

Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL

ISSN L 2710-7566

ISSN 2070-3651



Gestación por sustitución y la necesidad de su regulación en Panamá

*Salud mental y porte de armas en personas que laboran para el Estado como
agentes de seguridad*

*Consecuencia de la no contestación
de la demanda laboral por el empleador: replanteamiento*

MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

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

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

H.M. Olmedo Arrocha
Sala Primera de lo Civil

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

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

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

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

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

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).
Teléfono: (507) 315-1445
Correos electrónicos: sapientia@organojudicial.gob.pa
editorialisjup@gmail.com

Panamá, 2020

Magíster Stella Martínez
Diseño Gráfico

CONSEJO EDITORIAL

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

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

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

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

Magíster Carlos Valentín Rivas
Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones
del Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

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

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

Magíster Porfirio Salazar
Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio en
el Segundo Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

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

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

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

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

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

Mgtr. Ghislana Haychel Guevara Centella

Asistente de Magistrado de la Sala Tercera
Órgano Judicial de la República de Panamá.

Mgtr. Marisín Gisela Tuñón Escobar

Psicóloga
Dirección de Selección de Recursos Humanos
Órgano Judicial de la República de Panamá

Mgtr. Carlos Alberto Membreño

Juez del Juzgado Primero de Trabajo de la
Tercera Sección, Sede Ciudad de David, Chiriquí
Órgano Judicial de la República de Panamá

Mgtr. Alberto H. González Herrera

Defensor público
Órgano Judicial de la República de Panamá

Nota Editorial

La sección Editorial y Publicaciones del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, (ISJUP), en conmemoración de los 117 años de vida Republicana y los 199 años de independencia de Panamá de España, rinde homenaje a los elementos significativos de la nacionalidad.

Esta cuarta y última edición del año 2020, conmemora el mes de la patria rindiendo homenaje a los signos de la Nación, denominados elementos tradicionales del folclore y los define como aquellos elementos significativos de la nacionalidad, (Ley 2, 2012) entre ellos: La Flor del Espíritu Santo, el águila harpía, la moneda, los parajes naturales, (la India Dormida); obras arquitectónicas o de ingeniería, los sitios arqueológicos precolombinos, las ruinas de la vieja ciudad de Panamá, manifestaciones culturales, (las coloridas molas, la pollera...).

Oportunidad esta que permite a los servidores judiciales del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, lucir con esplendor los vestidos típicos de las diferentes regiones y de esta forma proyectan la cultura e identidad nacional.

Es pertinente agradecer a los autores/as, piedra angular de la revista, por su contribución en informar a la comunidad jurídica, con temas de interés nacional, a los lectores una cordial invitación a formar parte de este gran equipo, esperamos que este número resulte de su interés y continúen leyendo los artículos que aquí presentamos.

Feliz navidad y próspero 2021...

**Edita de Garibaldi
Editora**



RESEÑA DE LA PORTADA

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

Foto: ISJUP

Fecha: noviembre 2020

Técnica: Fotografía

MENSAJE DEL PRESIDENTE



La Revista Sapiencia, ofrece a la comunidad jurídica temas que contribuyen al fortalecimiento profesional y académico de los lectores. Procuramos continuar siendo fuente constante de consulta y vía que impulse y promueva el debate a través de los diferentes artículos de interés jurídico.

La cuarta y última edición del año 2020, incluye variedades de temas escritos por autores, quienes desde diversas perspectivas comparten experiencias, reflexiones y análisis.

En esta oportunidad se abordan temas de diversas áreas del derecho: Gestación por sustitución y la necesidad de su regulación en Panamá, Salud mental y porte de armas en personas que laboran para el Estado como agentes de seguridad, Consecuencia de la no contestación de la demanda laboral por el empleador: replanteamiento y Delito de transferencia comercial ilícita de dinero.

Esperamos que los artículos promuevan el intercambio de ideas, contribuyan al estudio del complejo campo del pensamiento jurídico y motive a los profesionales del derecho a seguir en la labor de cultivar el hábito de escribir y compartir sus valiosos conocimientos. Los exhorto a continuar con ahínco y entusiasmo esta labor, desde las diferentes instancias judiciales, donde desempeñan sus funciones. A todos, gracias por el apoyo brindado y que el nuevo año los acompañe de éxitos, alegría y prosperidad.

Dr. Luis Ramón Fábrega Sánchez

Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia

**Gestación por sustitución y la
necesidad de su regulación en Panamá**

Mgtr. Ghislana Haychel Guevara
Centella

10

**Salud mental y porte de armas en
personas que laboran para el Estado
como agentes de seguridad**

Mgtr. Marisín Gisela Tuñón Escobar

38

**Consecuencia de la no contestación de
la demanda laboral por el empleador:
replanteamiento**

Mgtr. Carlos Alberto Membreño

46

**Delito de transferencia comercial
ilícita de dinero**

(Art. 253-A del c. P.)

Mgtr. Alberto H. González Herrera

58

Instrucción a los autores

66

Elementos Simbólicos de Panamá

Puede que lo primero que nos venga a la mente cuando hablamos de símbolos de nuestro país, sean los símbolos patrios, la bandera, el escudo y el himno; no obstante, existen sitios, elementos de la flora o fauna, manifestaciones culturales materiales o inmateriales con los que se puede asociar a un país o nación.

En Panamá, la Ley No. 46 de 21 de noviembre de 1980 instituyó como nuestra flor nacional a un magnífico miembro de la familia de las orquídeas, la Flor del Espíritu Santo (*Peristeria elata*), la cual parece albergar en su seno una hermosa paloma blanca, de allí su nombre, reminiscencia de una de las tres divinas personas.



Tomada de: www.pinterest.com

Asimismo, muchos animales son asociados con determinados países, cual tótem ancestral, emblema protector o representativo de sus atributos como nación. En ese sentido, existe un ave que históricamente ha sido utilizada por reinos e imperios como símbolo de poder, fuerza, valentía, entre otras augustas cualidades. En Panamá, el artículo 1 de la Ley No 18 de 10 de abril de 2002, declaró como ave nacional a la imponente águila harpía (*Harpia harpyja*), “[...]por ser representativa de nuestra nación desde la época precolombina.”. Esta, aunque no es la de mayor envergadura, pues en ese aspecto, es aventajada por otras seis especies, si las supera a todas en corpulencia, lo cual aporta mucho a su majestuoso porte.



También, tanto parajes naturales como obras arquitectónicas o de ingeniería, pueden significar a nuestro país, rápidamente se nos vienen a la mente, la India Dormida, los sitios arqueológicos precolombinos y las ruinas de la vieja ciudad de Panamá e incluso el canal interoceánico, cuyo significado se expresa a través de la lucha generacional que se libró para alcanzar su reversión y su importante papel en el comercio mundial.



Entre las manifestaciones culturales inmateriales, símbolos de nuestra nación o nacionalidad, se encuentran las coloridas molas, donde las mujeres del pueblo guna, plasman diseños más o menos abstractos, más o menos figurativos, cuyos motivos van revelando por superposición de sucesivas telas recortadas, una imagen única (Chaparro, 2013);



y la pollera, “[...]legado de nuestro pasado histórico, una expresión de nuestra nacionalidad” (Velarde, 2016, p. 44 citando a Miró, 1947), donde la indudable influencia hispánica se revela al igual que en la décima y la copla que hoy en día constituyen uno de los rasgos característicos de nuestro folclore e incluso de algunos bailes y danzas donde la impronta africana y la española se han unido en ritmo y melodía. (Araúz y Pizzurno, p. 236).

Sea cual fuere su origen estos elementos, aportan su simbolismo al imaginario colectivo de los panameños a la par de que proyectan una imagen de significación cultural e identidad nacional.

Magíster Héctor Anría
Profesor de geografía e historia
Instituto Superior de la Judicatura de Panamá





GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN PANAMÁ

Mgtr. Ghislana Haychel Guevara Centella

Asistente de Magistrado de la Sala Tercera

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: ghislana.guevara@organojudicial.gob.pa

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN PANAMÁ

Recibido: Noviembre 2020

Aprobado: Diciembre 2020

Resumen

La creciente demanda por la práctica de la gestación por sustitución, comúnmente denominada alquiler de vientre, y las diversas implicaciones éticas, sociales y jurídicas que de la misma se desprenden, es lo que ha llevado a muchos países a legislar al respecto, con el fin primordial de proteger y garantizar los derechos, tanto de los niños y niñas, como de las gestantes y los padres intencionales. Y es que la experiencia en el Derecho Comparado, ha sido la de que, ni la prohibición expresa (España), ni la omisión legislativa (Panamá), impiden que esta Técnica de Reproducción Humana Asistida se lleve a cabo; al contrario, esta se realiza en la clandestinidad o mediante diversos subterfugios, como el turismo reproductivo, generándose con ello una serie de conflictos, que podrían haberse evitado con una legislación que la regulara, desde el inicio hasta el final del procedimiento. Indiscutiblemente, que la creación de una excerta legal especial causará múltiples debates, sin embargo, no hay que perder de vista que el Derecho debe adaptarse a las realidades sociales y prever soluciones para los distintos problemas que la misma presenta, brindando de este modo seguridad jurídica a los administrados que confían en el sistema.

Abstract

The growing demand for the practice of surrogacy, commonly called surrogate motherhood, and the various ethical, social and legal implications that arise from it, is what has led many countries to legislate in this regard, in order to essentially protect and guarantee the rights of both boys and girls, gestational surrogates and intended parents. The fact of the matter is that the experience of Comparative Law has been that, neither the statutory prohibition (Spain), nor the legislative omission (Panama), prevents this Assisted Human Reproduction Technique from being carried out; On the contrary, it is carried out clandestinely or through various subterfuges, such as reproductive tourism, thereby generating a series of conflicts, which could have been avoided with legislation that regulated it, from the beginning to the end of the procedure. Unquestionably, the creation of a special legal excerpt will cause multiple debates; nevertheless, we must not lose sight of the fact that the Law must adapt to social realities and provide solutions for the different problems that could arise from those social realities, thus providing legal certainty to citizens who trust the system.

Palabras Claves

Gestación por sustitución, gestante, padres intencionales, turismo reproductivo, acuerdo de gestación por sustitución..

Keywords

Gestational Surrogacy, gestational surrogate, intended parents, reproductive tourism, gestational surrogacy agreement..

Introducción

¿Qué es la gestación por sustitución? ¿Cuáles son sus modalidades? ¿En qué consiste el acuerdo que celebran las partes? ¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra de esta práctica? ¿Qué tendencias prevalecen en el Derecho Comparado? ¿Qué es el turismo reproductivo y qué consecuencias se derivan del mismo? ¿Cuál es la situación jurídica en Panamá? ¿Disponen nuestras autoridades administrativas y judiciales de un marco legal y/o reglamentario que les permita resolver los conflictos que se derivan de la gestación por sustitución y, a la vez, le brinde seguridad jurídica a las partes involucradas?

Estas son las interrogantes que nos avocamos a contestar en este ensayo, con el propósito de describir la figura en sus más importantes aspectos, avizorar el tratamiento que se le ha dado en otras regiones, y comprender, ante el vacío legislativo y los conflictos que la misma ocasiona, la necesidad de su regulación en Panamá.

Realmente, es un tema rodeado de posturas a favor y en contra, que es lo que muchas veces nos abstiene de abordarlo y, por ende, de lograr un consenso, pero lo cierto es que hoy en día, muchos niños y niñas, fruto de gestación por sustitución, son vulnerados en sus derechos a la identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, por la falta de un marco legal y/o reglamentario que establezca, por ejemplo, cómo se determina la filiación del menor, en especial, la materna. O que, producto del incumplimiento de las obligaciones pactadas,

ninguna de las partes contratantes (gestante y padres intencionales) desee al infante, luego de nacido.

Entonces, frente a estos escenarios, se comprende la importancia que reviste, tanto para los operadores de justicia como para las autoridades administrativas, y para la sociedad en general, que se legisle sobre la materia, y de esta manera se proteja y se garantice el interés superior del menor.

Gestación por sustitución y la necesidad de su regulación en Panamá

1. Aspectos generales de la gestación por sustitución. Terminología, conceptos, modalidades y acuerdos

Son diversos los términos que actualmente se utilizan, cuando se hace referencia a esta práctica. No obstante, los más comunes son: alquiler de vientre, maternidad subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, gestación subrogada y gestación por sustitución.

Pacheco, (2019) por ejemplo, emplea el vocablo de gestación subrogada, a la cual se refiere de la siguiente manera:

...técnica de reproducción asistida que consiste en la gestación del embrión de otra persona, previo acuerdo de ambas partes. Es decir, una de las partes, llamada mujer gestante, acepta gestar el niño de otra persona o personas, llamados

comitentes o padres intencionales, hasta el momento del nacimiento del menor, instante en el cual, la mujer gestante entrega el niño a los padres intencionales, y renuncia a todos los derechos sobre el mismo, incluida la filiación (p. 8).

Por su parte, Lamm, (2012) se inclina por la denominación de gestación por sustitución, pues, según expresa "...la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro... Y la palabra sustitución especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo" (p. 4).

Añade la autora, que es incorrecto hablar de maternidad, ya que la misma engloba una realidad mucho más extensa que la gestación, así como también es indebido utilizar la expresión subrogada, porque esta se asocia con los supuestos en los que la gestante, no solo lleva a cabo la gestación, sino que también aporta su material genético. Continúa indicando que:

...la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitante (2014, p. 24).

Ahora bien, si se toman en consideración las diversas modalidades bajo las cuales se realiza esta práctica, las cuales abordaremos

más adelante, se concluye que la misma implica que una mujer a la cual se le denomina gestante, previa solicitud de una persona o una pareja a las cuales se les llama comitentes o padres intencionales, lleva a cabo la gestación de un bebé, para que luego de nacido, sea entregado a estos últimos, a fin de asumir la maternidad y/o paternidad.

En caso que la gestante aporte su óvulo, se le practica una inseminación artificial con el semen del padre de intención o de un donante, y en el supuesto que no lo aporte, entonces se implanta en su útero un embrión que resulta de la fertilización in vitro de material genético proveniente, ya sea, de los comitentes, de uno de ellos y un donante, o de dos donantes.

Teniendo en cuenta nuestra postura sobre el tema, la cual se orienta hacia la permisión de esta práctica, pero solo bajo ciertas condiciones y requisitos, por ejemplo, que la gestante no mantenga vínculo genético con el niño o niña, estimamos que el término más apropiado para referirse a esta práctica es el de gestación por sustitución, la cual conceptuamos como una alternativa que tienen las parejas que, enfrentadas a problemas de esterilidad¹ e infertilidad², y queriendo ejercer sus derechos a procrear y a formar una familia³, recurren a una mujer apta, para que geste el embrión, resultado de la fertilización in vitro de material genético proveniente de dicha pareja, o de uno de sus integrantes y un donante y luego del nacimiento de su hijo o hija, puedan asumir el correspondiente vínculo materno y paterno filial, protegiendo su vida y proporcionándole los cuidados y la orientación que sean necesarios.

¹ Se entiende por esterilidad la incapacidad, tanto por parte del varón como de la mujer, para concebir.

² La infertilidad es la incapacidad para producir un hijo vivo.

³ De conformidad con el artículo 582, numerales 1 y 3, del Código de la Familia de la República de Panamá, son derechos familiares de la persona, la formación e integración de una familia, y la procreación y decisión responsable del número de hijos.

En cuanto a las modalidades o los tipos de esta práctica, cabe señalar que la misma varía en función de dos aspectos principales, a saber: la procedencia de los óvulos, en cuyo caso puede ser tradicional o gestacional; y la compensación de la gestante, situación que distingue entre la comercial o la altruista. Expliquemos en qué consiste cada una de estas modalidades:

1.1. Tradicional: La gestante aporta su óvulo, por lo que será inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre de intención o de un donante. Significa, entonces, que la misma será la madre genética del infante que será entregado a los comitentes. Actualmente, esta modalidad está en desuso.

1.2. Gestacional: La gestante solo actúa como tal, sin aportar su óvulo. Es decir, que se limitará a gestar y a dar a luz al bebé, que genéticamente será hijo o hija de los padres intencionales o de donantes. Se fecundará el óvulo mediante fertilización in vitro y el embrión resultante será implantado en el útero de la gestante. En la actualidad, este es el tipo de gestación por sustitución más frecuente.

1.3. Comercial: Además de los gastos derivados del embarazo y del lucro cesante por el tiempo que dure el mismo, la gestante recibe determinada suma de dinero, en razón del servicio prestado. Se trata, por tanto, de un pacto oneroso.

1.4. Altruista: La gestante no recibe pago alguno, más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo y, en algunos casos, del lucro cesante por el tiempo que duró el mismo.

Por otra parte, es fundamental advertir, que previo al inicio de esta práctica, la gestante y los

comitentes suscriben un acuerdo de gestación por sustitución, en el cual se pactan, entre otros aspectos, los derechos y las obligaciones de las partes, así como el modo en que estas deben actuar frente a situaciones tales como: el aborto, la cancelación del tratamiento de reproducción asistida, la muerte de alguno de los padres intencionales, el divorcio de estos, el arrepentimiento de la gestante, entre otros aspectos.

