado incluido mediante reforma desde 1986) y el Código de Comercio (CCo, 1964).

En las últimas décadas, las personas operadoras jurídicas, especialmente quienes se desempeñan en los tribunales jurisdiccionales, han tenido que replantearse las reglas básicas tradicionalmente reconocidas sobre el tema, cuando está de por medio el principio de interculturalidad, específicamente en lo que corresponde al valor y jerarquía de la costumbre como fuente de derecho y su importancia en la solución de conflictos relacionados con poblaciones indígenas. Aunque el tema no atañe solo a estas poblaciones, en función de tales se desarrolla este breve ensayo. Al respecto, en Costa Rica habitan y conviven, entre otras comunidades étnicas, ocho pueblos indígenas distribuidos en 24 territorios.

La interculturalidad plantea la necesidad de reconocer las diversidades culturales que existen en las sociedades, a efectos de promover la convivencia pacífica y respetuosa entre grupos cultural y socialmente distintos, a través del diálogo asertivo y el respeto mutuos y se materializa

en la incorporación de conductas, y la eliminación de barreras actitudinales basadas en prejuicios étnico-raciales, que impiden un efectivo acceso a la justicia de las personas afrodescendientes, así como en un reconocimiento positivo de la diversidad humana como elemento de la riqueza existente en un Estado multiétnico y pluricultural como el costarricense. (Circular 176-2015 de Corte Plena, Poder Judicial de Costa Rica: Política Institucional para el Acceso a la Justicia de Personas Afrodescendientes del Poder Judicial y su Plan de Acción).

Resulta por ende relevante resaltar algunos aspectos básicos, a manera de primer acercamiento o análisis preliminar, con el fin de propiciar herramientas que faciliten su estudio y aplicación a las personas operadoras jurídicas y que también puedan servir de apoyo para una investigación más profunda de sus alcances y consecuencias. Con ese fin, se presenta un resumen de la importancia del principio de interculturalidad, de la normativa básica sobre la costumbre como fuente en relación con el Derecho consuetudinario indígena, y del uso de un instrumento fundamental para su conocimiento y tutela, como lo es el “peritaje cultural”.

Pero antes de examinar los aspectos indicados, es necesario puntualizar cómo se ha conceptualizado tradicionalmente la

jerarquía de fuentes normativas con base en el Código Civil (CC) (1885) y el Código de Comercio (CCo) (1964).

Téngase presente que existen tanto fuentes escritas como no escritas. El Código Civil (1885), en su artículo 1 establece el principio de jerarquía normativa. En relación con las fuentes escritas, la norma de mayor rango se determina por el órgano legalmente competente para emitirla (artículo 2). Las fuentes no escritas (costumbres, usos y principios generales), se usan de manera supletoria (artículos 3, 4 y 8). Conforme a lo indicado, la jerarquía es la siguiente:

1. Constitución Política (CP).
2. \* Tratados internacionales debidamente ratificados (CP artículos 7 y 48; CC artículo 5). Sin embargo, según jurisprudencia constitucional costarricense, cuando ellos versan sobre derechos humanos o sobre derechos fundamentales y concedan mayores garantías que las contenidas en la CP, tendrán rango **supra constitucional** (resoluciones de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia 3705.1993, 5759.1993 y 3435.1992).
3. Leyes (emitidas por la Asamblea Legislativa) (CP artículos 195, 121.1 y 129).
4. Decretos ejecutivos (normas reglamentarias emitidas por el Poder Ejecutivo para facilitar la aplicación de las leyes) (CP artículo 140.3).
5. Otras normas escritas de menor rango.
6. Costumbre, usos y principios generales del Derecho (CC artículos 1, 3 y 4; Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 8, 1937, artículo 5). Pero estas fuentes se aplican, según la normativa del CC solo de manera supletoria (en defecto de ley aplicable), aunque también sirven para interpretar,

delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

El Código de Comercio (1964), en sus artículos 1 a 3, establece la jerarquía de fuentes que deben considerarse para solucionar los conflictos relacionados con actos y contratos comerciales. La costumbre se aplica de manera supletoria cuando no existe norma escrita y también sirve como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles, es decir, para interpretarlos.

En ambos códigos la costumbre es fuente supletoria y sirve para integrar o interpretar las normas escritas. Esa es la regla general usualmente reconocida y aplicada. También se establecen requisitos para que la costumbre sea fuente normativa, especialmente relacionados con su demostración.

Pero tratándose de conflictos que deben resolverse a través del Derecho consuetudinario, la jerarquía cambia. La costumbre pasa entonces a tener rango prioritario. Pero ello no fue contemplado en ninguna norma escrita que regulase el tema de las fuentes normativas, precisamente por la invisibilidad de las poblaciones indígenas y su cultura; problema que históricamente ha sucedido en Costa Rica, especialmente en lo que respecta al plano jurídico normativo formal (legislación local).

Tal escenario suscitó que, en el ámbito académico, no se estudiase el tema debidamente y, en general, el desconocimiento de la importancia de la costumbre y de las reglas del Derecho consuetudinario indígena. La situación ha empezado a cambiar en las últimas décadas, pero sigue siendo una tarea en proceso, que enfrenta retos y dificultades

derivados de los factores históricos, la hegemonía cultural y la pérdida de identidad de las poblaciones indígenas. A ello debe agregarse que la prueba de la costumbre, en relación con el tema, implica obstáculos adicionales.

Por ello, es necesario que se reconozca que existen ámbitos en los cuales las reglas tradicionalmente aceptadas se atemperan o cambia su jerarquía. Aunque no en relación con el Derecho consuetudinario indígena, es un fenómeno que ya ha sido resaltado en relación con otras circunstancias. Torrealba (2019) resalta el cambio de paradigma sobre las fuentes del derecho y apoya que ya no existe una pirámide, sino una red. Señala sobre el artículo 1 del Código Civil (1885) que "... este modelo no refleja fielmente la realidad en los tiempos que corren, caracterizado por la coexistencia de múltiples y heterogéneos sistemas normativos" (p. 38).

Precisamente, el principio de interculturalidad es la base que permite reconocer que, tratándose del derecho consuetudinario indígena, las fuentes normativas, en cuanto su jerarquía, son diferentes a las establecidas en las leyes escritas o formales locales generales más relevantes, como lo son, por ejemplo, el Código Civil (1885) y el Código de Comercio (1964). En los cuales, además, por la fecha de su promulgación y los factores históricos, era impensable siquiera una reflexión sobre la situación referida. Son los tratados internacionales los que contienen normas, y pese a que están ratificados desde hace varias décadas, no se dimensionó adecuadamente sus alcances en relación con el principio citado. A esto cabe agregar que, de manera reciente y como efecto jurídico, la reforma constitucional del 2015 permite reconocer la existencia de una "red de fuentes normativas"

que debe conocerse y respetarse en función de la diversidad cultural.

