

**No. 24**

**REVISTA**

**IUSTITIA  
ET  
PULCHRITUDO**



Panamá  
2010

**IUSTITIA et PULCHRITUDO**  
**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Dr. Víctor Delgado**  
Decano de la Facultad de Derecho

**Ldo. Benito Cañate**  
Director de la Escuela de Derecho

**Laurentino Díaz López**  
Director de la Revista

La Universidad Católica Santa María La Antigua no se hace responsable de las ideas, opiniones y doctrinas expuestas por los autores de los trabajos publicados.

Quedan reservados todos los derechos de propiedad intelectual sobre lo publicado en esta revista.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad Católica Santa María La Antigua  
Editorial: La Antigua  
ISSN 1607-4319  
Imprenta: USMA

# INDICE

---

<b>EL ABOGADO, SU FUNCIÓN SOCIAL</b> Isaac Chang Vega .....	5
<b>EL CONCEPTO DE JUSTICIA Y SUS IMPLICACIONES EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL</b> Marta Achurra .....	39
<b>DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES</b> Camilo A. Valdés M. ....	81
<b>EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO Y MEDIDA DE LOS IMPUESTOS</b> Jorge Héctor Damarco.....	101
<b>LA LIBERTAD Y LOS DERECHOS HUMANOS</b> Armando Padilla Z. ....	115
<b>CONSIDERACIONES EN TORNO A LA FÓRMULA DE ASIGNACIÓN DE CURULES EN LOS CIRCUITOS PLURINOMINALES.</b> Antonio Ariel Sanmartín Méndez. ....	129
<b>ACOTACIONES SOBRE LA PRUEBA EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA</b> Roy Arosemena.....	155
<b>“SOCIEDADES ANONIMAS. ANALISIS DE LAS ACCIONES AL PORTADOR”</b> Conferencia del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Francisco Zambrano Borrero .....	167



-

# **EI ABOGADO SU FUNCIÓN SOCIAL**

ISAAC CHANG VEGA

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional. Hizo estudios de investigación criminalística en el National Training Institute (DEA) Department of Justice, Washington D.C., 1975. Seminario de Policía y Derechos Humanos en la Academia de Policía de París bajo los auspicios de la UNESCO.

A lo largo de su amplia vida como abogado, ha ejercido los siguientes cargos en el Ministerio Público:

Personero Primero Municipal de Panamá, Primer Suplente. Secretario de la Procuraduría General de la Nación. Fiscal Delegado de la Procuraduría de la Nación. Fiscal Auxiliar de la República y Procurador General de la Nación.

En el Órgano Judicial, se ha desempeñado como:

Juez Municipal (Boquerón, Barú, Bugaba y Panamá), Juez Quinto del Circuito de Panamá, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Presidente de la Segunda Sala de lo Penal C.S.J. y Vicepresidente de la Corporación.

Entre sus numerosas publicaciones ha colaborado con asiduidad en numerosas revistas de carácter jurídico y entre sus libros citemos: Curso de Derecho Procesal, parte general, Vol, I, Curso de Orientación Profesional y Práctica Forense; Curso de Derecho Procesal Penal y Curso de Derecho Procesal, parte especial.

En la actualidad desempeña la cátedra de Derecho Procesal en la US-MA y es miembro asociado de la Firma Forense Chang & Chang Abogados.

### **Palabras preliminares.**

En razón de la función que desempeña dentro del proceso, en todos los sistemas jurídicos se considera al abogado como un valioso auxiliar de los órganos Jurisdiccionales del Estado. Es que sin la participación de tales profesionales la actividad jurisdiccional de éste se vería sumamente limitada.

Cuando se produce un reclamo o se entabla un litigio o se sindic a una persona de la comisión de un delito, las personas involucradas generalmente desconocen los mecanismos legales para hacer valer sus derechos. Por ello necesitan del asesoramiento y representación del abogado para que el órgano jurisdiccional pueda atender sus pretensiones. El artículo 619 del Código Judicial señala que

Todo el que haya de comparecer al proceso deberá hacerlo por conducto de apoderado judicial constituido con arreglo a las formalidades y requisitos legales, excepto en los casos que la ley establezca o en que permita la comparecencia o intervención directa.

El apoderado es colaborador del órgano Judicial y en el ejercicio de sus funciones debe guardársele respeto y consideración.

De acuerdo con la necesaria ficción jurídica, la ley se presume conocida por todos los miembros de la sociedad (art. 1 C. Civil), pero tal premisa resulta incierta la mayoría de las veces. Por ello el papel del abogado en la sociedad resulta explicable, pues se trata de un profesional del Derecho en el cual se presume un dominio más completo de la ley, contrario al común de los demás ciudadanos que únicamente dominan los rudimentos más elementales de sus derechos ciudadanos.

Casi todas las personas saben que tienen tal o cual derecho, pero el hacerlos valer implica el cumplimiento de una serie de tecnicismos legales que únicamente el abogado está en condiciones de dominar, precisamente porque ha sido preparado en el arte de la jurisprudencia.

Desde los tiempos de Roma el asesoramiento por parte de personas con profundo conocimiento sobre leyes, ha estado presente en toda controversia, ya que es la única manera de equilibrar a las partes contendientes, porque de lo contrario aquel con un poco más de instrucción, influencia social o política o capacidad económica haría prevalecer sus argu-

mentaciones frente a quien, por no saber expresarse adecuadamente y carecer de esas condiciones sociales que posee su adversario estaría incapacitado para defender sus derechos.

Al producirse la primera graduación de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de Panamá, el 24 de julio de 1924, el Dr. **Ricardo J. Alfaro**, en discurso pronunciado en tan magno acontecimiento, hizo una de las mejores exégesis sobre la abogacía. Dijo, entre otras cosas, tan ilustre jurista;

Es la carrera de la abogacía la que da origen a juicios, concepto y resultados más contradictorios. No existe otra profesión en que pueda hacer más daño o más bienes la persona que la ejerce. Es instrumento de la estafa y el enredo en manos del rábula y sacerdocio de la justicia en las del abogado honorable. Desciende con el leguleyo al terreno estéril del empirismo y se eleva a las alturas inmarcesibles de la filosofía con el jurisconsulto que investiga, descubre y enseña las causas, primeras y las razones últimas en la ciencia de lo justo y de lo injusto. De ella se sirve el tirano para disfrazar sus atentados y a ella apela el hombre libre para combatir la tiranía. De ella se ha servido la iniquidad para condenar al inocente o para salvar al culpable. Y de ella se ha servido también la justicia para enjugar las lágrimas del oprimido o para devolver la libertad, honor o hacienda a quienes han sido despojados de esos bienes. En una palabra, en manos puras o en manos impuras, la abogacía enmaraña o limpia, destruye o revive, quita o da, usurpa o restituye, arruina o salva.

En cuanto a la vigencia de la abogacía en el Estado democrático, el Dr. **Alfaro** destacó:

No existe, señores, poder humano que pueda destruir la abogacía, porque el ejercicio de esta profesión es la lucha por el Derecho y el Derecho es la vida misma de las sociedades. No existe otra carrera que sea más esencialmente democrática y liberal que ésta, porque una de las piedras angulares de la democracia es la igualdad jurídica y por una curiosa antítesis la abogacía tiene por fundamento, las desigualdades de los hombres y por propósito su igualdad ante los tribunales. Sin la intervención del abogado, el audaz atropellará al tímido, el potentado oprimirá impunemente al desvalido, la influencia y las riquezas insolentes y opresoras no hallarán ante sí ningún obstáculo.

## 2. Orígenes de la abogacía.

La abogacía como verdadera profesión apareció por primera vez en Roma. Al principio eran los pontífices y grandes patricios los únicos que conocían la ley; por tanto, sólo ellos eran los que daban opiniones jurídicas. Posteriormente los patricios fueron llamados para representar a sus clientes (clientes en el sentido romano de la palabra). Con el paso del tiempo, y debido a que sólo los patricios conocían debidamente el Derecho, fueron brindados sus servicios aún a aquellos que no fueran sus verdaderos clientes. A partir de la República aparecen los **jurisprudentes**, o sea los abogados en el sentido exacto de la palabra. El abogado de esta época prestaba sus servicios por un simple honor pues era prohibido cobrar ningún pago. Con el correr de los años se implantó la costumbre de pedir al abogado que le hiciera el "*honor*" a su representado de recibirle un regalo (casi siempre monetario), de allí el nombre de los estipendio que recibe el abogado: "**honorarios**"<sup>1</sup>

El abogado romano ejercía su función de tres maneras: **responderé** (dar opiniones), **agere** (auxiliar a los legos en los juicios y representarlos en los mismos) y **cavere** (redactar proyectos de contratos). El oficio se convirtió en uno de los más apreciados en Roma, y casi todos los grandes políticos del final de la República lo practicaron: Catón, Cicerón, Bruto, César, Pompeyo, Octavio, etc.<sup>2</sup>

El abogado aparece, pues, en la historia surgido de la necesidad de igualdad que se necesita para poder restablecer el equilibrio a favor de las personas que se veían, por determinados sucesos, colocados en posición de desventaja.

## 3. Definición de abogado.

**Cabanellas** en su Diccionario de Derecho Usual, nos brinda la siguiente definición de abogado: "El que con título legítimo ejerce la abogacía. También es el profesor en jurisprudencia que con título legal se dedica a defender en juicio por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes".

Señala, igualmente, **Cabanellas** que "La palabra **abogado** procede de la latina **advocatus**, que significa **llamado**, porque los romanos acostumbraban llamar en los asuntos difíciles, para que los auxiliasen, a las

---

<sup>1</sup> FORNIER ACUÑA, Fernando. **Historia del Derecho**, Ediciones Juriscentro, S. A., San José, C. R., 1978, p. 78.

<sup>2</sup> Ibidem.

personas que tenían un conocimiento profundo del Derecho. También quiere decir **patrono, defensor, letrado**, hombre de ciencia; **jurisconsulto**, hombre de consejo, esto es, de consulta; **jurista**, hombre versado en la erudición del Derecho y en la crítica de los Códigos. Según los principios de la filosofía, de la moral y, también de la religión”.

El vocabulario jurídico de CAPITANT define el abogado como Licenciado en Derecho de uno u otro sexo que ejerce la profesión de defender ante los tribunales, por escrito u oralmente, los intereses de las personas que les confían sus pleitos.

Para DE PINA Y CASTILLO LARRAÑAGA, el abogado “...es la persona que en posesión del título de Licenciado en Derecho y cumplido los requisitos legales correspondientes, presta servicios técnicos, en los órdenes judicial y extrajudicial, con carácter profesional”.<sup>3</sup>

CARNELUTTI dice que “Abogado es aquel al cual se le pide, en primer término la forma esencial de ayuda, que es, propiamente, la amistad”.<sup>4</sup> Hoy no es posible dar un concepto omnicomprendivo de todos los ángulos y aspectos que caracterizan a los abogados. La definición que no peca de generalidad peca de insuficiencia. Los romanos decían “**avocatus bonus vir ius peritus**”. Se referían al abogado como hombre bueno, y como hombre que conoce el derecho.

El Estatuto del Abogado Colombiano dice que “Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales”. Pero tal como se ve, esta es una definición meramente formal.

ROQUE GARCIA, nos da un concepto un poco más clasificado. Dice: quiero que me defiendan, “acudo al **abogado**; quiero que me instruyan en un asunto que no comprendo, ...acudo al **letrado**; quiero que me dirijan en la defensa de mi derecho... me voy al **jurisconsulto**; quiero que me hagan historia de una Ley, que la desentrañen, que la analicen, que la comenten, dándome a conocer su espíritu, sus tendencias ...acudo al **jurista**”.<sup>5</sup>

EDUARDO J. COUTURE, define al abogado como “Profesional universitario que cumple un cometido social que consiste en el asesoramiento

---

<sup>3</sup> DE PINA Rafael, y CASTILLO LARRAÑAGA José. **Derecho Procesal Civil**, Editorial Porrúa, México, 1981, Decimacuarta edición, p. 266.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Las miserias del proceso penal**, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Temis, Bogotá, cuarta reimpresión, 2002, p.20.

<sup>5</sup> RAMIREZ GRONDA, Juan D. **Diccionario Jurídico**, Buenos Aires, 1965, p. 23.

en la materia jurídica, en la conciliación de los intereses opuestos y en el patrocinio y defensa de las causas justas que le sean sometidas”<sup>6</sup>

De conformidad con la definición de COUTURE, el abogado desarrolla sus actividades profesionales en tres aéreas importantes, a saber:

### 3.1. El abogado como consejero o asesor.

A esta especie pertenece el abogado cuando absuelve consultas que le someten sus clientes sobre temas jurídicos específicos; algunos lo llaman también abogado Consultor. En este orden de ideas LUIS CARLOS PEREZ, dice que abogado “Consultor es el profesional que, sin haber recibido mandato, absuelve consultas sobre puntos determinados de derecho, bien sea a requerimiento de la persona interesada o de su apoderado, dentro o fuera del juicio”.<sup>7</sup> Muchos abogados se dedican a brindar asesoría jurídica a empresas particulares, a asociaciones, a sindicatos y a dependencias e instituciones autónomas y semiautónomas del Estado.

La asesoría jurídica es uno de los campos más complicados y difíciles de la profesión. Debe existir confianza recíproca entre asesor y cliente. El cliente o la institución consultante confían en el consejo que le da el asesor y éste a su vez confía en los hechos que le narra el cliente. Si fallaren los hechos, falla la asesoría. Hay entre ambas partes, pues, un deber de sinceridad. Por ello, “desde el acto del consejo, el abogado que no actúe con la plenitud de la conciencia de su investidura, ha frustrado su cometido de abogado”.<sup>8</sup>

### 3.2. El abogado como conciliador de intereses opuestos.

Señala COUTURE que “el abogado que insta a conciliar no es abogado de la justicia sino abogado de paz”.<sup>9</sup> Es el abogado que le dice a su cliente: ¿a usted que le interesa: la justicia o la paz? Los costos y el tiempo de la justicia, son altos los unos y tardío el otro. La paz es éxito parcial pero rápido.

---

<sup>6</sup> UNIVERSIDAD DE PANAMÁ, **Tres Conferencias del Dr. Eduardo J. Couture**, Universidad de Panamá, Escuela de Temporada, 1956, p. 19.

<sup>7</sup> PEREZ, Luis Carlos, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1968, p. 441.

<sup>8</sup> COUTURE, Eduardo, Op. Cit. P. 25.

<sup>9</sup> Ibidem

### 3.3. El abogado como defensor.

Tradicionalmente, el acto de buscar un abogado significa buscar un defensor. Es el abogado que va a la jurisdicción a proteger o reivindicar el derecho de su patrocinado. Generalmente hay lucha, controversia. Es aquí donde los abogados de carácter han escrito gestas brillantes. San Agustín sentenció: el abogado “que lo es, es custodia de la justicia; el que no es esto no es nada”<sup>10</sup> COUTURE recuerda que “Miles de abogados ha caído moral y materialmente en ejercicio de su profesión. Ellos son los santos y los mártires de ese sacerdocio laico que es la abogacía”.<sup>11</sup> CARNELUTTI dijo “Mirándolo bien, ellos son los cirineos de la sociedad, llevan la cruz de otro y esa es su nobleza...”<sup>12</sup>

Una gran cantidad de abogados panameños se dedican a la defensa y al patrocinio. Los podemos ver en los procesos penales defendiendo o acusando al imputado; en los procesos civiles presentando demandas, pruebas, alegatos y contestando demandas; en los procesos laborales representando a obreros o patronos. Los vemos caminando por las oficinas públicas; subiendo escaleras, ascensores, conversando con funcionarios, presentado escritos y recursos, etc. Otros abogados se dedican a redactar documentos legales de toda clase tales como minutas de Escrituras Públicas, proyectos de reglamentos para empresas, estatutos para sociedades, contratos, absolviendo consultas que se le hacen sobre determinado tema legal, o interpretando una ley para un cliente.

### 4. Críticas a la abogacía.

En el primer capítulo de *“Mio fratello Daniele”*, el gran procesalista italiano FRANCESCO CARNELUTTI dice que “Si alguien le preguntase, habiendo llegado ya a la vejez: ¿Qué harías si volvieras a nacer?, respondería: sería abogado otra vez”<sup>13</sup>

En Roma, a pesar del marcado militarismo, al abogado se le consideraba como un personaje esencial en la sociedad romana. En uno de los elogios hechos a los abogados se decía: “Creemos que en nuestro imperio no solamente militan los que está armados de espada, yelmo y escudo, sino también los abogados. Militan, pues, en las causas, y ellos con su

---

<sup>10</sup> RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. **El Abogado y el Razonamiento Jurídico**, Lex N° 7, 1977, p. 28.

<sup>11</sup> COUTURE, Op. Cit. P. 28.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco, Op. Cit., p.42.

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco, **Cuestiones sobre el Proceso Penal**, Buenos Aires, 1961, p. 3.

voz gloriosa defienden la esperanza de los infortunados, la vida y la posteridad”.<sup>14</sup> Ese gran respeto que se tenía en Roma a los abogados movió al famoso general MARCO TULLIO a decirle en el Senado a CICERON, el fogoso abogado romano: “Tu toga ha sido más gloriosa que mi espada”.<sup>15</sup> En Atenas se llamaba a los abogados “consejeros de los Reyes y gobernadores de los pueblos”.

ANASTASIO, el emperador de Oriente colocaba a los abogados en el rango de los más altos dignatarios del Estado y consideraba su profesión como un oficio Público.<sup>16</sup> ROBESPIERRE, quien fue abogado, consideraba que los abogados eran el “apoyo de la inocencia y el azote del delito”, y CICERON calificaba a la abogacía como “Noble e incluso regia labor”.<sup>17</sup>

La abogacía es una profesión noble. En todo caso los abogados antes de serlo son seres humanos, sujetos a los vaivenes de las pasiones, debilidades e intereses. El abogado se desenvuelve en un mundo de realizaciones y significaciones morales. Generalmente en todo asunto en que interviene, implica una determinación moral. Es que el abogado debe luchar contra la prepotencia, la ambición, las pasiones, los instintos y las debilidades de la naturaleza humana.<sup>18</sup>

No podemos desconocer que por la mala actuación de algunos de nuestro gremio la abogacía ha sido objeto también de severas críticas. MARTINEZ VAL, por ejemplo, advertía que muchos creen que las leyes se hacen para burlarlas, ignorando su finalidad de coexistencia pacífica y de bien común. El abogado, para ellos -dice- es el especialista de transgresión.<sup>19</sup> LUIS CARLOS PÉREZ describe esta degeneración diciendo que “la abogacía es una empresa remunerativa. Mientras más dinero haya en perspectiva, mejor se atenderá el caso. En la práctica, nada importa la defensa del derecho, cuanto a la explotación económica. La razón jurídica desaparece en el arrebato de los intereses privados. Para el litigante no hay seres humanos, ni sentido de respeto a la libertad de éstos, ni solidaridad con su honor. Sólo hay **clientes**, es decir, elementos impersonales que pagan un trabajo así se ejecute con la doctrina o

---

<sup>14</sup> LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Editorial Temis, Bogotá, 1989, Tomo I, p. 210.

<sup>15</sup> Citado por Couture, Eduardo J., Op. Cit. P.39.

<sup>16</sup> MORALES, Eusebio A. Ensayos, **Documentos y Discursos**, Panamá, 1977, p. 285.

<sup>17</sup> PEREZ, Luis Carlos. Op. Cit., p.434.

<sup>18</sup> CAMPILLO SAINZ, José. **Introducción a la Ética Profesional del Abogado**, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 10.

<sup>19</sup> Citado por BARSALLO, Pedro. **La Ética Profesional del abogado**, Revista Lex N°6, 1977, p.16.

contra la doctrina, con la ley o contra la ley”.<sup>20</sup> Y es que, como dice HUMBERTO CUENCA, “se ha producido un vacío axiológico en los valores morales...La abogacía como profesión atraviesa una profunda crisis ocasionada, sobre todo, por el desmantelamiento de la ética jurídica”.<sup>21</sup>

En verdad los problemas y críticas a la abogacía son tan viejos como ella misma. “**Quevedo** decía cáusticamente que lo grave de la abogacía es que antes del litigio todo consiste en saber si esta cosa es tuya o es mía; y después del litigio todo consiste en saber si es de tu abogado o es de mi abogado”.<sup>22</sup> Un diccionario del Diablo dice que el abogado es un individuo que pone su mano en nuestro bolsillo; su palabra en nuestro oído, y su fe en nuestra paciencia”.<sup>23</sup> Durante la Revolución Francesa los abogados fueron llamados “sabandijas” y la Revolución Rusa los llamó “burgueses y parásitos sociales”.<sup>24</sup> FEDERICO EL GRANDE, Rey de Prusia, los tenía como “sanguijuelas y venenosos reptiles”.<sup>25</sup> Y como si fuera poco PIO BAROJA escribió: “ya que no sirves para nada útil, estudia para abogado”.

Estas sutilezas contra el abogado han surgido porque se ha sostenido que la condición de la abogacía es el ingenio. “El **muchacho listo** es la más común simiente de Abogado, porque se presume que su misión es defender, con igual desenfado el pro que el contra y, a fuerza de agilidad mental, **hacer ver lo blanco negro**. Si la abogacía fuera eso, no habría menester que pudiese igualarla en vileza”.<sup>26</sup> Por fortuna ello no es así. La abogacía no se cimienta en la lucidez del ingenio, sino en la **rectitud de la conciencia**.

En 1922, con ocasión de la entrega de diplomas en la Escuela Nacional de Derecho, el Dr. EUSEBIO A. MORALES señaló que “la profesión del abogado, restringida a la defensa de criminales y pleitos civiles ha sido en todos los tiempos objeto de acerbos crítica; pero sucede con ello lo que con todas las profesiones liberales; y es que muchos que las adoptan no las comprenden ni las aprecian, y las emplean sólo como un medio de adquirir fortunas con buenas o con malas artes (...) Si existen como han existido siempre, abogados que violan los principios y reglas Éticas de su profesión, ello no depende de que sean abogados, sino de que

---

<sup>20</sup> PEREZ, Luis Carlos, Op. Cit. Pp. 433-434.

<sup>21</sup> CUENCA, Humberto, **Derecho Procesal Civil**, Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, Tomo I., p. 385.

<sup>22</sup> COUTURE, Eduardo J., Op cit. P. 20.

<sup>23</sup> CUENCA, Humberto. Op. Cit. P. 385.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 387.

<sup>25</sup> PÉREZ, Luis Carlos. Op. Cit. P.434.

<sup>26</sup> OSORIO, Ángel. **El Alma de la Toga**, Ediciones Europa-América, Bs. As., 1981, p. 38.

son hombres desprovistos de sentimientos, de honor, de rectitud y de generosidad. Pero el abogado que tiene idea cabal de sus deberes y un concepto elevado del papel que debe desempeñar en la sociedad; que tiene (...) una noción perfecta del honor y una capacidad completa para el servicio desinteresado y generoso, no puede ser nunca una amenaza social, sino más bien un freno para los abusos del poderoso, un baluarte para el inocente y para el débil, un defensor celoso del derecho y de la justicia”.<sup>27</sup>

Es preciso, por tanto, tener presente la advertencia del maestro ORTEGA Y GASSET: “La profesión liberal es de naturaleza tan vulnerable que puede ser dañada fácilmente hasta por los mismos que la ejercitan”.<sup>28</sup> Quizás por ello el Código de Ética Profesional del abogado Venezolano parte de la base de que “La conducta privada del abogado se ajustará a las reglas del honor, de la dignidad y de la delicadeza que caracteriza al hombre honesto”.<sup>29</sup>

## 5. Función social de la abogacía.

El abogado cumple en la sociedad una función de trascendental importancia porque como atinadamente lo señaló el Dr. RICARDO J. ALFARO “...sin la intervención del abogado, el audaz atropellará al tímido, el potentado oprimirá impunemente al desvalido, la influencia y las riquezas insolentes y opresoras no hallarán ante sí ningún obstáculo”.

Aunque los abogados no sean propiamente funcionarios públicos, su actividad de mediación entre los Órganos Judiciales y las personas privadas constituyen, por así decir, una función pública, o, por lo menos, un servicio de necesidad pública.<sup>30</sup>

Tan importante es la función que cumple el abogado en la sociedad que Don ÁNGEL OSORIO dijo que “...la abogacía no es una carrera ni un oficio sino un ministerio y como tal hay que contemplarla...”.<sup>31</sup>

CHIOVENDA, en otro orden de ideas, dice sobre el abogado que más bien que una profesión es un oficio, una función, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino político-social, porque hallándose entre las partes y

---

<sup>27</sup> MORALES, Eusebio A. Op. Cit., p 286.

<sup>28</sup> ORTEGA y GASSET, José. Op. Cit., p. 126.

<sup>29</sup> REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL DISTRITO FEDERAL, N° 142, Venezuela, 1980, p. 187.

<sup>30</sup> HUNGRIA, Nelson, citado por BERNAL PINZÓN, Jesús. **Delitos contra la Administración Pública**, Editorial Temis, 1965.

<sup>31</sup> OSORIO, Ángel. Op. Cit., p. 56.

los jueces, son el elemento a través del cual las relaciones entre la administración de justicia y los ciudadanos pueden mejorar, acreciéndose de un lado y de otro la confianza, de lo que depende la mayoría de las instituciones procesales.<sup>32</sup>

El Código de Ética y responsabilidad profesional del abogado panameño en su preámbulo postula como función social del abogado:

El abogado debe tener clara conciencia de que el ejercicio de su profesión se le reserva en interés público y que, por ello, más que un privilegio, constituye una función de profundo sentido social. En consecuencia, el abogado (i) debe desempeñar su función con integridad; (ii) debe procurar el mejoramiento del sistema jurídico; (iii) debe coadyuvar a la debida divulgación pública de la ley, para una mejor comprensión de los derechos y deberes jurídicos; (iv) debe facilitar a todos los ciudadanos la prestación de servicios legales competentes, incluso a aquellos que no estén en posición económica de pagarle honorarios razonables; (v) debe promover activamente el establecimiento y vigencia de la Carrera Judicial, y la plena independencia del Órgano Judicial y el Ministerio Público, como requisitos esenciales para la recta y oportuna Administración de Justicia; (vi) en materia penal, debe defender la vigencia permanente del principio de la inviolabilidad de la defensa.

La nobleza de la función social del abogado fue destacada por uno de los más grandes oradores españoles, Don EMILIO CASTELAR quien en un bello canto a los abogados dijo:

“Llor a la abogacía que vuela como el águila y se enciende en el disco del sol; su verbo prepotente ruge como el león; la pluma del togado, trueno y echa rayos; la abogacía ha hecho temblar reyes; la pluma del letrado eminente, golpea como catapulta las paredes de los calabozos y las arroja al suelo; el letrado castiga con la ley en la mano, a los malvados y les hace dar aullidos...”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> CHIOVENDA Giuseppe, citado por DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, Op. Cit., p.267.

<sup>33</sup> Citado por GOMEZ ARISTIZABAL, Horacio en **Lo Humano de la Abogacía y de la Justicia**, Editorial Cosmos, Bogotá, 1974, p. 169.

## 6. Ética profesional del abogado..

6.1. **Concepto.** Del diccionario de la lengua española obtenemos como definición de ética... parte de la filosofía, que trata de la moral y de las obligaciones del hombre. CAMPILLO SAINZ enseña que “Ética y moral tienen una misma raíz etimológica, *ethos* y *mos*, *moris*, costumbres; pero no se refieren al estudio del mero fenómeno fáctico, o sea, de las costumbres tal como son, sino a las normas que de ellas se derivan y a las costumbres como deben ser”.<sup>34</sup>

La ética profesional encuentra su fundamento en la moral y la ética en general, pero se caracteriza fundamentalmente porque tiende a regular de manera especial las actividades particulares de una profesión. De manera que por ética **profesional del abogado** debemos entender el “Conjunto de normas, de carácter moral, que regulan las relaciones del abogado con la sociedad, los jueces, el cliente, los demás colegas y las relaciones con el adversario”.<sup>35</sup>

“La ética tiene como misión, dice Antonio Gómez Robledo, ‘proponer a la voluntad su bien verdadero’ y ello ‘no sólo por el camino del deber, sino por los del amor y el entusiasmo”.

A través del amor y el entusiasmo, el hombre excede el mero cumplimiento del deber y alcanza una mayor plenitud humana; es la virtud del héroe o del santo”.<sup>36</sup> Campillo Sainz señala que

La ética es una ciencia normativa, ciencia del deber ser. La moral positiva nos da las reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales el hombre tiende a realizar el valor de lo bueno. Ambas, sin embargo, hallan su fundamento en la naturaleza misma del ser cuya conducta pretende regir; ambas, en el fondo, encuentran su origen en el concepto, el significado y el valor que atribuyan a la persona humana. Creo que todos los errores, abusos y desviaciones que en el curso de la historia se han cometido en contra del hombre, provienen de un concepto erróneo sobre su naturaleza y sobre su valor y significación.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> CAMPILLO SAINZ, José. **Introducción a la Ética Profesional del Abogado**, Editorial Porrúa, México 1992, p. 13.

<sup>35</sup> CUENCA, Humberto, Op. Cit., p. 389.

<sup>36</sup> GOMEZ ROBLEDO, Antonio, citado por Campillo Sainz, José, Op. Cit., p.14.

<sup>37</sup> CAMPILLO SAINZ, José, Op. Cit., pp. 14-14.