Vale la pena destacar, que algunos países que admiten la gestación por sustitución, establecen en su regulación que, antes de proceder con el tratamiento de reproducción asistida, el acuerdo de voluntades suscrito entre la gestante y los comitentes debe ser presentado y aprobado por autoridad competente. Esta última, que puede ser un juez, un tribunal, un notario o un organismo especializado, tiene que verificar que se cumplan los requisitos y las condiciones que se prevén en su respectiva legislación para llevar a cabo la práctica, y de resultar ello satisfactorio, entonces aprobar el acuerdo.

2. ¿Por qué prohibir o por qué permitir la gestación por sustitución?

2.1. Argumentos en contra. Entre los argumentos que sustentan el rechazo de esta práctica, prevalecen los siguientes:

2.1.1. Implica la concertación de acuerdos con objeto ilícito

Teniendo en cuenta que esta práctica implica, por un lado, la entrega de un niño o niña y, por el otro, la prestación del servicio de gestación, tratándose, por tanto, de cosas y servicios que están fuera del comercio de los hombres, gran parte de la doctrina afirma que nos encontramos ante un contrato con objeto ilícito, viciado, en

consecuencia, de nulidad absoluta. Esta postura se intensifica, cuando la gestación por sustitución se lleva a cabo en su modalidad comercial, ya que a cambio de dinero, una mujer pone a disposición de otra o de una pareja, no solo su capacidad reproductiva, sino también al infante que alumbró; situación que ha dado lugar a que, cuando se hable de esta práctica, se piense inmediatamente en la cosificación, explotación y comercialización de seres humanos.

2.1.2. Los acuerdos son contrarios al carácter de orden público e interés social de las disposiciones jurídicas familiares, así como al carácter personalísimo, irrenunciable e indisponible de los derechos familiares

Quienes se oponen a la gestación por sustitución, alegan que dado que el Código de la Familia, (2017) artículo 4 establece que la filiación y los demás derechos familiares son, por regla general, personalísimos, irrenunciables e indisponibles y que el artículo 3 dispone que las normas jurídicas familiares son de orden público e interés social, de modo que no pueden ser variadas o alteradas por la voluntad de los particulares, resulta claro que estos no pueden concertar acuerdos con el propósito de evadir el tratamiento que a determinado derecho familiar le ha fijado la legislación, por ejemplo, una madre no puede renunciar a su derecho a la filiación para transferírselo a otra, pues, el mismo es irrenunciable e intransferible, y tampoco pueden alterarse las reglas establecidas en cuanto a la determinación de la filiación materna, particularmente, atribuirle la maternidad a quien no ha demostrado el hecho del parto, siendo ello lo que precisamente ocurre en la gestación por sustitución.

2.1.3. En la mayoría de los casos, supone un fraude a la ley

Dreyzin de Klor, (2012) señala que el fraude a la ley:

...se configura ante la comisión de actos que trasuntan la voluntad de los involucrados de sustraerse maliciosamente al sistema jurídico que la norma de DIPr determina, a través de la alteración insincera del punto de conexión, para beneficiarse, de alguna manera, al someterse a una legislación que no es aquella a la que la norma indirecta remite. Consiste, pues, en el empleo del mecanismo conflictual para alcanzar un resultado que, de otro modo, no sería posible (p. 103).

Al respecto, quienes se muestran contrarios a la gestación por sustitución, indican que la misma representa un fraude a la ley, porque los comitentes se trasladan a países donde es lícito llevar a cabo esta práctica y luego regresan a su lugar de domicilio, donde la misma está prohibida, es decir, se recurre al extranjero para hacer algo que en su país de residencia es ilícito.

2.1.4. Configura delitos

Los antagonistas de esta práctica aseveran que a través de ella se pueden configurar varios tipos penales, como los delitos Contra la Identidad y Tráfico de Personas Menores de Edad. Al respecto, el Código Penal, (2009) artículos 205 y 207 establecen que:

Artículo 205

Quien suprima o altere la identidad de un menor de edad en los registros del estado civil será sancionado

con prisión de tres a cinco años. La misma pena se aplicará a quien, a sabiendas, entregue un menor de edad a una persona que no sea su progenitor o a quien no esté autorizado para recibirlo.

Artículo 207

Quien venda, ofrezca, entregue, transfiera o acepte a un niño, niña o adolescente a cambio de remuneración, pago o recompensa será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años. Igual pena se aplicará a quien oferte, posea, consienta, adquiera o induzca la venta de una niña, niño o adolescente con fines de adopción ilegítima, en violación a los instrumentos jurídicos aplicables en materia de adopción. Cuando la venta, ofrecimiento, entrega, transferencia o aceptación de un niño, niña o adolescente tenga como fin la explotación sexual, la extracción de sus órganos, el trabajo forzado o la servidumbre, la pena se aumentará de un tercio a la mitad del máximo.

Lo anterior, por las siguientes razones: al proceder los padres intencionales a inscribir el infante como hijo o hija suyo, se está alterando su identidad, principalmente, su filiación materna, ya que para todos los efectos legales, su madre es la que lo ha dado a luz; en el caso de gestación por sustitución en su modalidad comercial, es evidente que la gestante está entregando al niño o niña, a cambio de una remuneración; y en el supuesto que lo esté entregando, para que el mismo sea adoptado por los comitentes, se está conviniendo en una adopción, que no cumple con los requisitos legales.

2.1.5. Desplaza la adopción, que es tan necesaria

Los disidentes de la gestación por sustitución, sostienen que para las personas o las parejas que no pueden procrear de forma natural y desean acceder a la paternidad, ya la legislación prevé una vía, que es la adopción. Este argumento adquiere más vigor cuando el niño o niña que nace mediante gestación por sustitución, no comparte vínculo genético con alguno de los padres intencionales, situación frente a la cual, quienes se oponen a esta práctica, señalan que lo correcto era haber recurrido a la adopción y no a la gestación por sustitución.

2.1.6. Plantea problemas de difícil solución entre las partes, en detrimento del interés superior del menor

Otro de los argumentos en los que se sustenta la prohibición de la gestación por sustitución, está que esta práctica puede plantear problemas de difícil solución entre las partes, por ejemplo: el aborto, la separación o el divorcio de los comitentes, la muerte de uno de los dos, el rechazo de la gestante a entregar el bebé a los comitentes, o la negativa de estos a recibirlo por no haber nacido sano, el no pago de lo acordado, entre otras circunstancias, que indiscutiblemente van en detrimento del interés superior del menor.

2.2. Argumentos que la favorecen.

Así como hay posiciones en contra de la gestación por sustitución, también hay posturas a su favor. Algunos de los argumentos en que se sustentan estas últimas, son los siguientes:

2.2.1. No viola el interés superior del menor

Lo primero que se señala es que el

niño fruto de gestación por sustitución, nace en una familia que verdaderamente lo deseó, y está comprometida en proteger su vida, proporcionarle los cuidados y las orientaciones que sean necesarias. También se indica, no hay estudios que demuestren, que los niños que nacen a través de esta práctica sean afectados psicológicamente. Además, en vista que la gestación por sustitución es una realidad, el interés superior del menor se vulnera, si no existe un marco jurídico que lo proteja y le brinde seguridad jurídica.

2.2.2. La gestación por sustitución es una manifestación del derecho a procrear hijos y a formar e integrar una familia

Considerando que toda persona tiene el derecho de procrear hijos, de formar una familia y de recibir protección por parte del Estado, quienes se muestran a favor de esta práctica se preguntan: ¿Por qué prohibir el ejercicio de estos derechos a una pareja que, por problemas de esterilidad o infertilidad, recurre a la gestación por sustitución, si en el ordenamiento jurídico vigente, no se establece que solo se pueda procrear de forma natural? Concretamente, ¿Por qué negarle el derecho de procrear hijos a padres intencionales, cuando la mujer, por razones biológicas o médicas, por ejemplo, padeciendo del Síndrome de Rokitansky-Küster-Hauser⁴, se ve obligada a recurrir a otra para gestar el embrión que ha resultado de la fertilización in vitro de material genético proveniente de ellos mismos?

2.2.3. Permite que los comitentes aporten su material genético

En este sentido, se expone que, a

diferencia de la adopción, la gestación por sustitución permite a los comitentes aportar su material genético, lo cual significa que el bebé que dé a luz la gestante, es genéticamente hijo o hija de los padres intencionales. También permite que, al menos, uno de los comitentes aporte su material genético, lo cual implica la existencia de un vínculo biológico entre el niño y uno de sus padres, no siendo ello posible con la adopción.

2.2.4. El argumento de la cosificación, explotación y comercialización de la gestante, subestima su capacidad de consentir

Sobre el particular, se expresa que los acuerdos de gestación por sustitución son voluntarios, de ahí no hay por qué hablar de explotación, cosificación o comercialización de la gestante, pues tales argumentos subestiman su capacidad de consentir, la privan de sus derechos a la privacidad y a la autodeterminación.

2.2.5. Los problemas se solucionan con el acuerdo de gestación por sustitución

Quienes favorecen esta práctica, afirman que en los acuerdos de gestación por sustitución se regulan, en su mayoría, las situaciones que pueden darse durante el proceso, es decir, en los mismos queda estipulado cómo deben actuar las partes involucradas ante problemas tales como: el aborto, la separación o el divorcio de los comitentes, la muerte de uno de ellos, el rechazo de la gestante a entregar al bebé a los comitentes, o la negativa de estos de recibirlo por no haber nacido sano, el no

⁴ El síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser afecta a una de cada 4,500 mujeres. Se caracteriza por la ausencia congénita del tercio superior de la vagina, útero y trompas, pero con ovarios funcionales. Se asocia comúnmente con malformaciones renales. La edad al momento del diagnóstico es de entre 15 y 18 años. La imposibilidad de embarazarse por la ausencia de útero es el aspecto más difícil de aceptar, por eso se contempla la posibilidad reproductiva con técnicas alternativas de reproducción asistida o de adopción.

pago de lo acordado, entre otros; de manera tal, que la solución ante tales circunstancias, la ofrece el mismo contrato suscrito por las partes.

2.2.6. Supone fraude a la ley, porque se prohíbe o no se regula

En favor de esta práctica, igualmente se argumenta que, si cada legislación regulara la gestación por sustitución, se evitaría que muchas parejas viajen al extranjero, para llevar a cabo algo que en su país de residencia está prohibido o es ignorado.

3. La gestación por sustitución en el Derecho Comparado

Lamm, (2012) señala que “En el derecho comparado se encuentran 3 posturas: a) prohibición de la gestación por sustitución; b) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones; c) admisión amplia” (p. 11). Veamos cada una de ellas:

3.1. Prohibición de la gestación por sustitución

Entre los países que prohíben esta práctica están: Francia, Alemania, Italia y España, entre otros. Dada esta prohibición, el acuerdo que al respecto suscriben las partes es nulo. Pero además de la nulidad del contrato, en algunos de estos Estados se imponen multas para sancionar la práctica.

En el caso de España, la gestación por sustitución es regulada por la Ley 14, (2006) específicamente, en su artículo 10.1, el cual es del tenor siguiente:

En casos de gestación por sustitución, se considera que la madre legal del niño es aquella que ha dado a luz (*mater semper certa est*).

Será nulo de pleno derecho el contrato por que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Conforme se advierte, en España, al igual que en Panamá, la determinación de la filiación materna se rige por el principio *mater semper certa est*, según el cual, la mujer que da a luz, es la madre del recién nacido para todos los efectos legales. Por tal razón, quien no ha alumbrado al niño o niña, como es el caso de la madre intencional, no está legitimada para reclamar la maternidad. De tal suerte que, según expresa Pacheco (2019) “...en el caso de la determinación de la filiación materna, el legislador español se decanta por el factor obstétrico, ante el factor volitivo” (p. 12).

Sin embargo, es dable anotar que el artículo 10.3 del citado cuerpo normativo, otorga la facultad al padre intencional para interponer una acción de reclamación de paternidad, siempre y cuando el mismo haya transmitido su material genético al infante.

Pero ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España, que declara nulo, de pleno derecho, el acuerdo de gestación por sustitución?

- La primera y más importante es que, aunque las partes suscribieran este acuerdo y la gestación por sustitución se llevara a cabo, la filiación materna automáticamente quedaría determinada a favor de la gestante, con independencia de que la misma haya o no haya aportado su material genético. Es decir, el Registro

- Civil inscribiría directamente como madre del bebé a la mujer que, según el parte del facultativo, lo haya dado a luz.
- La segunda consecuencia, es que los comitentes no podrán interponer acción legal alguna que obligue a la gestante a cumplir con lo pactado en el acuerdo, por ejemplo, si luego de dar a luz, esta se arrepiente y decide no entregar la criatura a los padres intencionales, ni a devolver el dinero que, en concepto del servicio contratado, aquéllos le hubiesen entregado. Asimismo, la gestante tampoco dispondrá de mecanismo legal alguno que le permita exigir a los padres intencionales que reciban el infante, en caso que los mismos se rehúsen a hacerlo, por no haber nacido sano, por ejemplo.
 - La tercera consecuencia, es que ninguna de las partes se podrá exigir monto alguno en concepto de indemnización, por incumplimiento del contrato, dado que este, al ser nulo de pleno derecho, es como si nunca hubiese existido.

En fin, si la gestación por sustitución se lleva a cabo en España, las partes no tienen ningún tipo de garantía o seguridad jurídica en cuanto al cumplimiento de lo estipulado en el acuerdo. Este es el motivo por el cual muchas parejas, como vía para acceder a la paternidad, optan por salir al extranjero para recurrir a esta práctica, originando con ello lo que se conoce como el turismo reproductivo.

3.2. Permisión limitada de la gestación por sustitución

Por otra parte, entre los países que admiten la gestación por sustitución, bajo ciertas condiciones y requisitos, se encuentran: Reino Unido, Grecia, Portugal, Israel, Australia, Sudáfrica, Canadá, Brasil, Uruguay, entre otros.

De acuerdo con las legislaciones de estos países, a las cuales hace referencia Lamm, (2012) algunas de estas limitaciones son las siguientes: que se practique en sus modalidades gestacional y altruista; que los padres intencionales sean parejas heterosexuales; que al menos uno de los comitentes aporte su material genético; que los padres intencionales se enfrenten a problemas de esterilidad o infertilidad; que la gestante tenga plena capacidad y goce de buena salud física y psíquica; que la gestante no se haya sometido a más de dos procesos de gestación por sustitución; que la gestante tenga, al menos, un hijo propio; que la gestante mantenga algún vínculo con los comitentes, ya sea de parentesco o de amistad; que la autoridad competente haya aprobado el acuerdo de gestación por sustitución antes de iniciar el procedimiento.

Uruguay, por ejemplo, regula la gestación por sustitución en la Ley 19,167, (2013) de acuerdo con los siguientes términos:

Artículo 25. (Nulidad).-Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúese de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su

pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo. La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

Artículo 26. (Suscripción de acuerdo).-El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.

Artículo 27. (Filiación).-En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Artículo 28. (Filiación Materna).-La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

En relación con la determinación de la filiación materna del nacido mediante gestación por sustitución, es dable anotar que con el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante, TRHA, particularmente, varios países, entre estos, Argentina, han incorporado en su derecho

positivo, una tercera causa y fuente filial, derivada de la aplicación de estas prácticas, en la cual, la voluntad procreacional o, mejor dicho, la intención de ser padres, se convierte en el factor determinante de los vínculos filiales, con independencia de quién o quiénes hayan aportado sus gametos. Así, el Código Civil y Comercial de la Nación, (2020) artículo 558, establece lo siguiente:

Artículo 558. –Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Por tanto, al prever un tercer supuesto de filiación, derivado del uso de las TRHA, resulta claro que existe una mayor seguridad jurídica en cuanto a los derechos y las obligaciones de las partes, lo cual, a su vez, favorece el interés superior del menor, siendo este un tema muy interesante que examinaremos en otra oportunidad.

3.3. Permisi3n amplia de la gestaci3n por sustituci3n

Por 3ltimo, entre los pa3ses que permiten totalmente esta pr3ctica, tanto en su modalidad altruista, como comercial, se destacan: parte de Estados Unidos (California, Virginia, Texas, Florida,

Illinois y Utah, etc.), Ucrania y Rusia, entre otros.

En el caso de Estados Unidos, vale la pena destacar que la legislación sobre gestación por sustitución varía dependiendo del Estado. Así, por ejemplo, los Estados de Arizona, Indiana y Nebraska prohíben la misma y consideran nulo de pleno derecho el contrato; mientras que los Estados de Michigan y Nueva York imponen sanciones penales a la gestación por sustitución en la modalidad comercial. Pero también hay Estados en los que se permite la gestación por sustitución en su modalidad comercial, entre estos, California, Virginia, Texas, Florida, Illinois y Utah, entre otros (Pacheco, 2019).

Entre los Estados que menos limitaciones imponen para llevar a cabo la gestación por sustitución y, por ende, que más seguridad jurídica ofrece, es California, de ahí que sea el destino más recurrido internacionalmente.

3.4. Tendencia que prevalece en el Derecho Comparado

¿Prohibir la gestación por sustitución, declarar la nulidad del acuerdo y reconocer, siempre y en todo caso, la maternidad en la gestante? o ¿Regular la gestación por sustitución, y reconocer la filiación de aquel o aquellos que han querido ese hijo o hija?