Dicha reforma agregó a la Constitución Política (1949), artículo 1, el reconocimiento de que somos una nación "multiétnica y pluricultural" (Ley 9305, 2015).

Este reconocimiento hace imperativa la elaboración, aprobación e implementación de políticas institucionales que visibilicen y reconozcan las diversas etnias y culturas que conforman Costa Rica. En el caso del Poder Judicial es fundamental el reconocimiento de las diversidades que conforman nuestro estado nación, y de sus particulares necesidades, a efecto de permitir un efectivo acceso a la justicia que permita el eficaz ejercicio de los derechos humanos económicos, políticos sociales y culturales (Circular 176-2015 de Corte Plena, Poder Judicial de Costa Rica: Política Institucional para el Acceso a la Justicia de Personas Afrodescendientes del Poder Judicial y su Plan de Acción).

En función de lo anterior, la Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica (Ley 9593, 2018) estableció en su artículo 2:

**Trato digno.** Toda persona indígena será tratada con respeto a su dignidad humana en razón de sus tradiciones culturales, lo cual se traducirá en acciones afirmativas que tendrán como fin que esta población tenga las mismas condiciones de igualdad que las demás personas. El incumplimiento de estas disposiciones será sancionado

conforme al procedimiento y las garantías establecidas en el título VII del régimen disciplinario previsto en la Ley N.07333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993.

Es necesario también puntualizar que la diversidad cultural es un tema que, aunque se reconozca y regule, no es fácil de respetar en la práctica, aun cuando se tenga conciencia de su relevancia. Son muchos años de hegemonía cultural, por lo que un cambio de paradigma no es una tarea fácil ni rápida de ejecutar. Se requiere compromiso para estudiar el tema desde la óptica de los derechos humanos, así como ética y un alto sentido de solidaridad para romper las barreras. Puede afirmarse incluso que, con base en la legislación local y la jurisprudencia nacional, ha sido más fácil el reconocimiento y la tutela de la diversidad natural o ecológica, que el respeto de todos los aspectos que conlleva la diversidad cultural, pese a ser un tema innegablemente relacionado con la dignidad humana.

Por la relevancia del tema, en la Declaración universal sobre la diversidad cultural, adoptada en la 31ª reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) el 2 de noviembre de 2001, artículo 4, se estableció:

**Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural.** La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto por la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas pertenecientes tanto a minorías como a pueblos

autóctonos. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.

### Principio de interculturalidad

Los principios de interculturalidad y de respeto a la dignidad humana resultan ser ejes esenciales para el reconocimiento eficaz y eficiente de los derechos humanos. El segundo ha sido analizado desde varias ópticas y se tutela de manera directa en tratados internacionales y en varias cartas magnas o constituciones políticas de países latinoamericanos y europeos. No siempre sucede así con el principio de interculturalidad. Por ello es necesario analizar brevemente sus alcances e importancia.

La palabra interculturalidad se refiere a las relaciones de intercambio y comunicación igualitarias entre grupos culturales que difieren en atención a criterios como etnia, religión, lengua o nacionalidad, entre otros. Por principio, el término no reconoce superioridad de una cultura sobre otra, independientemente de la relación entre mayoría-minoría. La interculturalidad apunta a construir una sociedad más democrática al visualizar, describir y valorar igualmente los modos de apropiación y reelaboración de significados entre diferentes grupos. Está referida a los procesos de interrelación y comunicación de saberes, códigos, patrones y valores entre diferentes grupos culturales, entendiendo que existe igualdad entre sujetos, independientemente de la posición que ocupen en el sistema. (Imaginario, 2020)

Para comprender los alcances del principio analizado es importante tener presente varios conceptos relacionadas con la cultura, la diversidad cultural y la “hegemonía cultural”. Estrada (2021) los conceptualiza así:

**Cultura:** se reconoce como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

**Cultura mayoritaria y culturas minoritarias:** las minoritarias corresponden a aquellos grupos marginados o vulnerables que viven a la sombra de la mayoritaria, que son poblaciones que tienen una ideología diferente y dominante. La posición no dominante de los grupos minoritarios no siempre deriva de una inferioridad numérica; con frecuencia tiene una dimensión cualitativa vinculada a las características culturales y socioeconómicas propias de la comunidad. Esas características pueden dar lugar a sistemas de valores y estilos de vida muy diferentes y hasta incompatibles con los de los grupos más dominantes de la sociedad.

**Multiculturalidad:** se refiere a la coexistencia de múltiples culturas que representan diversas etnias, nacionalidades y grupos etarios en un mismo espacio geográfico y social. Es necesario reconocer que esta diversidad cultural se encuentra en todo contexto y en cualquier parte del mundo.

**Pluriculturalidad:** forma de intervención positiva ante la diversidad

de la población. Implica la convivencia pacífica entre los diversos grupos culturales de la región sin que haya dominación de unos sobre otros. En este sentido, todas las culturas son reconocidas y se busca que sus derechos fundamentales sean respetados.

**Interculturalidad:** presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) define la interculturalidad con base en lo dispuesto en la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (Ley 8916, 2010), en su artículo 4.8: “Se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y a la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, a través del diálogo y del respeto mutuo”.

El término de interculturalidad puede confundirse fácilmente con el de multiculturalidad o pluriculturalidad. Aunque se relacionan semánticamente, no significan lo mismo. Los términos multiculturalidad o pluriculturalidad se refieren a la situación en la que diferentes culturas coexisten y hasta se influyen, pero esto puede ocurrir independientemente del reconocimiento mutuo o, incluso, independientemente de que las personas se relacionan entre sí. Diferentes grupos culturales pueden coincidir en un espacio-tiempo, pero sin existir comunicación entre ellos. En su lugar, el término interculturalidad se refiere a la interacción desde un enfoque igualitario entre las culturas o sectores diferentes de una sociedad, a la

relación. Es decir, es un término relacional. (Imaginario, 2020)

Los conceptos citados están estrechamente vinculados y obligan a reconocer que quienes habiten en un país que respete los derechos humanos, personas nacionales o extranjeras, aunque no sean iguales culturalmente, tienen los mismos derechos fundamentales, con las excepciones aceptadas internacionalmente referidas a los derechos políticos.