“El hombre es un ser libre; pero también es un ser que está obligado. La ética y la moral van a establecer los principios y las reglas para que pueda alcanzar el desarrollo y la perfección que a ella corresponde”.<sup>38</sup>

La materia relativa a las faltas a la ética profesional forma parte del derecho penal disciplinario, porque este tiene como fin mantener la observancia de los deberes profesionales y sancionar la infracción de los mismos.

## 6.2. Régimen normativo.

Desde 1903, cuando nos separamos de Colombia, hasta el año de 1924 en que se expidió la Ley 55 por la cual se reglamentó, por vez primera en nuestro medio, la profesión de abogado, no existió norma alguna sobre ética forense. El artículo 10 estableció la suspensión de los abogados que incurrieran en delitos de prevaricato, violación de secreto, falso testimonio, robo y delitos contra la propiedad. Posteriormente se dictó la Ley 36 de 1930, cuyo artículo 40 establecía la suspensión para los abogados que incurrieran en las siguientes faltas: a) Presentarse en estado de beodez ante el Tribunal, y b) Faltar al debido respeto más de una vez al Tribunal, ya sea de palabra o por escrito.

En 1941 se expidió la Ley 54 que derogó todo lo anterior, pero nada estableció, en concreto, sobre cuáles eran las faltas a la ética profesional; es decir, **no las definió en forma particular**, por lo cual se dijo que no se adecuaba al principio constitucional de legalidad de los hechos punibles (art. 31 C. N.). Lo extraño es que esta Ley sí señaló como penas al letrado que fuese condenado por delito que tuviese pena de prisión o reclusión y a los que incurriesen en faltas leves contra la ética profesional. Estableció también la pena de cancelación del Certificado de Idoneidad si la falta contra la ética profesional era grave. Tal omisión –no definir cuáles eran las faltas a la ética profesional-- se tradujo en que los abogados que violaban la ética profesional quedasen en la impunidad. La Ley se limitaba a establecer que correspondía a la Procuraduría General de la Nación la confección del sumario (art. 15), al tanto que a la Sala de Negocios Generales de la Corte correspondía la etapa plenaria, según el artículo 30 de la Ley 47 de 1956.

En 1954, durante el primer Congreso de Abogados, se aprobó un Código de Ética del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Se basó en el de Puerto Rico de 1935, que a su vez lo había tomado del de los Estados Unidos de 1908 que fuera aprobado por la American Bar Asso-

---

<sup>38</sup> CAMPILLO SAINZ, José, Op. Cit., p.19.

ciation. Este Código no llegó a ser Ley de la República y nadie lo conoció realmente.

Si bien el tema fue tratado en el siguiente Congreso de Abogados no fue sino hasta 1979, cuando, con ocasión del Tercer Congreso de Abogados, celebrado del 20 al 22 de abril de ese mismo año, se aprobó un nuevo Código de Ética del Colegio Nacional de Abogados.

El 18 de abril de 1984 se expidió la Ley 9, por la cual se Regula el Ejercicio de la Abogacía, excerta ésta que en su artículo 18 establece que “Constituye falta a la ética, la infracción de las normas contenidas en el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Colegio Nacional de Abogados y de cualquier disposición legal vigente sobre tal materia.”

Por su parte el artículo 20 de dicho Código señala como sanciones al abogado infractor de la Ley que regula el ejercicio de la abogacía, de las normas del Código de Ética y Responsabilidad del Colegio Nacional de Abogados o de cualquier otra disposición legal vigente relativa al ejercicio de la abogacía y a la ética del abogado, las siguientes:

1. La amonestación privada, que consiste en la reprensión privada que se hace al infractor por falta cometida;
2. La Amonestación pública, que consiste en la reprobación pública que se hace al infractor por falta cometida;
3. La suspensión, que consiste en la prohibición del ejercicio de la abogacía por un término no inferior a un mes ni superior a un año, cuando se trate de infractores primarios;
4. La exclusión, para los infractores reincidentes, que consiste en la prohibición para el ejercicio de la abogacía por un término de dos años.

### 6.3. Principios fundamentales del Código de Ética.

El Código de Ética del Colegio Nacional de Abogados es un cuerpo de normas que contiene un Preámbulo dedicado a los ***principios éticos fundamentales***; la parte preambular sobre deberes fundamentales dice lo siguiente:

A. El abogado debe ser activo defensor de los **Derechos Humanos** y propulsor del principio del **Imperio de la Ley**, como base necesaria para el logro y preservación de una sociedad libre y justa.

B. El abogado debe tener clara conciencia de que el ejercicio de su profesión se le reserva en interés público y que, por ello, más que un privilegio, constituye una función de profundo sentido social. En Consecuencia, el abogado (i) debe desempeñar su función con **integridad**; (ii) debe

procurar el **mejoramiento del sistema jurídico**; (iii) debe coadyuvar a la debida **divulgación pública de la Ley**, para una mejor comprensión de los derechos y deberes jurídicos; (iv) debe facilitar a todos los ciudadanos la prestación de **servicios legales competentes**, incluso a aquellos que no estén en posición económica de pagarle honorarios razonables; (v) debe promover activamente el establecimiento y vigencia de la **Carrera Judicial**, y la plena **independencia del Órgano Judicial y el Ministerio Público**, como requisitos esenciales para la recta y oportuna administración de justicia; (vi) en materia penal, debe defender la vigencia permanente del principio de **inviolabilidad de la defensa**.

C. Es deber esencial del abogado prestar con entusiasmo y dedicación su concurso personal para el mejor **éxito de las asociaciones de abogados**, en cuyo seno se fortalezca el sentimiento de solidaridad profesional tanto para la adecuada protección de los intereses de los abogados como para el más eficaz desempeño colectivo de las obligaciones sociales del gremio. (Subrayado nuestro).

#### 6.3.1. **Defender los derechos humanos y el orden público.**

Para Eusebio FERNANDEZ “Los derechos humanos fundamentales son los derechos morales o pretensiones humanas legítimas originadas en y conectadas con la idea de dignidad humana y los valores que la componen (autonomía, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad) y, al mismo tiempo, las condiciones mínimas del desarrollo de esa idea de dignidad que, a partir de unos componentes básicos e imprescindibles, debe interpretarse en clave histórica. La idea universal de humanidad, por tanto, se traduce inmediatamente en el reconocimiento de un determinado número de derechos que exigen su incondicional protección por parte de la sociedad y el poder político”.<sup>39</sup>

Por tanto, los derechos humanos, ese conjunto de preceptos que son inherentes al hombre por su condición de tal son inviolables por los servidores públicos ya sean preventivos o represivos, y si se diera una violación a dichos derechos el abogado tiene el ineludible es indeclinable deber de salir a la defensa de los mismos interponiendo todas las acciones, recursos y gestiones necesarias para hacer cesar las mismas y lograr, además, las indemnizaciones correspondientes a la víctima.

#### 6.3.2. **Deber de practicar la profesión con integridad.**

Quiere decir, con honestidad, rectitud y dignidad. Bien podría decirse que “El abogado tiene el deber de ofrecer al cliente el concurso de la cultura

---

<sup>39</sup> FERNANDEZ, Eusebio, **Estudios de Ética Jurídica**, Editorial Debate, Primera edición, Madrid, 1990, p.60.

y de la técnica que posee, aplicarlas con rectitud de conciencia y esmero en la defensa; ser prudente en el consejo, sereno en la acción, y proceder con lealtad, colaborando con el Juez, en el triunfo de la justicia”.<sup>40</sup> “Un jurista que no sepa, o que por lo menos no trate de saber, que es la justicia anda con los ojos vendados”.<sup>41</sup>

### **6.3.3. Deber de procurar el mejoramiento del sistema jurídico.**

El maestro FRANCESCO CARNELUTTI decía que “Cada uno de nosotros debe tratar de hacer su parte de bien en este mundo; y la que el señor me ha asignado (...) está acaso en tratar de hacer menos imperfecto este instrumento indispensable (...) que es el derecho”<sup>42</sup> Debe el abogado entonces estimular a que se dicten nuevas leyes y que se deroguen las ineficaces y aquellas que por los cambios sociales carecen de aplicación práctica en el medio.

### **6.3.4. Deber de coadyuvar con la divulgación de la Ley.**

Es cierto que el deber primario en este aspecto corresponde al Estado, quien debe promulgar<sup>43</sup> y publicar las leyes que expida el Órgano Legislativo. En nuestro medio algunas, no todas, las instituciones Autónomas publican sus leyes orgánicas o reglamentarias. Quizás debido a los altos costos, los abogados, en función particular, muy pocas veces hacen publicaciones de leyes a no ser a través de trabajos doctrinarios, que son también pocos. En épocas pasadas la Asamblea Nacional publicaba anualmente en uno o varios tomos las leyes aprobada en un año legislativo. Hoy esa costumbre parece olvidada debido, quizás, en parte a la facilidad que se tiene de ingresar vía electrónica a la llamada “Gaceta Digital”. En todo caso, se deben fomentar campañas de divulgación del derecho en el seno de la sociedad.

### **6.3.5. Deber de proporcionar servicios legales competentes.**

Este precepto se refiere al abogado que siendo competente presta servicios incompetentes. Esto es común tratándose de casos que generan honorarios pequeños ya sea por la índole del negocio o la condición del cliente. El hecho de que el cliente no esté en situación de pagar los honorarios exigidos, no justifica la violación de este deber porque ofen-

---

<sup>40</sup> Art. 15 de la Ley de Abogados de Venezuela.

<sup>41</sup> CARNELUTTI, Francesco, op. Cit. P.412.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>43</sup> El efecto de la promulgación de una ley consiste en la adopción de la misma; se da cuenta de su existencia y se afirma, por tanto, su valor imperativo y ejecutivo. En cambio la publicación es un acto material que implica la inserción del documento correcto en la Gaceta Oficial.

dería el prestigio de la abogacía. El jurista chileno DÁVILA IZQUIERDO plantea que “La indefensión de los pobres es un grave problema social, fuente de muchas amarguras y origen oculto y desconocido de hondos rencores en contra del orden social existente. Todo hombre lleva en su alma profundamente arraigado un sentimiento de justicia y si ve que su pobreza no le permite hacer valer su derecho y obtener esa justicia que su conciencia reclama, se rebela contra ese orden social que menoscaba en esa forma su personalidad y lo considera con razón injusto”.<sup>44</sup>

#### **6.3.6. Deber de promover la Carrera Judicial.**

El artículo 305 de la Constitución Nacional instituye conforme a los principios del sistema de méritos la Carrera Judicial. Una administración de justicia servida por jueces y magistrados que no gozan de estabilidad en sus cargos es una administración de justicia precaria y mediatizada. El literal “B” de la parte preambular del Código de Ética del abogado panameño le impone a éste el deber de “...promover el establecimiento y vigencia de la Carrera Judicial, y la plena independencia del Órgano Judicial y el Ministerio Público, como requisitos esenciales para la recta y oportuna administración de justicia”.

#### **6.3.7. Deber de promover la independencia judicial y del Ministerio Público.**

Es consenso unánime --así se postula en todas las legislaciones modernas-- que sin la independencia judicial no podrá darse jamás una recta y eficaz administración de justicia. Es que un Estado donde los jueces y magistrados estén sujetos a la injerencia del órgano Ejecutivo o del Legislativo la justicia estará mediatizada y los peligros que ello lleva consigo son incalculables. Por consiguiente, es necesario rodear a los funcionarios encargados de la administración de justicia de garantías de independencia y dotarlos de los mecanismos que la hagan posible. La independencia de los magistrados y jueces se consagra en el artículo 210 de la Constitución Política vigente; tal principio se recogió, igualmente, en las Constituciones de 1941 (Art. 126) y de 1946 (Art. 170).

El abogado como coadyuvante del juez en la administración de justicia tiene el indeclinable deber de promover la independencia judicial y del Ministerio Público, porque con ello logrará las seguridades de una justicia imparcial fiel reflejo del derecho. Por consiguiente el abogado no debe tolerar bajo ninguna circunstancia medidas que pueda socavar dicha independencia y está en el deber de denunciarlas públicamente.

---

<sup>44</sup> VIÑAS, Raúl Horacio, **Ética y Derecho de la Abogacía y Procuración**, Buenos Aires, 1972, p. 155.

Con el objeto de evitar cualesquiera medidas de coacción contra los magistrados y jueces, tendientes a minar su independencia, la propia Constitución tiene establecido que “Los Magistrados y Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la Ley, pero los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de recursos legales, las resoluciones proferidas por aquellos” (Art. 210). Igual postulado se consagró en las Constituciones de 1941 y 1946 (Arts. 132 y 171, respectivamente).

Comentando la independencia judicial, nuestro insigne constitucionalista, Dr. JOSÉ DOLORES MOSCOTE, se expresó en los siguientes términos:

“...lo que importa es que la organización judicial sea tan perfecta que pueda mantenerse siempre independiente de cualquiera otra organización del Estado, porque sólo así podrá responder a su fin propio en el concierto armónico de los demás poderes, no importa cual sea el sentido y la extensión que a éstos de les asigne. Esta condición de la independencia del Poder Judicial es, sobre todas, la que determina su importancia, su prestigio, su razón de existir misma, ya que el pueblo no puede confiar en una administración de justicia precaria que esté intervenida a cada momento y con cualquier pretexto por uno cualquiera de los demás poderes. La dignidad personal en sus diferentes formas, el derecho a la propiedad, y aún las mismas libertades políticas, no son una realidad, sino allí donde el ciudadano con echar una mirada hacia atrás, en caso de que tales derechos hayan sido violados, encuentra el respaldo inmediato y decidido de los tribunales de justicia regentados por jueces íntegros que no cedan ni a la intimidación ni al halago de las demás autoridades públicas, porque en ninguna forma dependen de ellas. Nunca podrá exagerarse la importancia que esta condición de su independencia comunica al poder judicial...”

“...La independencia efectiva del poder judicial es resultado tanto del mecanismo de su propia organización, como de las condiciones del juzgador, en lo que respecta a la ilustración y condiciones morales y aún al respeto, en suma, que el país de que se trate y tenga por las instituciones nacionales; y, de modo especial, por la Constitución misma...”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> MOSCOTE, José Dolores, **El Derecho Constitucional Panameño**, Imprenta Nacional, 1960, pp.465 y 466.

## **7. Relación del abogado con los funcionarios y jueces.**

El Código Judicial reconoce que el apoderado es colaborador del Órgano Judicial y en el ejercicio, de sus funciones debe guardársele respeto y consideración (Art. 619); igual norma de conducta debe observar el abogado para con los magistrados y jueces y demás funcionarios del Órgano Judicial y del Ministerio Público. Basta recordar las palabras de CALAMANDREI, quien señaló con precisión que la relación entre los abogados y jueces se rige por la ley de los vasos comunicantes. Lo que brindes de respeto y consideración al Juez te lo brindas a ti mismo como abogado; tanto respeto y consideración te brinda el Juez se lo brindará así mismo, pues al fin y al cabo ambos son abogados.

Con el objeto de regular la relación del abogado con los funcionarios y jueces el artículo 1° del Código de Ética Profesional del Abogado dice: El abogado debe mantener para con los funcionarios judiciales, del Ministerio Público y del orden administrativo, una conducta respetuosa y de colaboración, para el logro de una positiva Administración de Justicia. Siempre que haya motivo de queja contra un funcionario de la Administración de Justicia es derecho y deber del abogado presentar su reclamo ante las autoridades competentes.

Se refiere este artículo a la relación del abogado con los funcionarios ante quienes actúa. Si bien este artículo es claro, conviene destacar tres aspectos importantes:

### **7.1. Conducta respetuosa o principio de moderación.**

El Código de Ética de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, contiene una regla que explica este punto cuando dice: “En sus expresiones verbales o escritas, el abogado debe usar moderación y energía adecuada, tratando de decir nada más que lo necesario al patrocinio que se le ha confiado. En la crítica del fallo o de los actos del Magistrado y en las contestaciones y réplicas al colega adversario, debe mantener el máximo de respeto, absteniéndose de toda expresión violenta o agraviante”.<sup>46</sup>

Las partes y sus apoderados tienen como deberes: “Abstenerse de expresiones injuriosas o indecorosas en sus escritos y exposiciones orales y guardar el debido respeto a los Magistrados y Jueces, a los subalternos de éstos, a las partes del proceso y Auxiliares del Órgano Judicial, so pena de incurrir en las sanciones de que trata el artículo 186 de éste Código (numeral 3, art. 215 C. J.).

---

<sup>46</sup> VIÑAS, Raúl Horacio, op. Cit. P.225.

## 7.2. Colaboración con la administración de justicia.

El abogado debe contribuir a que exista confianza en la Administración de Justicia, ARISTÓTELES decía: “Ir al juez es ir a la justicia”.<sup>47</sup> La abogacía es una función coadyuvante de los Jueces y Funcionarios en la realización de la justicia. El artículo 619 del Código Judicial en su segundo inciso señala que “El apoderado es colaborador del Órgano Judicial y en el ejercicio de sus funciones debe guardársele respeto y consideración”. En este sentido, los abogados son verdaderos auxiliares de la jurisdicción. Todo memorial o recurso razonado y serio orienta al Tribunal. HUNGRIA afirmaba que “Aunque los abogados no sean propiamente funcionarios públicos, su actividad de mediación entre los órganos judiciales y las personas privadas, constituye, por así decir una función pública, o por lo menos un servicio de necesidad pública”.<sup>48</sup>

## 7.3. Deber de denunciar los delitos o faltas en que incurran los funcionarios que administran justicia.

El abogado como auxiliar y respetuoso de la justicia puede verse frente a un acto cometido por algún funcionario administrador de justicia que constituya un delito; en tal caso el abogado tiene el deber de denunciar los hechos delictivos o faltas graves que cometa el Juez como administrador de justicia o cualquier otro funcionario jurisdiccional. Se trata de un deber cívico que tiene todo ciudadano, con más razón el abogado. El artículo 1995 del Código Judicial señala taxativamente que

El que por cualquier medio, tuviere noticias de la perpetración de un delito perseguible de oficio, está obligado a poner el hecho en conocimiento del funcionario de instrucción más próximo al sitio en que se hallare, y si se tratare de un delito infraganti, a la autoridad más próximo al sitio en que se hubiere ejecutado. En este supuesto, la autoridad de policía o el agente de la autoridad tomará inmediatamente las medidas necesarias para poner al detenido, si lo hubiere, a disposición del funcionario de instrucción competente.

---

<sup>47</sup> UNIVERSIDAD DE PANAMÁ, **Tres Conferencias del Dr. Eduardo J. Cou-ture**, P.47.

<sup>48</sup> HUNGRIA NELSON, citado por BERNAL PINZÓN, Jesús, **Delitos contra la Administración Pública**, Bogotá, 1965, p. 375.

## 8. Relaciones del abogado con sus clientes.

La abogacía es una profesión liberal. El abogado es, en principio, libre de aceptar o no la representación legal de una persona; la misma dependerá de varios factores. El artículo 6 del Código de Ética Profesional señala de manera diáfana que “El abogado es libre de asumir o no la atención de un negocio jurídico, cualquiera que sea su opinión personal sobre los méritos del mismo, pero si los asume, debe emplear en ella todos los medios lícitos”. Esta disposición contiene tres aspectos importantes, a saber:

### 8.1. Libertad del abogado para asumir una defensa.

El abogado tiene libertad para asumir o no la defensa de una persona que solicite sus servicios profesionales. Es una forma de libertad de profesión constitucional. (Art. 40). Esto es el abogado, dice ALSINA, “tiene libertad para aceptar los pleitos que le parezcan buenos y rechazar los que considere malos, pero esa consideración, no debe proceder con criterio utilitario, sino considerando la razón que asista o falte a su cliente”.<sup>49</sup> Esta regla no contradice aquellos principios sobre garantías procesales que establecen la representación de oficio del procesado (defensores de oficio) cualesquiera sea la situación de éste.

En todo caso, el ánimo de lucro no debe ser esencial para aceptar o no un negocio. Recuérdese que los abogados tienen una función social que cumplir. COUTURE se refería a este tema diciendo que “los asuntos no se dividen en chicos o grandes, sino en **justos e injustos**. Ningún abogado --decía-- es tan rico para rechazar asuntos justos porque sean chicos, ni tan pobre como para aceptar asuntos injustos porque sean grandes (...) hasta el día que el abogado no aprenda a decirle a su cliente que no tiene razón, no es un abogado sino un aprendiz de abogado”.<sup>50</sup>

### 8.2. Limitaciones a la libertad de defensa.

La selección de los casos tiene aspectos sobresalientes en algunos supuestos básicos. Siguiendo las orientaciones que nos da el Código de Ética Profesional a lo largo de su contexto debemos puntualizar algunas recomendaciones:

- 1° Deber de emplear únicamente medios lícitos en la defensa.

---

<sup>49</sup> ALSINA, Hugo, **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**, T. II, p. 400.

<sup>50</sup> COUTURE, Eduardo J., **Los mandamientos del Abogado**, Editorial Depalma, BS. As., 1976, pp. 36-37.

- 2° Cuando existan conflictos de intereses entre el abogado y el cliente, se recomienda no asumir la defensa.
- 3° Cuando el abogado tendría que contrariar sus propios principios al asumir la defensa, se aconseja, también, como regla general, no aceptar el negocio. Podría ser el caso del delincuente que confiesa al abogado ser autor del delito. Claro que la inocencia no es ausencia de autoría sino de culpabilidad. Si el abogado toma la defensa podría garantizarle a su cliente el debido proceso y una pena más baja o la suspensión de ésta, en ciertos casos.
- 4° Cuando por motivos de **amistad** o **parentesco** la independencia de criterio del abogado se vería afectada, se aconseja, igualmente, no aceptar el caso.
- 5° Cuando el abogado carece de **competencia académica y experiencia** en la materia sobre la cual versa la controversia, es preferible declinar la representación.

### 8.3. Deber del abogado como querellante particular.

Este supuesto se refiere en principio a la debida representación en los supuestos en que el abogado interviene como **querellante particular** caso en el cual debe procurar, que se haga justicia. Su misión es demostrar con pruebas veraces la vinculación del imputado con el hecho punible que se le imputa sin recurrir a pruebas ilícitas, ni actos propios que puedan calificarse como venganza.

## 9. El secreto profesional.

Señala CARRERA BASCUÑAN que “Desde el punto de vista objetivo, secreto es todo aquello que debe mantenerse oculto, la cosa misma que ha de ocultarse. Desde el punto de vista subjetivo, es el hecho de saberse y mantenerse una cosa en reserva o sin manifestarse, sea por su índole, sea por la promesa hecha antes o después de tomar conocimiento de ella.” Y que “...La obligación de guardar el secreto consiste en el deber de no revelar o manifestar lo que por su índole o por compromiso o discreción ha de callarse”.<sup>51</sup>

Con relación al secreto profesional del abogado el Código de Ética panameño nos dice al respecto:

Artículo 13. Es deber del abogado guardar los secretos y confidencias de su cliente. Este deber perdura aún después de la terminación de los servicios y se extiende a los

<sup>51</sup> CARRERA BASCUÑAN, Helena, **El Secreto Profesional del Abogado**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963, pp.7 y 8.

empleados del abogado y ni éste ni aquellos podrá ser forzados a revelar tales confidencias, salvo que ello sea autorizado por el cliente.

El abogado que sea objeto de una acusación por parte de su cliente, puede revelar el secreto profesional que su acusador le hubiere confiado, si es necesario para su defensa.

Con la palabra secreto se alude a **aquellos hechos o acontecimiento que la persona separa y coloca en reserva en su comunicación con los demás**. Secreto, entonces, es lo que se tiene reservado y oculto. Cuando una persona, que es titular del secreto, contrata los servicios profesionales de un abogado en ocasiones, por razón del patrocinio o defensa, debe comunicar verbalmente o por documento ese secreto al abogado y éste se convierte en depositario del mismo, Esto es lo que se conoce como secreto profesional. Luego los principios éticos y legales le prohíben al abogado **revelar** ese secreto o confidencia de que es depositario, bajo amenaza de sanciones morales y jurídicas. Así, la guarda del secreto profesional es un derecho del cliente y un deber y derecho del abogado. En nuestro país el cuidado y custodia del secreto profesional del abogado está legalmente garantizado, como puede verse en el artículo transcrito del Código de Ética Profesional y en el artículo 912, numeral 1° del Código Judicial.

#### 10. Los honorarios profesionales.

Es un principio general que todo profesional tiene derecho a recibir una retribución monetaria adecuada por los servicios y trabajos desempeñados; el abogado que ejerce una profesión liberal, no se excluye de esta protección económica. Con relación a remuneración por sus servicios el artículo 15 del Código de Ética señala lo siguiente:

El abogado al fijar los honorarios profesionales, debe evitar recargos que excedan un estimado justo de sus consejos y servicios. En ningún caso el abogado deberá cobrar honorarios inferiores al mínimo fijado en la Tarifa de Honorarios del Abogado, cuando ello se haga con el propósito de una competencia desleal (tal como se define en el artículo 31 literal

a.) Entre los factores que servirán como guía para determinar los honorarios profesionales se encuentran:

a) La tarifa de servicios profesionales vigente;

- b) El tiempo, el trabajo requerido y la índole de la causa;
- c) El carácter de los servicios, bien sean casuales o para un cliente establecido y permanente;
- d) La importancia de los servicios;
- e) La cuantía del asunto;
- f) El éxito obtenido y su trascendencia;
- g) La novedad o dificultad de las cuestiones jurídicas debatidas;
- h) La experiencia, la reputación y la especialidad de los profesionales que intervienen;
- i) La capacidad económica del cliente;
- j) La posibilidad de resultar el abogado impedido en otros asuntos o de desavenirse con otros clientes o terceros;
- k) La responsabilidad o riesgo que se derive al abogado por la atención del asunto;
- l) El tiempo empleado en el patrocinio;
- m) El grado de participación del abogado en el estudio, planeamiento y desarrollo del asunto.

Por honorarios debemos entender la retribución económica que corresponde al abogado por los servicios profesionales prestados. Ya dejamos expuesto que la palabra honorarios tiene su origen en Roma por cuanto que la representación o patrocinio de un cliente significaba un honor para el patrono. Debemos recordar que entre los romanos la intervención de los abogados en la defensa se desarrolló en íntima relación con la institución del patronato. De acuerdo con esta institución al patrono le correspondía la carga de representar a su cliente en los Tribunales y como en la época de la **legis actionis** los patricios eran los únicos iniciados en sus misterios y solo a ellos correspondía el privilegio de guiar a los litigantes, por cuyos servicios no recibían un estipendio propiamente dicho. CUENCA y FORNIER ACUÑA sostienen que honorarios se deriva del honor que era conferido por el cliente al designar como representante a un determinado abogado.<sup>52</sup>

Mediante Acuerdo N° 2 de 18 de mayo de 1987, la Sala Cuarta --de Negocios Generales-- de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el numeral 5 del artículo 101 del Código Judicial que acaba de entrar en vigencia el 1 de abril del año citado, aprobó la primera tarifa de honorarios elaborada por el Colegio Nacional de Abogados luego de la expedición de la Ley 9 de 1984 que regula el ejercicio de la abogacía en nuestro medio.

<sup>52</sup> CUENCA Humberto, op. Cit., p.399, y FORNIER ACUÑA, Fernando. **Filosofía del Derecho**, op. Cit., p.78.

No obstante, la vigencia de esta tarifa de honorarios, el artículo 17 de la Ley 9 de 1984, establece como regla general que las partes pueden pactar libremente los honorarios. Lo más indicado es que este contrato conste por escrito y que en él se haga constar la clase de servicio, el monto de los honorarios, anticipos, gastos, etc. Y deberá, además, estar firmado por ambas partes.

A falta de un pacto expreso, el abogado debe fijar sus honorarios atendiendo a la tarifa oficial y teniendo en consideración los aspectos señalados en el artículo transcrito. Se recomienda considerar otros aspectos como la forma de pago de los honorarios (corto plazo, largo plazo, al terminar el plazo, por adelantado, etc.), si el negocio fuere llevado a un Tribunal o fuere resuelto mediante transacción; si hubo que impugnar o interponer recurso extraordinario en la Corte Suprema; la costumbre forense, el lugar donde ocurrió la prestación del servicio, etc.

Suele ocurrir en algunas ocasiones que ante el abogado se presenta una persona necesitada de sus servicios profesionales con el fin de demandar pero carece de los medios económicos tanto para pagar al abogado como para cubrir los gastos del proceso. ¿Qué hacer en tal caso? El artículo 640 del Código Judicial dice textualmente: “Si el apoderado hace los gastos para la continuación del proceso, tiene derecho a exigir su reembolso del poderdante”. Esta norma le impide al abogado acordar con su cliente la obligación de asumir la responsabilidad de cubrir los gastos del litigio, salvo en aquellos casos en que haya mediado, previamente, el pacto de cuota litis. En esta eventualidad lo que sucede es que esos gastos se obtendrán del producto del pleito y se le reembolsarán al abogado que los hizo, con lo cual no se afectarán los honorarios de éste.

El pacto de **Cuota Litis** es aquél que se celebra entre el abogado y su cliente en el cual el segundo acuerda pagarle a su mandatario los honorarios con una parte de lo que se obtuviere del litigio. BRENES CÓRDOBA dice que “Convenio o contrato de cuota litis es aquel que celebra el abogado con su cliente, mediante el cual asume el patrocinio legal o dirección profesional del asunto, a cambio de una **cuota parte** del objeto del litigio, que habrá de recibir en concepto de honorarios”. Luego agrega: “Este contrato suele manifestarse a través de la determinación de una parte alícuota del valor del objeto litigioso o de la trascendencia económica del juicio...”<sup>53</sup> Para CUENCA, el pacto de cuota litis es el convenio de honorarios sobre las cosas comprometidas en el litigio.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> BRENES CÓRDOBA, Alberto. **Tratado de los Contratos**, Editorial Juriscentro, San José, C. R., 1985, p.288.