En la actualidad, la tendencia que prevalece en el Derecho es hacia la regulación y la flexibilización de la gestación por sustitución, que cada vez es más frecuente, a fin de proteger y garantizar los derechos de los infantes frutos de las mismas, así como también dar respuestas y soluciones a los conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

3.5. Turismo Reproductivo

Una de las más notables consecuencias que se derivan de la prohibición de la gestación por sustitución o el vacío legislativo en materia de las TRHA, es el incremento del turismo reproductivo, al cual se le define:

...como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRA. De forma más precisa, el fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla (Lamm, 2012, p. 21-22).

Pero, ¿Qué problemas genera el turismo reproductivo? Veamos:

3.5.1. Uno de ellos, es que los comitentes no pueden obtener el pasaporte o los documentos necesarios para que el niño o niña pueda viajar. Esto acontece en los países que, si bien consideran padres a los comitentes, no otorgan la nacionalidad a los hijos o hijas de extranjeros nacidos en su territorio. Por tal razón, los padres de intención deben acudir a la oficina consular de su país de residencia, a solicitar un pasaporte para que el menor pueda viajar; sin embargo, en muchas ocasiones, esta petición les es denegada, por diversos motivos, tales como: violación al orden público o fraude a la ley.

Lo anterior, trae como consecuencia que el neonato sea apátrida, es decir, que se encuentre en un limbo jurídico y atascado en el país donde ha nacido, afectándose de esta manera su derecho a la identidad.

Ante a esta situación, los comitentes no pueden permanecer en dicho país indefinidamente, debido a los controles de migración, lo que, a su vez, ocasiona que los padres intencionales se vean obligados a valerse de estrategias que, a la postre, resultan en la comisión de delitos, para lograr sacar al infante del lugar donde ha nacido, y así poder regresar a su país de residencia.

3.5.2. Otro de los problemas que genera el turismo reproductivo, es que el país de residencia de los comitentes, rechaza la filiación reconocida por el país donde se suscribió el acuerdo de gestación por sustitución, por razones de orden público.

En países como Estados Unidos, donde se adquiere la ciudadanía por nacimiento, el niño o niña que es fruto de un acuerdo de gestación por sustitución -que haya tenido lugar en un Estado donde la misma es permitida- puede fácilmente regresar con sus padres intencionales al país de residencia de estos, utilizando el pasaporte estadounidense. Sin embargo, cuando intentan inscribir el certificado de nacimiento del menor que ha sido expedido en el extranjero, o cuando interponen una acción judicial o administrativa para reconocer dicho certificado de nacimiento o la sentencia sobre la filiación del infante que ha sido emitida en el extranjero, el país de residencia de los comitentes les rechaza la solicitud, invocando razones de orden público, específicamente, violación al orden público interno.

En virtud de lo expuesto, el menor es residente en un país que no reconoce a los comitentes como sus padres legales, afectando de este modo su derecho a la identidad, a pesar de ser obligación del

Estado asegurar que los niños no sean apátridas. Así lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, (1989) aprobada por Panamá mediante la Ley 15 (1990) artículos 7 y 8.

Artículo 7

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir la nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Frente a los problemas que genera el turismo reproductivo, ¿Cuál ha sido el criterio adoptado por el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos, en lo sucesivo, TEDH, al decidir sobre casos de gestación por sustitución que tuvieron lugar en países que permiten esta práctica, cuando quienes accionan son franceses, alemanes e italianos que pretender validar la filiación de niños o niñas nacidos en el extranjero, en sus respectivos países de residencia?

En materia de gestación por sustitución, el TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones. Sus más relevantes sentencias han sido las siguientes: STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Mennesson contra Francia; STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11, Labassee contra Francia; STEDH de 21 de julio de 2016, núm. 9063/14, Foulon contra Francia; STEDH de 21 de julio de 2016, núm. 1041/14, Bouvet contra Francia; y STEDH de 27 de enero de 2015, núm. 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia (Pacheco, 2019, p. 22). Refirámonos, brevemente, a dos de estos pronunciamientos.

En relación con la Sentencia de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Mennesson contra Francia, y la Sentencia de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11, Labassee contra Francia, cobra importancia señalar que ambas se emiten en el contexto de matrimonios heterosexuales de origen francés que, ante la prohibición de la gestación por sustitución en dicho país, recurrieron a dos Estados de los Estados Unidos, a saber, California y Minnesota, en los que esta práctica es legal. En ambos casos, el semen había sido aportado por el marido, en tanto que el óvulo por una donante, de cuya fertilización in vitro nacieron, respectivamente, dos niñas gemelas y una niña.

A pesar que los comitentes contaban con la sentencia extranjera, en la que se

determinaba la filiación de las niñas a favor de estos, es decir, se les reconocía como padres de las menores, y que entre las recién nacidas y su padre existía un vínculo de consanguinidad, las solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencia les fueron denegadas, dado que el contrato de gestación por sustitución en Francia es nulo y atenta contra el orden público internacional francés. Por tanto, si bien las niñas vivían con sus padres intencionales en Francia, garantizándoles el derecho al respeto a la vida familiar, lo cierto es que las mismas no fueron reconocidas como hijas de los matrimonios franceses.

En vista que ambas parejas se oponían a tal decisión, estas recurrieron ante el TEDH, alegando la violación del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, (1950) particularmente, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, ya que consideraban que el hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación que había sido legalmente declarada en el extranjero, representaba un grave perjuicio para el interés superior de las menores.

Frente a la situación expuesta, el TEDH señaló, entre otras consideraciones, que aunque los Estados dispongan de un amplio margen de discreción en cuanto a la regulación de la gestación por sustitución (prohibirla, permitirla o ignorarla), dicho margen debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta un aspecto esencial de la identidad de las personas, en este caso, de las niñas, respecto de los cuales debe prevalecer el interés superior del menor. El Tribunal consideró que la negativa de Francia de reconocer la filiación entre las niñas, fruto de gestación

por sustitución, y los padres intencionales, afectaba el derecho al respeto a la vida privada tanto de estos como de las niñas, violándose así el artículo 8 de esta convención antes citada, el cual dispone que:

Artículo 8

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Al analizar ambas sentencias del THDH, Arango, (2014) hace referencia a las consideraciones en las cuales se basó dicho cuerpo colegiado al emitir su decisión, las cuales giran en torno al interés superior del menor:

...el alto Tribunal ha considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada

en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.

...

El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor...

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad

biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas... (p. 280-281).

4. El vacío legal existente en el ordenamiento jurídico panameño y la imperiosa necesidad de la regulación de la gestación por sustitución.

Como se ha venido señalando, cada vez son más las parejas que se enfrentan a problemas de infertilidad y esterilidad; por lo que estas, en ejercicio de su derecho a procrear y a formar una familia, recurren al uso de las TRHA, entre estas, la gestación por sustitución.

Es la creciente demanda por el uso de las TRHA, lo que ha llevado a muchas Naciones a legislar al respecto. Así lo han hecho, en su mayoría, los países europeos. No obstante, en América Latina el desarrollo del tema es bastante incipiente, actualmente son pocos los países que cuentan con una regulación especial en materia de TRHA, siendo este el caso de Brasil, Uruguay y México (Tabasco).

A pesar de esta necesidad, en Panamá todavía no se cuenta con una ley y/o reglamento que rijan el uso de las TRHA. En tal sentido, la única disposición del Código de la Familia, (2017) que hace referencia a las mismas, y de manera indirecta, es el artículo 286, que prevé un supuesto de impugnación de paternidad. Veamos:

Artículo 286. El hombre que consienta la inseminación artificial

ajena, u otro procedimiento científico de embarazo de su mujer, no podrá impugnar el reconocimiento de la paternidad del producto de la misma, aunque compruebe que es estéril. No obstante, mantiene el derecho de impugnar el hombre que consienta la inseminación artificial con su propio semen, y que compruebe que al momento de consentirla era estéril.

De lo anterior, se infiere fácilmente que el legislador sí previó la utilización de métodos o procedimientos biomédicos para el establecimiento de embarazos, en sustitución de procesos naturales de reproducción de seres humanos; sin embargo, reiteramos, que este tema aún no ha sido desarrollado a través de normas. Hasta donde se tiene conocimiento, existe un anteproyecto de ley sobre fecundación in vitro y creación de depósito nacional de gametos, el cual, a la fecha, no ha sido debatido en la Asamblea Nacional.

Ahora bien, el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico, no ha impedido que en Panamá se practiquen las TRHA; por el contrario, estas se llevan a cabo de modo frecuente, y en establecimientos sanitarios que, a falta de regulación del derecho interno, se rigen bajo normas internacionales de ética y moral, como las de la Red Latinoamericana de Reproducción (REDLARA).⁵

Probablemente, dichos establecimientos sanitarios no practiquen la gestación por sustitución, dadas las diversas implicaciones

⁵ La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) es una institución científica y educativa, que agrupa a más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en América Latina. Se estableció en 1995, con 50 centros, y hoy cuenta con más de 200 centros. Dispone del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA), que anualmente cataloga los resultados de las técnicas de reproducción asistida reportados por estos centros.

éticas, sociales y jurídicas que de ella se derivan, aparte de los altos costos que la misma conlleva, pero ello no es óbice para que esta práctica se lleve a cabo en la clandestinidad, o para que habitantes del territorio nacional recurran al turismo reproductivo.

En relación con lo anterior, consideramos oportuno traer a colación la Resolución Judicial fechada 7 de febrero de 2014, mediante el cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia resolvió, en grado de apelación, la acción de amparo de derechos fundamentales interpuesta contra el Auto de Pruebas N° 377 F. de 11 de julio de 2013, dictado por el Juzgado de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Herrera, dentro de una excepción de prescripción promovida, a su vez, en un proceso de impugnación de maternidad. Particularmente, al hacer referencia a la decisión de primera instancia apelada, a saber, la Sentencia fechada 31 de julio de 2013, a través de la cual el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia no concedió esta iniciativa constitucional, en el citado fallo del Pleno se transcribe lo siguiente:

RESOLUCIÓN RECURRIDA

El Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia mediante resolución de 31 de julio de 2013, decidió denegar la acción de amparo de derechos fundamentales presentada contra la Resolución de 11 de julio de 2013, de conformidad con lo que citamos seguidamente, en lo medular:

...Observa esta Superioridad que estamos en presencia de un proceso de Impugnación de Maternidad interpuesto el 24 de abril de 2013, por la demandante y excepcionada por la señora (...), en contra de (...),

y a favor de la niña (...) de cinco años de edad.

De lo medular de este proceso se infiere que la niña (...) nació durante el tiempo en que la señora (...) y la señora (...) sostenían una relación de pareja, quienes tenían un acuerdo, tal como lo señaló la accionante en su escrito de Excepción de Prescripción (fs. 59 del cuadernillo). Asimismo, observamos que de los alegatos que refiere la demandante y excepcionada (...) la misma aduce que fue engañada durante todo este tiempo tanto por la señora (...), como por el médico tratante ya que le habían hecho creer que la niña (...) había sido concebida con un óvulo de la señora (...) habida cuenta que ambas mujeres supuestamente se estaban realizando tratamientos médicos con sus óvulos para concebir un hijo, el cual sería engendrado por la señora (...), pero utilizando un óvulo de la señora (...). Según se señala esta descubre de manera reciente que había sido engañada por (...) y el médico especialista, cuando se realiza un examen de ADN con la niña (...), comprobando que dicha menor de edad era hija biológica de esta y no de la accionante como consta en Certificado de Nacimiento de la niña en cuestión, máxime que aparentemente la señora (...) fue quien se dice llevó a cabo la gestación, da a luz el producto de la concepción, pero al momento del registro médico y de la inscripción ante el Registro Civil, aparece como que la persona que realizó la

actividad (alumbramiento o parto de la niña I.N.) fue la señora (...), cuando lo era en realidad la señora (...).

De conformidad con los hechos descritos por el *Tribunal A-quo*, dos mujeres que mantenían una relación de pareja, concertaron un acuerdo, en virtud del cual, una aportaría su óvulo y la otra llevaría a cabo la gestación, **lo que claramente pone de manifiesto la práctica de la gestación por sustitución.** Producto de ello, nació una niña, en cuyo certificado de nacimiento aparece que es hija de la mujer que, en realidad, no llevó a cabo la gestación ni aportó su óvulo, pero en el parte clínico y al momento de la inscripción en el Registro Civil, se hizo constar que la misma había alumbrado a la menor.

Más allá de las irregularidades que devienen de la inscripción del nacimiento de la niña, al reconocerse como madre a quien realmente no demostró el hecho del parto (artículo 243 del Código de la Familia), lo que se quiere resaltar aquí, es que de la situación expuesta, se desprende, sin lugar a dudas, que **la gestación por sustitución es una práctica que se está llevando a cabo en nuestro país en la clandestinidad.**

Así lo indicó Rengifo, (2020) en una entrevista que nos concedió para darnos su opinión acerca del tema, la cual es a título personal, lo que de ninguna manera representa la posición del Tribunal Electoral. Particularmente, la funcionaria nos comentó que en Panamá, sí se practica la gestación por sustitución, también llamada maternidad subrogada, y que ante el vacío legal existente, urge regular la materia, desde el inicio del procedimiento, lo cual compete a las autoridades de salud, hasta el final del mismo, que culmina con la inscripción de la filiación

del niño o niña en la Dirección Nacional de Registro Civil.

Entonces, en medio de este escenario y a falta de una regulación legal, qué respuesta deberían darle nuestras autoridades administrativas y judiciales a interrogantes como estas:

4.1. ¿Es lícito practicar la gestación por sustitución en Panamá?

Si nos apegamos a lo que, en términos generales, establecen las disposiciones del Código Civil, (2009) y del Código de la Familia, (2017) la respuesta sería, no. Primero, porque la práctica implica la concertación de acuerdos con objeto ilícito. En efecto, al considerar como objeto del contrato, las cosas y los servicios a los que el mismo se refiere, y al tener en cuenta que esta técnica conlleva, por un lado, la entrega de un niño o niña y, por el otro, la prestación del servicio de gestación, tratándose, por tanto, de cosas y servicios que están fuera del comercio de los hombres, se concluye entonces que nos encontramos ante un contrato con objeto ilícito, viciado, en consecuencia, de nulidad absoluta.

Segundo, al tomar en consideración el carácter de orden público e interés social de las disposiciones del Código de la Familia, (2017) así como el carácter personalísimo, irrenunciable e indisponible de los derechos familiares, resulta claro que los particulares no pueden concertar acuerdos con el propósito de evadir el tratamiento que a determinado derecho familiar le ha fijado la legislación; concretamente, una madre no puede renunciar a su derecho a la filiación para transferírselo a otra, pues, reiteramos, dichos derechos son irrenunciables e intransferibles, y tampoco pueden alterarse las reglas legales establecidas en cuanto a la

determinación de la filiación materna. Por consiguiente, si en el acuerdo, la gestante renuncia a la filiación materna a favor de los padres intencionales, el mismo iría en contravención de los artículos 3 y 4 del código citado ya que la filiación no puede ser objeto de negociaciones, onerosas o gratuitas, previas al nacimiento del infante, que impliquen la entrega de este luego de nacido, por tratarse de una cuestión de orden público y de interés social, que no puede ser alterada o variada al arbitrio de los particulares.

4.2. ¿Cómo se establecería la filiación de un niño o niña, fruto de gestación por sustitución, nacido en nuestro país?

Ante el vacío legal existente en materia de las TRHA y, por ende, de gestación por sustitución, consideramos que habría que hacerlo de conformidad con la legislación vigente, a saber, el Código de la Familia de la República de Panamá y la Ley N° 31 de 2006, que regula el registro de los hechos vitales y demás actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas.

Ello, en el caso de la filiación materna, indiscutiblemente, supondría aplicar el artículo 243 del citado código el cual, repetimos, establece que: “La maternidad se presume para todos los efectos legales cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo o hija”, es decir, que el recién nacido quedaría registrado como hijo o hija de la gestante, por ser la que llevó a cabo el parto.

Sin embargo, consideramos que ello no significa que la madre intencional tenga vedada la posibilidad de ejercer su derecho a la filiación materna, pues, tal petición podrá invocarse, siempre y cuando obedezca al principio y/o derecho del interés superior

del menor. Por ejemplo, bajo un escenario en el que la gestante no tiene la voluntad ni los medios para proteger la vida y garantizar los cuidados y la orientación que el niño o niña necesitan, compromiso que sí han demostrado tenerlo los comitentes, ¿Qué sentido tendría que la filiación materna siguiera recayendo en la gestante?

Sobre el particular, Rengifo, (2020) señala que la Dirección Nacional de Registro Civil, al ser el último eslabón en la cadena que comprende el proceso de gestación por sustitución, verifica que se cumplan los requisitos exigidos por el Código de la Familia, (2017) y la Ley 31, (2006) para proceder con la inscripción. Esto implica que si el parto fue con asistencia médica y existe un parte clínico, se presenta el padre a realizar la declaración con la información de la madre que consta en dicho documento. Agrega que, si quien aparece como madre, no lo es biológicamente, por tratarse de la práctica de gestación por sustitución, entonces se procede a inscribir el nacimiento con la filiación paterna, si corresponde, y a remitir el caso a la esfera judicial para que esta determine la filiación materna que legalmente corresponde.

Frente a este dilema, creemos que las autoridades judiciales deberían adoptar la decisión que más convenga al interés superior del menor, aunque ello signifique dejar de aplicar lo que el derecho interno dispone sobre filiación.