Sin embargo, la hegemonía cultural, entendiendo por tal la dominación histórica que en una sociedad determinada ha tenido un grupo sobre otro, imponiéndole su cosmovisión (creencias, percepciones, instituciones, valores, costumbres, etc.), ha creado barreras difíciles de romper. En el plano jurídico, esto es aún más complicado, si se mantiene la resistencia a aceptar que existe diversidad de sistemas normativos (red de fuentes), lo cual es una situación natural, intrínseca y positiva. Además, porque eso implica mayor estudio, y reflexión del tema e incluso reformas legislativas e institucionales.

Además, como lo explica Andrea Imaginario (2020), debe tenerse presente que, en el contexto de la interculturalidad, “las palabras mayoría o minoría no se refieren al número de individuos que conforman un grupo, sino al modo en que el poder es ejercido. Así, será "mayoría" aquel grupo que ejerza la hegemonía cultural, y será "minoría" el grupo que no tenga el control del poder”. Aspecto que en el plano jurídico es fundamental, dado que la institucionalidad y la legislación formal usualmente han sido diseñada e impuesta por el grupo que está ejerciendo la hegemonía cultural, sin tomar en cuenta ni reconocer la diversidad cultural.

La interculturalidad requiere aplicar una serie de reglas o principios derivados, que hacen de este un concepto complejo. Entre ellos (Imaginario, 2020):

1. Reconocimiento de la ciudadanía.
2. Reconocimiento del derecho a ejercer la identidad originaria de los pueblos.
3. Rechazo a las formas de imposición de la cultura hegemónica y marginación de la cultura minoritaria.
4. Comprensión de las culturas como fenómenos dinámicos.
5. Comunicación horizontal.

Todos estos principios son de igual importancia. Sin embargo, deben destacarse, para el tema que nos ocupa, el cuarto y el quinto. El cuarto implica la existencia de un sistema de fuentes propio del Derecho Consuetudinario, que es necesario conocer y estudiar para no imponer reglas ajenas a las poblaciones que se rigen por tal. El quinto requiere comprender el dinamismo de la cultura, en el sentido de que debe estarse actualizando la información permanentemente, dado que lo que hoy puede ser regla o costumbre, un tiempo después puede caer en desuso o variar. También exige respetar que las diversas poblaciones o comunidades indígenas tienen sus propias costumbres internas, por lo que no debe aplicarse lo que es válido para una en otra, sin confirmar que coincidan en su práctica.

El principio de interculturalidad se convierte así en una herramienta para la reivindicación, en el plano jurídico, de la dignidad humana. Resulta de la combinación de los principios de igualdad material (CP, artículo 33) y de respeto a la diversidad cultural (CP, artículo 1). La Ley de Planificación Nacional (Ley 5525, 1974), en su artículo 9, reconoce también que la sociedad costarricense es multiétnica

y pluricultural, por lo que deben tomarse las medidas para respetar esta situación.

Su respeto conlleva comprender y aceptar las diferencias culturales, cuando se pretende dar solución jurídica a los conflictos, tomando en cuenta variables de tipo histórico, político, cultural, antropológico, ambiental, religioso, entre otras, como se dispone en la Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, (Ley 9593, 2018), artículos 1 y 8.

### **Costumbre y Derecho consuetudinario indígena**

La costumbre, como fuente de derecho, es el elemento principal del régimen o sistema que se reconoce como Derecho consuetudinario.

Los usos y las costumbres son hechos que, a base de repetición, se transforman en normas. A partir de datos recogidos de la observación fáctica de la conducta típica de un grupo humano, se extraen cánones deónticos (o deber ser): un modelo de conducta que, en un determinado ámbito intersubjetivos, son considerados como normales y correctos (Torrealba, 2019, p. 42)

Pero cuando hablamos de Derecho consuetudinario, estamos hablando de algo más amplio, dado que es un concepto que relaciona la costumbre con la cosmovisión (manera de ver e interpretar el mundo) y los valores. No se trata entonces de una pauta aislada o específica, sino de un sistema integral de reglas, por medio del cual se dan soluciones a las controversias en los diversos ámbitos de la vida. Dicho sistema se caracteriza por su transmisión oral y por su relación con la identidad social de la comunidad. Tratándose de poblaciones indígenas, se enfoca en derechos colectivos, en

la solidaridad grupal, en trámites flexibles y en el respeto del equilibrio ambiental. Es además un derecho dinámico, en continua evolución.

Las leyes consuetudinarias son fundamentales para la identidad de los pueblos indígenas y las comunidades locales, ya que definen los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los miembros en relación con importantes aspectos de sus vidas, culturas y visión del mundo. El Derecho consuetudinario puede guardar relación con el uso y el acceso a los recursos naturales, los derechos y las obligaciones relacionados con la tierra, la herencia y la propiedad, el desarrollo de una vida espiritual, el mantenimiento del patrimonio cultural y los sistemas de conocimiento, así como otros muchos asuntos...

El Derecho consuetudinario es un conjunto de costumbres, prácticas y creencias que los pueblos indígenas y las comunidades locales aceptan como normas de conducta obligatorias y que forma parte intrínseca de sus sistemas sociales y económicos y su forma de vida. Lo que caracteriza al Derecho consuetudinario es precisamente que consiste en un repertorio de costumbres reconocidas y compartidas colectivamente por una comunidad, pueblo, tribu, etnia o grupo religioso, por oposición a las leyes escritas que emanan de una autoridad política legalmente constituida cuya aplicación incumbe a la autoridad, generalmente al Estado (OMPI, 2021).

La costumbre pasa entonces a ser fuente principal para la solución de los conflictos relacionados con las poblaciones indígenas.

Deja de ser fuente supletoria o instrumento de interpretación o integración. Pero se requieren dos condiciones para la validez de su aplicación:

- a) **Que la costumbre no sea contraria a los derechos humanos ni fundamentales.** La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en resolución 15638 de 21.09.2010, declaró contrarias a los derechos fundamentales decisiones adoptadas por entidades internas de las comunidades indígenas sobre la afiliación o desafiliación a las Asociaciones de Desarrollo Integral que las representaban.
- b) **La efectiva demostración de la costumbre invocada.** Tema complejo, que amerita un análisis profundo, por lo que solo se hará referencia breve a la importancia del peritaje cultural como herramienta para ello.

El respeto y prioridad de la costumbre indígena se fundamenta en el artículo 1 constitucional (reformado en el 2015), en los convenios internacionales que se enlistan (con vigencia anterior a esa reforma) y en la legislación local posterior de los últimos años, que reconocen el principio de autodeterminación de estos pueblos y el derecho a que resuelvan sus controversias a través de sus costumbres.