<sup>54</sup> CUENCA, Humberto, op. cit., p. 391.

Nuestro Código de ética, permite el pacto de cuota litis, pero prohíbe, categóricamente, que el abogado adquiera **cualquier otro interés pecuniario en la causa que patrocina.**

La Ley 9 de 1984 que regula el ejercicio de la abogacía no prohíbe el pacto de cuota litis como lo hacen otros países; un proyecto de ley elaborado, hace algunos años, por el Colegio de Abogado, y que aún no ha sido considerado por la Asamblea de Diputados, en el artículo 18 literal l) lo prohíbe al señalar que “Es contrario a la dignidad de la profesión y está prohibida la percepción de honorarios por “pacto de cuota litis...”

### **11. Tratamiento entre abogados.**

Los abogados que representan los intereses de sus respectivos clientes son contendientes profesionales en cuanto a la diferencia de la causa de su poderdante, pero no debe trasladar esas diferencias al plano personal y particular. Por ello el artículo 23 del Código de Ética prescribe:

Entre los abogados debe haber una cordialidad que enaltezca la profesión, respetándose recíprocamente, sin dejarse influir por la animadversión de las partes. Se abstendrán cuidadosamente de proferir entre sí expresiones malévolas o injuriosas y de aludir a antecedentes personales, políticos o de otra naturaleza.

Como se desprende de su texto el artículo censura la falta al debido respeto hacia el abogado de la contra parte. Busca con sus preceptos la cordialidad, cortesía y consideración que deben guardarse entre sí los abogados. De manera que cuando un abogado presente un escrito, éste no debe, por ningún motivo, contener ultraje, irrespeto, injurias o calumnias contra el abogado de la parte contraria.

Tal proceder va en desmedro de la profesión y del respeto y consideración debida. La enemistad o animadversión que puedan tener los clientes entre sí no debe llegar hasta los abogados. Sería tanto como que el abogado represente también las pasiones del cliente. COUTURE le dice al abogado en sus mandamientos que “La abogacía es una lucha de pasiones” y que “si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegaría un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el debate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota”.

Lamentablemente muchos abogados olvidan estos sanos preceptos, influenciados por sus pasiones políticas e ideológicas, a tal extremo que muchas veces rehúyen el trato con colegas que no pertenecen a su mismo partido político o no comparten sus creencias ideológicas.

## 12. Tratamiento con la Contra Parte.

Como todo profesional el abogado debe tratar siempre a la contra parte y a los testigos con ecuanimidad, guardando el debido respeto y consideración para con ellos (art. 14 del Código de Ética). Esta norma persigue que el abogado guarde a la contra parte y a sus testigos respeto y consideración. Es que nadie debe ser calumniado ni injuriado dentro del proceso, ni oralmente ni por escrito. La contra parte debe ser tratada, por consiguiente, con ecuanimidad y consideración. Todo abogado debe aprender a tolerar la verdad del adversario. COUTURE dice en su decálogo: “Tolera la verdad ajena en la medida en que quieras que sea tolerada la tuya”; luego agrega, ampliado este criterio que “...la verdad en la abogacía y en el litigio es como si fuera de granos de arenas que se nos escurren de los dedos y que da la coincidencia que algunos de esos granos va a parar a las manos del adversario. Nunca podremos tener la certeza de defender toda la verdad y siempre tenemos que sentir respeto y tolerancia por la verdad de nuestro adversario”.<sup>55</sup>

## 13. Conclusión.

Tengamos siempre presente, colegas abogados y alumnos futuros abogados las sabias palabras del Dr. Ricardo J. Alfaro: “No existe otra profesión en que pueda hacer más daño o más bienes la persona que la ejerce. Es instrumento de la estafa y el enredo en mano del rábula y sacerdocio de la justicia en las del abogado honorable. Desciende con el leguleyo al terreno estéril del empirismo y se eleva a las alturas inmarcesibles de la filosofía con el jurisconsulto que investiga, descubre y enseña las causas primeras y las razones últimas en la ciencia de lo justo y de lo injusto (...) en una palabra, en manos puras o en manos impuras, la abogacía enmaraña o limpia, destruye o revive, quita o da, usurpa o restituye, arruina o salva (...) Sin la intervención del abogado, el audaz atropellará al tímido, el potentado oprimirá impunemente al desvalido, la influencia y las riquezas insolentes y opresoras no hallaran ante sí ningún obstáculo”

**¡Antes que nada sed abogado, pero abogado honesto e ilustre!**

---

<sup>55</sup> Universidad de Panamá. **Tres conferencias del Dr. Eduardo J. Couture.**, p.21.

## DECÁLOGOS

### San Ivo

#### DECÁLOGO DEL ABOGADO

- I. Ningún abogado aceptará la defensa de casos injustos, porque son perniciosos a la conciencia y al derecho.
- II. El abogado no debe cargar al cliente con gastos exagerados,
- III. Ningún abogado debe defender causas valiéndose de medios ilícitos o injustos.
- IV. Debe tratar justamente los casos de todos los clientes, como si fueran propios.
- V. No debe ahorrar trabajo ni tiempo para obtener el triunfo del caso que le ha sido encomendado.
- VI. Ningún abogado debe aceptar más querellas de las que su tiempo disponible le permita.
- VII. El abogado debe amar la justicia y la honradez, tanto como a las propias niñas de sus ojos.
- VIII. La demora y la negligencia de un abogado, causa a menudo perjuicios al cliente y cuando esto acontece, el abogado debe indemnizar al cliente.
- IX. Si un abogado pierde un caso debido a su negligencia, debe recompensar debidamente al cliente perjudicado.
- X. Para hacer una buena defensa el abogado debe ser verídico, sincero y lógico.
- XI. Un abogado debe pedir ayuda a Dios en sus defensas, pues Dios es el primer protector de la justicia.
- XII. Los principales requisitos de un abogado son: sabiduría, estudio, diligencia, verdad, fidelidad y sentido de justicia.

**Eduardo J. Couture**

## **DECÁLOGO DEL ABOGADO**

- I. Estudia. El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.
- II. Piensa. El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.
- III. Trabaja. La abogacía es una ardua fatiga, puesta al servicio de la justicia.
- IV. Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día en que te encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.
- V. Se leal. Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aún cuando sea desleal contigo. Leal para con el Juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices y que, en cuanto al Derecho alguna que otra vez debe confiar en el que tu le invocas.
- VI. Tolera. Tolera la verdad ajena en la misma medida que quieres que sea tolerada la tuya.
- VII. Ten Paciencia. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.
- VIII. Ten Fe. Ten fe en el Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho, en la Paz, como sustitutivo bondadoso de la Justicia, y sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Justicia, ni Derecho, ni Paz.
- IX. Olvida. La abogacía es una lucha de pasiones, si en cada batalla fueras llenando tu alma de rencor, llegaría un momento en que la vida sería imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.
- X. Ama a tu Profesión. Trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

## Ángel Osorio

### DECÁLOGO DEL ABOGADO

- I. No pases por encima de un estado de tu conciencia.
- II. No finjas una convicción que no tengas.
- III. No te rindas ante la popularidad, ni adules a la tiranía.
- IV. Recuerda siempre que tú eres para el cliente y no el cliente para ti.
- V. No intentes nunca en los estrados ser más que el magistrado, pero no consientas ser menos.
- VI. Ten fe en la razón que es lo que a la larga prevalece.
- VII. Pon la moral por encima de las leyes.
- VIII. Procura la paz como el mayor de los triunfos.
- IX. Mira como el mejor de los textos el sentido común.
- X. Busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin más armas que las de su saber.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALSINA, Hugo. **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**, T. II, Décima edición, 1976.
2. BARSALLO, Pedro. **La Ética Profesional del Abogado**, Revista Lex N° 6, 1977.
3. BERNAL PINZÓN, Jesús. **Delitos contra la Administración Pública**, Editorial Temis, Bogotá, 1965.
4. CAMPILLO SAINZ, José. **Introducción a la Ética Profesional del Abogado**, Editorial Porrúa, México, 1992.
5. CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**, Editorial Depalma, Bs. As., 1961.
6. \_\_\_\_\_ . **Las Miserias del Proceso Penal**, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Temis, Bogotá, cuarta reimpresión, 2002.
7. CARRERA BASCUÑAN, Helena. **El Secreto Profesional del Abogado**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
8. CUENCA, Humberto. **Derecho Procesal Civil**, Ediciones de la Biblioteca Universidad Central de Venezuela, Caracas, Tomo I, 1976.
9. COUTURE, Eduardo J. **Los Mandamientos del Abogado**, Editorial Depalma, Bs. As., 1976.
10. DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA. **Derecho Procesal Civil**, Editorial Porrúa, México, décima cuarta edición, 1981.
11. FERNANANDEZ, Eusebio. **Estudios de Ética Jurídica**, Editorial Debates, Madrid, primera edición, 1990.
12. FORNIER ACUÑA, Fernando. **Historia del Derecho**, Ediciones Juriscentro S. A., San José, C. R., 1978
13. GOMEZ ARISTIZABAL, Horacio. **Lo Humano de la Abogacía y de la Justicia**, Editorial Cosmos, Bogotá, 1974.

14. LONDOÑO JIMENEZ, Hernando, **Tratado de Derecho Penal**, Editorial Temis, Bogotá, Tomo I, 1989.
15. MORALES, Eusebio. **Ensayos, Documentos y Discursos**, Imprenta Nacional, Panamá, 1977.
16. MOSCOTE, José Dolores. **El Derecho Constitucional Panameño**, Imprenta Nacional, Panamá, 1960.
17. ORTEGA y GASSET, José. **Pasado y Porvenir para el Hombre Actual**, Madrid, 1962.
18. OSSORIO, Ángel. **El Alma de la Toga**, Ediciones Ejea, Bs. As., 1981.
19. PÉREZ, Luis Carlos. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1968.
20. RAMIREZ GRONDA, Juan. **Diccionario Jurídico**, Editorial Ejea, Bs. As., 1965.
21. REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL DISTRITO FEDERAL, N° 142, Caracas, Venezuela, 1980.
22. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. **El abogado y el Razonamiento Jurídico**, Revista Lex N° 7, 1977.
23. VIÑAS, Raúl Horacio. **Ética y Derecho de la Abogacía y la Procuración**, Bs. As., 1972.
24. UNIVERSIDAD DE PANAMÁ. **Tres Conferencias del Dr. Eduardo J. Couture**, Universidad de Panamá, Escuela de Temporada, 1965.



-

**EL CONCEPTO DE JUSTICIA  
Y SUS IMPLICACIONES  
EN EL EJERCICIO DE LA  
FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

MARTA ACHURRA

Es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, y en la Universidad Católica Santa María la Antigua obtuvo el doctorado y en Kagawa (Japón) obtuvo un Magister en Derecho por haberse hecho acreedora a una beca.

Su experiencia en el campo profesional es amplia, pues ha desempeñado elevados cargos de gran responsabilidad: Coordinadora Jurídica en el Ministerio de Comercio e Industrias, Asesora legal en el Consejo de Seguridad Pública y Defensa Nacional, Secretaria General de SENACYT, y Asistente de Magistrado Sala Tercera de la Corte, entre otros destacados cargos. Y como expositora ha participado en numerosos congresos.

Es miembro fundadora del Instituto de Estudios Jurídicos y del Círculo de Estudios Humanistas. Pertenece al Colegio Nacional de Abogados y a la Unión de Abogados de Panamá.

Como docente tiene a su cargo las cátedras de Derechos Humanos, Historia del Derecho y Derecho Romano.

---

El logro del fin procesal de justicia debe considerar la problemática en torno al *concepto de justicia*, que como marco referencial utilizan nuestros jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado de garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales. Por esto iniciamos este artículo con el análisis del concepto de justicia a través del método de la hermenéutica gadameriana<sup>1</sup>(la temporalidad—historicidad del conocimiento)<sup>2</sup>, el cual consiste en *aprehender* los diferentes conceptos de justicia que se han tenido a través de la historia, entendiendo con ello las razones- es decir el qué y el por qué se persigue un determinado concepto de justicia- (*texto y contexto*) delimitadas por el propio marco histórico y, las implicaciones que esto tiene para cada sociedad en su éxito o fracaso en alcanzar, en los términos de su propia precomprensión, niveles de armonía y de bienestar social (*pretexto*).

---

<sup>1</sup> Hans-Georg Gadamer (1900-2000) filósofo quien nace en Marburgo (Alemania), se doctora a los 22 años y es discípulo de Martin Heidegger, su obra fundamental es *Verdad y Método*, publicada en 1960. En esta obra Gadamer problematiza la relación entre ontología y epistemología (ser y conocimiento), buscando demostrar la universalidad de la hermenéutica como la herramienta para alcanzar una adecuada comprensión del mundo en cualquiera de sus facetas.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1984.

<sup>2</sup> Gadamer recoge las reflexiones que su maestro Heidegger hace en su obra *El ser y el tiempo*, para quien la hermenéutica respondía a la propia esencia interpretativa de la existencia. El hombre es un ser que interpreta: como ser en el mundo toda persona, por su misma constitución óntica esencial, está compelida a comprender se entorno a interpretar su situación histórica. Es decir que el sentido del hombre es interpretar su situación histórica que no es siempre la misma si no que cambia. La comprensión del *ser* es ella misma una "*determinación del ser*" del "*ser ahí*", es decir en cuanto tiempo y espacio en la cual el *ser* se mueve y existe, no es correcta la apreciación de un *ser* estático e inmóvil, sino un *ser ahí*, en un marco histórico (temporalidad, un *ser ahí-siendo*) que lo dermina, y desde el cual debe realizarse la comprensión.

A esta necesidad responden las reflexiones del presente artículo, el cual iniciamos con el señalamiento de los diversos conceptos de justicia a través de la *conciencia* expuesta a los efectos de la historia (1). Seguidamente, dentro del marco antes expuesto desarrollamos las implicaciones que surgen de la recepción de determinada noción de justicia dentro del contexto de la actividad judicial y, muy especialmente desde la perspectiva del juez, como sujeto principal en la administración de justicia (2). Pasamos finalmente a concluir con ciertas observaciones necesarias en cuanto a la situación planteada y a sus perspectivas futuras (3).

## 1. La determinación de la noción de Justicia

Iniciamos nuestro análisis con la reflexión sobre el marco cultural en que se desarrollan las diversas teorías en torno a la justicia (1.1.). Para luego precisar el contenido de las ideas aportadas por cada corriente filosófica en un contexto histórico determinado, como muestra de la necesidad permanente en los hombres de satisfacer su propia precomprensión de *lo justo* (1.2.). Lo anterior persigue presentar un análisis integral de la noción de justicia, para así lograr la autoconciencia y la autocrítica de la relación directa que existe, entre la búsqueda de un ideal de justicia y un contexto espacio temporal determinado, así como sus consiguientes proyecciones (1.3).

### 1.1. Contexto Cultural

La filosofía occidental –como toda nuestra cultura de Occidente en general- surge sin duda de los antiguos griegos y del elemento latino seguidamente aportado por los romanos. La conversión del Imperio romano suma el cristianismo a las características grecolatinas y enriquece la cultura con el componente oriental de la sabiduría hebrea –resumida en el Antiguo Testamento-, y con el propio aporte cristiano contenido en el Nuevo Testamento. De esta manera, la cultura occidental se ha ido conformando –al igual que casi todas las culturas- como una cultura mezclada, en la que conviven –no siempre armónicamente- rasgos de muy distinta procedencia. Este hecho debe tenerse siempre presente al momento de comprender las tensiones que recorren la historia de la filosofía en general, y de la Justicia en particular, como una de sus inquietudes más relevantes. Pero no debe considerarse de ninguna manera este mestizaje de ideas como un defecto, y tales tensiones como obstáculos, pues consideramos que la diversidad de ideas es fructífera y las tensiones son condiciones que posibilitan el desarrollo.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> CORTINA, Adela y MARTÍNEZ, Emilio, *Ética*, Ediciones Akal, Madrid, 1997, pp. 52 y 53.

## 1.2. Historia de las ideas

Un acercamiento a las distintas teorías éticas resulta extremadamente útil para entender el fenómeno de la justicia. Sin embargo, dado que, al menos en Occidente, empiezan a elaborarse a partir del siglo V a.C, con Sócrates, nos concentramos en exponer las que han tenido y están teniendo mayor relevancia histórica. Las hemos agrupado en tres conjuntos que corresponden a tres grandes fases de la historia de la filosofía. En la primera fase –que abarca la antigüedad clásica y el medievo- agrupamos la noción de justicia ligada a las éticas que buscan resolver la cuestión de “*el ser*”, en el sentido de *conocer* la verdadera realidad de las cosas, incluyendo las cosas humanas, como la moralidad y específicamente el dilema de la justicia (1.2.1.). En una segunda fase – que abarca el período que se conoce como la *filosofía moderna*, esto es, desde Descartes hasta principios del siglo XX- detallamos las éticas que nacieron de la reflexión en torno a la noción de *conciencia* como fuente de la discusión filosófica(1.2.2.). Y por último, agrupamos en un tercer período a las éticas de la tercera vía, que han incorporado el llamado *giro lingüístico* propio de la filosofía contemporánea, pues toman como fundamento filosófico la existencia del lenguaje y de la argumentación como elemento esencial que le brinda sentido a toda la estructura humana(1.2.3.).

### 1.2.1. Las éticas en torno al *ser*: fundamento del iusnaturalismo

La relevancia de esta visión filosófica para el análisis jurídico radica, en que la misma constituye el punto de partida sobre el cual se desarrolla el iusnaturalismo premoderno, el cual fundamenta la existencia y validez del derecho en su perfecto acatamiento a determinados principios morales objetivos e inmutables. Los griegos lo llamaron el *derecho intrínsecamente válido o derecho natural*, el cual fue asimilado por Santo Tomás de Aquino en el esquema medieval. A éste derecho se le ha definido como el conjunto de criterios y principios racionales, supremos, evidentes y universales que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, -es decir sus cuestionamientos sobre *el ser*, sobre lo verdadero- y establece las bases de

selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esa finalidad en un medio social histórico.

En este sentido, dentro del marco de nuestro estudio sobre la función del juez en la administración de justicia, la misma va a estar determinada, dentro del contexto del paradigma iusnaturalista premoderno, por un derecho supeditado al bien común y el bien común definido por la eticidad, y ésta determinada por la justicia o equidad del orden jurídico en el sentido que se ajusta a determinados presupuestos morales de la sociedad.

#### **1.2.1.1. Grecia Antigua y sus filósofos**

Los primeros filósofos de la antigua Grecia se preguntaron primero que todo por *el ser* de las cosas, por su *verdadera realidad* o su *auténtica naturaleza*, dado que muchas veces las *apariencias engañan*. Así, que la cuestión a resolver consistía en conocer la verdadera *virtud* del hombre y la verdadera noción de lo *bueno*. Llegando a relacionar las concepciones de lo *bueno* con toda acción que beneficia a la propia comunidad y, a la *virtud (areté)*, con la capacidad plenamente desarrollada que permite a quien la posee destacar en algo sobre el resto de las personas. Esta mentalidad complementaba el ideal de *ser mejor (aristós)* en el sentido del mejor servicio que se presta a la comunidad a la que uno pertenece.

En efecto como vemos, la filosofía clásica griega establece las piezas básicas de las primeras teorías éticas, las cuales inician formalmente con las aportaciones del gran maestro Sócrates (1.2.1.1.1), seguido de su discípulo Platón (1.2.1.1.2.), y de la labor de sistematización realizada por Aristóteles (1.2.1.1.3.). Posteriormente durante el período de surgimiento de otros imperios se añadieron a la ética helénica elementos tales como, la búsqueda del placer y el rechazo al dolor, a través de Epicuro y, la imperturbabilidad estoica como único camino que conduce a la felicidad (1.2.1.1.4.).

##### **1.2.1.1.1. Sócrates**

A pesar de que no existen documentos escritos directamente por este filósofo los testimonios de sus discípulos, entre ellos Platón han permitido reconstruir los cimientos del pensamiento socrático, que se dirigen sobre cuatro pilares<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> Ibid, pp. 54 y 55.

1) La excelencia humana se demuestra a través de la *actitud de búsqueda del verdadero bien*, ya que según Sócrates, sólo quien llega a conocerlo puede practicarlo. Por ende, el camino de esta búsqueda necesariamente se inicia con el *abandono de actitudes dogmáticas y escépticas* –que son producto de la pereza- y la subsecuente adopción de una actitud crítica, pero que se deja convencer por el mejor argumento.

2) La verdad reside en el fondo de cada hombre, y se puede llegar a conocerla mediante la introspección y el diálogo. Coherente con este principio Sócrates *vive conforme al lema Conócete a ti mismo*, inscrito en la fachada del templo de Apolo en Delfos, y para ello desarrolla el famoso método de estudio, que llamó *mayéutica*, que significa literalmente, *arte de ayudar a parir*, pues es un método de diálogo encaminado a la búsqueda de la verdad.

3), Sin bien, la verdad encontrada mediante la mayéutica es provisional y revisable, por lo que no debe ser fijada dogmáticamente, ésta constituye un *hallazgo de validez universal*, pues sobrepasa los límites de la propia comunidad en la que se vive y sirve para la orientación de todos los hombres y como instancia crítica frente a las normas de la propia comunidad.

Basado en estos elementos Sócrates esquematiza los fundamentos de validez de las normas, y entre ellas de las jurídicas, sobre los criterios de *la búsqueda constante de una verdad absoluta y universal*. Entonces, la justicia socrática está necesariamente definida por este marco conceptual.

#### 1.2.1.1.2. Platón

Por su parte, en diversos pasajes de los Diálogos platónicos se destaca la influencia heredada de su maestro Sócrates sobre la esencia de la verdadera moral, en cuanto al conocimiento que debe regir tanto la vida del individuo, como la de la comunidad, la de la ciudad y la de la *polis*; es decir un conocimiento que orienta hacia la felicidad, pero que el hombre sólo puede lograr en el seno de una comunidad bien organizada. De esta manera, lo bueno y *lo justo* para el individuo no puede ser diferente de lo que se considere como bueno y *justo para el bien común*, es decir para lograr o mantener un ciudad feliz.

En este sentido, Platón en su obra *La República* propone un modelo ideal y perfecto- es decir una *utopía*- para alcanzar esa ciudad feliz en la que todos y cada uno puedan gozar de su propia felicidad. Así, este modelo sirve de referencia para todos aquéllos que proyecten reformar las costumbres y las instituciones con el fin de mejorar la vida humana individual y colectiva. A partir de este diseño perfecto representa de manera ampliada el alma humana, indicando en primera instancia su *visión de justi-*

cia en el gran escenario del Estado, para entender mejor lo que sucede en el alma humana, pues ambas realidades poseen la misma *esencia e igual estructura*.

La *virtud de la justicia* acoge y armoniza a todo el conjunto de la ciudad, y todos los elementos que conforman al individuo, pues permite que las otras virtudes (sabiduría-prudencia, fortaleza-valor y moderación-templanza) realicen la función especial que les corresponde. Platón siempre tiene presente que el alma juega el rol determinante, pues la raíz y la esencia de la justicia, sólo encuentra en el interior del hombre.

El elemento más destaca de la teoría platónica es la noción de un bien absoluto y objetivo –el Bien en mayúsculas– pues constituye la razón última de todo cuanto existe y de toda posibilidad de conocimiento. La idea platónica de administración de justicia está ligada al conocimiento del *Bien en sí mismo*, como un encuentro místico con lo sobrenatural, que proporciona un tipo de conocimiento superior, que capacita a quien lo posee para gobernar con rectitud y justicia los asuntos de la polis. Y, las personas que tienen esta capacidad serían los *gobernantes-filósofos*, cuya estatura moral es la más alta, dado que el conocimiento del Bien los impulsará irresistiblemente a obrar bien. El intelectualismo moral en Platón viene refleja la influencia socrática.

### 1.2.1.1.3. Aristóteles

Aristóteles es el primer gran filósofo griego que elaboró tratados sistemáticos de ética. El más destacado es la *Ética a Nicómaco*, considerada como una de las obras cumbres de la filosofía moral, pues en ella se plantea la clave de toda investigación ética: *¿Cuál es el fin último de todas las actividades humanas?* En el camino a solucionar esta interrogante, La *Ética de Nicómaco* plantea tres teorías: la del bien y la felicidad, la de la virtud y la de la justicia. Existe no obstante, una cuarta, que puede considerarse de vínculo entre las tres anteriores, es la de la amistad, con la cual se completa el diseño ético fundamental aristotélico<sup>5</sup>.

La primera, *teoría del bien y la felicidad*, indica que suponiendo que “toda arte y toda investigación, toda acción y elección parecen tender a algún bien” se puede uno percatar que existe un tipo de subordinación de unos bienes a otros, llevándonos a pensar en la posible existencia de algún fin último o principal que todos deseamos alcanzar por sí mismo. Ese fin, a juicio de Aristóteles es la *eudaimonía*, es decir la *vida buena, la vida feliz*, la cual es *autosuficiente*, pues quien la posee, ya no debe desear nada

---

<sup>5</sup> MEJÍA QUINTANA, Óscar, *Derecho, Legitimidad y Democracia Deliberativa*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, 1998, pp. 20-22.

más, aunque, por supuesto, eso no excluye el disfrute de otros bienes. Entonces, el bien es el fin de las acciones humanas: bien y finalidad coinciden y la ciencia política nos da a conocer estas finalidades. El fin supremo es la felicidad y solo por referencia a este fin se determina lo que deben aprender a hacer los hombres en su vida social.

Adicionalmente, el bien supremo del hombre deberá consistir en algún tipo de actividad que le sea peculiar, es decir la función propia del ser humano como tal, que lo colma de su deseo de felicidad. Entonces la felicidad más perfecta del ser humano no puede ser la vida vegetativa, ni la vida de los sentidos, sino el *ejercicio de la inteligencia teórica*, que consiste en la contemplación o comprensión de los conocimientos, es decir la vida de la razón. Pero, en cuanto a esta actividad Aristóteles reconoce que como el hombre tiene necesidades materiales (salud, alimento, entre otras), por lo que es un ideal de vida que sólo es posible para los dioses. No obstante, el hombre sí tiene acceso al ejercicio del entendimiento práctico, que consiste en el dominio de las pasiones y conseguir una relación amable y satisfactoria con el mundo natural y social en el que estamos integrados. Así pues, el hombre es feliz si vive según la razón práctica: y esta vida es la virtud. El estudio sobre la felicidad se transforma en el estudio sobre la virtud. Virtud y exceso dependen por entero de los hombres: el hombre es el principio y el padre de sus actos.

La segunda es la *teoría de la virtud*. En esta tarea Aristóteles establece dos ramificaciones: la virtud intelectual o racional y la virtud moral. La primera, denominada dianoética, es el ejercicio de la razón e indica cinco categorías: la ciencia (*episteme*), que es el desarrollo de la capacidad demostrativa; el arte o técnica (*tekne*), desarrollo de la capacidad creativa; la prudencia (*frónesis*), desarrollo de la capacidad de obrar; la inteligencia (*nous*), desarrollo de la capacidad de comprender principios; y la sabiduría (*sofía*), desarrollo de la capacidad de juzgar la verdad.

La principal virtud dianoética es la prudencia, que constituye la verdadera *sabiduría práctica*, pues permite deliberar correctamente mostrándonos lo más convincente en cada momento para nuestra vida (no lo más convincente a corto plazo, sino lo más convincente para una vida buena en su totalidad). La prudencia, también es importante en el desarrollo de la segunda ramificación que es la virtud moral, ya que facilita el discernimiento en la toma de decisiones, guiándonos hacia el logro de un equilibrio entre el exceso y el defecto, pues el objetivo de la moral es el dominio de la razón sobre los impulsos sensibles. En este orden de ideas, la fortaleza o coraje será, por ejemplo, el término medio entre la cobardía y la temeridad; ser generoso será un término medio entre el derroche y la mezquindad. Pero el término medio entre no es una opción por la mediocridad, sino por la perfección, ya que la posesión de una virtud cual-

quiera significa que en ese aspecto de nuestro comportamiento no hay mejora posible, sino que hemos alcanzado el hábito más elevado.

Aristóteles plantea, seguidamente, su *teoría de la justicia*. Considera que la justicia es la virtud ética principal: es íntegra y perfecta y define no solo la vida individual, sino también la vida social y política. Así, una persona virtuosa será casi con seguridad una persona feliz, pero de todas maneras necesita vivir en una sociedad o comunidad regida por buenas leyes. Porque el logos, constituido por la capacidad que nos hace posible la vida contemplativa y la toma de decisiones prudentes, también nos capacita para la vida social.

En consecuencia la ética no puede desvincularse de la política, ya que el más alto bien individual, *la felicidad, sólo es posible en una polis dotada de leyes justas*. En consecuencia, Aristóteles establece dos clases de justicia: la *justicia distributiva*, que determina la distribución de honores, dinero o bienes según el mérito de cada cual (*dar a cada uno lo que le corresponde*); y la *justicia conmutativa* que se ocupa de los contratos, voluntarios e involuntarios, entre los hombres. De esta última se desprende una tercera noción, la de la *justicia correctiva* cuyo objetivo es equilibrar las ventajas y desventajas entre los contrayentes.