Al respecto, recordemos que por disposición del artículo 4 de la Constitución Política de la República, Panamá acata las normas del Derecho Internacional, y en este sentido el artículo 3, numeral 1, de la Convención Sobre los Derechos del Niño, (1989) establece taxativamente que: “En

todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Cabe señalar, que a lo largo de este tratado internacional se hace referencia a la prevalencia del interés superior del menor ante cualquiera colisión con otros intereses jurídicos (artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40, entre otros).

En el plano legal, el Código de la Familia, (2017) artículo 2 dispone claramente que los jueces y las autoridades administrativas, al conocer de los asuntos familiares, concederán preferencia al interés superior del menor y la familia; más adelante el artículo 488 del mismo cuerpo normativo señala que las normas insertas en el Libro Segundo, De Los Menores, deben interpretarse fundamentalmente en interés superior del menor, de acuerdo con los principios generales ahí establecidos y con los universalmente admitidos por el Derecho de Menores.

Lo anterior significa que, si por ejemplo, la gestante que es la madre legalmente del infante, según el artículo 243 del código antes citado, no desea al infante, por cualquiera que sea la razón, mientras que los comitentes han mantenido su voluntad procreacional, estimamos que las autoridades judiciales, podrán reconocer la filiación materna, a favor de la madre de intención, quien ha dado muestras de su compromiso por protegerle la vida y garantizar los cuidados y las orientaciones que ese niño o niña necesita.

4.3. ¿Qué decisión debería tomar un juez, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas en un acuerdo de gestación por

sustitución que se celebrara en Panamá, si la gestante se negara a entregar el niño a los comitentes, o estos se negaran a recibirlo, o si los comitentes se negaran a pagar a la gestante los gastos incurridos durante el embarazo?

En principio, ante la falta de regulación, y frente a la normativa civil y de familia que prevalece, ni la mujer gestante ni los padres intencionales podrán exigirse el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mencionado acuerdo, puesto que, tal como lo hemos señalado, los acuerdos de gestación por sustitución están viciados de nulidad absoluta, por objeto ilícito, aparte que, de conformidad con el carácter de orden público e interés social de las disposiciones del Código de la Familia, (2017) así como los caracteres personalísimos, irrenunciables e indisponibles de los derechos familiares, la mujer gestante no puede renunciar a la filiación materna en favor de los comitentes, siendo precisamente esto una de las condiciones pactadas en dicho acuerdo.

Ahora bien, en el supuesto que la gestante quisiera quedarse con el niño o niña tras su nacimiento, o los padres de intención se negaran a recibirlo, reiteramos que le correspondería a las autoridades judiciales adoptar la decisión que más convenga al interés superior del menor, aun cuando ello signifique dejar de aplicar las normas legales del derecho interno que rigen la filiación y la inscripción de hechos vitales.

Pero si el incumplimiento de lo pactado, recae, por ejemplo, en la obligación de los comitentes de pagar a la gestante la suma de dinero convenida por el servicio de gestación prestado, consideramos que las autoridades judiciales deberían denegar la pretensión formulada, en virtud de nuestra legislación actual.

4.4. ¿Puede una pareja con residencia en Panamá recurrir a la práctica de la gestación por sustitución en el extranjero, regresar a Panamá con el recién nacido, y solicitar la inscripción de la filiación en el Registro Civil?

Estimamos que sí puede, aunque no se debe, y es lo que frecuentemente están haciendo muchas parejas para lograr ser padres. Al respecto, Rengifo, (2020) nos dice que es difícil que la Dirección Nacional de Registro Civil detecte situaciones como estas, ya que al tratarse de nacimientos de panameños ocurridos fuera del territorio nacional, estos se inscriben teniendo en cuenta el registro de nacimiento expedido en el país donde el mismo se dio, de tal suerte que las autoridades administrativas panameñas desconocen si el infante fue producto de la práctica de gestación por sustitución.

Conforme se advierte, los contextos que hemos examinado exigen que con urgencia se regulen las TRHA, en especial, la gestación por sustitución. Particularmente, que dispongamos de una legislación o reglamentación en la cual se aborden aspectos tales como la determinación de la filiación del niño o niña que nace en Panamá, a través de gestación por sustitución; el reconocimiento en nuestro país de filiaciones entre los niños o niñas fruto de esta TRHA y los padres intencionales, declaradas legalmente en el

extranjero; las condiciones y los requisitos bajo los cuales se puede llevar a cabo esta práctica en el territorio nacional; los acuerdos de gestación por sustitución, entre otros tantos aspectos.

Nos inclinamos hacia una regulación de la figura, porque la experiencia en el Derecho Comparado ha demostrado que, ni la prohibición expresa de la gestación por sustitución, como sucede en España, ni el silencio de la ley, como ocurre en Panamá, evitan que la práctica de la gestación por sustitución se realice. Antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos (a través del turismo reproductivo⁶, o se practica en la clandestinidad, burlando la ley panameña) generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal, que controle la gestación por sustitución y resuelva los problemas que la misma ocasiona. En otras palabras, prohibir o no regular, no hace más que potenciar los abusos y las violaciones a los derechos de las partes involucradas (gestante, padres de intención y niño o niña fruto del acuerdo).

Consideraciones Finales

Altos indicadores de esterilidad e infertilidad en parejas, han incrementado el uso de las TRHA, siendo esta una realidad de la cual no escapa Panamá. Pese a ello, en nuestra legislación existe un vacío que urge ser llenado, no solo para garantizar los derechos

⁶ El periódico global El País, en una noticia publicada el 15 de mayo de 2020, titulada: “Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarenta el negocio de los vientres de alquiler. Decenas de clientes europeos, entre ellos españoles, no pueden ir a recoger a los niños nacidos por gestación subrogada”, dio a conocer, entre otras cosas, que en Ucrania (uno de los principales destinos del mundo para las familias que recurren a la gestación por sustitución, con unas cincuenta (50) empresas que se dedican a este negocio, que permite la misma a los extranjeros, siempre que se trate de un matrimonio heterosexual, demuestre problemas de fertilidad y uno de los progenitores tenga vínculo genético con el infante), nacen anualmente alrededor de 2,500 bebés producto de esta TRHA, y que muchas parejas a nivel mundial, principalmente españolas y francesas, celebraron acuerdos de gestación con la empresa BioTexCom, producto de lo cual, durante el confinamiento por la pandemia del Covid-19, nacieron aproximadamente cien (100) bebés, y que en la próximas semanas nacerían aproximadamente cincuenta (50) infantes más; no obstante, los mismos se encontraban a la espera de sus padres intencionales extranjeros, ya que, en vista que Ucrania cerró sus fronteras el 16 de marzo, estos no habían podido ir a recoger sus hijos; razón por la cual algunos exigían a sus gobiernos que les emitieran los salvoconductos para viajar a Ucrania, mientras sus hijos permanecían en uno los alojamientos que la compañía ofrece, con un sistema de cuidados bajo niñeras, sin poder ser registrados, al no estar sus padres allí para poder hacerlo. Otros comitentes, por su parte, se encontraban con sus hijos o hijas en espera de poder salir de Ucrania o poder completar los trámites.

familiares de las personas a procrear hijos y a formar una familia, sino para proteger y brindar seguridad jurídica a los niños o niñas que nacen fruto de la aplicación de las TRHA, pues, lo cierto es que tal omisión, de ninguna manera, ha impedido que estas se lleven a cabo en nuestro país.

Una de las prácticas que, a nuestro juicio, es necesario regular, mas no prohibir y tampoco ignorar, es la gestación por sustitución, por ser una de las pocas alternativas con las que cuentan los padres intencionales para tener hijos, cuando razones de esterilidad

o infertilidad se los impide. ¿Bajo qué condiciones se podrá realizar la gestación por sustitución? Indudablemente, que ello será motivo de amplios y diversos debates éticos, sociales y jurídicos, pero lo importante es que se regularice la figura, para evitar que la misma se practique en la clandestinidad o se recurra al turismo reproductivo, de lo cual, como hemos visto, se deriva una serie de conflictos difíciles de resolver por nuestros operadores de justicia y autoridades administrativas, ya que la normativa vigente no prevé soluciones a los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, M. (2020, 23 de abril), Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser. Reporte de un caso y revisión de la bibliografía relacionada con su tratamiento. Obtenido de: <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2012/gom127f.pdf>.
- Azvipor, J. (2020, 20 de abril), El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias (La mercantilización y cosificación de la vida humana). Obtenido de: https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/09/vientres_legalidad.pdf.
- Bernal J. (2020, 21 de abril). *Reproducción Asistida y Filiación. Tres casos*. Obtenido de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/v12n24a09.pdf>.
- Carrillo V. (2008). *La falta de validez del contrato para maternidad subrogada o sustituta, de acuerdo a las normas vigentes en Panamá, sobre contratos civiles, filiación y derechos de menores*. Anuario de Derecho 34-35 (2005-2006). Órgano de Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.
- Castillo, M. (2020, 20 de octubre), La necesidad de normativizar aspectos centrales de la gestación por sustitución transfronteriza en el ámbito interamericano. Obtenido de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lecturaMaria_E_Castillo_1.pdf.
- Código Civil, 2009. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916, (Panamá).
- Código Civil y Comercial de la Nación, 2020. Ley 26,994 octubre 1, 2014. 7 de octubre de 2014, (Argentina).
- Código de la Familia, 2017. Ley 3 mayo 17, 1994. 1 de agosto de 1994, (Panamá).
- Código Penal, 2019. Ley 14 mayo 18, 2007. 22 de mayo de 2007, (Panamá).
- Constitución Política (2004), 15 de noviembre de 2004, Gaceta N° 25176, (Panamá).
- Convención Europea de los Derechos Humanos. 4 de noviembre, 1950.
- Convención Sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre, 1989.
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 725-13 (M.P. Harley Mitchell; febrero 7 de 2014).
- Díaz, A. (2020, 20 de abril), El contrato de alquiler de vientre materno. Obtenido de: <https://www.diariodemallorca.es>.
- Diez-Picazo L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*. Sexta edición. Editorial Aranzadi, S.A.
- Dreyzin de Klor A. (2012). *El Derecho Internacional de Familia en la Postmodernidad*. Primera Edición. Editorial Jurídica Continental.
- Durán A. (2020, 8 de abril). *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º65192/11) y caso Labassee c. France n.º65941/11) de 26 de junio de 2014. Interés Superior del Menor y Gestación por Sustitución*. Obtenido de: <http://www.revistas.usal.es>.
- Herrera M., De La Torre N. y Fernández S. (2018). *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Buenos Aires.

Lamm (2014). *Gestación por sustitución. Ni Maternidad Subrogada Ni Alquiler de Vientres*. Obtenido de: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

Lamm (2012). *Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho*. Obtenido de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf.

Ley 14, 2006. Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Boletín Oficial del Estado N° 126 (España).

Ley 19167, 2013. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Registro Nacional de Leyes y Decretos Tomo 2, Semestre 2 (Uruguay).

Martínez-Pereda Rodríguez J.M. y Massigoge Benegiu J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España.

Pacheco S. (2019). La Gestación Subrogada y la Dignidad de la Mujer. Obtenido de: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2019/207002/TFG_spachecoblazquez.pdf.

Rengifo, E. (15 de 11 de 2020). Jefa del Departamento de Asuntos Jurídicos. (G. Guevara, Entrevistador).

(Noticias Jurídicas, 2014). Obtenido de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/>.

(El País, 2020) Obtenido de: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>.

(Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2020) Obtenido de: <https://redlara.com/>

Mgtr. Ghislana Haychel Guevara Centella

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá; magíster en Derecho con Especialización en Derecho Procesal por el mismo centro de educación superior, y magíster en Mediación, Negociación y Arbitraje por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Entre otras especializaciones, cuenta con un Diplomado en Derecho Administrativo y un Diplomado en Administración Pública y Derecho Administrativo, ambos impartidos por la Universidad de Panamá, en conjunto

con la Procuraduría de la Administración.

Actualmente, es estudiante del Programa de Doctorado en Derecho, con Énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá, en desarrollo de su tesis doctoral. Ha desempeñado distintos cargos en la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría de la Administración y en el Órgano Judicial; a la fecha, es asistente de Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

El Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Dr. César Augusto Quintero Correa
y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

I N V I T A N



V CONGRESO INTERNACIONAL DE ACTUALIZACIÓN JUDICIAL

ISJUP 2020

CON LA PARTICIPACIÓN DE EXPOSITORES
NACIONALES E INTERNACIONALES



200

DIRIGIDO A:

Servidores judiciales de todas las jurisdicciones, comunidad jurídica en general, miembros de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales

INTERESADOS COMPLETAR FORMULARIO DIGITAL DE INSCRIPCIÓN

Cierre de inscripciones: viernes 16 de octubre de 2020

Martes 20 de octubre: Publicación de personas seleccionadas, en el sitio web del ISJUP.

Enviaremos correo electrónico con link de registro en Zoom, (**cierre de registro en Zoom: 22 de octubre**) posteriormente a su aprobación se enviará el link de ingreso al congreso.

Por seguridad no aceptaremos registros luego del cierre.

INDISPENSABLE:

• Computadora y conexión de internet, (no aceptaremos varios participantes utilizando un mismo dispositivo, por el registro de asistencia en zoom).

• Utilizar el mismo correo electrónico de la inscripción para el acceso (no institucional).

26, 27 y 28 de octubre
Entrada desde la 13:00
Horario de conferencias

TEMAS A DESARROLLAR

- ▶ Lenguaje Claro en las Actuaciones
- ▶ La Prueba Científica
- ▶ Foro: Buenas prácticas en la Justicia en Épocas de Pandemia
- ▶ Principales Técnicas de la Contrainteligencia
- ▶ La Teoría del Caso
- ▶ Evidencia Digital
- ▶ Desafíos de la Justicia en la Era Digital
- ▶ Justicia y género, desafíos y perspectivas
- ▶ Retos de la Cooperación Internacional en la Administración de Justicia

Otorgaremos certificado
cumplan la asistencia los

COOPERANTES DEL ISJUP:



DEPARTAMENTO DEL INTERIOR
DE LOS ESTADOS UNIDOS
PROGRAMA DE ASISTENCIA
TÉCNICA INTERNACIONAL

Ministerio de Justicia
y Seguridad
social

UNODC
Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

JUSTI
EDUC
SOC

PARA MAYOR INFORMACIÓN:

Tel.: 315- 1445 • e mail: coordinadores.isjup@gmail.com, atención Licda. Yanet

Actividad
realizada en
El Instituto Superior
de la Judicatura de
Panamá

Octubre - 2020



PARTICIPANTES



V CONGRESO INTERNACIONAL DE ACTUALIZACIÓN JUDICIAL ISJUP 2020



Grabando... **LIVE** en Servicio personalizado de transmisión en vivo

Capacitación

- Más de 100 capacitaciones con participación de jueces.
- Capacitaciones internacionales en temas especializados
- Virtualización de capacitaciones
- Formación continua en JSI Puerto Rico

Asesoría

- 2 años continuos para la certificación ISO 9001:2015
- Asesoría técnica en proyectos como Manual de procedimientos en Trata de Personas, Interdicción marítima y otros

Equipamiento

- Apoyo al OJ con equipos de protección para enfrentar el COVID
- Equipamiento locativo para la virtualización de la capacitaciones
- El ISJUP fue equipado en un inicio con lo requerido para estar al nivel del Alma Mater del Órgano Judicial

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Dr. César Augusto Quintero Correa
Avenida de la Amistad, Albrook, Edificio B5, Panamá • +507 275 1400 • Fax: 275 1408

Zoom Reunión

Jul. Ron Riano

Grabando... **LIVE** en Servicio personalizado de transmisión en vivo

V CONGRESO INTERNACIONAL DE ACTUALIZACIÓN JUDICIAL

Mesa Redonda Internacional para el Fortalecimiento de la Administración de Justicia

28 de Octubre 2020

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Dr. César Augusto Quintero Correa
Avenida de la Amistad, Albrook, Edificio B5, Panamá • +507 275 1400 • Fax: 275 1408

Zoom Reunión

Jul. Carlos Moran

Proyecto IRI "Implementación de Estándares Internacionales de Anti Corrupción Panamá"

IRI

PROG Ciudadanía y Democracia

JUDICIAL

Almas para el Correo Judicial

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Dr. César Augusto Quintero Correa
Avenida de la Amistad, Albrook, Edificio B5, Panamá • +507 275 1400 • Fax: 275 1408

Zoom Reunión

Jul. Beatriz de Anta

Cooperación Internacional – Embajada Británica y el Órgano Judicial

Gail Levin
Asesora de Crimen Financiero y el Sector Regulado
Embajada Británica

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Dr. César Augusto Quintero Correa
Avenida de la Amistad, Albrook, Edificio B5, Panamá • +507 275 1400 • Fax: 275 1408

Zoom Reunión

Jul. Gail Levin

Compartiendo pericia e experiencias, gobierno a gobierno

Depto. del Interior de los Estados Unidos – Programa de Asistencia Técnica Internacional (DOI-ITAP)

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Dr. César Augusto Quintero Correa
Avenida de la Amistad, Albrook, Edificio B5, Panamá • +507 275 1400 • Fax: 275 1408

Zoom Reunión

Jul. Christina Kish

COOPERANTES



V CONGRESO INTERNACIONAL DE ACTUALIZACIÓN JUDICIAL
ISJUP 2020



SALUD MENTAL Y PORTE DE ARMAS EN PERSONAS QUE LABORAN PARA EL ESTADO COMO AGENTES DE SEGURIDAD

Mgtr. Marisín Gisela Tuñón Escobar

Psicóloga, Dirección de Selección de Recursos Humanos.