Se citan algunos de los cuerpos normativos más relevantes al respecto, según su orden de vigencia:

- Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo (1957),

Poblaciones Indígenas y tribales (Ley 2330, 1959), artículos 4 y 7. Reconoce expresamente que al definirse los derechos y las obligaciones de las poblaciones indígenas se debe tomar en consideración su Derecho consuetudinario y garantizarles el poder mantener sus propias costumbres o instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

- Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (1989), Pueblos indígenas y tribales en países independientes (Ley 7316, 1992), artículos 5-a y b, 8, 9, 13. Dispone que al aplicarse la legislación nacional a los pueblos indígenas se deberán considerar sus costumbres o su Derecho consuetudinario. Dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- Constitución Política (1949), artículos 1, 33 y 41. En el primero se reconoce es Costa Rica una nación pluriétnica y multicultural (2015). Las otras normas regulan el principio de igualdad material y el de justicia pronta y cumplida de conformidad con las leyes.
- Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica (Ley 9593, 2018): artículos 1 y 8. El primero establece que los conflictos deben resolverse tomando en consideración el derecho indígena, siempre y cuando no transgreda los derechos humanos, y su cosmovisión.

El segundo regula lo relativo al peritaje cultural como herramienta para conocer las costumbres, las tradiciones y los conceptos normativos de estos pueblos.

- Código Procesal Agrario (Ley 9609, 2018), artículos 48-10 y 221. Tratándose de asuntos referidos a personas y comunidades indígenas, sus poblaciones y territorios, en la aplicación de la normativa procesal debe tomarse en cuenta el Derecho indígena, sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales. Se utilizarán dictámenes periciales culturales y los métodos a los que recurren tradicionalmente, para la solución de sus conflictos. Lo anterior, siempre que no se infrinjan derechos fundamentales.

Dos instrumentos internacionales de obligada referencia sobre el tema son:

- Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2007). Todo su contenido es relevante en relación con el Derecho consuetudinario, pero destacan los artículos 34 y 35, que decretan que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos; así como a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.
- Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA, 2016): Al igual que la anterior, todo su

contenido es trascendente, pero destaca particularmente el artículo XXII, que dice:

Derecho y jurisdicción indígena:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.
2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.
4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

También existen circulares internas del Poder Judicial costarricense, emitidas por la Corte Suprema de Justicia (Corte Plena) o por el Consejo Superior, que resaltan la debida tutela del Derecho consuetudinario indígena. Entre ellas:

- Circular 32-2021 de 12.02.2021: Lineamientos para las personas servidoras judiciales en relación con las Medidas Cautelares 321-12 de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos contra el Estado, y aplicación de la normativa internacional de derechos humanos a personas indígenas.

- Circular 227 del 12.10.2020: Lineamientos para la realización de puestas en posesión y desalojos de personas en situación de vulnerabilidad o vulnerabilizadas, entre otras, pertenecientes a pueblos indígenas, en situación de discapacidad, adultas mayores y menores de edad.
- Circular 188 de 17.10.2019: Modificación a la circular 123-2019 Sobre los 21 ejes de acción recomendados por Comisión de Acceso a la Justicia con ocasión del cumplimiento de las Medidas Cautelares N°321-12 del 30 de abril de 2015 establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Costa Rica.

En sus lineamientos, se promueve el otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que diferencian las poblaciones indígenas del resto de la colectividad y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su Derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra. De igual modo se prioriza el respeto de los mecanismos indígenas internos de decisión de controversias que estén en armonía con los derechos humanos, según los estándares internacionales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam, sentencia de 25 de noviembre de 2015, reiterados en el caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina y las disposiciones de la Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica.

También se insiste en que se debe garantizar el acceso a la justicia a la población indígena tomando en consideración sus condiciones étnicas, socioeconómicas y culturales, aplicando el Derecho Indígena -siempre y cuando no transgreda los derechos humanos- así como sus costumbres y cosmovisión, conforme a la normativa nacional e internacional, en especial, de la Constitución Política (1949), el artículo 1, que declara a Costa Rica como una República multiétnica y pluricultural. De ser necesario podrá requerirse un peritaje antropológico, para garantizar, proteger y tutelar los derechos humanos de estos pueblos, conforme lo dispone la Ley de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas de Costa Rica.

Sobre lo comentado, destacan los precedentes judiciales en los cuales se garantiza el Derecho consuetudinario indígena. Por ejemplo:

**Sala Constitucional, resolución 3003.1992 (consulta preceptiva del Convenio 169 OIT)**

Es... necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado -lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos solo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo.

**Sala Constitucional, resolución 20139.2014**

De la propia Constitución Política se infiere un principio de reconocimiento

de los pueblos indígenas, sustentado en la idea de protección estatal para lograr preservar su cultura, el cual es reafirmado en Tratados Internacionales debidamente ratificados por Costa Rica, lo cual ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional, al igual que esta Sala ha admitido también la protección especial que debe dársele al territorio y cultura de los pueblos indígenas, en razón de sus condiciones de vulnerabilidad, no solo actual, sino también pasada, y sin otros límites que los mismos derechos humanos imponen a la conducta de todos los seres humanos... y que por ende exigen el respeto, en los Tribunales ordinarios, de las decisiones que por la vía de la costumbre y la autodeterminación de dichos pueblos indígenas se deriven de las propias comunidades y sus representantes. (Ver en igual sentido, entre otras, sentencias 1786.1993, 6229.1999 y 8927.2012, 7536.2016).

#### **Sala Constitucional, resolución 12743 de 12.11.2004**

Tampoco es de recibo el argumento de la recurrente en el sentido de que fue juzgada por un tribunal especial en contra del principio de juez natural y del de la universalidad de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial, pues dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente; además, su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con

sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. Al respecto, debe tenerse presente que no sólo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos tales como la justicia arbitral, lo cual no viola principio constitucional alguno. De igual modo, si la resolución dictada por ese tribunal adolece de algún defecto—como la falta de firmas que reclama la amparada—ello no es más que un problema de legalidad y las nulidades que de ello puedan derivarse deben alegarse ante el propio tribunal o en la vía de legalidad respectiva.