En relación directa con la teoría de la justicia, Aristóteles aborda el concepto de derecho, el cual divide en derecho privado y derecho público, subdividiendo a su vez este último, cuyo objetivo es la vida social de los hombres, en derecho positivo, de carácter local, y *derecho natural*, de carácter universal. La *equidad* en este contexto se manifiesta como la *capacidad de corrección de la ley positiva local mediante el derecho natural universal*.

Por último, Aristóteles desarrolla su *teoría de la amistad*, muy unida a la virtud, pues es lo más necesario de la vida. En ella distingue entre las amistades fundadas en el placer o utilidad, en cuyo caso son accidentales; y las fundadas en el bien, que constituye la relación perfecta. La importancia decisiva de esta teoría es que sobre ella descansa toda la ética aristotélica. Esto significa que el sentido, la razón y fin último de todas las otras teorías (bien-felicidad, virtud y justicia) se encuentran en la medida que ellas nos sirven para ser y hacer amigos.

En síntesis, la ética aristotélica no es sino el espectro de virtudes que le sirven al hombre para autorrealizarse y de esta manera identificarse en el seno de una comunidad determinada, con tradiciones y estándares de racionalidad específicos y concepciones y pautas de acción particulares. Así, el justo medio no adquiere sentido sino en el contexto de una comunidad determinada (para Aristóteles, el de la polis ateniense), en cuya práctica cotidiana el hombre aprende a comportarse según esos patrones

establecidos que le permiten vivir virtuosamente y lograr el reconocimiento, es decir, la amistad de sus conciudadanos. La característica de autorrealización eudemonista de la ética aristotélica, es importante, pues la diferencia de otras éticas que veremos a continuación, que también postulan la felicidad como fin de la vida humana, pero que entienden esta como placer (*hedoné*), y a las que, por eso, se las denomina *hedonistas*. El placer se suele entender como una satisfacción de carácter sensible, en tanto que la autorrealización puede comportar acciones que no siempre son placenteras.

#### **1.2.1.1.4. Período helenístico: Epicureísmo y Estoicismo**

Durante el período helenístico, los griegos viven momentos de crisis política y moral por la aparición de los grandes imperios (primero el de Alejandro Magno y posteriormente el Imperio Romano), que traen consigo un escepticismo sobre el poder político, con la consiguiente pérdida de interés del individuo por los asuntos de la polis, pues ésta ha perdido el protagonismo del que gozaba en los siglos anteriores. Ante el caos circundante, el estoicismo y el epicureísmo- las dos escuelas filosóficas más importantes de dicho período- retoman la investigación ética siguiendo la tradición griega en el marco de la felicidad de los individuos, identificándola con la noción de sabiduría. No obstante, con la pérdida de confianza en la polis, sabio será dentro de ese nuevo contexto aquel que vive de acuerdo con la naturaleza. Pero no existe consenso entre estoicos y epicúreos en el concepto de naturaleza, y por ende tampoco están de acuerdo en cuanto al ideal de hombre sabio.

Por un lado el epicureísmo es una ética hedonista, esto es, una explicación de la moral en términos de búsqueda de la felicidad entendida como placer, como satisfacción de carácter sensible. No se trata de la primera ética hedonista de la historia, puesto que ya entre los sofistas hubo algunos partidarios de estos planteamientos y entre los discípulos de Sócrates hubo una corriente, la de los cirenaicos, que defendió que el bien humano se identifica con el placer, particularmente con el placer sensual e inmediato. También está la filosofía de la escuela jonia de carácter materialista del siglo VI a.C. Sin embargo, como ya hemos visto, ese hedonismo incipiente fue agudamente criticado por Platón y Aristóteles, de modo que hubo que esperar el contexto histórico de la desconfianza en los valores tradicionales, en la polis y la decadencia de la política, para que nuevas propuestas, como las planteadas por Epicuro pudieran disponer de un hedonismo filosóficamente más maduro.

Epicuro de Samos (341-270 a.C.) sostiene que, si lo que mueve nuestra conducta es la búsqueda del placer, será sabio quien sea capaz de calcular correctamente qué actividades nos proporcionan mayor placer y

menor dolor, es decir, quien consiga conducir su vida calculando la intensidad y duración de los placeres, disfrutando de los que tienen menos consecuencias dolorosas y repartiéndolos con medida a lo largo de la existencia. Dos son, por tanto, las condiciones que hacen posible la verdadera sabiduría y la auténtica felicidad: el placer y el entendimiento calculador.

En sentido, es importante realizar una precisión sobre la propuesta de Epicuro sobre la búsqueda del placer y, algunos errores comunes que hasta el presente se cometen por falta de conocimiento del contexto histórico en que se desarrolló esta corriente filosófica. Así, cuando Epicuro manifiesta que el placer es el objetivo final, no se refiere a los placeres de los viciosos –como creen algunos que ignoran, no están de acuerdo o interpretan mal esta doctrina, sino al no sufrir dolor en el cuerpo ni estar perturbado en el alma. Porque, señala el Epicuro, ni banquetes ni juergas constantes dan la felicidad, sino el sobrio cálculo que investiga las causas de toda elección o rechazo y extirpa las falsas opiniones de las que procede la gran perturbación que se apodera del alma. Como puede apreciarse, Epicuro se distancia de un cierto hedonismo ingenuo para proponer como ideal de felicidad el goce moderado y sosegado de los placeres naturales, vinculados a las verdaderas necesidades del cuerpo y del alma.

El epicureísmo fue posteriormente retomado por la filosofía inglesa de los siglos XVII y XVIII, como fundamento para la escuela empirista inglesa representada por John Locke, David Hume y Berkeley, quienes forman la llamada trilogía de los empiristas ingleses, la cual a su vez sirve de base a la corriente utilitarista definida por Francis Hutcheson y desarrollada por Jeremy Bentham y John Stuart Mill. Para determinar la simetría entre el epicureísmo griego (340 años a.C.) y el utilitarismo inglés, vemos que fue Hutcheson quien primero definió claramente el principio de utilidad, indicando que “la mejor acción es aquella que procura la mayor felicidad al mayor número y la peor acción la que, del mismo modo, otorga miseria”.

A su vez, el utilitarismo, constituye la corriente ideológica sobre la cual se desarrolla la estructura político-económica denominada el Estado de Bienestar, que fue puesta en práctica por el economista inglés John Maynard Keynes, en la primera mitad del siglo XX, a partir de 1930. El bienestarismo tiene un rol importante en la determinación de los conceptos de justicia en el plano económico y legal, en cuanto a la distribución de las riquezas y a la determinación de la función principal del derecho, la cual está limitada, por la utilidad social que cumpla. En otras palabras, las leyes deben contribuir al placer y a la felicidad del individuo.

El análisis anterior nos ayuda a determinar el vínculo de las ideas a través de la historia y su repercusión en diversos contextos, si bien el

epicureísmo no jugó el rol más relevante dentro de las escuelas y corrientes filosóficas griegas, siglos después es reconducida hasta llegar al siglo XX donde marcó y sigue marcando –al menos en el contexto latinoamericano- el ideal de justicia económica y legal, es decir procurar *la mayor felicidad para el mayor número*.

Retomando nuestro análisis histórico de las diversas corrientes filosóficas en la Grecia antigua tenemos, la doctrina conocida como *estoicismo*, la cual agrupa un amplio conjunto de autores griegos y romanos que vivieron entre los siglos III a.C. y II d.C. Cónito con grandes figuras como Zenón de Citio, Posidonio, Séneca, Epícteto y el emperador Marco Aurelio. Su influencia histórica posterior, al igual que el epicureísmo, ha sido enorme, tanto en las éticas modernas y contemporáneas como en las posiciones morales que muchas personas adoptan en la vida cotidiana.

Los estoicos creyeron necesario indagar en qué consiste el orden del universo para determinar cuál debía ser el comportamiento correcto de los seres humanos. En consecuencia, la propuesta ética de los estoicos puede formularse así: el sabio ideal es aquel que, conociendo que toda felicidad exterior depende del destino, intenta asegurarse la paz interior, consiguiendo la insensibilidad ante el sufrimiento y ante las opiniones de los demás. La imperturbabilidad es, por tanto, el único camino que nos conduce a la felicidad. Con ello se empieza a distinguir entre dos mundos o ámbitos: el de la libertad interior, que depende de nosotros, y el del mundo exterior, que queda fuera de nuestras posibilidades de acción y modificación.

El sabio estoico es el que consigue asegurarse los bienes internos y despreciar los externos, logrando ser, en palabras de Séneca, artífice de la propia vida. Aparece ya aquí, aunque todavía de un modo muy rudimentario, la concepción de la libertad como autonomía, que veremos desarrollarse posteriormente a través de San Agustín, y más adelante, y sobre todo, con Kant.

### **1.2.1.2. El cristianismo y la Edad Media**

Como señalamos en líneas precedentes, la difusión del cristianismo en la Europa de finales del Imperio Romano y comienzos de la Edad Media supuso la incorporación paulatina de muchos elementos culturales procedentes de la ley hebréica y de los primeros escritos cristianos, aunque estos últimos como fueron escritos en griego y en latín contienen gran cantidad de elementos de la mentalidad grecolatina. Al mismo tiempo, muchos puntos de referencia de la cultura del mundo grecolatino fueron abandonados y sustituidos por contenidos establecidos a partir de la matriz judeocristiana. Por ejemplo, la educación moral de los niños ya no

podía seguir proponiendo como modelos a imitar a los héroes de la tradición grecolatina, sino que éstos debían ser sustituidos por los personajes de la Historia Sagrada y por las vidas de Jesús y de los santos. Pero sin olvidar, las antiguas narraciones, pues su conocimiento implicaba el reconocimiento de un alto status cultural dentro de la comunidad.

En esencia, podemos identificar los aportes del cristianismo durante la Edad Media, a través de lo que denominamos la ética católica, pues constituye la raíz del aporte cristiano, sobre todo en la esfera hispanoamericana. Así pues, la ética católica, en su versión tomista, la cual, como se verá, es la fusión de la filosofía posocrática, tanto platónica como aristotélica con la religión cristiana, a partir de la interpretación católico-romana de Santo Tomás de Aquino<sup>6</sup>.

La ética católica es el resultado y la comunión de la ética griega y la religión cristiana. La reacción socrática al relativismo de los sofistas define sus características centrales, siendo complementadas más tarde por Platón y Aristóteles en pleno apogeo de la sociedad griega, así como por el estoicismo y el epicureísmo ya en su decadencia.

Para Sócrates el núcleo de su reflexión moral se fundamentaba en tres puntos básicos: el bien como felicidad del alma; la virtud como conocimiento, en contraposición al vicio como ignorancia, y, por último, la posibilidad de que aquella pudiera ser enseñada.

Platón perfecciona esta visión erigiendo al bien como valor supremo de la actividad humana, el cual es alcanzado por el desprendimiento del hombre de su mundo material, purificando su alma de cuestiones fácticas, para elevarse al mundo de las ideas que es donde hallará la virtud y la armonía necesarias para describir la justicia individual y social, esta última mediada por el equilibrio que entre la prudencia (razón), la fortaleza (voluntad) y la templanza (apetito) pueda el hombre lograr.

Esta concepción será contrastada por Aristóteles quien, pese a darle al bien un contenido cívico determinado por el bienestar de la comunidad, se mantiene fiel al racionalismo griego, insistiendo en que la búsqueda de la felicidad debe estar orientada por la realización de la virtud racional, cuyo equilibrio con el bien común garantiza una comunión integral entre hombre y sociedad. Por el contrario, el estoicismo y el epicureísmo, tal como lo hemos señalado, comienzan negando la estrecha relación entre ética y sociedad predominante desde Aristóteles, consecuencia de la decadencia histórica de la civilización griega.

---

<sup>6</sup> Ibid, pp. 22 y 23.

Con este panorama en fondo, es posible analizar el modelo ético católico, cuya máxima expresión se concreta en la escolástica medieval, la cual consiste en la cristianización de la ética griega. Primero, con San Agustín (siglo IV) y más tarde con Santo Tomás de Aquino (siglo XIII), Platón, Aristóteles y elementos aislados del estoicismo y el epicureísmo, se establecen eclécticamente como los pilares donde la ética católica habría de sustentar su estructura conceptual. Adaptándolos a las necesidades deístas de su religión, fundiendo en un mismo cuerpo la reflexión moral griega con la religión revelada, tanto la patrística como después la escolástica, consolidan en el lapso de nueve siglos un discurso homogéneo donde la ética (y, por su intermedio, la política y el derecho) queda subordinado a la religión, limitando aquellos al estrecho e inflexible marco dogmático de esta.

La ética católica se fundamenta en la verdad revelada al hombre por Dios, las relaciones de aquel con su creador y las condiciones (mandamientos) que ha de cumplir para salvarse en la vida eterna. En la subordinación absoluta del orden mundano al orden divino. Dios queda erigido como el fin último de la felicidad del hombre mientras que los medios para alcanzarlo se constituye en un valor supremo por sí mismo.

La acción moral humana queda así definida por su relación, no con el mundo o la sociedad, sino con Dios, así como la esencia de la felicidad no es otra cosa que la contemplación de este, en la vida eterna. La correcta combinación de las virtudes cardinales (prudencia, fortaleza y templanza) con las teologales (fe, esperanza y caridad) dan como resultado la salvación del alma, objetivo al que se ve supeditada la vida mundana del hombre.

En este punto de nuestro análisis, resulta de gran ayuda contextualizar la aplicación de la ética católica en su desarrollo específico en Hispanoamérica, ya que la matriz aristotélico-tomista continúa presente en las sociedades latinoamericanas, como fuente de inspiración de procedimientos, contenidos y productos jurídicos. Así, nuestras sociedades aprecian su ordenamiento jurídico y la función que debe cumplir, a partir de una irrevocable raíz filosófico-teológica y, por lo tanto, radicalmente antirreformista, en la cual deben estar presentes los siguientes elementos:

- La concepción del orden humano como derivado del orden divino y, por lo tanto, sujeto a principios necesarios e inmutables a los cuales debe someterse el Estado y el derecho.
- La comunidad como sujeto social protagónico y categoría de interpretación jurídico-política primordial.
- Una teoría del poder y la legitimidad cuyo destinatario divino es el pueblo antes que los gobernantes y que, por lo tanto, lo somete al criterio del *bien común* para su permanencia al frente del Estado.

### 1.2.2. Las éticas de la *conciencia*: filosofía moderna

A partir de los siglos XVI y XVII la filosofía moral entra en una nueva etapa: con la revolución científica, los contactos con grupos culturales muy alejados de Europa, las llamadas guerras de religión, la invención de la imprenta, etc., las cosmovisiones tradicionales se desmoronan, y se hace patente la necesidad de elaborar nuevas concepciones que permitan orientarse en los diversos ámbitos de la vida. En este contexto de crisis cultural, la filosofía moderna empezó su postura renunciando al antiguo punto de partida sobre la pregunta del ser de las cosas, para partir ahora de la pregunta por los contenidos de la conciencia humana<sup>7</sup>. Así pues, la época moderna no abandona el concepto de derecho natural, sino que le asigna un nuevo fundamento, es un derecho natural secularizado en vez de teocrático. En consecuencia su validez está basada en la máxima de que un derecho también tiene que valer bajo el supuesto de que Dios no exista (Hugo Grocio 1583-1645). Al mismo tiempo se tiene un derecho natural iluminista, que siguiendo el modelo de René Descartes (1596-1650) y Francis Bacon (1561-1626), pero también de los empiristas John Locke (1632-1704) y David Hume (1711-1776), se limita a lo experimentable. Pero a la vez se mantiene en las mismas ideas que caracterizan todo el derecho natural clásico: el derecho natural es absoluto, universal y suprahistórico, esto quiere decir que vale sobre el derecho positivo legislado por el hombre, vale para todos los hombres, y para todos los tiempos.

Metodológicamente se va tan adelante en la estimación del derecho correcto que se pregunta por la naturaleza (empírica, no metafísica, moral) del hombre para luego de aquí deducir como conclusión lógica los derechos naturales y obligaciones de los hombres. Un gran papel cumple en esto la Teoría del contrato social (sobre todo Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778) en el sentido de un estadio primitivo ficticio, en el cual los individuos en libre convenio fijan sus recíprocos derechos y obligaciones (en la moderna filosofía del derecho, estas ideas han experimentado un nuevo impulso, sobre todo en John Rawls).

Se cree poder fundamentar de esa manera un orden jurídico que se apoye en el consenso y que tiene, con la invariable razón de los hombres, carácter universal, esto es, como atrás se destacaba, que tiene que ser válido para todo los hombres y en todos los tiempos. No puede sorprender que casi todos los intentos de fundamentar un derecho natural semejante se hayan detenido en el realce de unos pocos, muy abstractos principios fundamentales del derecho, por ejemplo, el mandamiento de

---

<sup>7</sup> CORTINA, Adela y MARTÍNEZ, Emilio, Op. Cit., p. 68.

no ocasionar daños a nadie (la regla de oro negativa), mantener los contratos, respetar la propiedad, tratar a los demás como iguales en derecho, ayudar a los necesitados (la regla de oro positiva), etc. Aunque en esto divergen notoriamente las ideas sobre la naturaleza del hombre: en Thomas Hobbes, contexto en el cual se sitúa su conocida frase “el hombre es un lobo para el hombre”.<sup>8</sup>

Dentro de este marco de ideas, iniciamos nuestro recorrido por la filosofía moderna con la concepción de la justicia de Hume, a partir de su exposición sobre el sentimiento moral (1.2.2.1.). Seguido por el aporte de dos modelos antagónicos en la filosofía del derecho: el kantiano y el hegeliano. El primero pone énfasis en la deducción trascendental de la idea del derecho y el Estado, a partir de la libertad como *factum* de la razón, con lo cual el concepto de justicia parte de un enunciado absoluto, pero a diferencia del iusnaturalismo aristotélico-tomista, sustituye el orden natural por la razón pura. El segundo, en contraposición al excesivo formalismo kantiano, reivindicando las formas vivias del derecho, encarnadas en sus costumbres e instituciones, como las únicas expresiones concretas y válidas del espíritu de un pueblo, que sirve de fundamento teórico para las posteriores ideas marxistas (1.2.2.2.). Después vemos la reconducción del hedonismo clásico en la versión de la corriente utilitarista, sobre todo en su versión inglesa (1.2.2.3.). Adicionalmente incluimos una reflexión sobre el aporte de las éticas del movimiento socialista en la creación de un nuevo concepto de justicia, la justicia social (1.2.2.4.). Para concluir con el aporte del positivismo jurídico científico que se apoya en las estructuras formales kantianas (1.2.2.5.).

### **1.2.2.1. El Sentimiento moral: Hume**

El pensamiento de Hume crítica concepción racionalista de la razón que la ubica en un plano idealizado separándola de la experiencia de las pasiones humanas. Contrariamente Hume considera a la razón o entendimiento como una facultad exclusivamente cognoscitiva, cuyo ámbito de aplicación termina donde deja de plantearse la cuestión de la verdad o falsedad de los juicios, los cuales a su vez sólo pueden referirse, en última instancia, al ámbito de la experiencia sensible. Sin embargo, el ámbito de la moralidad es –a su juicio-, un ámbito ajeno a la experiencia sensible. Ésta nos muestra “hechos”, pero la moralidad no es cuestión de hechos, sino de sentimientos subjetivos de agrado o desagrado que aparecen en nosotros al tiempo que experimentamos los hechos objetivos.

---

<sup>8</sup> KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2002, pp. 68 y 69.

En consecuencia, Hume considera que el papel de la razón en el terreno moral concierne únicamente al conocimiento de lo dado y a la posibilidad de juzgar la adecuación de los medios con vistas a conseguir algún fin, pero es insuficiente para producir efecto práctico e incapaz de juzgar la bondad o maldad de las acciones. En consecuencia, considera Hume que los fundamentos de nuestras normas morales, y de nuestros juicios valorativos –como sería el caso de la valoración de las pruebas por un juez dentro de un proceso judicial-, son *la utilidad y la simpatía*. Así, respetamos las normas morales –que se supone como dadas y cuyo origen, por tanto, no explica- porque, de no hacerlo así, se seguirían mayores perjuicios que los que, en algunos casos, ocasiona la obediencia a las mismas. En esto consiste su utilidad.

En cuanto a la *simpatía*, se trata de un sentimiento por el cual las acciones de otros resuenan en nosotros provocando la misma aprobación o censura que han causado en los afectados por ellas, lo cual nos lleva a reaccionar ante situaciones que no nos afectan directamente. Ella está en el origen de una virtud que Hume considera artificial, *la virtud de la justicia*.

Las aportaciones realizadas por Hume en sus críticas al racionalismo, repercuten en el establecimiento de un ambiente que favorece el interés por lo histórico y lo irracional, presente en la escuela histórica de derecho, de Friedrich Carl v. Savigny (1779-1861), la cual es relevante en la medida que ha influido la doctrina y el ordenamiento procesal latinoamericano. Esta declara el derecho natural “una infinita arrogancia de los filósofos”; el derecho no sería ningún producto de la razón, sino creado mediante las fuerzas silenciosamente actuantes del espíritu del pueblo.

La escuela histórica de derecho se mostró demasiado eficiente; ella en efecto, desplazó al derecho al derecho natural en el siglo XIX. Sin embargo, fue rebatida científicamente por el criticismo a través de Immanuel Kant (1724-1804) quien sostuvo en un punto de vista racionalista, en absoluto crítico, sobre aspectos esenciales.

### **1.2.2.2. El criticismo de Kant vs la dialéctica de Hegel**

Kant es el último eslabón de la tradición clásica del contractualismo y sus reflexiones estarán orientadas a la búsqueda del principio de legitimidad democrática<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> MEJÍA QUINTANA, Óscar, *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, p. 43.

Lo esencial en la crítica del conocimiento de Kant es que sólo concede al entendimiento la capacidad de pensar el objeto de la percepción sensible, es decir, no le atribuye ninguna facultad de conocimiento creador, sino sólo la espontaneidad de conocimientos. Los objetos del pensamiento no provienen del entendimiento sino de la percepción, y ellos valen por eso sólo *a posteiori* (no absolutamente y no sin riesgo de un error). *A priori* nos son dadas sólo las formas de la intuición y las formas del pensamiento. La filosofía de Kant significa, pues, nada menos, que el final de un derecho natural objetivo, ontológico-substancial, estático, universalmente válido. Cuando mucho podrá darse en adelante un derecho natural de contenido variable, un derecho natural procesal, dinámico, histórico<sup>10</sup>.

En efecto, es por esto que para Kant el núcleo de la justicia es la igualdad, y es formal y numérica. Y, esto es acorde con su concepto de justicia como idea del poder judicial conforme a leyes generales, fundadas *a priori*.

En la época posterior a Kant, en especial con el positivismo, se descarta el concepto de un derecho natural objetivo; también se identifica la justicia exclusivamente al principio de igualdad, es decir, a la proposición según la cual lo igual se debe tratar de igual manera y lo desigual, por su parte, de manera diferente. Este principio, por completo formal, se consideró seguro científicamente; los contenidos de justicia, por el contrario, no pueden ser, según se dice, objeto de la ciencia, éstos pertenecen a la política; así lo enseñó en particular Hans Kelsen. Significativa es la pregunta retórica de Kelsen: *¿Qué es justicia?* —eso no lo sabemos ni lo sabremos nunca. Así, la filosofía del derecho, la doctrina de la justicia, se limitan a lo formal.

Lo que le ha faltado a la filosofía de Kant es la investigación de lo empírico y con esto se ha descuidado sobre todo un momento que debería ser de decisiva significación para los siglos XIX y XX: el momento de la historicidad del hombre, y con éste también el del derecho. El primero que ha abarcado el problema histórico-filosófico del derecho natural en toda su trascendencia es Jorge Federico Hegel (1770-1831). Conforme a sus principios histórico-idealistas, todo lo espiritual se realiza según un permanente paso progresivo de tesis, antítesis y síntesis, en suma: conforme a la famosa dialéctica hegeliana. Lo esencial es que ese desarrollo dialéctico no es el oscuro reino de un espíritu del pueblo, sino que se efectúa lógico-necesariamente de acuerdo con la ley de la razón. También la historia es un desarrollo de la razón. Y mientras la escuela histórica ve en el pueblo el valor último, en Hegel se coloca en su lugar algo completamente racional: el Estado. Este es para él el concepto más ele-

---

<sup>10</sup> KAUFMANN, Arthur, Op.Cit. pp. 70-72.

vado, la realidad más perfecta, o sea la realidad de la idea moral y con ello también el más alto valor jurídico. La filosofía de Hegel es filosofía de identidad, por lo que se puede decir que Hegel presenta un concepto de justicia identificándola con el Estado, como garante de la paz jurídica, es decir es un concepto de justicia como seguridad jurídica.

### **1.2.2.3. El utilitarismo**

El utilitarismo constituye una forma renovada del hedonismo clásico, pero ahora aparece en el mundo moderno de la mano de autores anglosajones y adopta un carácter social del que aquél carecía. El utilitarismo puede considerarse hedonista porque afirma que lo que mueve a los hombres a obrar es la búsqueda del placer, pero considera que todos tenemos unos sentimientos sociales, entre los que destaca el de la simpatía (en la línea de Hume), que nos llevan a caer en la cuenta de que los demás también desean alcanzar el mencionado placer. El fin de la moral es, por tanto, alcanzar la máxima felicidad, es decir, el mayor placer para el mayor número de seres vivos. Por tanto, ante cualquier elección, obrará correctamente desde el punto de vista moral quien opte por la acción que proporcione *la mayor felicidad para el mayor número*.

Este principio de la moralidad es, al mismo tiempo, el criterio para decidir racionalmente. En su aplicación a la vida en sociedad, este principio ha estado y sigue estando en el origen del desarrollo de la economía del bienestar y de gran cantidad de mejoras sociales.

Fue un importante tratadista del Derecho Penal, Cesare Beccaria, quien en su libro *Sobre los delitos y las penas* (1764), formuló por vez primera el principio de la máxima felicidad posible para el mayor número posible de personas, pero se considera clásicos del utilitarismo fundamentalmente a Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1876) y Henry Sidgwick (1838-1900). En el siglo XX ha seguido formando parte del pensamiento ético y en las llamadas teorías económicas de la democracia.<sup>11</sup>

El utilitarismo se identifica con una noción de justicia como igualdad social o justicia de bienestar común. Pero el utilitarismo entiende el bienestar de todos de manera colectiva, no distributiva, como lo presenta la teoría de la justicia expuesta por John Rawls, quien si procede distributivamente<sup>12</sup>.

### **1.2.2.4. Las éticas del movimiento socialista**

<sup>11</sup> CORTINA, Adela y MARTÍNEZ, Emilio, Op. Cit., pp. 78 y 79.

<sup>12</sup> KAUFMANN, Arthur, Op.Cit. p. 325.

Entendemos aquí por socialismo toda una tradición de pensamiento político que fundamenta sus propuestas de reforma en la prioridad que sus autores otorgan a la realización de ciertos valores morales, particularmente a la *justicia social*. De este modo, es posible hablar de éticas socialistas en la medida en que las teorías políticas de esta tradición suelen llevar aparejados unos supuestos éticos muy concretos<sup>13</sup>.

Las doctrinas socialistas en el siglo XIX surgen a partir de la reacción al idealismo hegeliano, a través de la concepción materialista de la historia de Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895). Marx encuentra que Hegel ha puesto de cabeza la forma de operar, y por eso su dialéctica tiene que ser “invertida”: no depende el ser de la conciencia (de la idea) sino al revés: la conciencia depende del ser, más exactamente, de las relaciones de producción efectivas. Con la transformación del fundamento económico como base se cambia toda la superestructura, las “ideologías”, lenta o rápidamente. También el derecho (como la moral y la religión), pertenece a esa superestructura, no tiene en absoluto autonomía. La “dictadura del proletariado” conduce a la sociedad sin clases y con ello también a la extinción del Estado y del derecho.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos que Marx no intentó hacer una ética y, sin embargo, el mejor legado de la filosofía marxista tal vez consista precisamente en construir una provocación moral en pro de la justicia (justicia social) y de la construcción de una utopía en la que todos los seres humanos lleguen a sentirse libres de dominación.

#### **1.2.2.5. El positivismo legal**

La filosofía del derecho sufre grandes cambios con la teoría positivista de Auguste Comte, que niega el valor metafísico del conocimiento y se centra en la ciencia como único conocimiento posible y verdadero. A partir de esta teoría, surge, el positivismo jurídico empírico desarrollado en la segunda mitad del siglo XIX (todo positivismo quiere limitarse a lo positivamente dado y sobre todo desterrar la metafísica) entiende el derecho como un hecho de la realidad sensible, o bien como un hecho del mundo interior (positivismo jurídico psicológico; Ernst Rudolf Bierling), o como un hecho del mundo exterior (positivismo jurídico sociológico; Rudolf v. Jhering y en su período tardío Max Weber). Con Weber surgen, las características que debe tener el derecho moderno y que permitieron la superación del derecho sacro<sup>14</sup> y dieron pie al pensamiento positivista

<sup>13</sup> CORTINA, Adela y MARTÍNEZ, Emilio, Op. Cit., p. 80.