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: marisin.tunon@organojudicial.gob.pa

SALUD MENTAL Y PORTE DE ARMAS EN PERSONAS QUE LABORAN PARA EL ESTADO COMO AGENTES DE SEGURIDAD

Recibido: Agosto 2020

Aprobado: Diciembre 2020

Resumen

La evaluación psicológica para el porte de armas, es un requisito indispensable del proceso para su obtención. Dentro del ejercicio profesional, es una labor infrecuente en comparación con otras áreas, pero de un gran nivel de detalle, exhaustividad, responsabilidad y conciencia. El porte de armas se relaciona socialmente con mayor prevalencia y exposición a situaciones de violencia, por lo que datos empíricos sugieren que personas con los siguientes indicadores no deber ser candidatos aprobados en esta evaluación: impulsividad, consumo de sustancias, esquizofrenia, depresión psicótica, trastorno bipolar, inestabilidad emocional, daño cerebral, alto nivel de estrés social, inteligencia limítrofe, escaso conocimiento del uso del arma de fuego y la ley, hipocondría, trastornos de personalidad límite o antisocial, aislamiento social, aprehensión, paranoia, entre otros.

Abstract

The psychological evaluation for the carrying of arms is an indispensable requirement of the process to obtain it. In professional practice, it is an infrequent task compared to other areas, but with a great level of detail, exhaustiveness, responsibility and conscience. The carrying of arms is socially related to a higher prevalence and exposure to situations of violence, so empirical data suggests that people with the following indicators should not be approved candidates in this evaluation: impulsivity, substance use, schizophrenia, psychotic depression, disorder bipolar, emotional instability, brain damage, high level of social stress, borderline intelligence, little knowledge of the use of the firearm and the law, hypochondria, borderline or antisocial personality disorders, social isolation, apprehension, paranoia, among others.

Palabras Claves

Armas, seguridad, funcionarios, evaluación psicológica.

Keywords

Carriage of arms, security, officials, psychological evaluation.

INTRODUCCIÓN

El porte de armas resulta un asunto controversial, para muchos países del mundo; sin embargo, en cargos de seguridad y orden, las mismas son consideradas necesarias para el ejercicio de la función. El porte de un arma conlleva un alto grado de responsabilidad por parte de la persona o funcionario que hace posesión de la misma. La forma de proceder y las acciones y/o condiciones en las que un arma debe ser utilizada son bastante específicas, normadas por la ley y, en plenas facultades, quien haga uso de ella, debe asumir las consecuencias legales de dichas acciones.

En muchos países del mundo, el porte de armas para personas naturales está prohibido. En muchos otros como Panamá, el porte de armas en ciudadanos está permitido bajo ciertos criterios y requisitos que se deben cumplir de forma previa. Uno de los requisitos para el porte de armas en Panamá, según la Ley 57, 2011, se asocia a la aprobación de una evaluación psiquiátrica y psicológica, que no es otra cosa que avalar que una persona está en pleno uso de sus facultades mentales para el porte y uso responsable de un arma de fuego, sin que la misma se convierta en un agente de perturbación a la seguridad ciudadana.

En cargos de seguridad para funcionarios del estado, el uso de armas es parte de las características del puesto de trabajo. Si bien deben cumplir con los mismos requerimientos y proceso que cualquier otra persona natural para la autorización del porte, su uso tiene implicaciones adicionales compartidas con el Estado. Es por ello que la evaluación psicológica y psiquiátrica para el personal de seguridad del Estado, debe tener criterios rigurosos de selección, con estándares de alta calidad y, una revisión exhaustiva del perfil del candidato y su historial para la

autorización de porte de armas. Con esta visión, el presente informe pretende hacer una revisión exploratoria de dichos criterios y procedimientos actuales sobre la salud mental de los funcionarios de seguridad y el porte de armas.

Antecedentes Teóricos

La ley antes mencionada, en su artículo 3, define el término de “arma de fuego”, a todo dispositivo que esté comprendido por un cañón, por el cual pase un proyectil impulsado por una fuerza expansiva producto de gases generados por una sustancia química, por ejemplo, pólvora.

Así mismo, esta ley en su artículo 12, establece que las personas que tienen posibilidad de obtener un porte de armas de fuego no deben tener procesos abiertos de interdicción civil, debe ser mayores de veintiún años de edad, no deben ser personas con antecedentes penales o procesadas por consumo de alcohol, personas con consumo frecuente de drogas demostrado y, aquellas que no aprueben el examen psicológico y psiquiátrico que autorice dicho porte.

Para el Órgano Judicial de Panamá según la Ley 53, 2015; un agente de seguridad, según la descripción del cargo, debe realizar labores de vigilancia en las instalaciones asignadas, escoltar personalidades de importancia pública y objetos de valor, controlar el acceso al público a las instituciones, mantener el orden y, evitar la ocurrencia de delitos dentro de las instalaciones a su cargo. Dentro de la descripción del perfil a ocupar, se solicita al candidato conocimiento en técnicas de defensa personal, permiso para porte de armas de fuego, récord policivo, prueba antidoping y evaluación psicológica aprobada; criterios de selección que responden al cumplimiento de la Ley 57, 2011.

Haciendo alusión a los aspectos personales que solicitan para un encargado de seguridad, se encuentra la capacidad de ser cortés y amable con funcionarios y público en general, capacidad para establecer y mantener buenas relaciones interpersonales, posibilidad de seguir instrucciones y niveles de atención para detectar situaciones irregulares (Ley 53, 2015). Todas estas características se contraponen a alguien impulsivo, agresivo e irritable. El uso y porte de armas de fuego, al contrario del prejuicio social de agresividad y reactividad; debe ser autorizado a personas que tengan un alto nivel de control de impulsos, que sepa y tenga claridad de discernir que situaciones requieren su uso, conocimiento de la ley al respecto y, alto sentido de responsabilidad.

En Estados Unidos, la libertad de porte de armas en muchos estados de dicho país, han generado sucesos letales, posiblemente aislados, para un gran número de personas, incluso donde los involucrados son menores de edad (por ejemplo: la masacre en la escuela de secundaria Marjory Stoneman Douglas High school, Parkland, Florida). En algunos de estos casos, los juicios consideran sentencias por inestabilidad mental o diagnósticos psiquiátricos de los atacantes, hechos que han puesto la mirada sobre la evaluación psicológica de las personas que desean portar armas de fuego, como requisito para obtener la autorización. Dentro de esta evaluación psiquiátrica, se busca descartar como principales diagnósticos la psicosis o esquizofrenia, consumo de sustancias, depresión psicótica severa, trastorno del estado de ánimo de tipo bipolar, trastorno de personalidad antisocial (Javanbakht, 2019).

Pueyo, (2004) explica que una evaluación psicológica, para aprobar un porte de armas, debe considerar aspectos como inteligencia, lesiones neurológicas, evaluación de la

personalidad, control de impulsos, estabilidad emocional y niveles de peligrosidad para terceros. Una de las variables con mayor consideración en esta evaluación es la impulsividad, tendiendo estas personas a involucrarse en situaciones de riesgo y accidentes que pudieran exacerbarse con la posesión de un arma de fuego (Sánchez, Giraldo y Quiroz, 2013; citado en Bail et al. 2015, p. 3).

González, (2000) explica que parte fundamental de la evaluación psicológica de un individuo que procura el porte de armas de fuego, tiene que ver con su entorno de socialización y las creencias y actitudes al respecto de la violencia, el poder, los valores del individuo y la conducta prosocial que mantenga. Un estudio de frecuente referencia en el área, fue desarrollado por Navarro, 2002 (citado en Bail et al., 2015, p. 4), donde hace una evaluación de policías y personal civil de seguridad que solicita portes de arma, considera que las variables derivadas de la evaluación psicológica que pueden ser predictores de inaptitud para el porte son: “la hipocondría, depresión suicida, depresión con baja energía, culpabilidad, apatía, paranoia, esquizofrenia, psicastenia, inestabilidad, desánimo, abstracción, aprehensión, autosuficiencia, desajuste emocional, ineficiencia intelectual, aislamiento interpersonal, incapacidad para el liderazgo y, propensión a los accidentes”.

Así mismo, algunas variables adicionales que pueden ayudar a discernir la aptitud de un candidato para aprobar el uso y porte de armas, no solo se obtienen de pruebas psicométricas, sino también de la entrevista que se realice, considerando los errores que comete, el nivel de nerviosismo, el tiempo de reacción ante los ítems, las diferentes preguntas de la entrevista, el nivel de estrés clínico y situacional al que el sujeto se enfrenta en la actualidad, poco

conocimiento de sí mismo y, el nivel de conocimiento sobre el arma y su uso (Bail et al., 2015).

Discusión

Considerando los elementos expuestos hasta este punto, se puede referir que no solo el conocimiento como profesional del área de la salud o del área legal dan una idea de cuáles son los posibles criterios que deben cumplir los agentes de seguridad y funcionarios para el porte de armas; sino también el sentido común como ciudadano que enciende las alarmas en caso de individuos con actitudes hostiles, extravagantes o exacerbadas, ya pueden sugerir que el individuo puede representar una amenaza para sí mismo o para otros con la posesión de un arma.

La psicología como ciencia, basa sus argumentos sobre datos empíricos sobre resultados obtenidos por pruebas psicométricas, entrevistas clínicas y perfiles psicológicos derivados de evaluaciones clínicas y legales producto de juicios en los que funcionarios se han visto involucrados por una mala praxis en sus funciones y el uso del arma de reglamento (Zhang y Hoover, 2013; Bail et al., 2015; González, 2000; Navarro, 2002). Los expertos coinciden en más o menos los mismos criterios a ser evaluados y el grado en el que debe tener el individuo una característica, o la ausencia de algunos indicadores.

Un ejemplo de ello es la investigación de Hyemin et al. (2013). Quienes encuentran que el portar armas de fuego para el ejercicio de las funciones laborales, exponen al individuo a un mayor número de situaciones violentas; que le generan estrés, frustración, ansiedad, sentimientos de culpa, temor e incluso trastorno de estrés postraumático; pudiendo influir de forma negativa en su ejercicio profesional y el de sus compañeros, posterior

a los hechos violentos experimentados. Estas situaciones implican procesos legales y evaluaciones forenses que procuran determinar la adecuación del funcionario al cargo y a sus funciones en cuanto a su salud mental y física.

Velázquez, (2013) de forma consistente asegura que la evaluación de un candidato debe pasar por la posibilidad de describirlo desde el aspecto sensoriomotor que se involucra de forma completa en una situación donde el uso del arma es necesario (audición, visión, nivel de atención, habilidad psicomotriz, memoria, percepción, temblores o dificultades motrices como parálisis, y reacción emocional).

Además de involucrar una evaluación psicológica según criterios ya expuestos, es importante considerar elementos que pudieran influenciar de forma negativa el desempeño del funcionario en términos de gravedad y tiempo de ocurrencia. Algunos ejemplos pudieran referirse a problemas personales como: divorcio reciente, mudanzas o desplazamientos forzosos, problemas económicos moderados y severos, problemas familiares, enfermedades físicas o mentales que pudieran incapacitar el normal ejercicio de las funciones, fallecimientos, entornos violentos, entre otros). Así mismo, considerar su nivel de experticia con el arma, posibles situaciones en las que ha estado involucrado en incidentes de violencia y/o uso del arma y, experiencias traumáticas (personales y laborales); todo ello basado en estudios que han determinado que las variables de contexto y situacionales, así como la socialización y el grupo familiar, influyen sobre la valoración y actitud ante la violencia que tiene cada individuo (Zhang y Hoover, 2013)

Finalmente, Toledo, Montoro y Civera, (2005) apuntan en esta misma línea, y tras aplicar el Test de los 5 Factores de la

personalidad (The Big Five), en España al menos, las personas que obtienen puntuaciones altas en factores como neuroticismo, paranoia, agitación, fuerza del yo, e hipocondría / psicastenia son rechazados en el examen de solicitud de porte de armas. Investigaciones sostienen que el porte de armas en sí mismo, genera una interpretación social de violencia, los individuos dan un significado a los objetos que infringen daño como una alerta,

propiciando en los demás posibles conductas agresivas en respuesta a una sensación de amenaza. En este sentido, el porte de armas coloca con mayor probabilidad al individuo que la porta, en situaciones de estrés y violencia; siendo su autocontrol y manejo de la situación de forma asertiva, características imprescindibles para su supervivencia y la de los demás.

CONCLUSIONES

La evaluación psicológica para el porte de armas no es una labor frecuente dentro del ejercicio profesional, pero requiere un análisis exhaustivo y profundo del candidato, alto nivel de responsabilidad e imparcialidad y, una toma de decisiones concienzuda en vista de la implicación que la aprobación pudiera tener para el candidato en sí mismo y para su entorno o terceros en general. El profesional en el área dedicado a estas evaluaciones, debe considerar criterios estandarizados, aportes empíricos actualizados, concordantes y consistentes entre sí con respecto a los hallazgos y, el uso de diferentes herramientas que faciliten su conclusión y decisión: pruebas psicométricas, entrevista clínica, reportes de comportamiento, examen médico y físico, antecedentes familiares, pruebas gráficas y proyectivas, informes de rendimiento, entre otros.

En definitiva, los criterios que se repiten una y otra vez en las diferentes investigaciones expuestas, tienen que ver con el control de impulsos, ausencia de trastornos psiquiátricos de tipo psicótico (depresión psicótica, esquizofrenia, trastorno bipolar, paranoia), trastornos de personalidad de tipo límite o antisocial, inteligencia, desajuste e inmadurez emocional, aprehensión, aislamiento social, trastornos por estrés agudo o postraumático y situaciones sociales de riesgo para el individuo como divorcios, enfermedades, dificultades económicas, situaciones traumáticas, y cualquier evento o condición que puede generar desviaciones o respuestas emocionales desviadas e imprudentes en función y ejercicio de su labor como funcionario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bail, V., Becerra, L., Frascaroli, C., Martínez, G. y Martínez, M. (2015). Generación de un protocolo de evaluación para la determinación de aptitud psicofísica y ética para el uso o portación de armas de fuego. Recuperado el 01 de Mayo del 2020, de https://www.colegiomilitar.mil.ar/rediu/pdf/ReDiU_1439_art3-Generacion_de_un_Protocolo_de_armas.pdf

González P. (2000). *Conducta prosocial evaluación e intervención* (3ª ed.). Madrid: Editorial Morata.

Hyemin, J., Valencia, A., Rodríguez, R., Preciado, S. y Soltero, A. (2013). Ambiente laboral violento y salud mental en los policías de la zona metropolitana de Guadalajara. *Revista Waxapa*, 5(8), pp. 31-48.

Javanbakht, A. (2019). Armas y enfermedades mentales: un psiquiatra explica las complejidades. Recuperado el 31 de mayo de 2020, de <https://www.psyciencia.com/armas-y-enfermedades-mentales-un-psiquiatra-explica-las-complejidades/>

Ley 53, 2015. Que regula la Carrera Judicial. Gaceta N° 27856-A (Panamá).

Ley 57, 2011. Que regula sobre armas de fuego, municiones y materiales relacionados. Gaceta N° 26795-B (Panamá).

Pueyo, A. (2004). Evaluación de la impulsividad y riesgo en el uso de armas de fuego en policías y fuerzas de seguridad. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 14, pp. 105-124.

Toledo, F., Montoro, L. y Civera, C. (2005). La psicología aplicada a la selección de aspirantes a la tenencia y uso de armas de fuego en España. *Interamerican Journal of Psychology*, 39(1), PP. 117-126.

Velázquez, A. (2013), *Evaluación de las competencias psicológicas de los agentes de policía en el uso de armas de fuego* (tesis de doctorado). Universidad de la Laguna, España.

Zhang, Y. y Hoover, L. (2013). Police response to domestic violence: multilevel factors of arrest decision. *International Journal of Police Strategies & Management*, 36(1), pp. 157-174.

Mgtr. Marisín Gisela Tuñón Escobar

Licenciada en Psicología (1991), Diplomado en Hipnosis (2006), Diplomado en Dirección de Facilitadores Judiciales (2016), Diplomado en Gestión de Recursos Humanos por Competencia (2017) de la Universidad de Panamá

Maestría en Psicología Clínica con Especialidad en Psicoterapia Integrativa (en curso) -UDELAS.

Experiencia Laboral como Psicóloga en

Instituciones Académicas privadas (6 años).

Psicóloga en Instituciones de Salud Privada (2 años).

Psicóloga en Órgano Judicial (22 años) – Dirección de Recursos Humanos - Tribunal Superior de Familia: Programa de Padres Separados. Dirección de Selección de Recursos Humanos - Coordinadora del Departamento de Pruebas- en la actualidad.



CONSECUENCIA DE LA NO CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA LABORAL POR EL EMPLEADOR: REPLANTEAMIENTO

Mgtr. Carlos Alberto Membreño

Juez del Juzgado Primero de Trabajo de la Tercera Sección, Sede Ciudad de David, Chiriquí
Órgano Judicial, República de Panamá.