#### **Sala Constitucional, resolución 529.2017**

Así las cosas, los Tribunales de Derecho Consuetudinario nacen del derecho que tienen los Pueblos Indígenas a darse su propia justicia y éste a su vez es una modalidad de lo que debe entenderse como un ‘sistema jurídico indígena’ que contiene normas jurídicas y valores que lo determinan como una ‘cultura jurídica propia’. Tal y como se indicó, el artículo 4 de la Ley Indígena citado determina el derecho de los indígenas a organizarse en ‘sus estructuras comunitarias tradicionales’, con lo que se infiere que esa organización propia deriva en la posibilidad de desarrollar un sistema jurídico también autóctono. Por su parte, el Convenio 169 de la OIT (Ley N°7316 de 1992), señala el derecho de estos pueblos a reivindicar su justicia propia, conforme lo establece el numeral 8.1. que dice que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas se deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o

su derecho consuetudinario. Sin embargo, los Tribunales de Derecho Consuetudinario, no deben ser concebidos como un tribunal especial, sino que fueron creados para conocer precisamente los casos en general que se susciten entre indígenas y no en forma particular para un caso específico. Además, su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres; y por ser un ente concentrado en remediar conflictos entre indígenas, en realidad no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. De modo que, los elementos de enlace entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal están en el hecho de que las acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario son tan legítimas como las de otros tipos de justicia que el sistema jurídico costarricense reconoce, como la justicia arbitral. De tal forma, que la figura del Tribunal Indígena de Derecho Propio nace a la luz del ordenamiento jurídico nacional e internacional, por lo que la institución como tal no resulta contraria al artículo 11 de la Constitución Política.

En igual sentido resoluciones 10554 de 09.08.2013 y 23240 de 22.11.2019

### **Tribunal Agrario, resolución 592.2020**

El criterio en cuanto al derecho de la autonomía de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos es compartida y respetada por este Tribunal, debiendo tales decisiones ser respetuosas de los derechos humanos internacionalmente

reconocidos, lo que no ocurre en este caso conforme se dirá.- En reiterados votos de este Tribunal como el número 268-10 de las catorce horas treinta minutos del veintidós de marzo de dos mil diez, en cuanto al tema dice: "... X.- En los países donde existen comunidades y pueblos indígenas con identidad propia, como el nuestro, se debe establecer cuáles sistemas de autoridades, normas y procedimientos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues en principio son diferentes del orden estatal regulado por el Derecho positivo. El derecho consuetudinario normalmente se caracteriza por los siguientes elementos: a) la existencia de normas, usos y costumbres; b) las autoridades y órganos colectivos encargados de impartir justicia y, c) la existencia de propios métodos de solución de conflictos.

Es decir, se trata de todo un sistema jurídico que permite a la colectividad resolver los conflictos internamente, dentro del ámbito en el que actúa y donde alcanza la influencia de la autoridad en relación con la pertenencia del individuo al grupo social. Es decir, el derecho consuetudinario se basa en una larga tradición de prácticas aprobadas en un contexto cultural determinado, con una visión global, y donde es administrado por las autoridades nombradas por la misma comunidad. Normalmente, la justicia comunitaria indígena tiene mecanismos más locales y directos, un procedimiento oral y flexible que no necesariamente es equitativo, siendo que los conflictos de carácter interno se resuelven mediante arreglos tendientes

a mantener la paz en comunidad. En síntesis, el actor principal del Derecho consuetudinario es la comunidad que con su sentir colectivo y consensuado se impone a la autoridad individual.

En igual sentido resoluciones 633 de 29.06.2010, 304 de 29.03.2006.

### **Tribunal Agrario, resolución 304.2006.**

En relación con la eficacia de los acuerdos tomados por las comunidades indígenas, sobre los temas de posesión agraria, también se ha indicado:

Los Tribunales agrarios no pueden negar protección jurisdiccional a los problemas de posesión indígena. Al contrario, deben tener una especial sensibilidad hacia dicho tipo de conflictos, he incluso conocer sus costumbres, para lograr de esa forma imponer el respeto que merecen los acuerdos pactados en sede administrativa. Si bien es cierto, el régimen de la propiedad agraria indígena es una excepción, en cuanto a la propiedad colectiva, no es posible desconocer la posesión legítima que ejercita en nuestro país cada familia indígena. Por ello si no se ha alcanzado una solución administrativa, a través de la Asociación o de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, o si habiéndose alcanzado, se irrespetan los acuerdos, los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales.

### **Tribunal de Casación Penal de San José, resolución 817.2001.** Se rechazó la solicitud

de prórroga una prisión preventiva, con base en que era necesario analizar la eventual aplicación del derecho consuetudinario de poblaciones indígenas, por sobre las “normas continentales”.

### **Peritaje cultural como puente hacia el conocimiento**

El peritaje “cultural”, también denominado “antropogénico”, no es una prueba pericial común. Aunque es realizado por personas expertas para suplir conocimientos que los tribunales jurisdiccionales no tienen, no se dictamina sobre aspectos técnico-científicos, prácticas o artes que ameriten un conocimiento especial -no jurídico- por la persona encargada de emitir el dictamen. Su fin es suministrar información sobre prácticas culturales y costumbres de una comunidad indígena específica, por lo que quien realiza el peritaje obtiene el conocimiento o los datos del grupo. Lo que se hace en la pericia es acreditar o certificar que efectivamente existe la costumbre o forma de solucionar un conflicto.

Por ello, constituye una herramienta fundamental para hacer efectivo el respeto de la diversidad cultural. Actúa como puente al conocimiento, pues usualmente las personas externas a la comunidad indígena, especialmente quienes integran los tribunales jurisdiccionales, usualmente no conocen las costumbres del grupo involucrado en el conflicto.

Es importante aclarar que el peritaje cultural no es la única prueba que existe para lograr el fin citado. Puede que existan otras fuentes calificadas o certificadas, como estudios universitarios sobre el tema que se dictamina. Pero si debe tenerse presente que sea una prueba idónea y actualizada (dado el

dinamismo de las prácticas culturales).

La logística del peritaje cultural implica dificultades especiales, ya que requiere observación directa para comprobar la costumbre en el sitio, y se requieren habilidades específicas para realizar la tarea respetando la dignidad y la organización interna de la comunidad objeto de análisis. Este grupo, además, puede ser diverso, no estar concentrado en un solo lugar y sus integrantes pueden tener posiciones diferentes en relación con el conflicto que da origen al peritaje. Todo ello implica costos de traslado a zonas lejanas, generalmente con accesos difíciles; además del tiempo mínimo necesario para realizar adecuadamente la investigación.

Lo usual es que personas profesionales en antropología se encarguen de esta labor. Sin embargo, en ciertos casos puede ser importante que participen personas de otras profesiones o que el equipo dictaminador sea multidisciplinario. Lo cual lógicamente, encarece aún más los costos de la prueba.

El Código Procesal Agrario (2018), artículo 48, establece como potestad y deber de los tribunales:

10) En el caso de asuntos referidos a personas y comunidades indígenas, sus poblaciones y territorios, en la aplicación de la normativa procesal, ha de tomarse en cuenta el derecho indígena, sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales. Se utilizarán dictámenes periciales culturales y los métodos a los que recurren tradicionalmente, para la solución de sus conflictos. Lo anterior, siempre que no se infrinjan derechos fundamentales.