<sup>14</sup> MEJÍA QUINTANA, Óscar, Derecho, Legitimidad y Democracia Deliberativa, Temis, Bogotá, Colombia, 1998.

kelseniano, como una de las reacciones más extremas al pensamiento tradicional. Este es el paradigma de la modernidad, que se basa en la validez de la norma fundamental. El positivismo tiene tres vertientes: (1) El pensamiento Kelsen, nutrido por las bases filosóficas del contractualismo crítico, y contrapuesto por el pensamiento fascista de Schmidt, con su teoría de la decisión soberana. (2) La tendencia de Hart, con su teoría de la regla de conocimiento. (3) La sociología jurídica de Weber, Parsons, Luhmann y Teubner.

(1) **El pensamiento positivista de Hans Kelsen** (1881-1973). Herejero del contractualismo liberal de Kant, considera que sólo hay conocimiento cuando hay datos, organización de categorías y luego razonamiento. Uno de los más notables filósofos del derecho de nuestro siglo, fundador de la *Teoría Pura del Derecho*, pero destacado lógico de las normas, determinó que la dogmática jurídica no es una ciencia sino que pertenece a la política<sup>15</sup>.

Kelsen proviene del círculo neopositivista de Viena o positivismo lógico. Conforme a esa orientación filosófica sólo es racional y comprensible lo que pueda verificarse lógicamente. Propositiones de tipo metafísico, en especial aquellas sobre contenidos de valores y normas, carecen por ello de sentido. Las valoraciones son percibidas sólo como expresión de sentimientos.

La teoría pura del derecho es la más importante expresión del positivismo jurídico normativista o lógico-normativo. Kelsen la ha calificado como la teoría del positivismo jurídico. Por lo que, la ciencia del derecho tiene que ver con el deber ser, con normas; ella no es una ciencia natural. Como neokantiano diferencia Kelsen con rigor entre ser y deber ser (dualismo metodológico) y, conforme a eso, entre un punto de vista descriptivo (explicativo) y uno prescriptivo (normativo). En la Teoría pura del derecho se trata sólo del último. Pero como teoría positiva sólo puede tener ella como objeto las estructuras formales (lógicas) de las normas jurídicas, no sus contenidos; pues éstos son (según Kant) inaccesibles al conocimiento científico. Como consecuencia de su pensamiento formalista, para Kelsen la justicia es sólo un bello sueño de la humanidad, no sabemos lo que es y jamás lo sabremos, dice el filósofo, propio del relativismo teórico-valorativo del positivismo.

La teoría pura del derecho tiene que ver con el deber ser, y por cierto el puro deber ser jurídico, que no es un valor ético sino sólo una estructura lógica. El postulado más elevado es, en consecuencia, la "*pureza metodológica*". Así se afirma en el mismo comienzo de la Teoría pura del derecho: Al caracterizar como una doctrina, pura, del derecho, lo hace por-

---

<sup>15</sup> KAUFMANN, Arthur, Op. Cit, pp. 50-52.

que ella quiere asegurar sólo un conocimiento orientado hacia el derecho y porque desearía excluir de ese conocimiento todo lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como derecho. Esto es, ella quiere liberar a la ciencia del derecho de todos los elementos que le son extraños. Kelsen menciona en especial la psicología, la sociología, la ética y la teoría política. Se tiene, para hacer justicia a Kelsen, que pensar en el ethos científico que se encuentra en el fondo de su, en apariencia, indiferente doctrina. El quiere proteger a la ciencia del derecho de ser profanada como propaganda de valores absolutos (Max Weber), como pretexto de opiniones políticas e ideológicas. Pero con extrema injusticia, la propia teoría pura del derecho fue luego aprovechada de esa misma manera, por el Partido Nazi como sustento de su ideología de exterminio y de depuración racial, plasmada en normas que a través de un puro positivismo legal (ya al final del siglo XIX declararon maestros del derecho que también el “*más infame derecho legal*” posee validez, si ha sido producido de manera formalmente correcta) en el nacionalsocialismo se hizo manifiesta<sup>16</sup>.

También dentro del positivismo jurídico, surge en el curso del siglo XIX la doctrina del método positivista que parte de Savigny, según la cual sólo le toca al juez “*subsumir*”, es decir, coordinar entre sí dos magnitudes objetivas, ley y caso, y permanecer él mismo completamente por fuera del asunto. El presupuesto lógico para la prohibición al juez de crear derecho era el dogma de la ausencia de lagunas en el orden jurídico. En efecto, en el siglo XIX se promulgaron prohibiciones de interpretación. Desde luego esa doctrina no pudo mantenerse mucho tiempo. Que el derecho tiene lagunas, que el juez tiene que llenar mediante un acto de creación jurídica, es hoy un lugar común.

Si bien en un primer período Kelsen plantea que la norma fundamental es vacía. Luego en 1960, y como reacción a las atrocidades del nacionalsocialismo<sup>17</sup>, reconoce que el juez es creador de normas generales y particulares. En su primer período, para Kelsen el derecho era sólo procedimiento. Sin embargo, en su segundo período, el nuevo contenido de la norma fundamental es la libertad, el pluralismo y la tolerancia.

El pensamiento de Kelsen genera una polémica con Carl Schmidt, positivista de extrema derecha, que aboga pro el autoritarismo y en contra del romanticismo. Schmidt presenta una alternativa a la crisis del Estado

---

<sup>16</sup> Ibid, pp. 76 y 77.

<sup>17</sup> El tribunal de Nuremberg tuvo que acudir al derecho de gentes, una norma medieval, para combatir la alegación de que la actuación de los criminales de guerra fue actuación en derecho. Kelsen cambia y entrega su teoría al realismo (el juez hace el derecho) y al iusnaturalismo (acude a valores, para evitar que se repita la historia).

liberal de derecho suscitada por la crisis del positivismo jurídico de Kelsen y el parlamentarismo. Representa la corriente crítica del derecho, con su teoría del decisionismo político, teoría de la democracia y teoría de la constitución. El decisionismo político o teoría de la decisión soberana no tiene carácter metafísico ni ideológico. La decisión soberana es la piedra angular de su discurso. El derecho político sirve para definir el enemigo y superar la crisis. El principio de la teoría de la democracia es la igualdad entendida como homogeneidad (la democracia es para defender los iguales). Según la teoría de la constitución, el guardián de la constitución es el presidente, quien debe interpretar el sentir del pueblo y la constitución, desde la aclamación.

(2) **El pensamiento de Hart.** Como crítico de Kelsen, Hart promulga la teoría de la *Regla de Reconocimiento*, la cual hace las funciones de la norma fundamental de Kelsen. Su teoría es fundamentalmente empírica. La *Regla de reconocimiento* contiene un punto de vista interno que predica la validez y un punto de vista externo que predica la legitimidad y eficacia. Para Hart el derecho y la moral son sistemas reguladores de la conducta humana. El punto en común entre la moral y el derecho es un derecho natural mínimo como referente, al que tendrían que responder tanto el derecho como las normas morales. Este derecho mínimo natural permite la resistencia al derecho injusto, en contra de la obediencia absoluta de Kelsen. Hart reconoce al final de su vida<sup>18</sup> que la regla de reconocimiento no es enteramente empírica, porque interioriza el derecho natural e integra una dimensión normativa. Con ello no se resuelve, entonces, la polémica sobre la relación de la moral con el derecho.

(3) **La sociología jurídica.** Dentro de esta corriente de pensamiento, el sociólogo liberal Max Weber (1864-1920) institucionaliza la “*Acción racional con arreglo a fines*”, y establece cinco postulados: “deben existir reglas generales, las decisiones concretas deben ser producto de la aplicación de tales reglas mediante procedimientos racionales (lógica jurídica), el sistema no debe contener lagunas (real o virtualmente), todo lo irracional debe ser considerado irrelevante y toda acción social debe ser evaluada en términos de derecho. El derecho moderno tiene un carácter formal, porque pretende que las decisiones jurídicas se justifiquen únicamente con referencia a otras reglas y a los hechos determinados específicamente en las reglas mismas.”<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Post Scriptum

<sup>19</sup> TRAZEGNIES, Fernando de, *Postmodernidad y derecho*, cit. en MEJÍA QUINTANA, Óscar, *Op. Cit.*, p. 63.

### 1.2.3. El giro lingüístico y la argumentación: más allá del derecho natural y del positivismo jurídico

La experiencia histórica enseña que tanto la doctrina clásica del derecho natural como también el positivismo jurídico clásico ha fracasado, junto con sus concepciones particulares de justicia, como equidad o como igualdad formalista. Esto ha dado paso al surgimiento de nuevas propuestas contemporáneas que sirven de fundamento a la reconstrucción de la noción de justicia, a través de una *tercera vía*, que más que una propuesta de contenido sirve de sustento práctico de modernos modelos y tipos de decisión y de interpretación judicial.

Así, la búsqueda de la tercera vía entre el derecho natural y el positivismo o más allá de éstos es hoy el tema de la filosofía del derecho. Pero en cada caso existe una multitud de variaciones, por lo que aquí presentamos sólo algunos de esos intentos de una “*tercera vía*”: la hermenéutica jurídica (1.2.3.1.), la teoría de la argumentación jurídica (1.2.3.2.), el paradigma interpretativo contemplado en los principios generales del derecho (General principles of law) (1.2.3.3.) y por último el formalismo dialógico de las teorías procesales de la justicia (1.2.3.4.)

#### 1.2.3.1. La hermenéutica jurídica

El derecho natural y el positivismo han descrito el concepto objetivo de conocimiento, el concepto jurídico ontológico-substancial (concepto legal), la ideología de la subsunción y la idea de un sistema cerrado. La hermenéutica declara la guerra a todos estos dogmas<sup>20</sup>.

La hermenéutica se entiende corrientemente como la “doctrina del arte de comprender”, aunque no es una opinión difundida de que la hermenéutica se un método entre otros métodos. Sin duda, tiene también funciones metodológicas, especialmente en las ciencias de la comprensión. Pero en su esencia la hermenéutica no es ningún método sino filosofía trascendental. Así fue para los hermeneutas genuinos como Dilthey, Gadamer y Ricoeur. Es filosofía trascendental en el sentido de que ésta califica las condiciones de la posibilidad de comprensión de sentido general. Como tal no prescribe ningún método. Sólo dice bajo cuáles presupuestos alguien puede comprender algo en su sentido. Y puesto que no hay nada inaccesible al espíritu que comprende, la hermenéutica tiene carácter universal. La comprensión (no el método) de la física o de la religión o de la economía se sucede bajo las mismas condiciones trascendentales que la comprensión del derecho. Pero no se debe malinterpretar en ningún caso la universalidad de la hermenéutica como algo

---

<sup>20</sup> Ibid, pp. 98-100.

absoluto. La hermenéutica es una de muchas posibilidades de relacionarse con el mundo y con el derecho, y por eso ella no se puede cerrar frente a otras teorías, por ejemplo, la teoría de la argumentación. Ella se remite sin rodeos a la necesidad de otras teorías (Juez Hércules en su paradigma interpretativo con Ronald Dworkin o la Teoría de la Justicia en su paradigma consensual de John Rawls). Aquí sólo se expondrá breve y resumidamente cuáles son las condiciones de la posibilidad de conocer (más sobre el particular en secciones siguientes en este trabajo).

La hermenéutica se orienta contra el concepto objetivo de conocimiento, elimina el esquema sujeto-objeto (el que conoce-reconoce el objeto en su pura objetividad sin mezclarse elementos subjetivos, o sea, conocimiento como “reflejo” del objeto en la conciencia), para el fenómeno de la comprensión (incluso en las ciencias no rige hoy irrefutablemente). Más bien la comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva, el comprendedor entra en el horizonte de la comprensión y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido, sino lo conforma. O en otros términos: él no *subsume* simplemente el caso bajo la ley ni permanece en ese proceso completamente por fuera, sino que tiene en la llamada aplicación del derecho un papel conformador activo. Y así como es inútil buscar una corrección objetiva del derecho por fuera del proceso de comprensión hermenéutica, de la misma manera está destinado al fracaso todo intento de separar en las ciencias de la comprensión la racionalidad de la personalidad comprendedora.

Pero la abolición del esquema sujeto-objeto en el conocimiento no significa ninguna vuelta hacia el subjetivismo como, por ejemplo, en la situación ética o en el existencialismo de Sartre. El pensamiento hermenéutico no permanece prisionero de las casualidades del momento sino que vive el legado de la tradición (texto-contexto) *como el piso común del mundo abierto en el que nosotros estamos, de la asegurada existencia de los conocimientos comunes de los que nosotros vivimos*. La hermenéutica parte de que quien quiera comprender está asociado a la cosa que llega con la transmisión del lenguaje y tiene empalme con la tradición o logra el empalme que habla desde la tradición. Y contra todos los racionalismos formalistas habría que decir otra vez que entre la tradición así entendida y la razón no hay ninguna contradicción.

La aplicación del derecho no es meramente un acto pasivo de *subsunción* (como la que realizan los jueces panameños en la interpretación judicial -que incluye la valoración de la prueba-, desde el paradigma positivista-procedementalista kelseniano) sino un acto conformador en el que entra el aplicador del derecho; significa que el derecho no es nada substancial, no está, en las cosas; antes bien, todo derecho es algo relacional, se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas. Se entiende por sí mismo que para un pensamiento jurídico seme-

jante sólo puede darse un sistema abierto y dentro de este sólo intersubjetividad.

De acuerdo con la hermenéutica, la comprensión del significado no es un proceso meramente receptivo, puesto que es siempre también y ante todo una autocomprensión del sujeto cognoscente (el juez que opina que él infiere la decisión “sólo de la ley” y no también de su persona, en determinada forma caracterizada, sufre un extravío y en verdad funesto, pues permanece, inconscientemente, dependiendo de sí mismo). Sólo cuando el comprendedor se aproxima al texto con una pre-comprensión o pre-juicio (Hans-Georg Gadamer) estará en condiciones de abordarlo; sólo cuando él – con toda la tradición que porta- entra en el horizonte de la comprensión puede fundamentar argumentativamente lo que ya había anticipado como resultado “provisional” (“círculo hermenéutico”). La hermenéutica no es teoría de la argumentación, pero ella exige ésta.

Adicionalmente ha de mencionarse a Ronald Dworkin (nacido en 1931), quien muestra su reverencia por la hermenéutica en el libro *Law's Empire*, aparecido en 1986, sobre todo a la forma desarrollada por Hans-Georg Gadamer.

### 1.2.3.2. La teoría de la argumentación

Conforme a lo dicho antes, debería pensarse que la hermenéutica y la teoría de la argumentación jurídica están estrechamente hermanadas. Sin embargo, este no es el caso. La teoría de la argumentación proviene especialmente de la analítica<sup>21</sup>, principal enemigo (hasta ahora) de la hermenéutica<sup>22</sup>, y ese origen es también hoy todavía comprobable en casi todos los teóricos de la argumentación. No es posible referirse a todas las doctrinas de la argumentación jurídica, toda vez que no existe en absoluto *la* teoría de la argumentación jurídica. Incluso con respecto a la idea de sistema abierto que se ha asociado precisamente con la teoría de la argumentación, no existe acuerdo entre los teóricos de la argumentación. Hay quien sostiene que un sistema abierto no es un sistema en absoluto. Así y todo, ningún teórico de la argumentación aboga

---

<sup>21</sup> La analítica es una teoría formal del derecho, cuyos principales representantes hoy son H.L.A. Hart (1907-1992), Alf Ross (nacido en 1899) y Kazimierz Opalek (1918-1995), quienes pretenden hacer proposiciones rigurosamente razonables, “evidentes” sobre el derecho mediante análisis lógicos del lenguaje, con estricta separación de derecho y moral, así como de lo empírico y lo normativo.

<sup>22</sup> Sobre la frotación teórica entre la teoría de la analítica y la hermenéutica jurídica ver la obra *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin* de César Rodríguez.

por un sistema cerrado al estilo del derecho natural o del positivismo. También es ajeno a la teoría de la argumentación el pensamiento de la subsunción. Una de sus más importante nociones es la doctrina de interpretación debida a Savigny y aún hoy no por completo superada, según la cual hay sólo el número cerrado de cuatro “elementos” (modi de la argumentación): gramatical, lógico, histórico y sistemático (el positivismo exige esa delimitación), la cual se ha demostrado falsa.<sup>23</sup>

Existen muchísimos más argumentos con los cuales pueden fundamentarse sentencias jurídicas y no solamente los cuatro elementos mencionados; por ejemplo, garantía de la seguridad jurídica o de la *justicia*, valoración de consecuencias, sentimiento jurídico, practicabilidad, armonización jurídica, etc. El número de posibles argumentos es en esencia ilimitado. Un problema de central importancia para la teoría de la argumentación, pero también extraordinariamente difícil, es la cuestión relativa al rango del argumento (también lo es para otras teorías, como la del contrato, la del discurso, en general de la ética). Hay argumentos fuertes y débiles, “argumentos ganadores” y “perdedores”. Hay reglas de precedencia de diferentes grados. ¿Pero existe un orden jerárquico que se apoye en puros criterios racionales, que sea lógicamente obligatorio? ¿O esto no es así es la práctica de los Tribunales “escoger el método de interpretación de cada caso, a fin de llegar un resultado satisfactorio”.

Nos encontramos ahora en medio de una discusión de metodología, que propiamente nos ocuparemos en secciones subsiguientes de nuestro análisis. Por eso nos limitaremos a unos pocos puntos de vista que caracteriza a la teoría de la argumentación.

Se ha mencionado ya: sistema abierto o en general ningún sistema y en su lugar “pensamiento problemático”.

Acto seguido: ningún catálogo cerrado de cánones de interpretación. Hay un ilimitado número de argumentos y todos tienen que admitirse en la libre esfera del discurso racional.

Hasta aquí van de la mano entre sí la teoría de la argumentación y la hermenéutica. No obstante, la teoría de la argumentación es anti-hermenéutica en el sentido de que ella percibe la hermenéutica como una metafísica irracional. Pero esto es un error, pues la hermenéutica es racional, sólo que utiliza procesos (total o parcialmente) irracionales (como lo es la aplicación del derecho), de acuerdo al siguiente parámetro: tratar lo irracional (aplicación del derecho) en la forma más racional posible. También, la teoría de la argumentación es anti-ontológica, en el sentido de ontología substancial (también la hermenéutica está en contra).

---

<sup>23</sup> KAUFMANN, Arthur, Op. Cit., 102.

Pero también se apoya en implicaciones ontológicas, pero no en ontológico-substanciales.

Además, la teoría de la argumentación no comparte la supresión hermenéutica del esquema sujeto-objeto, sino que insiste en la objetividad, y conceptúa incluso la plenitud del argumento y la exclusión de casualidades. Pero esta es sólo una pretendida objetividad, y en este punto la teoría de la argumentación no va más allá del derecho natural y el positivismo, como tampoco la teoría del derecho analítica ha tenido hasta ahora la capacidad de hacerlo. ¿Y no significa también esa pretendida objetividad una porción de “autoridad argumentativa”, en lugar de pura “racionalidad argumentativa”?

Característico para este “objetivismo” es también el hecho de que la mayoría de los técnicos de la argumentación no se preocupan del problema del relativismo o sólo lo hacen marginalmente. En ese reclamo de objetividad descansa esencialmente el que la mayor parte de los representantes de (una) teoría de argumentación, si no rechazan absolutamente el pluralismo en ciencia y filosofía, sí lo consideran un fenómeno que ha de enjuiciarse más bien negativamente. Criterio, por lo demás, anacrónico, pues desde hace mucho tiempo se ha sabido que el pluralismo no es un obstáculo para el esclarecimiento de la verdad, sino un presupuesto muy importante para llegar a ella; por supuesto no a una verdad “objetiva” (que sólo la Iglesia puede a su manera pretenderla, por lo cual también sólo ella es anti-pluralista con un fundamento interno-), pero sí a una verdad intersubjetiva.

### 1.2.3.3. La teoría de los principios generales del derecho

Uno intento muy importante en el ambiente jurídico anglosajón de plantear una tercera vía, como opción entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, es la teoría de general principles of law; particularmente a través de Ronald Dworkin. Nuestro planteamiento se limita a exponer brevemente el pensamiento<sup>24</sup> de este filósofo norteamericano.

Sin embargo, la postura de Dworkin está vinculada con la de su maestro H.L.A. Hart. A partir de su analítica positivista conoce Hart (además de la costumbre, en la que puede apoyarse el derecho, pero, en contra de John Austin, no únicamente) sólo normas las cuales son normativamente obligatorias. No obstante, esas *rules* no son siempre exactas; ellas dejan unas “zonas grises”, unos campos de juego inciertos”. Cuando un caso

---

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 2002.

difícil (*hard case*) no es inequívocamente cubierto por una regla jurídica, decide el juez según su apreciación. En el marco del campo de libre apreciación su decisión es siempre correcta.

En este punto, en el que termina Hart, comienza Dworkin, para quien la pura analítica no basta. Él pregunta cómo un juez llega en casos difíciles, en los que existen diferentes concepciones jurídicas, a pesar de todo, a una determinada sentencia. En su opinión, esto es un problema de interpretación. Concibe la aplicación del derecho como un proceso interpretativo. Esto sólo no sería, sin embargo, nada fundamentalmente nuevo frente al punto de vista de Hart.

Lo nuevo de Dworkin radica en que no sólo conoce normas (*rules*) sino también general principles of law (él menciona principalmente tres valores fundamentales: justicia, imparcialidad y arreglo al Estado de derecho), los cuales –contra el concepto positivista– son jurídicamente vinculantes y por cierto para todos los poderes estatales: legislativo, judicial y ejecutivo. En este sentido considera su teoría directamente como *general attack on positivism*. Las diferencias entre “normas” y “principios” las percibe Dworkin en que aquéllas tienen una función de todo-o-nada y con ello no dejan ningún espacio de juego, mientras éstos tienen la dimensión del peso y la significación.

En efecto, Dworkin considera, que el juez tiene que tomar en cuenta los principios generales sobre todo en la interpretación de los *hard cases*. Él está convencido de que siempre puede darse sólo una solución correcta para cada caso. Ciertamente tiene claro que para el hallazgo de esta única solución correcta un jurista tiene que suponerse de capacidades sobrehumanas (Dworkin lo denomina “Hércules”), para el cual no hay nunca una elección, una discrecionalidad. Este “Hércules” es naturalmente una ficción, pero Dworkin a lo menos exige que el juez en el ejercicio de su arbitrio tenga en cuenta los *general principle of law* para el esclarecimiento de las “zonas grises”. Hart estimó que Dworkin debía tomarse en serio nos obstante, lo llamó *the noblest dreamer of them all*.

#### **1.2.3.4. Las teorías procesales de la justicia**

En esta sección analizamos los conceptos que se denominan procesalistas de la justicia, y no en el sentido positivista, sino porque parten de un nuevo principio procesal en la ética, sobre todo a partir de la lógica trascendental kantiana. Estudiamos cuatro modelos, aunque también podrían incluirse otros que ya mencionamos, como el caso de los principios generales del derecho de Dworkin. Así, estudiamos la concepción jurídica funcionalista de Talcott Parsons y Niklas Luhmann (1.2.3.4.1.), el paradigma de la justicia consensual a través de la escuela norteamericana

representada por John Rawls (1.2.3.4.2.) y finalmente la ética discursiva de Jürgen Habermas (1.2.3.4.3.)

#### **1.2.3.4.1. La teoría de sistemas**

En un nuevo marco de la sociedad contemporánea, la dicotomía weberiana entre legalidad y legitimidad, que caracterizó a la modernidad, se mantiene e, incluso, se reformula en una nueva dimensión: la de la sociedad organizada y concebida como sistema, que el estructural-funcionalismo ha intentado describir e interpretar, mostrando el carácter funcional que el mundo poscapitalista ha adquirido en la época posmoderna. Talcott Parsons y, posteriormente, Niklas Luhmann ofrecerán versiones complementarias de ese desarrollo en el cual el derecho deviene, definitivamente, en un procedimiento funcional<sup>25</sup>.

La teoría de Parsons se estructura en tres períodos decisivos. El primero a partir de 1937, cuando acoge un concepto normativista de acción a partir del cual los patrones culturales determinan la relación entre personalidad y sociedad que da lugar a la acción social. El segundo período se completa en 1951 con la publicación de *The Social System*, en la cual Parsons renuncia a la teoría de la acción y asume la teoría de sistemas como concepto guía de su teoría social. El estructuralismo funcional de su período anterior es reinterpretado en términos de un funcionalismo sistémico en el cual el mantenimiento del sistema constituye la función cardinal del mismo, siendo la integración funcional – y ya no la cultura- la base de la integración social.

El tercer período alcanza su máxima expresión en 1964, con la publicación de *Economy and Society* en el cual se define el esquema cuatrifuncional (AGIL) que explica la dinámica social. Cada subsistema garantiza el funcionamiento del sistema en la medida que cumple una función específica y en conjunto determinan un esquema funcional de relaciones intersubsistémicas.

La perspectiva, demasiado descriptiva, del estructuralismo funcional de Parsons da paso a un funcionalismo sistémico más dinámico en la obra de Niklas Luhmann, el cual intenta aprehender la complejidad del sistema concibiéndolo como una totalidad viva, en constante movimiento y adaptación.

La categoría básica de todo sistema es la de complejidad. Su principal concepto es el de autorreferencia, el cual hace alusión a la capacidad del sistema de autoobservarse y, a partir de ello, autoorganizarse, lo cual es

---

<sup>25</sup> MEJÍA QUINTANA, Óscar, Op. Cit., pp. 147 y 148.

manifestación del carácter autopoietico que todo sistema connota. La autopoiesis, concepto tomado de la microbiología, pone de presente la “naturaleza viva” que caracteriza a un sistema. La producción del sistema es autoproducción y reproducción del mismo, tal como lo hace un organismo unicelular.

#### 1.2.3.4.2. El modelo del contrato

En su famosa obra de 1971 (Teoría de la Justicia) este pensador norteamericano propone entender los principios morales básicos como si fuesen producto de un hipotético acuerdo unánime entre personas iguales, racionales y libres que se hallasen en una situación muy especial: una situación en la que no pudieran dejarse llevar por intereses particulares y al mismo tiempo dispusieran de toda la información de carácter general que fuese indispensable para adoptar principios de justicia adaptados a las peculiares condiciones que reviste la vida humana. Esta situación imaginaria es llamada por Rawls “la posición original” y es concebida por él como una forma gráfica, dramatizada, de expresar un razonamiento cuyas premisas últimas son las convicciones básicas que todos compartimos acerca de las condiciones ideales que debería satisfacer una negociación cuya finalidad fuese pactar unos principios morales fundamentales para regir la convivencia y la cooperación mutua en una sociedad moderna. Tales convicciones básicas (los llamados por Rawls “juicios ponderados en equilibrio reflexivo”) conforman una especie de sentido común en cuestiones morales (rechazo de todo tipo de discriminación en razón de sexo, raza, ideología, etc., igualdad ante la ley, rechazo de los abusos y de la violencia injustificada, etc.) Rawls considera sólido y fiable, aunque revisable.

Conforme a lo expuesto, en la elección de los principios de la justicia en la posición original nadie debería –por ejemplo- aprovecharse de su fuerza física, o de su ingenio, o de su dinero, o de cualquier otra ventaja natural o social para conseguir que los principios que se adopten pudieran favorecer a determinados individuos a costa de los demás. Para que los intereses particulares de los negociadores no distorsionen la situación de negociación alejándola del ideal de imparcialidad, Rawls propone que imaginemos a estas personas como si estuviesen afectadas por un *velo de ignorancia* que les impide conocer sus propias características naturales y sociales: desconocen cuál será su estado físico, su sexo, su grado de inteligencia y cultura, los rasgos psicológicos que van a tener, el tipo de familia que les va tocar en suerte, las creencias que van a mantener, el proyecto de vida que se van a trazar, etc.

Junto al velo de la ignorancia, Rawls estipula que a las partes contratantes en la situación originaria no les es posible dominarse o coaccionarse

unos a otros, y que al mismo tiempo conocen perfectamente las condiciones generales en las que se desenvuelve la vida humana (moderada escasez de bienes, que se da la cooperación, pero también la competición entre las personas, etc.) y disponen también de amplios conocimientos generales sobre economía, sociología, psicología, etc.

Rawls considera que, dadas todas esas estipulaciones, las partes contratantes acordarán la adopción de estos dos principios de justicia:

(a) Toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y en este esquema las libertades políticas iguales, y sólo ellas, han de tener garantizado su valor equitativo.

(b) Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.

El primer principio (principio de iguales libertades) ha de tener prioridad sobre el segundo, y la primera parte del segundo (principio de justa igualdad de oportunidades) ha de tener prioridad sobre la segunda parte (principio de diferencia), en el sentido de que no sería moralmente correcto suprimir ni recortar las garantías expresadas por (a) para fomentar (b), ni suprimir ni recortar la primera parte de (b) para fomentar la segunda parte. Esta norma de prioridad se expresa diciendo que los principios se hallan colocados en un orden léxico. Pero, ¿por qué acordarán precisamente estos principios, y precisamente en ese orden de prioridad? Porque, al tratarse de una situación de incertidumbre –debida al velo de ignorancia– los contratantes se comportan racionalmente se se aseguran de que, sea cual sea su fortuna en la obtención de bienes naturales y de posiciones sociales, podrán disfrutar de determinados bienes primarios (las libertades y derechos básicos, las oportunidades iguales para todos, y los recursos económicos y culturales indispensables para conservar la propia autoestima) para poder llevar a cabo, siquiera sea mínimamente, cualesquiera proyectos de vida que quieran trazarse.

En síntesis, la ética rawlsiana concibe los contenidos morales que habitualmente aceptamos en las modernas sociedades pluralistas y democráticas como las conclusiones de un procedimiento dialógico entre personas concebidas como seres racionales y autónomos al modo kantiano.