Correo electrónico: Carlosm52@hotmail.com

CONSECUENCIA DE LA NO CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA LABORAL POR EL EMPLEADOR: REPLANTEAMIENTO

Recibido: Agosto 2020

Aprobado: Diciembre 2020

Resumen

Pretendemos con este ensayo visibilizar como el Código de Trabajo (CT) "premia" al empleador que no contesta la demanda, previa notificación personal de la misma, deja a la contraparte con la carga de demostrar el contrato de trabajo y los elementos que lo integran, encontrándose el demandado (empleador) en mejor posición probatoria, toda vez que, por ley, tiene que llevar y conservar registros de sus trabajadores. Por lo tanto, proponemos se modifique el artículo 561 CT y volver a la fórmula del CT de 1947 (tal cual se da hoy en Chile y Colombia); es decir, cambiar el "quien calla no otorga", por el "quien calla otorga".

THE CONSEQUENCE OF THE FICTA CONFESSIO ON THE PART OF THE SUED EMPLOYER IN A LABOR LAWSUIT: RECONSIDER

Abstract

With this essay we pretend to draw attention to how the Labor Code (LC) "rewards" the Employer applying the ficta confessio, leaving the opposing party with the burden of demonstrating the employment contract, and it's elements, having the defendant (employer) a better probatory position, since, by law, he must maintain a registry of his employees. Therefore, we propose that Article 561 of the LC be modified, and return to the 1947 LC formula (currently utilized in Chile and Colombia); thus, changing from "who does not speak, does not grant", to "who does not speak, does grant".

Palabras Claves

Código, demanda, confesión.

Keywords

Code, lawsuit, confession.

INTRODUCCIÓN

En las causas laborales que se tramitan ante los Jueces Seccionales de Trabajo, que generalmente son partes empleador y trabajador, en ocasiones, este se encuentra en una situación desventajosa cuando el empleador o supuesto empleador no contesta la demanda, previa notificación personal de la misma, o lo hace fuera del término de ley; dicha omisión trae como consecuencia que se entienda como negada la relación de trabajo y la contraparte no cuente con el caudal para acreditarla, como es el caso frecuente de los trabajadores del campo, entre otros.

En materia probatoria laboral hacen falta cambios de paradigmas que impliquen modificaciones a normas a efecto que armonicen con otros preceptos del CT, que le imponen consecuencias al empleador que incumple con un mandato legal; cual es, por ejemplo, la situación prevista en el artículo 69 CT.

ANTECEDENTES

En el CT (derogado) de 1947, en virtud de su artículo 413, se aplicaban supletoriamente las disposiciones del libro segundo del Código Judicial de 1917 (artículos 347, 348, 1091 y concordantes), por lo que la falta de contestación de la demanda por el demandado debía interpretarse como una aceptación tácita o confesión ficta, de los hechos expuesto en el libelo de demanda por el demandante.

Este es el tratamiento que se le brinda en Chile hoy día. El Código del Trabajo de ese país en el art. 453 N° 1, párrafo 7 regula la admisión tácita de los hechos contenidos en la demanda en los siguientes términos: “... En la audiencia preparatoria se aplicarán las siguientes reglas: 1° [...] Cuando el demandado no contestare la demanda, o de hacerlo no negare en ella algunos de los

hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos...” Código de Trabajo de Chile, (2018).

Por su parte, Colombia tenía en el Código de Procedimiento Civil igual fórmula que el primer párrafo del artículo 561 del Código de Trabajo panameño, en cuanto a que la falta de contestación de la demanda constituye un grave indicio en contra del demandado, sin embargo, a partir del año 2012, con la aprobación del Código General del Proceso, el vecino país cambió el panorama haciéndolo parecido a lo que proponemos en esta líneas, es decir, el artículo 97, inciso primero, vino a disponer que “... La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto...” Código General del Proceso de Colombia, (2012).

EL CODIGO DE TRABAJO ACTUAL (1972)

El Código Judicial, (1987) vigente no es fuente supletoria del Derecho Procesal del Trabajo, toda vez que este último tiene autonomía normativa al contar con sus propias fuentes de integración contenidas en el artículo 534 del Código de Trabajo, (1972).

El artículo 561 del código antes citado dispone: “Cuando la demanda esté en forma legal, el Juez dará traslado de ella al demandado con tres días de término, acompañando copia de la misma, con apercibimiento que, si no la contesta dentro de este término, el proceso se seguirá en los estrados del Tribunal. La falta de contestación constituye un grave indicio en contra del demandado...”

Sobre esta norma, indicaba Fábrega, (1982, pág.133) que, “...Como puede verse, el Código de Trabajo no contempla la figura de la rebeldía o contumacia ni confesión ficta que se reconoce en el proceso civil. En el laboral simplemente el demandado que no contesta la demanda establece un indicio grave en su contra...”

El artículo 561 establece la regla general; cuando es el trabajador el demandado y no contesta el libelo de demanda (verbigracia, Procesos Abreviados de Autorización de Despido de Trabajador Aforado), se aplica la regla especial del artículo 991.4 de la misma excerta legal, cuyo tenor es el que sigue: “La falta de contestación de la demanda por parte del trabajador, no constituye indicio en su contra”. Código de Trabajo, (1972).

Otro de los más distinguidos procesalistas del medio, al poco tiempo de entrada en vigencia el CT, comentaba sobre el artículo 991.4:

..En esta clase de procesos abreviados la falta de contestación de la demanda por parte del trabajador, no constituye indicio en su contra, derogándose aquí el régimen establecido en el mismo Código de Trabajo en que artículo 561 que establece que la falta de contestación constituye un grave indicio en contra del demandado, norma que a su vez derogó la regla del proceso civil de que la falta de contestación de la demanda por el demandado debe interpretarse como una aceptación tácita de los hechos expuestos por el demandante o sea lo que se denomina la confesión ficta... (Barsallo, 1973, pág.174).

Sin embargo, si el demandado es el trabajador en un proceso laboral común, producto de una demanda de reconvención (lo cual en la praxis casi nunca ocurre), regirá la regla general del artículo 561.

Con arreglo al artículo 561 del código citado la no contestación del libelo de demanda, o la contestación fuera del término legal, si bien constituye un grave indicio en contra del demandado, al constituir una negativa del nexo laboral, pone en manos del trabajador demandante la carga de demostrar la existencia de la prestación personal de un servicio o la ejecución personal de una obra en beneficio de la demandada, para que se presuma la relación de trabajo a la luz de los artículos 66 y 737.1 de este código (acreditada la prestación personal de un servicio, o la ejecución de una obra, se presume la relación de trabajo, salvo prueba en contrario).

Una vez no enervada (por la demandada) la relación de trabajo (que en principio estaba amparada por la presunción de laboralidad), ésta queda demostrada de forma indudable. Sin embargo, existen una serie de trabajadores regulados por normas especiales laborales (trabajadores de campo y otros) a quienes no existe obligación de hacerles el contrato por escrito, por lo que si bien les asisten la presunción antes mencionada, no los ampara la presunción del artículo 69, en consecuencia, les corresponde demostrar de forma fehaciente los extremos enlistados en el artículo 68.

NUESTRA PROPUESTA: CAMBIO DE PARADIGMA PROCESAL

Los redactores del libro IV (Parte Adjetiva o Procedimental), ante la no contestación de la demanda por el empleador demandado, introdujeron un último párrafo al artículo 561, que a la letra dice: “En caso de que la demanda no haya sido contestada, el Juez puede proferir

sentencia sin audiencia, si las pruebas que se acompañaron a la demanda dan base para ello”. Código de Trabajo, (1972).

Somos de opinión que dicho párrafo viola el Debido Proceso Legal recogido en el artículo 32 Constitucional y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que aunque la demanda no haya sido contestada, ello no le inhibe al demandado el poder integrarse al proceso y, en la etapa procesal correspondiente (vista oral), enervar las pruebas de la contraparte, y aportar y aducir las suyas en su beneficio a efecto de desvirtuar los hechos reconocidos por la confesión ficta. En la práctica, como abogado litigante en un principio, y hoy día como operador jurídico laboral, nunca hemos visto que un Juez haya ejercido dicha facultad o discrecionalidad.

Al respecto acota (Murgas, 2000, pág. 53), que:

...Esta regulación ha sido cuestionada por algunos juristas en el sentido de ver una lesión al debido proceso cuando se permite dictar sentencia sin audiencia, siendo suficiente el caudal probatorio. Ahora bien, de lo que se trata es de poner en marcha la economía procesal como garantía del carácter tuitivo del derecho del trabajo. Y en todo caso el legislador exige que las pruebas acompañadas den base para dictar la sentencia sin audiencia...

En el ámbito procesal civil, bajo la vigencia del Código Judicial, (1987) actual, nos decía (Fábrega, 1998, pág. 245). que “... si se le ha notificado personalmente, continúa el proceso, teniendo dicha abstención como un

indicio en su contra, caso en el cual el Juez puede, lo que raramente hace, a su prudente arbitrio, proferir sentencia sin abrir el proceso a pruebas, si las que se acompañan con la demanda dan base para ello...”

Refiriéndose al mismo tópico, pero bajo la vigencia del Código Judicial de 1917 (Código de Procedimiento Civil en vigor hasta 1987), señalaba el autor antes citado:

...La situación es totalmente distinta si al demandado se le notifica la demanda personalmente, y no comparece. Al dejar de transcurrir el término de contestación, sin contestar el libelo, en algunos sistemas, como el nuestro, se produce la denominada rebeldía (contumacia, en Europa) del demandado y la aceptación tácita de los hechos de la demanda (poena confessi), pudiendo el Juez proferir sentencia condenatoria, siempre y cuando concurren los presupuestos procesales, si se trata de procesos en que es admisible la confesión y siempre que la causa de pedir apoye la pretensión... (pág. 59).

No se pueden hacer normas laborales que vulneren el debido proceso legal bajo el pretexto de economía procesal o el principio tuitivo o protectorio del derecho del trabajo, tal como también hizo el legislador en el artículo 1028 del CT, facultando al Juez laboral sin citar, oír, ni hacer comparecer antes del remate judicial de un inmueble al acreedor hipotecario a efecto de hacer valer sus derechos. Afortunadamente, dicha omisión legal quedó suplida, jurisprudencialmente, mediante la Resolución de 15 de julio de 1999 de la Sala Primera (De lo Civil) de la Corte Suprema de Justicia.

(Barsallo, 1992, pág. 24). nos relata la situación fáctica laboral que al final fue solventada por la Sala Civil de la Corte, en los términos que siguen:

...el antecedente fue que el Juzgado Segundo Laboral, Primera Sección, mediante Auto No. 169 de 5 de julio de 1991, adjudicó definitivamente en remate judicial un apartamento de propiedad horizontal que estaba gravado con primera hipoteca y anticresis a favor de un banco local y éste acreedor preferente, no fue citado, ni oído, ni pudo hacer valer sus derechos preferenciales siendo canceladas las garantías en el Registro Público desconociéndose abiertamente el valor de la hipoteca y anticresis como derechos reales de garantía...

Quizás los artículos 561, último párrafo, y 1028 del CT se redactaron bajo el entendimiento que en ese momento (1972) la Convención Americana de Derechos Humanos (si bien existía desde 1969) aún no había sido ratificada por Panamá (lo fue en 1977 y el art. 8, sobre garantías judiciales, no vino a tener Jerarquía Constitucional sino hasta 1990), y a que otrora la Jurisprudencia de la Corte era del criterio que el Debido Proceso Legal solo aplicaba para causas penales, siendo que todas las jurisdicciones vinieron a quedar cobijadas expresamente bajo dicha Garantía Constitucional, a partir del fallo del Pleno del 12 de noviembre de 1979 dentro del Amparo propuesto por Air Panamá Internacional, S.A., contra el Juez Segundo de Trabajo de la Primera Sección.

Retomando el tema central de este ensayo proponemos una solución como la que existía en el Código de Trabajo (derogado) de 1947,

y la que hoy día rige en Chile y Colombia, en que la no contestación del libelo de demanda, previa la notificación personal de la misma al demandado, o la contestación fuera del término de ley, por el empleador (demandado) debía interpretarse como una aceptación tácita o confesión ficta, de los hechos expuesto por el actor; **es decir, debemos cambiar el “quien calla no otorga”, por el “quien calla otorga”.**

Esto no significa que el juez debe automáticamente proferir la sentencia de mérito correspondiente declarando con lugar la demanda que reconoce las pretensiones del actor; sino que el demandado podría perfectamente integrarse al proceso en la etapa previa a la audiencia oral, sin que el proceso se retrotraiga, y, en la vista oral, tener la oportunidad de enervar las pruebas de la contraparte y aportar y aducir las suyas en su beneficio.

Así, en Sentencia de 31 de agosto de 1992, el Tribunal Superior de Trabajo, con Sede en la Ciudad de Panamá (a la sazón con competencia en todo el territorio nacional), previa revocatoria de la Sentencia No. 26 de 20 de julio de 1992 del Juzgado Cuarto de Trabajo de la Primera Sección, dispuso, entre otras consideraciones, lo siguiente:

Resulta por demás extraño que la Juez a-quo, luego de celebrar la audiencia oral con la válida recepción de pruebas por las partes, llegara a la conclusión de que “no le es dado a la parte demandada, en la etapa de audiencia, demostrar la inexistencia de la relación de trabajo, jamás alegada oportunamente en la etapa procesal correspondiente (contestación de la demanda)”, y como consecuencia

decide no entrar a valorar las pruebas que fueron aportadas en el proceso () Considera el Tribunal Superior, que el hecho de la falta de contestación de la demanda, si bien es un indicio en contra del demandado, no constituye razón válida para desconocer las pruebas que válidamente fueron presentadas en la audiencia, habida cuenta de que en el proceso laboral, las partes pueden proponer las pruebas en tres fases a saber, junto con la demanda, con la contestación de la demanda y durante la audiencia, fases procesales que tienen sus propios términos de preclusión, En consecuencia, el Juez a-quo, estaba en el deber, luego de admitir las pruebas válidamente presentadas, entrar a la valoración de las mismas, según las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica y la experiencia... Tribunal Superior de Trabajo, 31 de agosto de 1992, Magistrado Ponente, Carlos E. De Icaza M.

Si el empleador demandado no contesta el libelo de demanda ni asiste a la vista oral para enervar los hechos confesos, estos deben ser declarados por probados, sin embargo, no deben tratarse de cualquier hecho; deben ser lógica, racional y físicamente posibles y creíbles y no contrarios a la realidad, toda vez que en la praxis se ven casos en que los trabajadores demandantes, al reclamar jornadas extraordinarias, trabajo en días de fiesta o duelo nacional y/o trabajos en días domingos, sostengan que laboraban para con la contraparte 24/7, 365 días al año, o que trabajaron en un período prolongado de tiempo sin devengar salario alguno, entre otras situaciones fácticas.

PRUEBAS UTILIZADAS CON MAYOR

FRECUENCIA POR EL TRABAJADOR Y LAS DIFICULTADES PARA SU OBTENCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO.

El trabajador demandante en general se puede valer, en calidad de testigos, de compañeros de trabajo que laboran con la empleadora, sin embargo, por temor a represalias patronales no declararan a su favor ante los estrados del Juzgado.

Otras veces pretenden utilizar fichas del seguro social, pero no siempre los empleadores inscriben a sus trabajadores en los programas obligatorios de la Caja del Seguro Social, o si lo hacen, los inscriben en fechas (posteriores) que no coinciden con la fecha verdadera de inicio de la relación de trabajo, o bien les descuentan las cuotas y no las reporta, pudiendo incurrir en el presunto delito de Retención Indevida.

Por regla general los trabajadores deben contar con una copia del Contrato Individual Escrito de Trabajo registrado en el Ministerio de Trabajo, no obstante, algunos empleadores no cumplen con ese mandato, exponiéndose a consecuencias ante las Autoridades Administrativas de Trabajo (multas), y en el ámbito jurisdiccional, ante la eventualidad de que sean demandados, le acarrearía que la parte trabajadora estaría cobijada por la presunción del artículo 69, que establece que la falta de contrato escrito hace presumir ciertos los hechos o circunstancias alegados por el trabajador que deben constar en dicho instrumento contractual, salvo prueba que no admita duda razonable.

El artículo 68 es la norma que contiene los elementos que se presumirán ante la carencia de contrato individual escrito de trabajo. El precepto en mención dice a la letra lo siguiente:

Artículo 68.- El contrato escrito

de trabajo contendrá: 1. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil, domicilio y número de cédula de las partes. Cuando el empleador sea persona jurídica, deberá constar su nombre o razón social, su domicilio, el nombre de su representante legal, y los datos de inscripción en el registro público. 2. Nombre de las personas que viven con el trabajador de las que dependan de él. 3. Determinación específica de la obra o servicios convenidos y de las modalidades referentes a los mismos, acordados para su ejecución. 4. Lugar o lugares donde deberá prestarse el servicio. 5. Duración del contrato si es por tiempo fijo o la declaración correspondiente si es por tiempo indefinido, o para obra determinada. 6. Duración y división regular de la jornada de trabajo. 7. El salario, forma, día y lugar de pago. 8. Lugar y fecha de celebración. 9. Firma de las partes si pudieren hacerlo, o la impresión de su huella digital en presencia de testigos que firmen a ruego, y constancia de aprobación oficial del contrato en los casos exigidos por este Código...