La Ley de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica, en su artículo 8 establece al respecto: “El juez deberá solicitar peritajes culturales en aquellos procesos judiciales que requieran un peritaje especial de las costumbres, las tradiciones y los conceptos normativos de los pueblos indígenas”. También se posibilita la creación de un Banco de peritajes culturales, que podrá utilizarse en los procesos judiciales que involucren personas indígenas (artículo 9). Base de datos que sería idónea para disminuir costos y tiempos asociados a la espera del dictamen. Indudablemente, deben protegerse los datos sensibles y solo serán útiles aquellas pericias que puedan ser aplicadas en otros procesos.

Por ejemplo, los peritajes podrían ser útiles en casos donde sea necesario discernir sobre: a) cuál es el procedimiento y criterios consuetudinarios para determinar a quién corresponde la posesión de un terreno; b) si una persona indígena convive con otra no indígena, qué derechos puede tener dentro de la comunidad la primera, especialmente en relación con la posesión de la tierra; c) identificar figuras de autoridad y su rol en la comunidad (consejo de mayores, tribunales consuetudinarios, etc.); d) legitimación cultural, social o ancestral de determinada figura de autoridad interna para definir la condición de una persona (si es o no indígena) dentro del territorio o etnia específica o para solucionar conflictos, especialmente relacionados con uso de la tierra, e) relaciones de parentesco que pueden definir la pertenencia clánica, entre otros.

Otro tipo de informes en los cuales la consulta es específica y subjetiva, posiblemente tengan utilidad solo para el caso concreto en el cual fueron solicitados. Por ejemplo, aquellos

en que se consulta si determinada persona puede ser considerada indígena e integrante o no de una comunidad determinada (pertenencia clánica individualizada).

Como requisito para que un peritaje sea incorporado en esa base de datos, se exige contar con la autorización expresa de las personas involucradas en la experticia y reservar la identidad de todas las partes involucradas, dado que sus fines son estrictamente de interés institucional y académicos. Aspectos que han dificultado su creación. Al respecto, se ha cuestionado si quienes deben dar autorización son únicamente las partes del proceso o la comunidad estudiada a través de sus órganos representativos. Este proyecto no se había logrado consolidar al año 2021.

Sobre las dificultades para realizar el Banco de peritajes culturales pueden consultarse los siguientes documentos: Acta de Consejo Superior 61 - 2011, artículo LIV. Publicitación de peritajes culturales; Oficio 11434-2020 de 4 diciembre 2020 - Secretaría General CSJ-CR: Acuerdo del Consejo Superior sobre artículo 9 Ley de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas 9593; Oficio 3879-2021 de 5 mayo 2021 – Secretaría General CSJ-CR: Avances y dificultades del “Protocolo de recopilación, almacenamiento y control de los peritajes culturales”.

Varias circulares del Poder Judicial costarricense (de Corte Plena o del Consejo Superior) también establecen la importancia del peritaje cultural como herramienta probatoria, disponiendo incluso que se ordenen de oficio cuando sea necesario para resolver adecuadamente la controversia o para aplicar mecanismos de resolución alterna de conflictos. Entre ellas:

**Circular 173 de 13.04.2019 de Corte Plena, “Modificación a la Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”.** La Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en abril de 2018, aprobó la actualización de las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, dentro de las cuales se encuentran las personas indígenas. La Corte Plena en sesión 36 de 26 de agosto de 2019, artículo XXIV autorizó y puso en conocimiento la siguiente regla:

Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas, Afrodescendientes, o pertenecientes a otras diversidades étnicas y culturales... (49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de las comunidades indígenas, afrodescendientes y pertenecientes a otras diversidades étnicas y culturales, por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y/o antropológico, y al derecho a expresarse en el propio idioma.

- **Circular 188 de 17.10.2019 de Corte Plena: Modificación a la circular 123-2019 Sobre los 21 ejes de acción recomendados por Comisión de Acceso a la Justicia con ocasión del cumplimiento de las Medidas Cautelares N°321-12 del 30 de abril de 2015 establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Costa Rica.** Establece de importancia para el tema, como un eje prioritario:

“18. Actualizar el convenio interinstitucional entre el Poder Judicial y la Universidad de Costa Rica con el objetivo de que incluya la Facultad de Derecho y la Escuela de Antropología para fortalecer el programa de peritajes culturales y de capacitaciones a las personas servidoras judiciales, con posibilidades de establecer acciones conjuntas con otras Escuelas de la UCR que podrían ofrecer insumos importantes en los peritajes culturales”.

- **Circular 108 de 14 de mayo del 2021 del Consejo Superior: Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas.** Destaca en relación con el tema el punto 11: 11. Respecto a la diversidad cultural: obligación del peritaje antropológico/cultural: Cuando se juzgue a una persona indígena, el juez que conoce del caso dispondrá cuando ello sea necesario para resolverlo, de oficio o a petición de parte y costado por Estado, el peritaje antropológico y/o cultural, con fin de conocer las normas culturales particulares, la personalidad, vida del imputado, entre otras, vinculadas con el hecho atribuido lo anterior de conformidad con el artículo 339 del Código Procesal Penal. La administración de justicia procederá a elaborar una lista de peritos conocedores de las diferentes culturas indígenas, quienes tendrán por función efectuar, individual o conjuntamente, el peritaje requerido.

Si bien la regla hace referencia a la materia penal, puede resultar de aplicación obligada en otras materias, especialmente la agraria y la laboral, por el tipo de conflictos que en ellas se resuelven y porque, en todo caso, también se rigen por

el principio de gratuidad, para garantizar el efectivo acceso a la justicia.

### **Crterios judiciales relevantes en relación con los peritajes culturales**

Existen diversos precedentes judiciales relevantes que evidencia cómo se han utilizado y estudiado los peritajes culturales en los tribunales de Costa Rica. A continuación, se citan algunos de ellos.

#### **De la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia:**

- a) La Sala no tiene competencia para determinar:
  - Cuál es la autoridad interna indígena que debe definir quién es una persona indígena. Para ello es necesario además un peritaje cultural (resoluciones 3488.2018 y 9443.2015).
  - Si es correcta o no una decisión de una autoridad indígena interna, en relación con si una persona es o no indígena. No se puede, en un recurso de amparo, revisar ese criterio a través de un peritaje cultural, porque ello excede la naturaleza sumaria del proceso. La eventual disconformidad debe formularse en la jurisdicción ordinaria correspondiente (resolución 12019.2012).
  - Si se requieren, en todos los procesos penales, la realización de un peritaje cultural o un informe antropológico, a fin de entender la cultura y la cosmovisión de la etnia, así como otras circunstancias y prácticas religiosas y sociales. La interpretación y aplicación de las normas al caso concreto es una tarea que corresponde a los tribunales

ordinarios y no a la Jurisdicción constitucional especializada (resoluciones 20625.2010, 10835.2011).