#### **1.2.3.4.3. El modelo del discurso**

Nacida en la década de 1970 (representante más destacado es Jürgen Habermas), propone esta ética encarnar en la sociedad los valores de libertad, justicia y solidaridad a través del diálogo, como único procedimiento capaz de respetar la individualidad de las personas y, a la vez, su innegable dimensión solidaria, porque en un diálogo hemos de contar con personas, pero también con la relación que entre ellas existe y que, para ser humana, debe ser justa. Este diálogo nos permitirá poner en cuestión las normas vigentes en una sociedad y distinguir cuáles son moralmente válidas, porque creemos realmente que humanizan.

Obviamente, no cualquier forma de diálogo nos llevará a distinguir lo socialmente vigente de lo moralmente válido, por eso la ética discursiva intentará presentar el procedimiento dialógico adecuado para alcanzar esa meta, y mostrar cómo debería funcionar en los distintos ámbitos de la vida social. Por eso ordena su tarea en dos partes: una dedicada a la fundamentación (al descubrimiento del principio ético) y otra, a la aplicación del mismo a la vida cotidiana.

En cuanto a la fundamentación del principio ético, tenemos que entender que tomar el diálogo en serio, implica preocuparse por el problema y querer saber si los interlocutores pueden entenderse. Este diálogo intenta una búsqueda cooperativa de la justicia y la corrección. Además para argumentar dialógicamente se necesitan cumplir con ciertos requisitos:

- (a) Que todos los seres capaces de comunicarse son interlocutores válidos – es decir, personas- y que, por tanto, cuando se dialoga sobre normas que les afectan, sus intereses deben ser tenidos en cuenta y defendidos, a poder ser por ellos mismos.
- (b) Que no cualquier diálogo nos permite descubrir si una norma es correcta, sino sólo el que atenga a unas reglas determinadas, que permiten celebrarlo en condiciones de simetría entre los interlocutores
- (c) Ahora bien, para comprobar, tras el discurso, si la norma es correcta habrá de atenderse a dos principios:
  - El principio de universalización: Una norma será válida cuando todos los afectados por ella puedan aceptar libremente las consecuencias y efectos secundarios que se seguirían, previsiblemente, de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada uno.
  - El principio de la ética del discurso: Sólo pueden pretender validez las normas que encuentran (o podrían encontrar) aceptación por parte de todos los afectados, como participantes en un discurso práctico.

Por lo tanto, la norma sólo se declarará correcta si todos los afectados por ella están de acuerdo en darle su consentimiento, porque satisface, no

los intereses de un grupo o de un individuo, sino intereses universalizables. Con lo cual el acuerdo o consenso al que lleguemos diferirá totalmente de los pactos estratégicos, de las negociaciones. Porque en una negociación los interlocutores se instrumentalizan recíprocamente para alcanzar cada uno sus metas individuales, mientras que en un diálogo se aprecian recíprocamente como interlocutores igualmente facultados, y tratan de llegar a un acuerdo que satisfaga intereses universalizables.

### **1.3. Balance Histórico**

Dentro del marco histórico antes expuesto, hemos visto cómo la concepción de justicia brota de una sinergia de diversos elementos sociales, políticos, e ideológico-culturales que se han presentado a lo largo de la historia. No obstante, para nuestro estudio debemos vincular la noción de justicia a la idea de derecho, que para muchos sigue aún sin esclarecer. ¿Es algo real o (sólo) ideal? ¿Es un axioma, una hipótesis, una norma fundamental, un principio regulativo o una condición trascendental para el derecho en general? Nos parece que la idea de derecho no se debería colocar demasiado en alto, sino comprenderla como “modelo” de la idea del hombre en su triple configuración: el hombre como ser autónomo (como creador de derecho), como fin de su mundo (y por tanto también del derecho) y como ser heterónomo (sometido al derecho). Pero primario en este esquema es el hombre, lo secundario es la idea del derecho. En consecuencia, si consideramos en que la idea de derecho es el más alto valor jurídico, ese valor supremo es la justicia. Pero, ¿qué es la justicia?

Aquello que es la justicia, es imposible expresarlo en una definición exacta y concluyente. La justicia es un concepto fundamental completamente irreductible de la ética, de la filosofía social y del derecho, así como de la vida política, social, religiosa y jurídica. Según la concepción teológica filosófica, la justicia se determina como la segunda de las cuatro virtudes cardinales: prudencia, justicia, entereza, mesura (con lo cual las virtudes subsiguientes siempre presuponen la(s) virtud(es), primordial(es)). Muy en especial la democracia está comprometida con la forma fundamental de la justicia: el principio de igualdad, su más alta idea directriz. Igualdad es el *ethos* de la democracia. Piénsese en los clásicos del pensamiento democrático, Pericles, Solón, Tocqueville...

## **2. Los modelos de decisión judicial y tipos de interpretación jurídica a raíz de los paradigmas jurídicos que determinan la noción de justicia**

La pregunta sobre la justicia se ubica en dos niveles: 1. ¿Qué es la justicia?, y 2. ¿Cómo se reconoce o para ser más precisos, cómo se realiza

la justicia? (la cuestión sobre la administración de justicia y la función jurisdiccional) Es para los filósofos jurídicos un problema cuasi *ontológico* y *epistemológico*, es decir sobre el *ser* y su *conocimiento*. Pero durante mucho tiempo, y hay quienes todavía lo consideran de esta manera, las preguntas del *qué* sobre el contenido de la justicia y el *cómo* de su conocimiento, se podían estudiar y obtener de manera separada, sin la necesidad de vínculos o interconexiones, como dos mundos separados. En consecuencia, la justicia era vista como un objeto substancial, que se ubica frente al pensamiento de un sujeto (juzgador) y que éste lo aprehende o capta en su pura objetividad, es decir sin pre-comprensiones o prejuicios (sin relativismos) propios del sujeto que conoce. En efecto, es por esto que se ubican como categorías separadas, la filosofía del derecho y las doctrinas del método.

No obstante, sabemos que en cierta medida el esquema del conocimiento sujeto-objeto (positivismo procedimentalista) pertenece al pasado y ha sido superado en el derecho por el surgimiento de las posturas de la tercera vía, y más específicamente por el aporte de las teorías procedimentales de la justicia (los paradigmas interpretativo y consensual-discursivo).

Seguidamente luego de conocer las nociones de justicia en un recorrido histórico es necesario vincular ese conocimiento con los diversos esquemas utilizados por los jueces, en concordancia con los paradigmas del derecho y los consiguientes rasgos y consecuencias que se derivan del esquema judicial que se utilice y la interpretación jurídica en la solución de los casos concretos. A saber exponemos cuatro paradigmas del derecho y sus correspondientes modelos y tipos de decisión judicial e interpretación jurídica: iusnaturalista, positivista, esquema interpretativo y consensual-discursivo.

## **2.1. Iusnaturalista (premoderna)**

Este esquema se fundamenta en la matriz aristotélica-tomista que mencionamos en líneas precedentes (1.2.1.), y que integra la matriz común a todo tipo de iusnaturalismo de corte premoderno, como el hispano-tradicionalista en Panamá, lo constituye la filosofía aristotélica, ya sea en su versión lógico-metafísica o de su filosofía moral, en especial esta última en cuyo marco se desarrolla la teoría aristotélica de la justicia y su alusión directa al derecho natural, en cuyo centro se ubica, la cuestión del bien supremo. El bien dentro de la ética aristotélica-tomista es generalizable hasta el principio supremo: haz *el bien* y evita *el mal*.

Aristóteles utilizó un esquema lógico. Por ende, el núcleo de la justicia en su concepción general es, y así lo enseñó él, la igualdad, pero no co-

mo la entendió posteriormente Kant, como formal y numérica, sino en forma más adecuada, como una cuestión *proporcional, geométrica y analógica*. De esta manera lo igual es considerado un punto medio y, según esto, la justicia es lo proporcional (recordemos que para Aristóteles la madre de todas las virtudes era la prudencia, pues ella es la guía para el equilibrio óptimo en el ejercicio de las otras virtudes). Proporción implica una medida, analogía, un punto de comparación (*tertium comparationis*, así, por ejemplo, la *ratio iuris*) y este punto de comparación siempre hace referencia a los contenidos de la ética aristotélica, por lo que Aristóteles lo denominó la *dignidad*.

Igualdad es, por tanto, igualdad de relaciones, algo correspondiente, algo análogo. El carácter analógico del ser es el supuesto para que podamos llegar a un orden en nuestro conocimiento y en nuestras relaciones. Por ende, en su teoría de la justicia, al distinguir entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva, considera que esta última es la forma primera y primordial de justicia, pues la conmutativa del derecho privado supone un acto público de la justicia distributiva; por ejemplo, la concesión de un determinado status, como la capacidad para contratar. De esta manera, se hace posible la justicia como igualdad, pero no como igualdad unificadora, que otorga a todos lo mismo, sino en el sentido de dar a cada uno lo que le corresponde, que consiste, en la oportunidad para realizar lo que en él mismo existe de posibilidades positivas (a partir de su condición de esclavo, de mujer, de ciudadano, etc.). Tomás de Aquino complementó el esquema Aristotélico con una tercera forma de justicia: la justicia legal, que implica un deber social del individuo frente a su comunidad (deber judicial, el deber del uso social de la propiedad privada).

Adicionalmente, Aristóteles también reflexionó sobre el vínculo entre justicia y equidad. La equidad vista como la *justicia del caso concreto*. La cual determina, los rasgos de la aplicación del derecho para el paradigma iusnaturalista. El derecho natural premoderno concibe al derecho como supeditado al bien común y, el bien común definido por la eticidad y esta última (la eticidad) determina la equidad. Así, el derecho es visto desde una óptica ontológica-substancial, en la cual la equidad es el elemento esencial que utiliza el juzgador, como instrumento de corrección de la norma positiva. La equidad es aplicada al caso concreto mediante el derecho natural universal que viene determinado por en la ética aristotélica por los principios y valores de sus teorías (la del bien y la felicidad, la de la virtud, la de la justicia y la de la amistad).

La justicia como equidad es practicada hoy en día, en el derecho angloamericano, por ejemplo, basado en derecho de casos por excelencia y no derecho legislado, la jurisprudencia sobre *equity* se ha convertido en una institución dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico y su significado es de tal relevancia en la administración de justicia que difícilmen-

te puede ser subestimado. En modelo de decisión judicial es realista, produciéndose sentencias con características antiformalistas, en la cual la solución se busca desde las preferencias psicológicas-sociales del juez. Así, en la interpretación judicial, que incluye la valoración de las pruebas, el juez sigue la teoría decisoria, en la cual el juez interpreta fundado en normas extrajurídicas, y por ende legisla apoyándose en un acto de voluntad.

Pero, la justicia como equidad presenta ciertos problemas prácticos, que consiste a confrontar la equidad con la justicia, allí donde la justicia es, con todo, el más alto valor jurídico, dejando una pregunta en el aire ¿o es que finalmente no lo es?

El propio Aristóteles conocía sobre este dilema. En este sentido, consideraba que la equidad es mejor que el derecho legislado, pero no en cuanto a que era diferente que aquél, sino una corrección del mismo. Produciendo una justicia correctiva, cuyo propósito es equilibrar las ventajas y desventajas entre los contratantes. Esto es así porque la ley es concebida desde un supuesto general para aplicarse a un caso particular (método deductivo). Pero, el juez opera en sentido inverso en la administración de la justicia, al ajustar la ley al caso en disputa, teniendo presente los principios del derecho natural universal. El procedimiento no es incorrecto, pues el error no reside en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa. En consecuencia, cuando la ley establece en forma general, pero sucede un caso concreto, no contemplado en la norma general, entonces –puesto que el legislador dejó de considerar este supuesto- se procede a corregir la falta, tal como lo haría el legislador mismo si conociere del caso, y lo hubiera contemplado en la ley.

En efecto, en el sentido aristotélico, no es del todo correcto, identificar la equidad como la justicia del caso concreto, pues toda norma debe generalizar, ya que una norma que concretiza no es norma. Pero la generalización puede darse con cierta amplitud. En esto estriba la diferencia entre justicia y equidad, desde la perspectiva del legislador, por una parte, y desde la óptica del juez, del otro. El primero parte de la norma general hacia el caso (deducción), éste parte del caso concreto hacia la norma general (inducción).

Para concluir, la interpretación judicial a partir del paradigma iusnaturalista persigue la justicia como equidad, en el sentido de repartir a cada quien lo suyo en relación con los otros, no en el sentido de igualar a todos.

## **2.2. Positivista**

El paradigma iuspositivista del derecho está ligado a una noción de justicia como seguridad jurídica, en busca de la paz jurídica, cuyos rasgos se identifican con la neutralidad axiológica (se desvincula totalmente el derecho de la moral), la pureza metodológica (el método científico aplicado al derecho, que es visto como ciencia jurídica no como parte de la teoría política) y un derecho que por ser puro es auto-referencial (la característica deontológica de la norma, el debe ser, sin referencia a cuestiones, éticas, sociológicas, psicológicas, no existe vínculo entre hechos y derecho), pues se busca la coherencia o seguridad jurídica.

El modelo de decisión judicial que se sigue es silogística, con características de formalismo jurídico, subsunción a la norma establecida y la no discrecionalidad del juez o la tendencia a restringirla. La interpretación judicial, de los hechos y de las pruebas es deductiva y holística a la vez, pues se entiende que el juez interpreta lógicamente desde normas vigentes y que toda pauta está contenida en un universo normativo.

El juez debe atarse a la rigurosa y desnuda letra de la ley, así su actuación no debe ser nada distinto a comparar el caso dado con su letra y, sin consideración al sentido del espíritu de la ley, atenerse a la literalidad de la norma. ¿Qué dijo Montesquieu sobre los jueces? Un instrumento carente de voluntad los llamó, cuya sentencia no es nada distinto a una copia exacta de la ley. Ante estos razonamientos positivistas cabe la pregunta: *¿Es esto humanamente posible?*

Como hemos mencionado, este esquema epistemológico sujeto-objeto, conocido como la jurisprudencia de conceptos, tiene por posible deducir en forma puramente lógica, de los más elevados conceptos abstractos, conceptos siempre más concretos y llenos de contenido. El concepto de justicia positivista se base en el principio de igualdad formal que se dirige, predominantemente, a prohibir la arbitrariedad. Mientras que la justicia material (justicia como equidad y la justicia social), persigue la realización del bien común. La seguridad jurídica pretende la paz jurídica. Pero seguridad jurídica no significa, necesariamente, la aplicación efectiva del derecho justo, sino la ejecución cierta del frecuentemente defectuoso derecho positivo. Por eso dice el refrán, *quien siembra normas, no cosecha justicia*. Summum ius, summa iniuria, dictaminó Cicerón<sup>26</sup>. Frente a lo cual responde Goethe: *Es mejor que sufras una injusticia a que el mundo se quede sin leyes. Sométanse todos, por tanto, a la ley*<sup>27</sup>. Así, el positivismo jurídico desea otorgarle a la seguridad jurídica la más alta posición, aun cuando signifique una injusticia legal.

---

<sup>26</sup> CICERÓN, De officiis, I, X, 33.

<sup>27</sup> GOETHE, Maximen und Relexionen, en Werke, ed. Hamburger, T.XII, p.379.

Lo que están a favor del paradigma positivista reconocen que, la existencia histórica de sistemas injustos en el mundo demuestran que tampoco la seguridad jurídica es un valor absoluto. Sin embargo, el control de la seguridad jurídica debe restringirse a casos de extremos de injusticia legal, pues las corrupciones legislativas son difíciles de probar, y esto puede traer consigo incertidumbre. La cuestión radica en determinar cuándo estamos frente a una injusticia legal, lo cual debería interpretarse, primero si hay vulneración de un derecho humano o fundamental y/o de un principio general del derecho.

Esto también vale *mutatis mutandi*, para las sentencias judiciales. Porque sin la fuerza de cosa juzgada un proceso jamás llegaría a su fin. Casi siempre una de las partes en el proceso no se encuentra satisfecho con la decisión del juez.

### **2.3. Interpretativo**

Frente a los dos esquemas jurídicos que sirven para la interpretación judicial sustentados sobre sistemas cerrados, como lo son el iusntaralismo y el positivismo jurídico, surgen alternativas en la posmodernidad, que vale la pena considerar.

El paradigma interpretativo de Ronald Dworkin plantea una opción para la superación del positivismo. Los rasgos típicos de esta concepción del derecho se ubican en la preeminencia de los principios sobre las normas, la existencia de una moralidad política y el derecho visto como integridad. Desde estos parámetros, el *juez Hércules* como lo denomina Dworkin, en su decisión judicial busca la respuesta correcta, pues su decisión debe estar basada los principios generales del derecho y concibe la fuerza regulativa de los precedentes judiciales. El tipo de interpretación judicial debe estar fundamentado según Dworkin, en la teoría hermenéutica, en la cual el juez interpreta desde el círculo hermenéutica (texto-contexto-pretexto), por lo que siempre interpreta desde una pre-comprensión o pre-juicio.

### **2.4. Consensual-Discursivo**

Este paradigma del derecho está fundamentado en dos esquemas, en cuanto a la parte consensual surge a partir de un consenso moral-político de la sociedad sobre los principios de justicia, que John Rawls define claramente en su obra *“Teoría de la Justicia”*. El aspecto discursivo, corresponde al filósofo alemán Jürgen Habermas, basada en una estructura procedimentalista del derecho y de la democracia, descrita en gran detalle en su obra *“Facticidad y Validez”*. En la cual el derecho cumple una

función de integración social, en palabras de Parsons, el derecho moderno es una correa de transmisión a través de la que la solidaridad, es decir, las exigentes estructuras de reconocimiento recíproco, que conocemos por nuestra vida concreta, pueden transferirse, de forma abstracta, pero vinculante, a las relaciones de una sociedad compleja, que se han vuelto anónimas y que vienen mediadas por los subsistemas funcionales.

La decisión judicial dentro de este paradigma sigue una estructura procedimentalista discursiva, en la cual la decisión del juez está fundada en una óptica deontológica (debe ser), pero que pretende que sus decisiones sean consideradas justas para todos dentro de una racionalidad dialógica (esfuerzo cooperativo), sobre todos a través de la aplicación de los principios de universalización y el discursivo o democrático (ver 1.2.3.4.3. El modelo del discurso). En consecuencia, la interpretación judicial está cimentada en la teoría de la argumentación jurídica, a través de la cual el juez interpreta ponderando los principios de universalización y discursivo, como mandatos de optimización y utiliza para ello la imparcialidad de las reglas de la argumentación jurídica.

Es importante anotar, que a través de un concepto procesal de la justicia, el juez no debe preguntarse, como efectivamente lo debe hacer un juez desde la óptica de la ética aristotélica-tomista, si su decisión es buena o mala, sino que la ética del discurso gira en torno a lo “*correcto-incorrecto*”, en donde la cuestión sobre lo que es correcto o incorrecto únicamente se ordena conforme a las reglas formales del discurso.

### **3. Consideraciones Finales**

Dentro de las consideraciones precedentes se puede advertir que la justicia ha constituido uno de las preocupaciones de la humanidad. Sin justicia no existe el derecho, puesto que ella constituye el ingrediente axiológico de aquél. Es la base que determina un orden social justo o injusto y marca con una delimitación precisa el campo jurídico dentro de otros órdenes de la realidad. Por ello, la invocación en el Preámbulo constitucional, en el sentido de exaltar la justicia social, concreta la aspiración de todos los panameños y panameñas del siglo XXI. En consecuencia, la concepción de justicia responde a necesidades históricas fundamentadas en el deseo de alcanzar la pacífica convivencia humana. Como vemos, el concepto de justicia posee una finalidad práctica por lo que las instituciones que deben administrarla en casos concretos tienen que tomar en cuenta, cuáles son los parámetros de justicia que su sociedad pretende y anhela.

**Estamos así de acuerdo con la posición de Rawls, que al definir los dos principios básicos de la justicia, presume determinadas con-**

**cepciones de la sociedad norteamericana del siglo XX, teniendo presente que un filósofo del derecho ruso haría que los ciudadanos en un estadio primitivo acordarán otras reglas. Es decir, no pretende universalidad, sino que reconoce un elemento que es esencial en el desarrollo de este trabajo, la coherencia entre la justicia que se persigue dentro de un proceso judicial y la aspiración de justicia de la sociedad panameña. El nervio vital de la propuesta rawlsiana recae en la posibilidad de que la ciudadanía, desde el procedimiento jurídico-político de consensualización y la concepción de justicia pública concertada, asuma el orden institucional desde una argumentación racional y razonable sobre su estructura básica, lo respete como fruto de su propia discusión y exija la aplicación de su concepción de justicia a las instituciones concebidas democráticamente.**

En la Teoría de la justicia Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual para garantizar que los principios de justicia, que deben orientar las instituciones sociales y los procesos legales, sean escogidos consensualmente.

Con ello pretendemos determinar, que el fin del derecho procesal en cuanto a garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho en los casos concretos, sólo se logra dentro del marco de un esquema de decisión e interpretación judicial que tome en cuenta, que la función jurisdiccional está enmarcada dentro de una sociedad y tiempo determinado, por lo que el principio del interés público o general en el proceso, sólo se logra si dicha sociedad está satisfecha en cuanto a la realización de su propia pre-comprensión de justicia.

—

# **DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES**

CAMILO A. VALDÉS M.

El autor es Doctor en Derecho, fue Director de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua de Panamá y actualmente es Consultor jurídico - tributario del Despacho Superior del Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Panamá.

## I- INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en nuestro país gestionar ante la Administración Tributaria es un asunto que toma mucho tiempo. La interposición de una simple solicitud o de un recurso, ya sea éste de reconsideración o apelación en subsidio, toma muchos meses y hasta años para ser resueltos. Esto a todas luces es violatorio de normas constitucionales y legales que dan períodos de tiempo más cortos para la resolución de las acciones descritas.

La Constitución Política de nuestro país consagra principios fundamentales del Derecho Administrativo y Tributario, con la finalidad de asegurar que la actividad de la administración pública, en nuestro caso, tributaria, se someta a derecho, así el artículo 41 del Texto Constitucional establece lo siguiente:

**Artículo 41:** Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución.

El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días.

La Ley señalará las sanciones que correspondan a la violación de esta norma.

De manera más concreta y ya en el ámbito tributario, tenemos que el término que establece el Procedimiento Fiscal Ordinario contemplado en el Código Fiscal para resolver tanto peticiones como recursos, ya sean estos de reconsideración o de apelación en subsidio, es de dos meses contados desde el día en que se presente la solicitud o recurso, salvo que medie causa extraordinaria que impida observar dicho plazo, en cuyo caso podrá excederse.

Lo cierto es que en nuestro medio la Administración Tributaria, en la mayoría de los casos, no cumple con los períodos de tiempo establecidos en la Constitución y la ley. En tal sentido, vemos como en otros países se legisla precisamente, en busca de controlar la legalidad de la actividad administrativa en materia tributaria, lo que no es casual. El Dr. José María Lago Montero, catedrático de la Universidad de Salamanca, en su obra *El Control Judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora*, sobre el tema del control de la legalidad sobre las actuaciones del fisco, citando a J. González Pérez, apunta que “la histo-

ria de la justicia administrativa ha sido una continuada lucha por reducir las inmunidades del poder y eliminar cualquier tipo de exclusiones del control jurisdiccional de la administración. A esta historia no son ajenas la materia financiera y tributaria, ni la administración financiera y tributaria; como se verá, sensiblemente huidiza en todo tiempo y lugar de cualquier forma de juridificación y de cualquier medio de control de legalidad”<sup>1</sup>.

A los políticos no les interesa, una vez llegado al poder gubernamental, la juridificación de la actividad financiera y tributaria, por lo que supone que sería auto limitarse en su capacidad de actuar al que aspiran, para el cobro de los diferentes impuestos, pensando erróneamente que al promulgar leyes de procedimiento y de derechos a favor de los contribuyentes, los ingresos por los diferentes impuestos bajarán. En síntesis, nuestros gobernantes generalmente huyen, y muy bien, de cualquier forma de juridificación de la actividad administrativa, financiera y tributaria, lo que incrementa el grado de discrecionalidad de los funcionarios, lo que va en contra de las nuevas tendencias a nivel internacional, que son fomentar y fortalecer los derechos y garantías de los contribuyentes, en busca del interés general.

En tal sentido, vemos como se han venido quedando pendientes proyectos como los del Código Tributario y la creación de la jurisdicción tributaria, para una mejor defensa de los derechos y garantías inherentes a los contribuyentes. Asimismo, todavía no se discute sobre la posibilidad de la promulgación de una ley de derechos y garantías de los contribuyentes, como existe en otros países.

A nivel regional, el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), en las XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en la ciudad de Bahía, Brasil, en el año 2000, viene promoviendo entre sus países miembros, el adoptar formalmente un estatuto del contribuyente o código de defensa del contribuyente, dentro del código tributario de cada país, o en una ley especial, preferentemente con preeminencia sobre las leyes ordinarias, que proteja los derechos del sujeto pasivo u obligado tributario, previendo entre otros: derechos y garantías en el procedimiento de verificación, comprobación y fiscalización; paridad en materia de intereses; uniformidad para todos los tributos, de los plazos de prescripción, que deberán ser necesariamente breves; en los países en los que el contribuyente esté facultado para prestar avales y garantías, a los efectos de lograr la suspensión de los actos tributarios, el derecho a obtener el resarcimiento de los respectivos costes de manera ágil; prohibición de prisión por deudas fiscales; derecho de los contri-

---

<sup>1</sup> LAGO MONTERO, José María. **El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora.** Revista Mexicana de Derecho Tributario No. 103, México D.F., 2003.

buyentes a la divulgación de las informaciones sobre cualesquiera modificaciones de los tributos exenciones y sus repercusiones económicas sobre el mercado, productos, bienes y servicios más esenciales; y, hasta la creación de un defensor del contribuyente con suficiente autonomía e independencia para poder actuar con eficacia y eficiencia.

A pesar que nuestro país adoptó y viene desarrollando el modelo económico liberal, que propugna que el Estado se fortalezca en los sectores de justicia y seguridad, para permitirle a sus asociados la libertad de generar ingresos y activar la economía, más mercado y menos Estado, según los planteamientos de Milton Friedman, vemos que en lo que respecta al tema tributario, estamos ante un engranaje estatal que siempre tiene las de ganar, ante el sujeto pasivo, como lo somos los contribuyentes, que en comparación con otras jurisdicciones estamos desprovistos de una serie de derechos y garantías inherentes a los que pagan impuestos.

En este trabajo lo que buscamos es fijar los parámetros a seguir por la administración tributaria panameña, a fin de que siga los pasos de administraciones más avanzadas y por ende promover el debate sobre la implementación de leyes que regulen derecho y garantías a favor del contribuyente, y a la vez, estudiar los adelantos que sobre la materia existen y se aplican en otros países.

## II- LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS AVANZADAS<sup>2</sup>

Las administraciones tributarias se enfrentan a nuevos retos y la panameña no escapa a ellos. La globalización y el vertiginoso avance de las nuevas tecnologías están cambiando las relaciones entre los Estados, sus administraciones, los mercados, las empresas y los contribuyentes que cada vez más, a través de la llamada sociedad civil, cuestionan la capacidad de administración de los gobiernos en general, con la finalidad de tener un mejor país. Los nuevos modelos utilizados en países más desarrollados que el nuestro, persiguen una organización eficiente cercana a las necesidades de los contribuyentes. La Administración Tributaria debe mantener una comunicación fluida con sus contribuyentes si pretende acercarse a ellos para conocer sus problemas y necesidades, lo que es clave y fundamental en toda buena organización tributaria.

---

<sup>2</sup> En este punto hacemos un resumen de los puntos más importantes que se detallan en el artículo **Aspectos más destacados de las administraciones tributarias avanzadas**, del Licenciado Fernando Díaz Yubero, de la Agencia Estatal Administrativa de España. El artículo forma parte de la colección de Documentos del Instituto de Estudios Fiscales de España, identificado como el No. 104 del año 2003, el cual tiene la cantidad de 33 páginas.

Las características de una administración tributaria de avanzada serían las siguientes:

1) En cuanto a su **misión**: El recaudar los impuestos de los contribuyentes, poniendo énfasis en aumentar el nivel de cumplimiento voluntario, es decir, no hacerle difícil al contribuyente el pago de sus impuestos. Ello exige dos líneas de actuación paralelas: Ofrecer las máximas facilidades a quienes quieren cumplir con sus obligaciones fiscales como lo son servicios de información y asistencias amplias y cubiertas por personal calificado y, al mismo tiempo, reforzar la lucha contra el fraude fiscal.

2) Con relación a su **integración**, la misma debe administrar todos sus tributos de manera eficiente y mantener, al menos, una adecuada coordinación con las entidades encargadas de la recaudación de los impuestos municipales, y los de la seguridad social.

3) Otro aspecto fundamental lo es su **autonomía**, en estos temas los entendidos recomiendan avanzar hacia organizaciones dotadas de flexibilidad para gestionar los recursos humanos y presupuestarios, sometidos a un riguroso sistema de control, alejado de los cambios políticos que se puedan dar. Esto implica superar el modelo burocrático para desarrollar políticas organizacionales con características gerenciales de mayor eficacia y eficiencia, orientadas a resultados positivos y calidad en la prestación de servicios a favor de los contribuyentes.