Entre tanto, al tenor de los artículos 128.11 y 158 del código citado en el párrafo anterior, el empleador debe llevar y conservar (por un tiempo determinado) una serie de registros documentales del trabajador, siendo que el demandante puede hacerse de los mismos, antes la presentación de la demanda través de los medios de aseguramiento de pruebas o pruebas anticipadas, para lo cual, en alguna de ellas, deberá consignar una caución lo que constituye un obstáculo para el actor.

El texto de las normas en mención es el siguiente:

Artículo 128.- Son obligaciones de los empleadores, además de las que surjan especialmente del contrato, las siguientes: ...

...11. Llevar un registro en que consten: el nombre, la edad, el sexo, la nacionalidad, el salario, las horas de trabajo, especificándose las horas extraordinarias trabajadas y las fechas de los periodos de vacaciones y la remuneración percibida, de cada trabajador. Este registro estará sujeto a la inspección, en cualquier tiempo, de las autoridades del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social...

Artículo 152.- El empleador deberá consignar en sus registros de salarios o planillas, por separado, lo que a cada uno de sus trabajadores corresponda en concepto de trabajo ordinario, trabajo extraordinario y en concepto de primas o comisiones. A falta de consignaciones expresas en las planillas de pago, lo consignado corresponderá al salario ordinario. El Ministerio de Trabajo y Bienestar Social reglamentará la forma de la apertura de los libros de planillas y su contenido.

Actualmente la legislación panameña permite que las empresas lleven sus registros y documentos laborales a través de soportes informáticos o digitales, verbigracia: la Ley 11, (1998) (por la cual se regula el almacenamiento tecnológico de documentos, modificado por el Decreto Ejecutivo 57,

(1999), y la Ley N° 51, (2008) (que define y regula los documentos electrónicos y las firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico), modificada por la Ley N.º 82, (2012).

El ordinal 14 del artículo 128 del Código de Trabajo, (1972) establece como una obligación del empleador, expedir en papel común y gratuitamente al trabajador, cuantas veces tenga necesidad, durante y a la terminación de la relación, un certificado en que conste el tiempo de servicio, la clase

de trabajo o servicios prestados y el salario percibido; lo cual no siempre se cumple.

La experiencia tribunalicia nos dice que en un número importante de casos los empleadores no llevan, mantienen ni conservan los registros en mención (o los ocultan al momento de practicarse algún medio probatorio, que gravita sobre los mismos, solicitado con la demanda, en la vista oral o como prueba anticipada); omisión que trae por consecuencia una sanción pecuniaria de parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, y/o que el Juez deduzca indicios de la conducta procesal del empleador demandado.

CONCLUSIONES

Con la propuesta que estamos planteando, los trabajadores a quienes no le ampara la presunción del artículo 69 Código de Trabajo podrían verse beneficiados, en cuanto a la carga probatoria se refiere, en el sentido de no solamente lograr que se acredite la prestación personal de un servicio en favor del demandado, sino que se podrían demostrar de manera indudable, por la confesión ficta del empleador y no enervada finalmente por el mismo, extremos que en retiradas veces a

ciertos trabajadores (de campo y otros) se les dificulta su prueba.

Si el empleador demandado no contesta el libelo de demanda ni asiste a la vista oral para enervar los hechos confesos, éstos deben ser declarados por probados, sin embargo, no deben tratarse de cualquier hecho; deben ser lógica, racional y físicamente posibles y creíbles y no contrarios a la realidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código de Trabajo de Chile de 2002 recuperado de www.dt.gob.cl/1601/articles-113671_recurso_3.pdf.

Código de Trabajo de la República de Panamá. Ley 67 de 11 de noviembre de 1947. Gaceta Oficial No. 10,459 de 26 de noviembre de 1947.

Código de Trabajo de la República de Panamá. Decreto de Gabinete 252 de 30 de diciembre de 1971. Gaceta Oficial No. 17,040 de 18 de febrero de 1972.

Barsallo, P. (1973). *Consideraciones Generales sobre algunas Normas Procesales del Nuevo Código de Trabajo*. Panamá: Editada por el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá.

Barsallo, P. (1992). *El Crédito Hipotecario y el Remate Judicial*. Panamá.

Fábrega, J. (1976). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Panamá: Editora Servimprensa, S. A.

Fábrega, J. (1982). *Derecho Procesal de Trabajo (Individual y Colectivo)*. Panamá.

Fábrega, J. (1998). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Panamá: Editora Jurídica Panameña.

López, T. (1984). *Jurisprudencia de Casación Laboral (1972-1973)*. Panamá: Editores Investigación y Producción, S. A.

Murgas, R. (2000). *Normas Constitucionales y Proceso Laboral*. Panamá.

Mgtr. Carlos Alberto Membreno

Magister en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina).
Magister y Postgrado en Derecho del Trabajo, USMA.

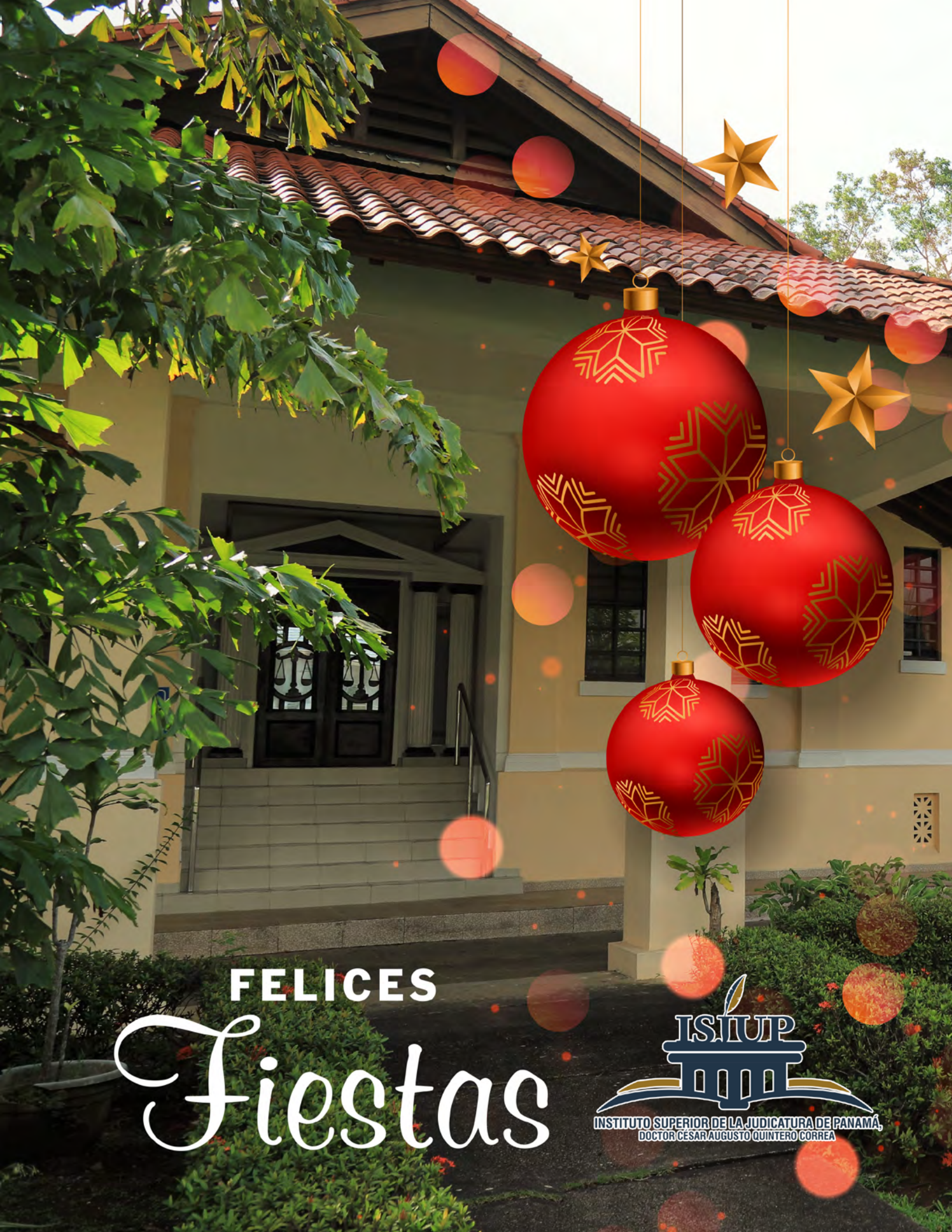
Magister en Administración de Empresas con Énfasis en Recursos Humanos de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT).

Licenciado en Derecho Y Ciencias Políticas, USMA.

Docente Universitario en Programas de Pregrado, Postgrado y Maestría en distintas Universidades de la República de Panamá.

Ha escrito artículos especializados en Derecho del Trabajo en Revistas, Publicaciones y en los Libros Memoria de Congresos de Derecho Procesal y Laboral.

Juez del Juzgado Primero de Trabajo de la Tercera Sección, Sede Ciudad de David, Provincia de Chiriquí, República de Panamá.



FELICES
Fiestas





DELITO DE TRANSFERENCIA COMERCIAL ILÍCITA DE DINERO (ART. 253-A DEL C. P.)

Mgtr. Alberto H. González Herrera

Defensor público.

Órgano Judicial de República de Panamá.

Correo electrónico: jass2819@hotmail.com

DELITO DE TRANSFERENCIA COMERCIAL ILÍCITA DE DINERO (ART. 253-A DEL C. P.)

Recibido: Agosto 2020

Aprobado: Diciembre 2020

Resumen

Los delitos financieros hacen su aparición en Panamá durante la vigencia del Código Penal de 1982 en el año 2003 con la Ley N°45 de 4 de junio de 2003, que adicionó al Título XII el Capítulo VII de Delitos financieros con el propósito de proteger la actividad bancaria y los actos que hacen posible la operatividad del sistema bancario. No obstante, en ese capitulo no estaba el delito de transferencia comercial ilícita de dinero.

La figura se inserta a la fecha al Código Penal vigente con el objetivo de neutralizar la transferencias de dinero o remesas de dinero que contribuyen a los movimientos de recursos del crimen organizado y financiamiento del terrorismo así como al blanqueo de capitales, el encubrimiento y la defraudación fiscal.

Abstract

The financial crimes arise in Panama through the Law N°45/2003 June 4th 2003 add to Penal Code chapter VII with the purpose protect banking activities.

The illicit money transfer add to the Penal Code in order to neutralize organize crime, terrorism financing, money laundering and tax fraud.

Palabras Claves

Delito de transferencia comercial ilícita de dinero, acción, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, sanción.

Keywords

Illicit money transfer, criminal action, active subject, passive subject, well protected legal, sanction.

INTRODUCCIÓN

La entrada del país en las denominadas listas grises o negras de los grupos económicos internacionales como la OCDE y el GAFI desde el año 2018 a la fecha nos impuso innumerables retos. Algunos de estos han sido asumidos tipificando el delito de defraudación fiscal o delito fiscal con la adición al Código Penal del Capítulo XII Delitos contra el Tesoro Nacional al Título VII de los Delitos contra el Orden económico (Ley N°70 de 31 de enero de 2019, G. O. N°28705-A de 1 de febrero de 2019); eliminando la posibilidad de mantener en el anonimato a los titulares de las sociedades anónimas (off shore) pues ahora deben todas contar con titulares que poseen acciones nominativas y no al portador, y de mantenerse las mismas al portador, el agente residente debe exhibir quién es o quiénes son los titulares o propietarios de las mayorías de dichas acciones al ser requerido por la autoridad competente. Pero como estas medidas no son suficientes, por seguir siendo una jurisdicción o plaza atractiva para el ocultamiento o movimiento de fondos dudosos, se aprueba en la Asamblea la Ley N°123 de 31 de diciembre de 2019 que en el artículo único tipifica un nuevo delito financiero que viene a denominarse la transferencia comercial ilícita de dinero (G. O. N°28932-A de 2 de enero de 2020).

1. Delito de transferencia comercial ilícita de dinero

Con una ley exclusivamente dirigida a añadir un tipo nuevo al Código Penal panameño vigente desde el año 2008, se aprobó el delito de transferencia comercial ilícita de dinero. Se adicionó el artículo 253-A cuyo tenor literal señala: “Quien realice de manera comercial el servicio de transferencia de dinero, ya sea a través de sistemas de transferencias o transmisión de fondos,

compensación de fondos o por cualquier otro medio, y sin licencia de autoridad competente será sancionado con prisión de cinco a ocho años”.

El delito recién adicionado procura evitar que se transfieran sumas de dinero de dudosa legitimidad, está vigente desde el 2 de enero del año 2020, es el producto del Anteproyecto presentado por el Ministro encargado de Economía y Finanzas a la Asamblea Nacional de Diputados previa aprobación por el Consejo de Gabinete el día 26 de noviembre de 2019 y se le denominó Proyecto N°168, tanto la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales como el Pleno de la Asamblea, le dieron rápido curso al mismo aprobándolo en sesiones extraordinarias.

Se alude en el texto del Anteproyecto que se hacía necesario este nuevo delito entre otras razones, a fin de procurar transparencia en las transacciones internacionales que se realizan dentro del territorio nacional, y no se contamine por el terrorismo y mafias organizadas que afectan la buena imagen y el buen funcionamiento del Centro Bancario y financiero del país.

De igual forma, obedece a que los grupos delictivos de carácter internacional se han beneficiado del envío de remesas de dinero al margen de la Ley, como un sistema efectivo para el lavado de dinero y la utilización de fondos provenientes del delito.

Conocidas las razones de política criminal subjetivas y no objetivas, pues no hay estadísticas de remesas irregulares, número de grupos delictivos de carácter internacional ni de mafias organizadas que las empleen debidamente comprobadas, pasamos a ver los elementos de la nueva figura delictiva para combatir el flujo y movimiento de dineros de

dudoso origen, procedencia o destino, que se moviliza en nuestro medio.

La acción se manifiesta actuando con dolo, al llevar a cabo la conducta de realizar de manera comercial el servicio de transferencia de dinero, ya sea a través de sistemas de transferencias o transmisión de fondos, compensación de fondos o por cualquier otro medio, y sin licencia de autoridad competente, según se desprende del artículo 253- A del Código Penal, (2008).

El sujeto activo es alguien que se dedica a prestar el servicio de facilitar transferencias de sumas de dinero y se vale de sistemas de transferencias (empresas de remesas, giros y demás) o transmisión de fondos (bancos, cooperativas, encomiendas, etc.), compensación de fondos (tarjetas de crédito o débito) o por cualquier otro medio (empresas o casas de cambio de divisas) y no posee licencia de autoridad competente para dedicarse al envío de remesas, giros, fondos o cambios de divisas, expedida por la Superintendencia de Bancos, el Instituto Panameño Autónomo Cooperativo, la Superintendencia del Mercado de Valores o la Dirección General de Comercio Interior. Ello, sin obviar que los Acuerdos N°1 y N°2 de 2018 de la Superintendencia de Bancos que obliga a las casas de cambio y empresas de remesas de dinero a registrarse ante esta (G.O. N°28612-B de 14 de septiembre de 2018), Acuerdos N°4-2018 y N°5-2018, que dicta los lineamientos para prevenir el uso indebido de los servicios que brindan y prevenir el blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva en las empresas de remesas de dinero (G.O. N°28648 de 6 de noviembre de 2018) y en las casas de cambio (G.O. N°28686-A de 2 de enero de 2019).

De igual forma, el sujeto activo puede ser cualquier persona que lucra con la transferencia, transmisión, remisión o compensación de dineros sin contar con la licencia que lo autoriza a llevar cabo dicha actividad. No es necesario tener la condición especial de banquero, agente de empresa de remesas o de casa de cambio a efectos de poder hacerle imputación al injusto penal.

Puede que se incurra en una infracción de naturaleza administrativa a los preceptos contenidos en los acuerdos que emite la Superintendencia de Bancos, pero la realización de la actividad comercial sin la autorización o licencia genera la responsabilidad penal.

En Costa Rica se considera que es al utilizar las empresas remesadoras los lavadores transfieren dineros a otros países (Esquivel, 2012, p. 74).

El sujeto pasivo en este tipo penal lo constituye el Estado, el cual posee la calidad de titular del orden económico. También, pueden resultar ofendidos los ciudadanos o las personas que confíen en la gestión o el servicio ofrecido por el falso comerciante autorizado a prestar el servicio de transferencia de dinero, ya sea a través de sistemas de transferencias o transmisión de fondos, compensación de fondos o por cualquier otro medio, se infiere de la lectura del nuevo artículo 253-A del Código Penal.

El objeto material sobre el cual recae la acción del sujeto activo son los dineros que resultan transferidos, compensados o por cualquier otro medio pasados a otra u otras personas.

El tipo presenta dos elementos normativos como lo son el de realizar de

manera comercial el servicio de transferencia de fondos y sin contar con la licencia otorgada por la autoridad competente. En nuestro medio es la ley la que establece cómo se puede ejercer el comercio y en específico el de transferir fondos mediante el ejercicio de la banca, el servicio de remesas o las casas de cambio, y ese ejercicio requiere la habilitación mediante la adquisición de la licencia para operar el negocio de banca, despachar remesas de dinero o facilitar el cambio de dinero o moneda extranjera.