- b) Para imponer pena de prisión por no pago de pensión alimentaria, se debe tomar en cuenta la cultura y costumbres del pueblo indígena, por ejemplo, a través de un peritaje cultural. La importancia de incluir este factor en la valoración radica “en el hecho de que algunas culturas indígenas se basan, por ejemplo, en economías de agricultura de subsistencia y trueque, por lo que imponer cualquier monto monetario (en lugar de un pago en especie, por ejemplo) por concepto de cuota alimentaria podría ser una obligación de imposible cumplimiento para algunos indígenas”. (resolución 11544.2016).
- c) No es obligatorio, para el debido proceso, realizar un peritaje cultural antropológico al momento de fijar la pena en un proceso penal. Pero si lo es tomar en consideración la condición de indígena de la persona acusada (resolución 11310.2011).
- d) Resulta inadmisibles un hábeas corpus basado en que no se realizó peritaje cultural en proceso penal. La Sala no es competente para revisar aspectos de legalidad sobre procedimiento penal (le corresponde al tribunal penal) (resolución 13418.2010).
- e) Importancia del peritaje cultural para determinar los derechos que pueden tener, en materia de uso de territorio, las parejas conformadas por personas indígenas y no indígenas. Por ejemplo, en la comunidad indígena Cabécar de Chirripó de Turrialba, de determinó a través de un peritaje cultural que

conforme a la costumbre indígena, si bien en la

Reserva... no está prohibida la unión de personas indígenas y no indígenas, no menos cierto es que no se encuentra permitido que tales parejas vivan y posean tierras dentro del territorio indígena. Tal restricción no es infundada, puesto que contribuye a la preservación de la cultura cabécar, la protección de sus costumbres y su territorio, como bien se explica en el mencionado peritaje cultural” (resolución 7536.2016).

**De la Sala Primera, Corte Suprema de Justicia (última instancia en ordinarios civiles, agrarios, contenciosos administrativos, comercial)**

- a) Debe realizarse un peritaje cultural para determinarse quienes son personas indígenas y quienes no, en relación con reclamos por territorios indígenas (resolución 297.2014).
- b) Para determinar si fue denegada de manera legítima la afiliación a una Asociación de Desarrollo Integral Indígena, debe realizarse un peritaje cultural. También para definir si un territorio pertenece o no a una determinada comunidad étnica (resolución 224.2010).

**Del Tribunal Agrario (tribunal de apelaciones con competencia nacional):**

- a) Quien no sea persona indígena de la comunidad a la que pertenece el terreno en disputa, conforme se determine en un peritaje cultural, no puede ejercer derechos posesorios. Es la comunidad en quien recae esa determinación (resolución 572.2019).

- b) Importancia del peritaje cultural para determinar procedimiento interno de solución de conflictos (resoluciones 1061.2018, 227.2017)
- c) Rechazo de apelación por inadmisión contra resolución que rechazó solicitud de peritaje cultural ofrecido como prueba para mejor resolver (resolución 1182.2016). Se trataba de una resolución interlocutoria, que carece de tal recurso, por lo que lo único que se valoró fue ese aspecto. Sin embargo, se resalta el precedente dado que implica el rechazo del ofrecimiento de la prueba en primera instancia, aunque no se conocen los motivos por los cuales no fue acogida ni las circunstancias del caso concreto.
- d) Nulidad de procedimientos porque no se contó con peritaje cultural para definir si las partes eran personas indígenas, lo cual es necesario para la aplicación del Derecho consuetudinario indígena. Se ordena la realización oficiosa de la prueba (resoluciones 848.2013, 453.2013, 437.2013).
- e) Nulidad de sentencia homologatoria de acuerdo conciliatorio. Se requiere previamente peritaje cultural para determinar si partes son indígenas y otros aspectos (resolución 1169.2013).
- f) Consuetudinariamente el abandono o no uso de un terreno indígena perteneciente a la comunidad concreta del caso, por más de 6 meses, acarrea la pérdida del derecho posesorio. La Asociación de Desarrollo Indígena respectiva puede disponer del terreno y asignarlo a otra persona en caso de ser requerido (resolución 592.2020).
- g) Peritaje cultural ordenado de oficio no transgrede las reglas de la carga probatoria (resolución 795.2011).

### **De tribunales penales**

- a) No es admisible como causal de revisión ni se puede solicitar peritaje cultural ante Casación penal, si ello no fue pedido en las instancias pertinentes (Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, resolución 1039.2015).
- b) Es una acción positiva en beneficio de los derechos humanos de los pueblos indígenas, imponer a una persona imputada indígena por la comisión de un delito, sanciones acordes a las normas de la comunidad indígena a la que pertenece, siempre y cuando, por un lado, se cuente con prueba idónea, como puede ser un peritaje cultural, acerca de la cualidad indígena del procesado y de la víctima, de la pertenencia de ambos a una comunidad indígena en particular, de la estimación de la conducta acusada como una infracción también a normas indígenas según sus prácticas, valores y costumbres, de la existencia de sanciones que la específica comunidad impondría al concreto infractor y del procedimiento de ejecución de las mismas; y si esa sanción no resulte más perjudicial ni en gravedad ni ejecución que la sanción penal ordinaria imponible en el caso concreto. Sólo así se lograría el equilibrio entre las obligaciones estatales de respetar y garantizar tanto la cultura e instituciones de la comunidad indígena como los demás derechos fundamentales que le asisten al indígena en tanto persona...” (Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, resolución 1339.2005).
- c) No es indispensable para el debido proceso y por lo tanto no es motivo de revisión de la sentencia (para revocarla), el no contarse con un peritaje cultural-antropológico

para la imposición de la sanción penal a personas indígenas. Pero si se debe tomar en cuenta para ello esa condición, conforme lo establece la Sala Constitucional en sentencias 11310-2011 y 9763-2011. El peritaje cultural antropológico es inadmisibles para valorar sanciones alternas a la pena de prisión, tratándose de una persona indígena, por el principio de legalidad (Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, resolución 1335.2012; Tribunal de Casación Penal San José, resoluciones 913.2011, 1006.2011, 1206.2011, 1394.2011; Tribunal de Apelación de Sentencia Penal San José, resolución 227.2012).

- d) Rechazo de solicitud de prórroga de prisión preventiva en proceso con defectos procesales, contra persona indígena. Uno de los defectos fue la falta de un peritaje cultural (Tribunal de Casación Penal San José, resolución 1324.2010).
- e) Relevancia de contar con un peritaje cultural por ser la persona menor acusada indígena, independientemente de que esté o no anuente a aportar datos personales, pues ello no requiere de su consentimiento para practicarse, al igual que el estudio social de una persona no depende del aporte personal de información (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil San José, resolución 291.2017).