Siguiendo con el orden de ideas, su **estructura organizativa**, debe fundamentarse en función de los contribuyentes y no basada en las distintas figuras impositivas. En cuanto a los aspectos de las **tecnologías de la información**, las administraciones tributarias deben estar altamente informatizadas reservando especial atención al mejoramiento de la comunicación con los contribuyentes y por último, debe mantener un **recurso humano** calificado y bien pagado, al mismo nivel que sus homólogos de la empresa privada, para garantizar entusiasmo e incentivo en el funcionario.

Esto, va de la mano con una serie de disposiciones a favor de garantizar derechos a los contribuyentes. Observemos entonces los derechos de los contribuyentes en el derecho comparado.

### **III- DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES**

Veamos entonces, una breve descripción de cómo se legisla en otras latitudes a favor de los derechos y garantías de los contribuyentes, para luego comparar dichas legislaciones con nuestro derecho positivo.

#### **A- EN ESPAÑA**

España posee una ley que consagra derechos y garantías a favor de los contribuyentes. Dicho cuerpo legal es la Ley No. 1 de 26 de febrero de 1998, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del 27 de febrero de 1998.

Esta ley fue el resultado de una amplia demanda por muchos sectores de la sociedad española, que propugnaba por una ley que garantizara derechos a los contribuyentes frente a las actuaciones del fisco. Fue y es, sin duda, un hito de innegable trascendencia en el proceso de reforzamiento del principio de seguridad jurídica característico de las sociedades democráticas europeas, que son a nuestro juicio, las más avanzadas en todos los sentidos.

En síntesis, ésta ley lo que busca es profundizar el equilibrio de las situaciones jurídicas entre la administración tributaria y los contribuyentes, con la finalidad de favorecer la teoría del interés general, disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos que laboran en la administración tributaria y fomentar el mejor cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias. Asimismo, debe destacarse el carácter programático en que se fue implementando la ley en estudio, con el fin, como ya hemos expresado de alguna manera, de mejorar sustancialmente la posición jurídica del contribuyente en aras de lograr el anhelado equilibrio o igualdad entre las partes, en las relaciones entre la administración tributaria con los administrados y de reforzar la seguridad jurídica en el marco tributario, consiguiendo que la administración tributaria dé celeridad a sus resoluciones y que las mismas sean emitidas en debida forma, de acuerdo a la Constitución y las leyes, en beneficio de los contribuyentes.

Uno de los aspectos programáticos más importante a nuestro juicio es la configuración de la vía económico - administrativa en una sola instancia, con el fin de acelerar los plazos de resolución de las correspondientes reclamaciones que se presenten por los contribuyentes. Esto sin duda, si se pudiese aplicar en nuestro medio, sería de gran ayuda al contribuyente, toda vez que es sabido el exceso de tiempo que utiliza la administración tributaria panameña, para contestar los diferentes recursos que se interponen por los contribuyentes, a fin de agotar la vía gubernativa, para

luego acceder a la Sala Tercera de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en fin, un litigio fiscal en ambas esferas puede tomar años, lo que va en contra del contribuyente, afectando sin duda su patrimonio que a la postre es un derecho inherente a todo ser humano.

Otro punto a resaltar lo es, los aspectos o tareas de la administración tributaria de información y asistencia al contribuyente, con especial mención, por razones de seguridad jurídica, de la posibilidad de concertar acuerdos previos con la administración tributaria y formular consultas cuya contestación tendrá efecto vinculante para ésta. Estos dos últimos aspectos son contemplados igualmente en el modelo de Código Tributario para la América Latina, que impulsa, entre otras organizaciones, el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT).

La ley in examine, está estructurada en ocho capítulos en los que se reglamentan desde la perspectiva del contribuyente, sus derechos y garantías más relevantes, hasta los derechos y obligaciones de la administración tributaria, frente a los contribuyentes.

Entre los derechos más relevantes, a nuestro juicio, están: las devoluciones de oficio y el reembolso de los costes o gastos de las garantías aportadas para suspender la ejecución de una deuda tributaria. Lo es también los derechos y garantías de los procedimientos de inspección, recaudación y de imposición de sanciones. Igualmente, la regulación en cuanto a la publicidad de los planes de inspección, la información al inicio de las actuaciones de comprobación e investigación, el derecho de los contribuyentes a solicitar que las actuaciones de comprobación e investigación de carácter parcial tengan carácter general y fija plazos máximos para la conclusión de actuaciones y consagra la presunción y buena fe del contribuyente.

## **B- EN FRANCIA**

En Francia, existen tribunales administrativos y judiciales, con grados de especialización para la revisión y resolución de los conflictos tributarios que surjan entre la administración tributaria y los contribuyentes franceses. El sistema de reparto de las competencias entre los Tribunales administrativos y judiciales se caracteriza por su complejidad y por su seguridad histórica que se remonta a la época de la Revolución Francesa<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase TOVILLAS MORÁN, José María. **Derechos y Garantías de los Contribuyentes en Francia**. Instituto de Estudios Fiscales de España, Documento No. 205, Madrid, España, 2002, páginas 12, 13 y 14.

El Dr. Tovillas Morán, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Barcelona, en su artículo *Derechos y Garantías de los Contribuyentes en Francia*, apunta que las fórmulas de reparto de las competencias, en dicho país, se basan en la naturaleza del tributo y en el objeto del conflicto según se trate de una discusión sobre la realización del hecho imponible y cuantificación del mismo (*contentieux de l'assiette*) o se trate de una cuestión relativa a la recaudación del mismo (*contentieux de recouvrement*).

También, nos explica que el sistema de revisión comprende, una fase de revisión administrativa ante un órgano administrativo y una fase de revisión jurisdiccional ante un órgano judicial.

En la etapa de la revisión en la fase administrativa, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema, no existen órganos colegiados formados por funcionarios de la Administración (Comisión de Apelaciones de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas), que han de enjuiciar o resolver una reclamación ante la Administración tributaria antes de que el administrador tenga la posibilidad de acceso a la vía judicial, en el evento que se interponga el recurso de apelación en subsidio, luego que se haya resuelto el de reconsideración ante el funcionario que emitió el acto.

Al igual que en Panamá, existe en Francia la obligación, de presentar un recurso ante la Administración que dictó el acto administrativo.

Destaca el Dr. Tovillas Morán, comparando el sistema español con el francés, que el plazo para interponer el recurso es mucho más amplio que en el sistema español ya que el plazo no finaliza hasta el 31 de diciembre del segundo año siguiente al que se produjo la actuación administrativa objeto de discusión, tal como sucede en España. En Francia el plazo se reduce hasta el 31 de diciembre del año siguiente en el caso de los impuestos directos locales. En nuestro país se tienen treinta (30) días hábiles para presentar el recurso una vez se notifique el acto administrativo. Tal como se colige del artículo citado, tanto en España y en Francia los contribuyentes tiene más tiempo para hacer valer sus derechos ante la administración tributaria, en el evento que los consideren lesionados por esta.

El plazo que tiene la Administración para contestar es de seis meses, es interesante detallar unos aspectos que apunta el Dr. Tovillas Morán, desde el punto de vista cuantitativo, en el sistema francés, ya que existen unas cifras que pueden ser bastantes descriptivas de la situación, para la resolución de conflictos entre las administraciones tributarias y los contribuyentes. Dichos datos estadísticos son los siguientes:

En 1998 se presentaron 3,141,284 recursos administrativos de los cuales los diferentes tributos locales representaron el 54.5% de los mismo y el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas el 28.6%. Únicamente el 1% de las reclamaciones pasa la fase administrativa y continúa hasta la fase siguiente de carácter judicial.

Junto al recurso administrativo ordinario existen otros recursos desconocidos en nuestro país al igual que en España y que podrían ser de gran interés, conocidos como *jurisdiction gracieuse*.

La presencia de *la jurisdiction gracieuse* significa para un sector de la doctrina la presencia de un importante elemento de equidad en los procedimientos tributarios.

En efecto, esta forma de jurisdicción basada en la "gracia", el "favor", permite, aún en ausencia de error alguno cometido y en ausencia de derecho subjetivo alguno del contribuyente derivado de una disposición legislativa o reglamentaria, obtener la condonación o reducción de las cuotas tributarias legalmente debidas o de intereses de demora o sanciones tributarias. Para ello, basta alegar las dificultades económicas o indigencia o cualquier otro motivo como la situación de exceso de deudas. El más parecido a nuestro juicio en la legislación panameña, es cuando a través de una ley formal se condonan los intereses por mora de las deudas tributarias que mantienen los contribuyentes.

Además, la regulación de estas fórmulas, de origen reglamentario y no legal, está basada en la ausencia de excesivos formalismos.

**1) La solicitud de condonación por gracia**, se da cuando el obligado tributario solicita en cualquier momento, la condonación por gracia de los intereses de demora y las sanciones tributarias impuestas y las cuotas tributarias derivadas de impuestos directos (no se admite para las cuotas de impuestos indirectos o de impuestos sobre registro). La Administración valora discrecionalmente la situación y otorga o no una condonación de las cantidades debidas o una reducción de las mismas.

En función de la cuantía de las cantidades cuya reducción o condonación se solicita se establece un sistema de competencia jerárquica que va desde el Director de los servicios fiscales del lugar de imposición; el Director regional de impuestos; el Director general de impuestos; y, el Ministro.

Aunque no se trate pues, de un procedimiento de resolución de conflictos tributarios, es sin ninguna duda, un sistema que facilita la reducción de la conflictividad entre los ciudadanos y la Administración (escasos forma-

lismos, introducción de la idea de equidad, reducción de la cantidad a satisfacer inmediata para el ciudadano), esto podría utilizarse en nuestro medio, con las pequeñas y medianas empresas, que aún podrían tener números rojos en cuanto a sus ingresos o facturaciones.

**2) La transacción** es un procedimiento que concluye con un acuerdo entre el contribuyente y la Administración en relación con la reducción o eliminación de sanciones tributarias.

No es un acto unilateral por parte de la Administración. Se trata de una convención entre la Administración y el contribuyente mediante la cual aquélla se compromete a conceder una eliminación o reducción de las sanciones tributarias. La eliminación o reducción no se extiende a las cuotas tributarias ni a los intereses de demora.

En contrapartida, una vez se ha concluido la transacción, el contribuyente pierde el derecho a accionar ante la jurisdicción contenciosa la parte de la deuda tributaria que no ha sido eliminado o reducida. Así, las deudas tributarias resultantes de la transacción adquieren la condición de firmes y no son susceptibles de revisión.

El Dr. Tovillas Morán, en su estudio del sistema tributario francés destaca la presencia de algunas técnicas de resolución de conflictos alternativas a los procedimientos jurisdiccionales.

Señala el catedrático de la Universidad de Barcelona, que la presencia de la figura de la transacción en fase de revisión administrativa por la que se permite el acuerdo entre la Administración y el ciudadano para reducir o eliminar las sanciones tributarias son procedimientos fiscales propios del sistema tributario francés que contemplan diversas clases de comisiones mixtas, las que permiten intervenir en conflictos que se pueden plantear entre la Administración y los contribuyentes.

Entre las diferentes Comisiones hay unas que merecen mayor atención y son la comisión departamental de impuestos directos y de impuesto sobre la cifra de negocios y la comisión de conciliación.

La Comisión departamental de impuestos directos y de impuesto sobre la cifra de negocios, tiene formación paritaria y se trata de un órgano presidido por el Presidente del Tribunal administrativo (*tribunal administratif*) o por un miembro del Tribunal en el que delegue.

El Presidente posee un voto de calidad en caso de empate. Junto a él, forman parte de la Comisión dos funcionarios de la dirección general de impuestos que tengan como mínimo el grado de Inspector-Jefe y tres representantes de los contribuyentes afectados. En relación con las cuestiones relativas a los impuestos directos al menos uno de los tres

debe ser un titulado mercantil o censor jurado de cuentas (*expert-comptable*). La forma de determinar estos representantes de los contribuyentes varía según el tipo de actividad de la que se trate. Así, para la determinación del beneficio industrial y comercial, los representantes de los contribuyentes son designados por la Cámara de Comercio o por la Cámara profesional, que podrían ser para el caso panameño, El Sindicato de Industriales de Panamá y la Cámara de Comercio de Industria y Agricultura de Panamá.

Dentro de sus funciones, las mismas varían según cuál sea el impuesto del que se trate. En el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sus tareas son variadas.

En Francia, según el Dr. Tovillas Morán, son muchas las empresas individuales que se acogen al sistema de *forfait* (a tanto alzado) para la determinación de los beneficios de actividades industriales y comerciales. La determinación del beneficio sujeto a gravamen se hace por dos años en base a un acuerdo entre la Administración y el contribuyente. Si no es posible llegar a un acuerdo, es la Comisión la que decide la cuantía de los beneficios.

En cuanto a la Comisión departamental de conciliación, el Dr. Tovillas Morán comenta que la misma la compone un Magistrado del departamento que actúa como presidente designado por el Ministro de Justicia e incluye también representantes de la Administración y de los contribuyentes (un Notario y tres representantes de los contribuyentes). Actúa en los casos de desacuerdo en la evaluación de la base imponible de los derechos de registro (*droits d'enregistrement*). Tiene el poder de evaluar la base imponible.

En el caso de desacuerdo la Administración o el contribuyente pueden dirigirse al Tribunal de Instancia superior del orden civil.

Existe también en la jurisdicción francesa, el Comité consultivo para la represión del abuso de derecho. En relación a esta figura del abuso de derecho es importante destacar la presencia del comité consultivo para la represión del abuso de derecho (*comité consultatif pour la répression des abus de droit*). Este comité está formado por un Consejero de Estado, Presidente, un consejero del Tribunal de Casación, un profesor de las facultades de Derecho y el director general de impuestos.

La actuación de este Comité se produce en los supuestos en los que la Administración ha emitido un acto de liquidación en el que estima la existencia de abuso de derecho. En este supuesto, tanto el contribuyente como la Administración, pueden dirigirse al Comité. Si el Comité no considera aplicable el abuso de derecho corresponderá a la Administración

probar tal abuso de derecho ante la autoridad judicial. Si el Comité considera aplicable el abuso de derecho corresponderá al contribuyente probar la inexistencia del abuso de derecho ante la autoridad judicial.

## **C- EN MÉXICO**

Entrando un poco a nivel latinoamericano, hacemos especial referencia de la Ley Federal de Derechos del Contribuyente de México, que entró en vigencia al publicarse en el Diario Oficial de la Federación, el pasado 23 de julio de 2005. Vemos como esta Ley, consagra una serie de Derechos y Garantías de los contribuyentes en México, como lo son, entre otros:

- 1) El derecho a ser informado y asistido por las autoridades fiscales en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, así como del contenido y alcance de las mismas.
- 2) Derecho a obtener, en su beneficio, las devoluciones de impuestos que procedan en los términos que el Código Fiscal de la Federación y de las leyes fiscales aplicables.
- 3) Derecho a conocer el estado de su tramitación y de la identidad de los funcionarios a quienes se les asigna su caso.
- 4) Derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la autoridad fiscal. En Panamá, es todo lo contrario, muchas veces hay que aportar como “pruebas” copias de documentos que debe tener la administración, ya que se aportan con sellos de acuso de recibido del Ministerio de Economía y Finanzas, lo que es incongruente, no solo por el hecho de estar aportando documentos que ya la administración tiene, sino que le pasan la carga de la prueba al contribuyente, lo que es contrario a las nuevas tendencias internacionales, sobre la materia en estudio.
- 5) Derecho a mantener en carácter confidencial o reservado, los datos, informe o antecedentes, que de los contribuyentes y terceros con ellos relacionados, conozcan los servidores públicos de la administración tributaria.
- 6) Derecho a un debido proceso tributario y ser tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos de la administración tributaria.

7) Derecho a que las actuaciones de los funcionarios del fisco, de ser necesarias, sean lo menos gravosas o menos onerosa para el contribuyente.

8) Derecho a formular alegatos, presentar y ofrecer como pruebas documentos conforme a las disposiciones fiscales aplicables, incluso en el expediente administrativo del cual emane el acto impugnado, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente resolución administrativa.

9) Derecho a ser oído con antelación o con carácter previo a la emisión de la resolución administrativa que determinará el alcance o crédito fiscal según sea el caso.

10) Derecho a ser informado al inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que éstas se desarrollen en los plazos previstos en la Constitución y la Ley.

11) Derecho a que antes del actuar de la administración se le haga saber sus derechos, la omisión de la divulgación de los derechos y garantías de los contribuyentes en un caso específico, no afectará la validez de las actuaciones que lleve a cabo la autoridad fiscal, pero dará lugar a que se deslinde responsabilidad administrativa al servidor público que incurrió en la omisión.

12) Derecho a corregir su situación fiscal con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades y fiscales.

Además de la ley in comento, el Servicio Administrativo Tributario de México (SAT) mantiene en su página de internet una guía de estos derechos y garantías, con la finalidad que los contribuyentes, se mantengan siempre informados y sepan cómo proceder en los casos que tenga frente a la administración tributaria.

## **D- EN PANAMÁ**

Luego de hacer las tres referencias descriptivas de las normas jurídicas que regulan los derechos y garantías de los contribuyentes en España, Francia y México, pasamos a estudiar nuestro entorno tributario, a fin de hacer un análisis de las normas que tenemos en esta materia y establecer conclusiones al respecto.

En el Código Fiscal de la República de Panamá, no existen normas que regulen derechos y garantías inherentes a los contribuyentes como tales.

De los siete libros que componen el texto codificado en mención, solamente en el Libro VIII De los Procedimientos Administrativos en Materia Fiscal, se regulan las herramientas jurídicas que se les dan a los contribuyentes para hacer valer sus derechos, cuando éstos los consideren vulnerados, por las actuaciones de la administración tributaria panameña. Asimismo, dicho libro se subdesarrolla en cuatro títulos que establecen las normas referentes al procedimiento fiscal ordinario; el procedimiento penal aduanero; el procedimiento penal común y disposiciones comunes.

En estas normas se instruye básicamente a los contribuyentes, sobre los procesos para la presentación de los recursos administrativos de reconsideración y apelación en subsidio dentro de la vía gubernativa, detallando los plazos para interponer dichos recursos, que son ambos dentro de un término de quince días hábiles, una vez se notifica el contribuyente del acto administrativo que recurrirá. (Ver artículos 1,238 y 1,238 a del Código Fiscal).

Existe otro recurso y es el que se interpone cuando la administración tributaria se niegue a la admisión de pruebas por parte del contribuyente. El mencionado recurso, es presentado ante el superior jerárquico del funcionario que niega la admisión de la prueba, lo que deja en desventaja al contribuyente, toda vez que el fisco será el que resolverá la no aceptación de la presentación de una prueba, solamente que en esta instancia lo hace un funcionario de mayor rango administrativo, no existe igualdad de derechos y oportunidades procesales entre el fisco y el contribuyente. El término para la presentación de este recurso es de cinco días hábiles, a partir de la notificación de la resolución que niega la admisión de pruebas. Lo peor de todo, a nuestro juicio, es que la resolución que niega la admisión de alguna prueba por parte de la administración tributaria, se puede notificar por edicto, porque no se trata de una resolución o acto administrativo que dé inicio o ponga fin a la instancia en un proceso administrativo tributario, lo que pone también en desventaja al contribuyente frente al fisco.

Y como último aspecto está la solicitud que puede presentar el contribuyente a fin de obtener las hojas de trabajo y relaciones exactas y detalladas de los funcionarios de la administración tributaria, en el caso que se le haya expedido una liquidación adicional, mediante una resolución administrativa. La solicitud en mención según lo dispuesto en el artículo 720 del Código Fiscal de Panamá, puede ser hecha por el contribuyente y la administración tributaria tiene la obligación de darlas dentro de los quince días siguientes a dicha solicitud.

Esta última norma, en la realidad no cumple con su cometido y es hasta violatoria de los derechos del contribuyente. Hacemos el planteamiento, toda vez que, si por ejemplo, un contribuyente en el día de hoy se notifi-

case de una resolución administrativa, que expidiese una liquidación adicional por supuestas deficiencias en su declaración de renta, para que éste pague una suma adicional en Impuesto Sobre la Renta, tiene quince días hábiles para presentar su recurso de reconsideración y en el evento de que ese mismo día solicite las hojas de trabajo y relaciones exactas y detalladas de los funcionarios de la administración tributaria, que hicieron el alcance, la administración tributaria tiene igualmente hasta quince días hábiles para entregarlas, por lo que muy bien se podría dar el caso que el día en que vence el plazo para presentar el recurso de reconsideración, sea el día en que el fisco entregue al contribuyente las hojas de trabajo y relaciones exactas y detalladas requeridas para su defensa, lo que haría a todas luces ilusoria la misma, por lo menos hasta ese momento. Lo más seguro y según mi experiencia profesional, es que la administración tributaria se demore más de los quince días para entregar los documentos en mención.

Estas regulaciones, que forman parte de nuestro derecho positivo en materia tributaria, van en contra de las nuevas tendencias reguladas en otros países, como por ejemplo en España, cuando los contribuyentes tienen el derecho de la publicidad de los planes de inspección, la información al inicio de las actuaciones de comprobación e investigación, el derecho de los contribuyentes a solicitar que las actuaciones de comprobación e investigación de carácter parcial tengan carácter general y fija plazos máximos para la conclusión de actuaciones y consagra la presunción y buena fe del contribuyente. Si esto fuese así en nuestro país, el fisco antes de emitir la resolución que expida una liquidación adicional debe darle al contribuyente el derecho de obtener las relaciones exactas y detalladas a fin de que se pueda defender en igualdad de condiciones frente al fisco o administración tributaria.

Igual tratamiento reciben los contribuyentes mexicanos cuando se les garantiza en un cuerpo legal, el derecho a ser oído con antelación o con carácter previo a la emisión de la resolución administrativa que determinará el alcance o crédito fiscal según sea el caso.

Otro aspecto relevante, que va en contra de las nuevas tendencias a nivel internacional y que aún en Panamá prevalece es lo relativo a las pruebas, dentro del litigio fiscal de la vía gubernativa, que suscita aspectos como qué es una prueba, cuál es su objeto, de quién es la carga probatoria y los medios probatorios. Es importante recalcar que en el derecho fiscal panameño no existe norma alguna que regule un régimen probatorio en un proceso tributario en vía gubernativa y tampoco jurisdiccional, ya que en Panamá, no hay tribunales tributarios dentro del organigrama del Órgano Judicial, lo que es a la postre otra de nuestras deficiencias y necesidades. Con todo, en materia tributaria en cuanto al régimen probatorio se refiere tenemos que remitirnos al Código Judicial,

que también tiene sus anacronismos y que además fue visualizado en su momento, como un código de procedimiento para casos en principio meramente civiles.

Especial mención haremos a dos aspectos que consideramos lesivos para los contribuyentes y que igualmente van en contra de las nuevas tendencias adoptadas en otras jurisdicciones a nivel internacional. Estos son la carga de la prueba y la valoración de la prueba en materia de litigio fiscal administrativo.

En cuanto a la carga de la prueba, el Código Fiscal panameño (favor referirse a los artículos 724 y 725 del texto citado) expresa claramente que toda actuación del personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, en el ejercicio de sus funciones, hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario, por lo que se colige claramente que en nuestro país la carga de la prueba está sobre el contribuyente, poniéndolo como es lógico en total desventaja contra el fisco que juega un doble papel de parte interesado y de juzgador al mismo tiempo.

Siguiendo el orden de ideas, la carga probatoria de parte del contribuyente en Panamá, obedece a que es él quien sufre los efectos perjudiciales a la falta o insuficiencia de pruebas, es decir, que quien sufre la carga de la prueba no es tanto quien aporta los medios de prueba al proceso, sino aquel que sufre o soporta los efectos perjudiciales de la falta o insuficiencia probatoria, posición que ha sido ratificada por las diferentes administraciones tributarias a lo largo de los años y que consideramos absurda y por supuesto no compartimos, ya que en otros países la carga de la prueba recae sobre la administración tributaria y el contribuyente además no está obligado a presentar documentación que ya el fisco posee, para poder hacer valer y probar su posición en un litigio o trámite que ventile ante el fisco.

Por último y en cuanto a la valoración de las pruebas, podemos afirmar que en nuestro país las pruebas en materia tributaria, son valoradas por la administración tributaria, lo que abre la brecha aún más entre el fisco y el contribuyente en cuanto a igualdad entre ambos, siendo juez y parte, según las reglas del Código Judicial, según lo estipulado en el artículo 1214 del Código Fiscal de Panamá.

Erróneamente, las diferentes administraciones tributarias a través del tiempo han defendido esta posición argumentando que las pruebas en materia fiscal o tributaria serán en adelante valoradas (por ellos mismos) dejando el viejo sistema del número cerrado de los medios probatorios por el número abierto (apertus) y dando cabida a un método más amplio, regulado y establecido en el Código Judicial como lo es el Principio de la

Regla de la Sana Crítica, que a nuestro entender no tiene cabida en materia tributaria, puesto que el mismo es ante todo fundamentado en las reglas del buen entender humano y en el cual interviene las reglas de lógica y la experiencia del juez, lo que trae a la postre un alto y peligroso grado de discrecionalidad que puede resultar en arbitrariedad por parte del funcionario que tiene la obligación de valorar las pruebas, sin perder de vista que al final, es un funcionario más de la administración tributaria.

A manera de conclusión queremos dejar claro que el interés del presente trabajo es analizar la situación de los contribuyentes panameños a la luz de nuestro derecho tributario vigente, comparándolo con el de países, que sin lugar a duda están mucho más adelantados que el nuestro en estos temas, como lo son España, Francia y México.

De acuerdo con nuestro estudio analítico y descriptivo del tema in examine, el interés de la administración tributaria panameña debe ser el público y hacia la elaboración de una teoría del interés general. Aquí juega su papel la sociedad civil frente al Estado, para exigirle un cabal cumplimiento de sus funciones como tal, quien a su vez debe responder por sus propias actuaciones frente a los contribuyentes, con transparencia y presentando cuentas.

La relación jurídica entre el Estado y el contribuyente en materia tributaria debe ser al mismo plano, es decir, deben estar en igualdad de condiciones, tanto de derechos como de obligaciones, por lo tanto ambos tienen para con el otro derechos subjetivos, para que el papel de la administración tributaria deje de ser meramente recaudador dejando de lado el fomento y el fortalecimiento de la posición del contribuyente.

#### **IV- CONCLUSIONES**

- 1- Todos los contribuyentes deben ser puestos, frente a los aspectos tributarios, en un plano de igualdad con relación a la administración tributaria.
- 2- Esta equiparación de derechos y obligaciones del contribuyente con la administración tributaria, trae como consecuencia un nuevo enfoque del concepto de contribuyente.
- 3- En Panamá debemos abogar por la elaboración y aprobación de leyes que tiendan a establecer y regular derechos y garantías de los contribuyentes.
- 4- Tanto la discrecionalidad, como la demora en la resolución de las solicitudes y recursos administrativos tributarios, a la postre violan los

derechos humanos de los contribuyentes, toda vez que al final del día, afectan su patrimonio, que en todas las convenciones internacionales sobre derechos humanos que ha suscrito nuestro país, establecen que todo ser humano tiene derecho a un patrimonio, y por lo tanto el Estado debe elaborar teorías que vayan destinadas al interés general.

## BIBLIOGRAFÍA

### A- TEXTOS Y DOCUMENTOS

DÍAZ YUBERO, Fernando. **Aspectos más destacados de las administraciones tributarias avanzadas.** Documento No. 104, editado y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 2003.

GONZÁLEZ, Eusebio y LEJEUNE, Ernesto. **Derecho Tributario I.** Plaza universitaria ediciones, Salamanca, España, segunda edición, 2000.

LAGO MONTERO, José María. **El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora.** Revista Mexicana de Derecho Tributario No. 103, México D.F., México, 2003.

RÍOS GRANADOS, Gabriela. **Breve semblanza sobre los derechos y garantías de los contribuyentes. Un estudio de derecho comparado España y México.** Documento No. 42, editado y publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2003.

TOVILLAS MORÁN, José María. **Derechos y Garantías de los Contribuyentes en Francia.** Documento No. 205, editado y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 2002.

UCKMAR, Víctor. **Principios comunes del Derecho Constitucional Tributario.** Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, primera edición, 2002.

URIOL EGIDO, Carmen. **La discrecionalidad en el Derecho Tributario: Hacia la elaboración de una teoría del interés general.** Documento No. 29, editado y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 2002.

VALDÉS COSTA, Ramón. **Curso de Derecho Tributario.** Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, tercera edición, 2001.

## **B- LEGISLACIÓN**

**Constitución Política de la República de Panamá.** Reformada por los Actos Reformativos de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, por los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994 y por el Acto Legislativo No. 1 e 2004. Texto de acuerdo a la Gaceta Oficial No. 25,176 de 15 de noviembre de 2004, editada y publicada por el Instituto de Estudios Políticos e Internacionales de Panamá, Panamá, República de Panamá, 2004.

**Código Fiscal de la República de Panamá.** Editado y publicado por Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, República de Panamá, primera edición, 2003.

**Código Tributario de España.** Edición preparada por Gabriel Casado Ollero, Gaspar de la Peña Velasco, Ramón Falcón y Tella y Eugenio Simón Acosta, impreso por Talleres Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, España, 2002.

**Ley No. 1 de 1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.** Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero de 1998, Madrid, España.

**Ley Federal de Derechos del Contribuyente.** Diario Oficial de la Federación de 23 de junio de 2005, México, D.F. México.