La conducta no requiere daño alguno producido, es de mera actividad ejecutada sin la licencia respectiva por quien ejerce el comercio con el ofrecimiento la realización de transferencias, la transmisión de fondos, la compensación de fondos o de cualquier otra manera de enviar dineros. A la vez, es un injusto penal de peligro abstracto donde es suficiente una probable amenaza al bien jurídico (Martínez-Buján Pérez, 2007, p. 208) con el actuar sin licencia en el cual incurre el sujeto activo. No admite la tentativa por tratarse de delito de peligro abstracto donde no se requiere daño o lesión al bien jurídico (Bacigalupo, 1994, p. 102; Bustos/Hormazábal, 2006, p. 249; Luzón, p. 314; Muñoz/García 2010, p. 304; Roxin, 2006, p. 336). Basta con ofrecer o realizar de manera comercial, el servicio de transferencia de dinero, ya sea a través de sistemas de transferencias o transmisión de fondos, compensación de fondos o por cualquier otro medio, se infiere del nuevo tipo penal contenido en el artículo 253-A del Código Penal.

Cabría la posibilidad de darse el concurso de delitos de la transferencia ilícita de dineros con la estafa prevista en el artículo 220 del Código Penal vigente, al engañar a las personas que entregan sumas de dinero

para enviar a familiares o amigos y no les llega por la falta de seriedad con que se presta el servicio al margen de la ley. Asimismo, podría generarse concurso con el blanqueo de capitales, descrito por el artículo 254 del Código Penal, al facilitar el ocultamiento, encubrimiento o disimulo del origen ilícito de los dineros transferidos o con el delito de defraudación fiscal, contenido en el artículo 288-G del Código Penal, al evadir las sumas que deben reportarse al fisco y resultan trescientos mil balboas (B/.300,000.00) o más en concepto de tributos.

Ante cada situación debe el investigador prestar atención a fin de no dejar lagunas de impunidad si sucede el concurso de delitos.

2. Bien jurídico tutelado.

El nuevo de delito de transferencia comercial ilícita de dinero ubicado en el Capítulo III Delitos financieros del Título VII de Delitos contra el Orden económico no tutela la banca ni los dineros que esta maneja sino la actividad de ejercer el comercio con la realización de transferencia de dinero mediante transferencias bancarias, remesas, compensación de fondos o de cualquier otra manera. Que dicha actividad sea puesta en marcha por las personas con la licencia o las licencias respectivas. Por no exigir un resultado específico lesivo el bien jurídico cuya tutela se dispensa lo hace un delito de peligro abstracto que como Terradillos subraya: no hay delito de peligro cuando se constata la sola probabilidad estadística--- o, lo que es lo mismo, se presume el peligro---, pero no la idoneidad lesiva del hecho concreto (2012, p. 28).

El objeto jurídico es el bien jurídico tutelado (Mir, 2015, p. 229) que en este delito parece dirigirse a salvaguardar el orden económico que resulta afectado por la

indebida transferencia de dinero.

3. La sanción

Por la comisión de este delito la consecuencia jurídica prevista va de 5 a 8 años de prisión. Es una pena única, privativa de libertad y restrictiva de derecho. Si el responsable de este delito es sancionado contará con la posibilidad de solicitar trabajo comunitario si la pena

líquida supera los 4 años de prisión y no excede de 5 años.

La sanción que contempla el nuevo artículo 253-A del Código Penal, (2008) procura disuadir a quienes se prestan para movilizar los dineros que proceden de actividades ilícitas y legitimarlos en el sistema financiero con la transferencia de los mismos.

CONCLUSIONES

La tipificación como delito de la conducta de transferencia comercial ilícita de dinero se dirige a evitar el suministro de fondos y disfrute de los mismos a células de

organizaciones criminales y sujetos que derivan beneficios económicos de actividades delictivas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bacigalupo, E. (1994). *Manual de Derecho Penal*. Colombia, Bogotá: Temis.

Bustos Ramírez, J. /Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*. España, Madrid: Trotta.

Esquivel Favareto, J. C. (2012). *La legitimación de capitales*. Costa Rica, San José: Juritexto.

Luzón Peña, D. M. (s.f.). *Curso de Derecho Penal, Parte general*. Nicaragua, Managua: Hispamer.

Martínez-Buján Pérez, C. (2007). *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte general*. España, Madrid: Tirant.

Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal, Parte general*. 10^a. ed. España, Barcelona: Reppertor.

Muñoz Conde, F. / García Arán, M. (2010). *Derecho Penal, parte general*, 8^a. ed., España, Valencia: Tirant.

Roxin, C. (2006). *Derecho Penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. España, Madrid: Civitas.

Terradillos Basoco, J. M. (2012). Delitos contra el orden socioeconómico en: Terradillos Basoco, J. M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo IV, Derecho Penal, Parte especial (Derecho Penal Económico), España, Madrid: Iustel, pp. 17-36.

Mgtr. Alberto H. González Herrera

Es nacido en la ciudad de Panamá, licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (1995). Especialista en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica (1997). Magíster en Derecho con Especialización en Ciencias Penales por la Universidad de Panamá (2005). Especialista en Docencia Superior, Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad de Panamá (2013). Especialista en Docencia Superior, Universidad de Panamá, 2014. Candidato a doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España.

Curso inicial para operadores del Sistema penal

acusatorio, Instituto Superior de la Judicatura, Dr. César Augusto Quintero Correa, Panamá, 2006.

Diplomado en Derecho Penal con mención en Teoría del Delito, Instituto de Investigación Jurídica Universidad Nacional de Pilar, Managua, 2019.

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

Miembro del Órgano Judicial desde el año

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

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

Fue Defensor Público interamericano seleccionado por la Asociación Interamericana de Defensa Pública (AIDEP) para actuar ante la Corte Interamericana de Derechos humanos del año 2010 al año 2016.

Ha participado y ha expuesto en diversos seminarios, cursos y congresos relacionados con temas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Entre sus más recientes publicaciones tenemos: El recurso de anulación, Cultural Portobelo, Panamá, 2017.

En coautoría con GUERRA de VILLALAZ, Aura y VILLALAZ de ALLEN, Grettel, *Compendio de Derecho penal, parte especial*, 2a. ed., Cultural Portobelo, Panamá, 2017.

“El nuevo proceso penal panameño (conforme a la Ley N°63/2008 que adopta el Código Procesal Penal) en: *Revista Cultural Lotería*,

N°536, Enero-Febrero, Lotería Nacional de Beneficencia, Panamá, 2018, pp. 56-68.

“El principio de protección del bien jurídico” en: *Boletín de Ciencias Penales*, Año 4, N°9, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Enero-Junio 2018, Panamá, pp. 83-115.

“Blanqueo de capitales y enriquecimiento injustificado de funcionarios públicos: instrumentos para combatir la corrupción, diferencias y similitudes” en: *Boletín de Ciencias Penales*, Año 4, N°10, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Julio-Diciembre 2018, Panamá, pp. 8-24.

“El acuerdo de pena o colaboración en el proceso penal panameño” en: *Revista Cultural Lotería*, N°541, Noviembre-Diciembre, Lotería Nacional de Beneficencia, Panamá, 2018, pp. 44-53.

“Los delitos de organización en el Código penal panameño” en: *Boletín de Ciencias Penales*, Año 5, N°12, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Julio-Diciembre 2019, Panamá, pp. 96-106.



INSTRUCCIÓN A LOS AUTORES

La recepción de los escritos es abierta durante todo el año para que los autores presenten sus trabajos.

Solo se aceptarán documentos originales, inéditos y vinculados a los temas jurídicos.

Recibir un documento no presupone que haya sido aceptado.

El documento no debe haber sido publicado ni en medios impresos ni digitales, total ni parcialmente; deben ser originales y contener doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. El desarrollo de temas técnicos debe contemplar rigor científico.

En documentos aparte, los autores deben enviar un resumen de su hoja de vida de 10 líneas de extensión en formato Word, al correo sapientia@organojudicial.gob.pa.

Los escritos deberán presentar las siguientes estructuras:

- **Título:** Debe ser conciso. Máximo 18 palabras, evitar el uso de abreviaturas, siglas y palabras innecesarias.
- **Autor(es):** Destacar si es autoría múltiple o individual. El Nombre(s) completo preferible el que se utiliza oficialmente. Especificar cargo, departamento, afiliación institucional y correo electrónico.
- **Resumen:** En español e inglés de 100-200 debe estar estructurado y contener cuatro elementos: motivación ¿Por qué es importante? Problema ¿Cuál es el problema? resultados ¿Cuál es la respuesta al problema? Y conclusiones ¿Cuáles son las implicaciones de dicha respuesta?
- **Palabras clave:** En español e inglés 3 a 5 palabras relacionadas con el manuscrito.
- El autor debe incluir traducción al inglés del resumen (abstract) y de palabras clave (keywords)
- **Introducción:** Debe ubicar al lector en el contexto del estudio y establecer el objetivo, los antecedentes y la importancia del trabajo.
- **Resultados, análisis y/o discusión:** Se presentan los datos recopilados en secuencia lógica y concreta y su respectivo análisis. Se puede incluir tablas, gráficas y figuras (aplica para investigaciones).
- **Conclusiones:** Directa, clara y objetiva. Respuesta a objetivos planteados.
- **Referencias bibliográficas:** Según el Manual de Publicación de la Asociación Americana de Psicología (APA 6) completas al final del artículo. Deben aparecer todas las citas referentes en el texto.
- Debe cumplir las reglas de gramática, ortografía y sintaxis.

- El ensayo debe tener de 8 a 20 páginas, el interlineado doble espacio, letra tamaño de fuente 12, tipo Times New Roman, hoja 8 y 1/ 2 por 11, tamaño carta y formato Word.

Proceso de selección:

Todo documento que se recibe debe pasar por una revisión preliminar por los editores de la revista; en la cual se establece si cumple con los requisitos mínimos de publicación, como temática, extensión, originalidad y estructura.

La originalidad, será verificada por la plataforma Blackboard y su herramienta SaeAssign. Una vez aprobados, pasarán al Consejo Editorial quien evaluará los contenidos, con el fin de buscar objetividad en el análisis.

El resultado de la evaluación que puede ser:

- Aceptación. El artículo será publicado sin modificaciones sustanciales.
- Aceptación condicionada. Se indicará las recomendaciones del Consejo Editorial al autor quien debe atenderlas para que su escrito sea publicado.
- Rechazado (Inapelable)

Una vez revisado y evaluado, el documento es devuelto al autor quien tendrá 10 días hábiles, para realizar los ajustes sugeridos.

Después de la verificación, si el documento es aceptado, el Comité Editorial y la Editora aprobarán e informarán la fecha de su publicación, a los autores.

Importante

Los escritos deberán acompañarse de una carta dirigida al Consejo Editorial firmada por los autores, donde se declare su originalidad.

Para envío de su artículo, puede hacerlo a los correos:

editorial@organojudicial.gob.pa · sapientia@organojudicial.gob.pa · editorialisjup@gmail.com



EL INSTITUTO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE PANAMÁ, DOCTOR CÉSAR AUGUSTO QUINTERO CORREA
Y LA RED IBEROAMERICANA DE ESCUELAS JUDICIALES

INVITAN

Congreso Internacional: @

Una mirada al portafolio de herramientas
tecnológicas de gestión judicial en
Iberoamérica y las buenas prácticas de
su uso en el Poder Judicial.

Conferencia virtual
transmitida por:



Fecha:

Del 18 al 20 de noviembre de 2020



Hora de Panamá:

10:30 a.m. a 3:30 p.m.



**Expositores de 16 escuelas
judiciales de Iberoamérica**



150 cupos

Temas:

- Liderazgo, gestión judicial y uso de la tecnología a partir del covid-19. Logros y expectativas.
- Sistema Integral para la Consulta de Resoluciones (SICOR).
- Los procesos de ejecución y el remate judicial.
- Cambio de paradigma de la formación judicial presencial a la virtual.
- Sistema Integral de Gestión Judicial.
- Avances e implementación tecnológica en el Poder Judicial de República Dominicana y buenas prácticas derivadas de su uso.



YouTube



Indispensable:

- Disponer de Computadora y aceptar varios participantes u por el registro de asistencia en
- Utilizar el mismo correo electrónico para el acceso (no institucional).

Dirigido a:

Servidores judiciales y miembros Escuelas Judiciales.

Interesados:

Completar formulario digital de inscripción

Cierre de inscripciones:

Miércoles 11 de noviembre de 2020

Publicación de personas seleccionadas:

Jueves 12 de noviembre, en el sitio web

Se enviará correo electrónico con el link de registro en Zoom: 16 días antes de la aprobación recibirá el link de ingreso a la conferencia.

No se aceptarán registros luego de la publicación de personas seleccionadas.

Otorgaremos certificado de participación por asistencia completa los 3 días con asistencia.

Contacto: Licda. Catherine González, catherine.gonzalez@organojudicial.gob.pa



Actividad
realizada en
El Instituto Superior
de la Judicatura de
Panamá

Noviembre - 2020



Magistrado Olmedo Arrocha Osorio

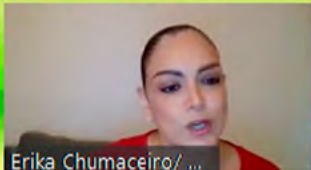
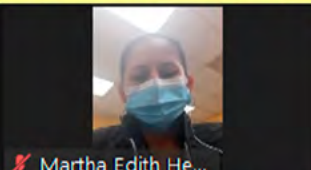
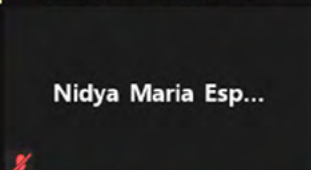
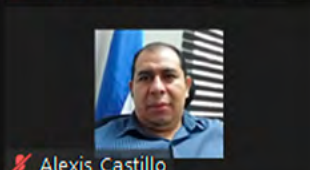
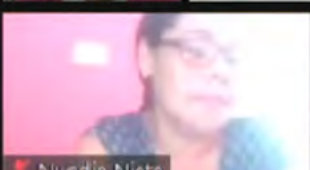
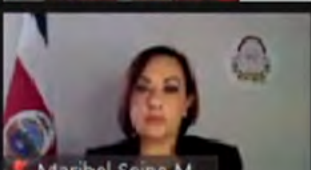
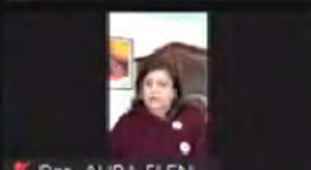
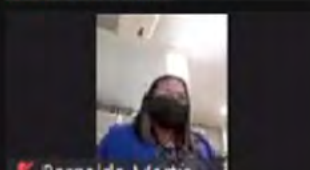
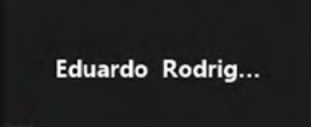
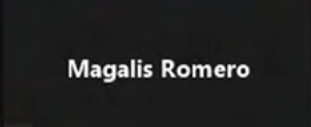
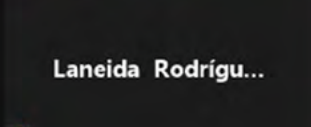


Congreso Internacional: @

Una mirada al portafolio de herramientas tecnológicas de gestión judicial en Iberoamérica y las buenas prácticas de su uso en el Poder Judicial.

Zoom Reunión

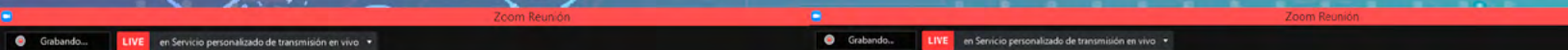
Grabando... **LIVE** en Servicio personalizado de transmisión en vivo

 ISIUP Educación ...	 Alexander Taitt	 José Napoleón	 Maria del Carme...	 Rita Jaén
 Genesis Recuero	 Yoselin Vos Castro	 Erika Chumaceiro/ ...	 Judith Cossú	 Ricaurte Soler
 Edita Garibaldi	 Adriana Del Cast...	 Martha Edith He...	 Nidya Maria Esp...	 Alexis Castillo
 Nuedin Nieto	 Maribel Seing M...	 Maria del Carme...	 Dra. AURA ELEN...	 Bernalda Martín...
 Erick Beker	 Eduardo Rodrig...	 Magalis Romero	 Laneida Rodrigu...	 Ingrid Chang



Congreso Internacional: @

Una mirada al portafolio de herramientas tecnológicas de gestión judicial en Iberoamérica y las buenas prácticas de su uso en el Poder Judicial.



Las TICs en la Justicia

Los desafíos a partir de la pandemia del COVID-19

Ricardo Lillo
Universidad Diego Portales (Chile)



Retos en la implementación de medidas de desempeño en la gestión de casos (CourtTools) lecciones aprendidas y cimientos necesarios

NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS

Félix Bajandas Lamela
Principal Court Management Consultant
fbajandas@ncsc.org

Congreso Internacional Virtual
Una Mirada al Portafolio de Herramientas Tecnológicas de Gestión Judicial en América Latina y las Buenas Prácticas de su uso en el Poder Judicial.
Escuela Judicial de Panamá
Noviembre 20, 2020