## Conclusiones

El principio de interculturalidad impacta todos los temas sociales; pero en el ámbito jurídico es indiscutible su trascendencia. Por ello es una tarea indispensable analizar sus alcances y la forma como ha evolucionado su aplicación concreta. En específico, es necesario que, en todos los espacios -académico, administrativo y jurisdiccional- se reconozca su importancia en lo que a fuentes normativas corresponde, de manera que se tenga presente que su aplicación es innegable cuando estamos en presencia del Derecho consuetudinario indígena. Ello implica un cambio de paradigma en el estudio de la costumbre como fuente del Derecho privado costarricense.

También es relevante contar con diagnósticos periódicos sobre la manera como

se utiliza el peritaje cultural y las dificultades que se enfrentan para su elaboración, por ser una herramienta fundamental para hacer efectivo dicho principio. La creación del “Banco de peritajes culturales” parece ser un mecanismo fundamental para ello. Sin embargo, deben superarse barreras de índole legal, tecnológicas y económicas. Además, su consolidación aun no parece ser una prioridad institucional, pese al impacto positivo que tendría para la Administración de Justicia el contar con dicha base de datos, por sus efectos en lo que respecta a la disminución de la mora judicial y la mejor utilización de los recursos (humanos, económicos, etc.) necesarios para realizar adecuadamente un dictamen cultural.

## Referencias bibliográficas

- Circular 173 de 2019 [Corte Suprema de Justicia]. Modificación a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Abril 13, 2019. (Costa Rica).
- Circular 188 de 2019 [Corte Suprema de Justicia]. Modificación a la circular 123-2019 Sobre los 21 ejes de acción recomendados por Comisión de Acceso a la Justicia con ocasión del cumplimiento de las Medidas Cautelares N°321-12 del 30 de abril de 2015 establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra Costa Rica. Octubre 17, 2019. (Costa Rica).
- Circular 227 de 2020 [Corte Suprema de Justicia]. Lineamientos para la realización de puestas en posesión y desalojos de personas en situación de vulnerabilidad o vulnerabilizadas, entre otras, pertenecientes a pueblos indígenas, en situación de discapacidad, adultas mayores y menores de edad. Octubre 12, 2020. (Costa Rica).
- Circular 32 de 2021 [Corte Suprema de Justicia]. Lineamientos para las personas servidoras judiciales en relación con las Medidas Cautelares 321-12 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado, y aplicación de la normativa internacional de derechos humanos a personas indígenas. Febrero 12, 2021. (Costa Rica).
- Circular 108 de 2021 [Corte Suprema de Justicia]. Reiteración de la circular 10-09 sobre las Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. Mayo 14, 2021. (Costa Rica).
- Código Civil, 1985. Ley 30 abril 19, 1985. 01 de enero 1988, (Costa Rica).
- Código de Comercio, 1964. Ley 3284 abril 30, 1964. 27 de mayo de 1964, (Costa Rica).
- Código Procesal Agrario, 2018. Ley 9609 setiembre 27, 2018. 28 de febrero 2025, (Costa Rica).
- Constitución Política (1949), 7 de noviembre 1949, Colección de leyes y decretos, Tomo 2, 1949, (Costa Rica).
- Convenio 107 OIT, 1957. Convenio de OIT 107 sobre Protección de Pueblos Indígenas y Tribales. Colección de leyes y decretos, Tomo 1, 1959, (Costa Rica).
- Convenio 169 OIT, 1989. Convenio de OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Gaceta 234 de 4 de diciembre 2012, (Costa Rica).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 3003; noviembre 4 de 1992
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 12743; noviembre 12 de 2004.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 20139; diciembre 11 de 2014.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 529; enero 17 de 2017.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 1339; noviembre 23 de 2005.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 1335; agosto 29 de 2012.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia 1039; agosto 07 de 2015.
- Declaración universal sobre la diversidad cultural de 2001. [UNESCO]. Noviembre 2 de 2001.

- Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas de 2007. [ONU]. Setiembre 13, 2007.
- Estrada, J & Smith, Anger & González, Maylin (2019) Lineamientos de educación intercultural. Ministerio de Educación Pública, Costa Rica. <https://mep.go.cr/sites/default/files/lineamientos-educ-intercultural.pdf> (20 octubre 2021).
- Imaginario, Andrea (2020). Interculturalidad (2020). <https://www.significados.com/interculturalidad/> (22 octubre 2021).
- Ley 5525, 1974. Ley de Planificación Nacional. Colección de leyes y decretos, Tomo 2, 1974, (Costa Rica).
- Ley 8916, 2010. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Gaceta 32 de 15 de febrero 2011, (Costa Rica).
- Ley 9305, 2015. Reforma el artículo 1° de la Constitución Política para establecer el carácter Multiétnico y Pluricultural de Costa Rica. Gaceta 191 de 01 de enero 2015, (Costa Rica).
- Ley 9593, 2018. Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas de Costa Rica. Gaceta 179 de 29 de setiembre 2018, (Costa Rica).
- Torrealba, F (2019). Principios del Derecho privado. Juricentro.
- Resolución 2888 XLVI-O/16 de 2016 [Organización de Estados Americanos (OEA)]. Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Junio 14 de 2016.
- OMPI (2021). El Derecho Consuetudinario y los Conocimientos Tradicionales. Reseña N°7. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_tk\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_7.pdf)
- Poder Judicial. Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 304; enero 24 de 2006.
- Poder Judicial. Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 592; enero 10 de 2020.
- Poder Judicial. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil San José. Sentencia 291 agosto 17 de 2017.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 817; octubre 18 de 2001.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1324; noviembre 10 de 2010.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 913; julio 21 de 2011.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1006; agosto 11 de 2011.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1206; septiembre 13 de 2011.
- Poder Judicial. Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia 1394; octubre 19 de 2011.

## Ruth Alpízar Rodríguez

Máster en Administración de Justicia, énfasis en materia civil, Universidad Nacional (UNA). Especialista en materia agraria y ambiental, Universidad de Costa Rica (UCR). Profesora de la UCR en los cursos Derechos Reales, Derecho Ambiental, Principios de Derecho Privado y Derecho Agrario. Facilitadora de la Escuela Judicial, Poder Judicial de Costa Rica,

en Derecho Ambiental y en la Especialidad de la materia agraria. Jueza agraria de primera instancia y suplente en Tribunal de Apelaciones desde hace más de veinte años. Ha realizado diversas publicaciones en materias ambiental, agraria, procesal y derecho de la persona consumidora.