---

**EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD  
CONTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO  
Y MEDIDA DE LOS IMPUESTOS.**

JORGE HÉCTOR DAMARCO

Abogado. Abogado Especialista en Derecho Tributario. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular por Concurso de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la UBA.  
Ex Vocal del Tribunal Fiscal de la Nación. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal

—

## **I. Introducción. El Estado y los recursos públicos.-**

1.- El Estado es la forma jurídica que en la época actual ha creado los seres humanos para vivir ordenadamente en sociedad.

Para que el Estado cumpla con su cometido deberá desarrollar ciertas funciones que dependerán de las circunstancias históricas que, en cada momento, determinan sus fines. Estos fines afloran con el desarrollo mismo de la vida social, en la que se generan las ideologías que dan sentido a las decisiones políticas del Estado.

2.- El Estado para realizar aquellos cometidos requiere bienes y servicios. Los Estados modernos no toman por la fuerza los bienes que necesitan para ello ni imponen trabajos personales de modo obligatorio sin contraprestación. Ellos adquieren dichos bienes y servicios por un precio en dinero <sup>1</sup>.

3.- Las funciones que desarrollan los Estados contemporáneos se costean (primordialmente) con recursos genuinos<sup>2</sup>. Son aquellos que el Estado recibe sin una contraprestación efectiva y particularizada en un sujeto y que, en principio, no tienen obligación de devolver. El recurso genuino por excelencia y el más importante desde el punto de vista cuantitativo de la recaudación de los ingresos estatales es el impuesto.

4.- Los fundamentos ético y jurídico del impuesto.- Existe el deber moral de contribuir al mantenimiento del Estado porque si los hombres para su subsistencia se han agrupado en organizaciones jurídico-políticas como el Estado, parece natural que concurren al mantenimiento de la organización que han creado. Está implícito en este razonamiento que la creación del Estado obedece a razones de orden, seguridad y bien público de los miembros de la sociedad. Si se logran estos bienes, los mismos

---

<sup>1</sup> Jarach, Dino, "Finanzas Públicas y Derecho Tributario", Abeledo Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1999, pág. 221 ISBN 20-1230-5.

<sup>2</sup> Valdés Costa, Ramón, "Curso de Derecho Tributario", 2ª.edición, Depalma, Buenos Aires, 1996, tomo I, pág. 103; Villegas, Héctor B., "Curso de Derecho financiero y tributario", 3ª. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 157, ISBN 950-508-582-6.

hombres que han privilegiado esos valores son los que deben sustentar la organización que han creado<sup>3</sup>.

Una conducta de no colaboración no sería éticamente correcta porque no estaría dirigida a mantener algo que se estima necesario para la vida de todos. La doctrina coincide en señalar que desde el punto de vista histórico, - y a la misma conclusión se arriba si se examina la realidad actual de cada una de las naciones-, los impuestos son los instrumentos jurídicos que para aquél fin captan la capacidad económica de los individuos. En este razonamiento, habrá de admitirse que el estado, a través de los impuestos, transforma el deber ético de concurrencia al mantenimiento del Estado en una obligación jurídica<sup>4</sup> y que, de tal modo, alcanza aquella capacidad económica. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la satisfacción de los impuestos es una obligación de justicia que impone la necesidad de contribuir al cumplimiento de los fines del Estado y la subsistencia de la República<sup>5</sup>. La legislación transforma aquél deber moral en una obligación jurídica<sup>6</sup>.

5.- La capacidad contributiva.- La relación entre el Estado y el individuo, en el caso de los impuestos, importa unir la necesidad del Estado y el derecho de propiedad del individuo, pero sin contraprestación como en el caso de los vínculos contractuales sinalagmáticos, sin que se trate de una liberalidad a favor del Estado como en el supuesto de las donaciones, sin contraprestación o beneficio a favor del contribuyente como en los casos de las tasas y de las contribuciones.

6.- Si se tienen en cuenta las valoraciones políticas, sociales, económicas y jurídicas de las sociedades contemporáneas, se admitirá que, en el caso del impuesto, el único modo en que racional y éticamente puede establecerse ese vínculo en el moderno estado de derecho es a través de la aptitud del individuo, expresada en sus posibilidades econó-

---

<sup>3</sup> Francesco Moschetti expresa que “Il dovere di “tutto” di “ concorrere alle spese pubbliche uin ragione della loro capacità contributiva” è dunque espressione di tale dovere di solidarietà nel campo economico, político e sociale” (“Trattato di Diritto Tributario” dirigido por Andrea Amatucci, Cedam, Padova, 1994, Volumen I del tomo I, ISBN 88-13-18033-0, pág. 226).

<sup>4</sup> Vanoni, Enzo, “Natura ed interpretazione degli leggi tributarie”, Cedam, Padova, 1932, pág. 101 y sigtes. Véase sobre el punto, Guiuliani Fonrouge, ob. cit. Tomo I, págs.405 y sigtes.; Villegas, ob.cit. pág. 159.

<sup>5</sup> Fallos 256:561.

<sup>6</sup> Art. XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos para el sostenimiento de los servicios públicos”.

micas, de concurrir al mantenimiento del Estado. Y esta aptitud se transforma en un puente (vínculo) entre aquella necesidad del Estado y el derecho de propiedad del individuo. Es la capacidad contributiva considerada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un requisito de validez de los impuestos<sup>7</sup>.

7.- La relación entre el poder de imperio del Estado y el derecho de propiedad del individuo se construye sobre la base de los principios establecidos en la Constitución de los Estados para garantizar los derechos individuales y que son verdaderas limitaciones a dicho poder del Estado.

## **II. El principio de capacidad contributiva.**

8.- En las constituciones modernas, según lo señala la opinión de los autores y la doctrina jurisprudencial, se establece, en algunos casos expresamente y, en otros implícitamente, que los tributos deban ser creados por una ley en sentido formal (principio de legalidad), que todos los individuos deben concurrir al mantenimiento del estado (Principio de generalidad), que los impuestos son los tributos que gravan manifestaciones de capacidad económica (principio de capacidad contributiva), que debe darse el mismo tratamiento tributario a quienes se encuentren en las mismas circunstancias y que dichas circunstancias si bien se refieren, fundamentalmente, a la capacidad contributiva, pueden referirse a otros aspectos siempre que sean razonables (principio de igualdad); que el impuesto debe comprender una cuota parte de la base de medición o base imponible (principio de proporcionalidad) y que esa proporción no debe alcanzar una magnitud tal que desnaturalice o haga desaparecer la renta o el patrimonio del individuo (principio de no confiscatoriedad)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Fallos 312:2467, Causa "Navarro Viola".

<sup>8</sup> Jarach, Dino, "El principio de capacidad contributiva es un límite al poder fiscal, por cuanto no se viola el principio de legalidad cuando el impuesto es proporcionado a la capacidad contributiva", en "Curso de Derecho Tributario", Tercera Edición, CIMA, Buenos Aires, 1980, pág. 151.

En el mismo sentido, Villegas señala que el principio constituye el soporte de las garantías constitucionales que limitan el poder tributario. "La generalidad exige la no exención (salvo motivos razonables) de quienes tengan capacidad contributiva; la igualdad requiere que no se hagan arbitrarios distingos, sino los que tengan fundados en la capacidad contributiva (salvo fines extrafiscales); la proporcionalidad garantiza contra progresividades que no se adecuan a la capacidad contributiva graduada según la magnitud del sacrificio que significa la privación de una parte de la riqueza; la confiscatoriedad se produce ante aportes tributarios que exceden la razonable posibilidad de colaborar al gastos público; la equidad y la razonabilidad desean la justicia en la imposición y tal concepto

9.- La capacidad contributiva como fundamento ético de los impuestos y medida de la imposición.

La discusión relativa a la “capacidad contributiva” muestra aspectos distintos, porque ella admite ser analizada como el fundamento de los impuestos y, asimismo, como un instrumento útil (tal vez, el más útil) para establecer la medida en que cada uno debe soportar la carga tributaria o, lo que es lo mismo, el elemento apto para distribuir la carga tributaria.

La capacidad contributiva aparece entonces como la razón que justifica el impuesto y, por las razones señaladas, *todos* los individuos deben contribuir al mantenimiento del Estado. Es el principio de generalidad de los impuestos que obviamente excluye de su cumplimiento a quienes carezcan de capacidad contributiva.

La capacidad contributiva no sólo explica la razón de la concurrencia sino que, además suministra la materia sobre la cual se mide dicha concurrencia. En algunos casos el legislador determina directamente, en la misma ley, cuál es el monto del impuesto que debe pagarse (impuesto fijo). El legislador, en tal caso fija el monto de la obligación tributaria. En otros, -la mayoría de los casos, el legislador suministra las bases para establecer el monto del tributo. Primero proporciona el dato objetivo, la capacidad económica que habrá de alcanzarse con el impuesto a través de la descripción del hecho imponible y, en segundo lugar, su cuantificación. Por ejemplo, el monto de las “ganancias” gravadas por la ley del impuesto. Para ello habrá que realizar una tarea ardua y compleja que partiendo de los ingresos obtenidos, en los términos de la ley del gravamen, delimite cuáles de ellos son “ganancia” según el concepto que establece la ley.

Una vez precisado el sentido de la expresión “ganancia” se obtendrá la base de medición o base imponible de la obligación tributaria. En estos términos, la base imponible del impuesto no es otra cosa que la cuantificación de la materia imponible, la cuantificación de la capacidad económica alcanzada por el impuesto. El otro elemento es la alícuota o tasa del impuesto. El legislador, a través de su valoración subjetiva, no sólo aprecia las manifestaciones de capacidad económica para gravarlas, sino que también determina, sobre la base obtenida, cuál es el monto que cada uno debe pagar en concepto de impuesto, cuál es la parte de la materia imponible cuantificada que debe entregarse al Estado en concepto de impuesto. Esta apreciación que efectúa el legislador, nuevamente

---

está expresado por la idea de que cada cual responda según su aptitud de pago” (véase Villegas, ob. cit. en Nota 10, pág. 314).

evidencia el elemento subjetivo siempre presente en materia tributaria. El legislador no tiene pautas científicas para hacerlo. Él ha escogido determinado hecho porque, a su juicio, demostraba una determinada capacidad económica para concurrir al mantenimiento del Estado. Ahora, valora esa manifestación de capacidad económica y fija la medida de la obligación, lo que cada uno debe pagar, a través de la alícuota del tributo. Sobre la manifestación de capacidad económica se establece la medida en que cada uno concurre al mantenimiento del Estado.

Ese y no otro será el monto que el contribuyente debe pagar al estado en concepto de impuesto. Para ello, para garantizar el derecho a que no se le exija otra suma de dinero distinta, el principio de legalidad amparará al contribuyente, asegurando los términos de su concurrencia al mantenimiento del Estado, a través de una ley (principio de legalidad).

Es en virtud de este principio de legalidad que la capacidad contributiva es ahora juridizada y apreciada para describir el hecho imponible y fijar el monto del impuesto y, por tratarse de la capacidad contributiva de un sujeto, éste se transforma en contribuyente. Por ello, desde el punto de vista ético la capacidad contributiva es fundamento del impuesto, pero desde el punto de vista jurídico, además, determina la medida de la obligación tributaria y al sujeto obligado.

A través del principio de legalidad queda plasmado el dato objetivo de la capacidad económica y las apreciaciones subjetivas del legislador.

En definitiva, esta breve consideración permite concretar un concepto ya adelantado, la capacidad contributiva no sólo sustenta el vínculo jurídico de carácter obligatorio entre las necesidades que satisface el Estado y el patrimonio<sup>9</sup> del individuo, sino que también proporciona la materia necesaria para establecer la medida de la obligación.

10.- La capacidad contributiva y la distribución de la carga impositiva.

10.1. El principio de capacidad contributiva está inserto en un tema (de carácter político-económico) mucho más amplio, cuál es el relativo a la distribución de la carga tributaria. La complejidad de los temas que estudian las Finanzas Públicas la puso de manifiesto Benvenuto Grizziotti en su obra "Principios de Ciencia de la Hacienda"<sup>10</sup> al destacar

---

<sup>9</sup> Entendido como capacidad económica global o riqueza total.

<sup>10</sup> Grizziotti, Benvenuto, "Principios de Ciencia de la Hacienda", Ed. D palma, traducción de Dino Jarach, Buenos Aires, 1949.

sus elementos constitutivos: políticos, económicos, jurídicos y técnicos. Aun cuando sostenía que el estudio de las Finanzas Públicas se “economiza cada vez más”, afirmaba que aquellos otros aspectos no podían ser desconocidos<sup>11</sup>. En definitiva, a través de la apreciación de los distintos elementos constitutivos, como debe repartirse la carga tributaria entre cada uno de los individuos que tienen la obligación de concurrir al mantenimiento del Estado.

10.2. Es sabido que se enunciaron distintas ideas sobre este punto y que se constituyeron siempre sobre un concepto básico y fundamental del derecho, el principio de igualdad, cuyas raíces más profundas se encuentran en las concepciones religiosas judeocristianas<sup>12</sup>.

Sobre el presupuesto de la igualdad, para distribuir la carga tributaria, se formularon la teoría del beneficio y de la capacidad de pago (o del sacrificio). Para la primera, los impuestos deben pagarse por el beneficio recibido por las funciones que desempeña el Estado o, más moderadamente por los bienes públicos que brinda el Estado.

10.3. En cambio, la teoría de la capacidad de pago, si bien no negó la posibilidad de los beneficios, enfocó la cuestión desde un punto de vista distinto, cuál es la capacidad de pago (y el sacrificio que siempre representa para el sujeto el pago de los impuestos). En este

Orden de consideraciones no cabe duda que el pago de un impuesto al afectar la capacidad de pago implica un sacrificio para el sujeto que lo realiza, aunque más no sea el sacrificio de un consumo. No podemos dejar de señalar que, en cada momento histórico, las convicciones profundas de la sociedad relativas a los valores políticos, sociales, económi-

---

<sup>11</sup> Neumark Fritz, “Viejos y nuevos problemas de la Ciencia de las Finanzas” (trad. Del Instituto de Hacienda Pública de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del Uruguay de Finanzarchi-Tubingen, 1955, vol.10, N°1 en Selección de Temas de Finanzas Públicas, N° 12 y 13, Montevideo.

<sup>12</sup> La referencia al principio de justicia en materia jurídica, en la mayoría de los casos, significa aludir al principio de igualdad. No cabe ninguna duda que la naturaleza es desigual y que los hombres han agregado a las desigualdades naturales desigualdades de carácter social y económico, pero el principio moral y ético siempre deseado es el de igualdad. Si los seres humanos son iguales ante Dios, infinitamente omnipotente pero infinitamente bueno y justo, que a todos nos trata del mismo modo y nos juzgará con la misma vara –porque cada uno responderá ante Él por lo recibido-, desde el punto de vista jurídico el hombre creó el principio de igualdad ante la ley que propone la superación de cualesquiera de aquellas desigualdades. Así como los hombres son iguales ante Dios, el derecho los hace iguales ante la ley. Y tratándose de una materia tan sensible como la concurrencia de cada uno al mantenimiento del estado, el principio de igualdad se transforma en el principio de justicia tributaria.

cos y jurídicos desempeña un papel trascendente en la materia que analizamos.

10.4. La teoría del beneficio asignará con corrección aquella parte de la recaudación que cubre el costo de los bienes públicos prestados por el Estado porque los contribuyentes pagarán los impuestos en la medida del beneficio recibido, pero la suma pagada no contemplará la redistribución. La teoría se despreocupa de este último aspecto, salvo que se pretenda -como presupuesto de la teoría- que la realidad muestra una adecuada redistribución del ingreso nacional.

En cambio, la teoría de la capacidad de pago, si bien no resuelve (tan ajustadamente como la anterior) el problema de la provisión de bienes públicos porque muchos individuos no pagarán tributos aunque reciban bienes públicos, enfrenta con ventaja en relación a aquella otra teoría, la cuestión redistributiva.

11.- Los expositores de la teoría de la capacidad de pago siempre mostraron una gran preocupación por establecer elementos que permitieran determinar la capacidad contributiva de cada individuo. Expresar, de un modo conceptual, sin más aditamentos que se paga por el beneficio o sacrificio soportado no aporta datos ciertos para poder concretar dicho beneficio o sacrificio en una magnitud que permita determinar la medida del tributo porque ambos conceptos son subjetivos. ¿Quién valora la capacidad de pago? ¿Quién valora el beneficio recibido? . Por ello, en la evolución de la teoría de la capacidad contributiva se trató de objetivar elementos ciertos que fueran expresión de la capacidad económica. En otras palabras, ante la insuficiencia de las simples manifestaciones teóricas, la doctrina buscó exteriorizaciones de la capacidad económica que permitieran medir la concurrencia de cada uno al mantenimiento del Estado.

En el desarrollo de la búsqueda de elementos objetivos existió una coincidencia que, sin lugar a dudas, puede enunciarse como universal. La doctrina encontró que la capacidad económica global o el poder económico o riqueza total de los individuos para concurrir al mantenimiento del Estado se exterioriza objetivamente en la renta, el patrimonio y el consumo. Los dos primeros son manifestaciones ciertas y concretas de riqueza. El tercero, constituye una manifestación presunta. El consenso generalizado de la doctrina hoy es consenso de la legislación universal. Los impuestos gravan rentas, patrimonios y consumos porque a través de ellos se exterioriza el bienestar económico de un individuo y en relación a los impuestos que gravan la renta, -y sin perjuicio de las limitaciones que resultan de las observaciones de Musgrave<sup>13</sup>, también la idea

---

<sup>13</sup> Musgrave, ob.cit.pág.280.

de progresividad tuvo difusión universal y hoy en todas las naciones el impuesto a la renta de las personas físicas (y en nuestro país también de las sucesiones indivisas) es un impuesto con escalas progresivas de alícuotas

12.- Si bien se sostiene que el concepto de capacidad contributiva es vago e impreciso, nadie puede pretender ignorar que con el principio se pretende lograr una distribución justa de la carga tributaria. En este punto, y teniendo en cuenta que estamos en presencia de la institución jurídica "impuesto" y que la capacidad contributiva constituye la causa fin de esta obligación jurídica, no puedo dejar de señalar que se trata de un principio jurídico indeterminado<sup>14</sup>.

Como tal, es susceptible de interpretación jurisdiccional y en definitiva serán los tribunales los que, en cada caso, establecerán si se lo ha quebrantado o no.

En el caso de los principios indeterminados de ningún modo puede entenderse que no son susceptibles de determinación en cada caso particular. La cuestión que plantean es que su caracterización precisa requiere del análisis de un conjunto de circunstancias que deben ponderarse en el marco del contexto en que se aplica el principio.

En nuestro caso, ese análisis no depende de razones de carácter puramente económico, porque como en toda la actividad financiera del estado concurren elementos de carácter político, económico, jurídico, administrativo, social y psíquico que son los que explican cada uno de los fenómenos financieros.

En alusión a esta clase de principios, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, con referencia a uno de ellos, contenidos en el texto de la Constitución, sostuvo que:

"La norma constitucional,...se refiere al concepto de justicia social, que pertenece, en apreciación del Pleno, a la categoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados, que, como se sabe, constituye una técnica que utiliza el ordenamiento, cuya concreción debe darse, caso por caso, si es en el terreno jurisdiccional o al llenar de contenido la reglamentación legal bajo el concepto jurídico indeterminado que se ha

---

<sup>14</sup> 14 15 González García, Eusebio, Conferencia dictada en la Asociación Argentina de Estudios Fiscales el 19 de agosto de 1994. Véase "Serie de Conferencias sobre Derecho Tributario", publicación de la mencionada Asociación, Buenos Aires, 1994, pág.46

dejado expuesto. El ordenamiento jurídico ofrece innumerables ejemplos de los conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo: 'buena fe', 'la diligencia de un buen padre de familia', 'el precio justo' en la indemnización, etc. Naturalmente que el criterio de justicia social deberá ser analizado al momento de verificar de qué manera ha regulado la ley los aspectos específicos, a través de normas singulares. Y debe determinar, mediante el análisis de la norma específica en desarrollo del concepto jurídico indeterminado, que se ha respetado el concepto esencial del precepto"<sup>15</sup>.

García de Enterría y Fernández <sup>16</sup> al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, explican que: "... la aplicación de conceptos Jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional". "... Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley..."

---

<sup>15</sup> Corte Suprema, Pleno. Sentencia de 31 de enero de 1997. Caso: demanda de inconstitucionalidad promovida por Genaro López y otros contra la Ley 44 de 1995. MP. Rogelio Fábrega. GO. No. 23,307, de 11 de junio de 1997. Javier Ernesto Sheffer Muñón ha señalado que "... la Carta Fundamental panameña hace referencia en múltiples normas en ella insertadas a conceptos como: "bienestar social", "utilidad pública", "interés colectivo", "interés social", y otras similares que connotan de algún modo el Estado social de derecho preconizado por su base filosófico-política. Lo que en mi concepto más que reafirmar la indefinición, vaguedad, de tales expresiones, significa una apuesta constante y decidida por que se cumplan los fines del diseño constitucional, para lo que las autoridades administrativas, los operadores judiciales y el legislador deben tener presente la finalidad expuesta, normas que, de ningún modo, pueden entenderse vaciadas de contenidos operativos" (véase "Normas y principios del Derecho Administrativo en la Constitución panameña", en [http://www.expresionesamp.net/GlobalPages/files/derechoadmin\\_sheffer.doc](http://www.expresionesamp.net/GlobalPages/files/derechoadmin_sheffer.doc)).

<sup>16</sup> "Curso de derecho administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1998. Tomo I. p. 450

La ciencia económica conoce el concepto de “capacidad contributiva”, lo contrasta con la realidad legislativa y lo analiza a través de estudios econométricos y matemáticos. Los modelos econométricos lo confrontan de modo permanente con el conjunto de valoraciones contenidas en el mismo principio y los economistas deben agudizar su ingenio para proponer las variantes necesarias en lo estrictamente técnico para que la legislación se correlacione con el valor “justicia” contenida en el principio. Es el caso de Musgrave con su alternativa de la función de utilidad de la renta o de bienestar social.

Desde el punto de vista económico pretender que el principio establezca cuanto debe pagarse y cuanto debe pagar cada uno es pedirle al principio lo que el principio no puede brindar. Lo que el principio expresa es una aptitud que, en cada caso, el legislador aprecia y encuentra expresada en hechos o circunstancias de carácter económico que la exteriorizan.

El análisis jurídico explica que la “capacidad contributiva absoluta” constituye el fundamento del impuesto y que cuando el legislador escoge una manifestación de bienestar económico para crear un impuesto, entonces surge lo que Matías Cortés Domínguez denomina “capacidad contributiva relativa” que es aquella expresión de bienestar económico que el legislador transforma en hecho imponible y Sobre su cuantificación determina el monto del impuesto. Es claro que siempre existe una apreciación subjetiva del legislador, cuando a partir del hallazgo de un dato objetivo que exterioriza el bienestar económico, lo transforma en una obligación jurídica de dar una suma de dinero<sup>17</sup>.

A esta altura de la exposición que vengo desarrollando, debo señalar que en el derecho positivo argentino, en el marco del análisis teórico que se efectúa, no es posible prescindir del principio de capacidad contributiva porque por un lado existe un importante aporte de los autores que afirman la existencia y vigencia del principio y, por otro, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que constituye un principio de validez de los impuestos<sup>18</sup>.

Finalmente, en relación al fundamento último de las críticas que se le formulan no podemos dejar de señalar que siempre los fenómenos

---

<sup>17</sup> Cortés Domínguez, Matías, “Ordenamiento Tributario Español”, Ed. Tecnos, S.A. 1968, Madrid, España, págs. 28/29. En el mismo sentido, “Lecciones de Derecho Financiero” de Fernando Sainz de Bujanda, Edición de la Universidad Complutense, Madrid, España, 1979, págs. 152/153; González García, Eusebio y Lejeune, Ernesto, ob. cit. pág. 158.

<sup>18</sup> CSJN, causa “Navarro Viola”, en Fallos 312:2467.

económicos al ser regulados por el derecho contienen elementos normativos que implican los valores (jurídicos) de un determinado momento de la vida social de una nación. Como señala Jarach no es "...un cascarón vacío de contenido, ya que éste corresponde precisamente a los fines y propósitos de la política fiscal"<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Jarach, ob.cit. en la Nota 3, pág.301. Véase, en sentido coincidente la Conferencia de Eusebio González García citada en la Nota 15.



-

# **LA LIBERTAD Y LOS DERECHOS HUMANOS**

ARMANDO PADILLA Z.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá (1992).

Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) del Ministerio de Asuntos Exteriores del gobierno español, para cursar estudios de postgrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. También cursó estudios de postgrado en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid (1994-1995).

Profesor visitante del Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal de la Universidad de Salamanca y conferenciante en la Universidad Pública de Navarra, Pamplona.

Profesor asesor del equipo de estudiantes de la USMA en el III Concurso Internacional Eduardo Jiménez de Aréchaga, auspiciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica (1999).

Secretario de Actas de la Asociación Panameña de Derecho Constitucional (APADEC).

Entre sus publicaciones destaca "Interpretación Constitucional", varios autores, Editorial Mizrachi & Puyol, Panamá, 1999.

Desde 1997, Profesor de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional de la Universidad Santa María la Antigua (USMA) y, actualmente, Juez Segundo Penal de Adolescentes de Panamá del Órgano Judicial.

---

## 1. Las distintas expresiones de la Libertad.

El significado de la Libertad se remonta a la histórica diferenciación entre libres y esclavos. En la antigüedad, la libertad era lo opuesto a la esclavitud. Los esclavos eran aquellos cuya voluntad dependía de los hombres libres, es decir, estaban bajo la propiedad de un dueño o amo. Aristóteles sostenía que “El que por una ley natural no se pertenece a sí mismo, sino que, no obstante ser hombre, pertenece a otro, es naturalmente esclavo.”<sup>1</sup>

Los esclavos eran mero patrimonio y, como tales, un medio para la realización de los fines de otros. En cambio, los libres son aquellos a quienes se les reconoce un fin en sí mismo y puede perseguir sus objetivos individuales o colectivos sin que sus actos o voluntades queden sometidos a otra persona.

En cuanto al origen de la expresión Libertad, debemos tener presente que los griegos utilizaron el término “libre” para designar al hombre no esclavizado, mientras que el adjetivo latino *liber* deriva de *liberto*, el cual se aplicaba al “hombre en quien el espíritu de procreación se halla naturalmente activo”, de modo que esta interpretación explica porqué para el joven, al incorporarse a la comunidad como ciudadano libre, recibía la toga viril o *toga libera*.<sup>2</sup>

Pero, desde entonces, el uso de la expresión “Libertad” ha evolucionado y se le ha aplicado a distintos contextos, incorporando otros usos.

Actualmente, la Real Academia Española define la Libertad como: 1. f. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. 2. f. Estado o condición de quien no es esclavo. 3. f. Estado de quien no está preso. 4. f. Falta de sujeción y subordinación. A los jóvenes lo pierda la libertad. 5. f. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. *La Política*. 18a. Edición. Espasa-Calpe, Madrid, 1989, p. 26.

<sup>2</sup> José FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía de bolsillo*. 2A edición, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1985, P. 463.

<sup>3</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)

Estas distintas acepciones se deben en gran medida a la evolución del pensamiento político. El liberalismo burgués entendía la libertad como la ausencia de coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro, especialmente si esa presión provenía del poder del Estado. Esta condición (la de libertad) permitía al individuo realizar sus propios designios, desarrollar sus potencialidades y cumplir sus objetivos individuales o colectivos sin estar sometido al poder público. Recordemos que esta interpretación posibilitó el desarrollo del modelo económico liberal, a partir de principios básicos como la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación en la esfera de las obligaciones civiles. Pero, con la reorientación del liberalismo burgués hacia contenidos sociales y democráticos, fenómeno llevado a cabo con la universalización del sufragio (la inclusión del voto de los no propietarios, de las mujeres y más recientemente de los excluidos sociales), el concepto de autonomía de la voluntad recuperó su dimensión política. Es decir, el significado clásico y tradicional de la libertad (como facultad de obrar en uno u otro sentido), se ha ampliado para incluir otras acepciones, incorporadas gracias a la construcción del posterior pensamiento democrático (libertad como facultad de decidir en una u otra dirección).

Estas distintas expresiones de la libertad comparten, como denominador común, la ausencia de coerción sobre el individuo o sobre la propia sociedad, sea para que haga o no algo, o para que decida en uno otro sentido.

## **2. Beneficios y límites de la libertad.**

La ausencia de las presiones externas, según el liberalismo, ofrece oportunidades a las personas para que aprendan hechos que ignoran, aumentando las posibilidades de encontrar soluciones a problemas personales, sociales, políticos, culturales o económicos. Hayek sostenía que con la libertad, la sociedad libre puede hacer mucho más conocimiento del que la mente del más sabio de los legisladores pudiera abarcar.<sup>4</sup>

Precisamente el clima de libertad permite encontrar la verdad y la razón. Cabe destacar que en los Estados autoritarios, que no reconocen la libertad, se suprimen opiniones que pueden ser verdaderas, pues la autoridad cree tener la verdad absoluta. Stuart Mill proclamaba una verdad de a puño: “Toda época ha sostenido opiniones que las épocas posteriores han considerado ser, no sólo falsas, sino absurdas; y es tan cierto que muchas opiniones ahora generalizadas serán rechazadas en épocas

---

<sup>4</sup> Friedrich HAYEK. *Los Fundamentos de la Libertad*. 5ª. Edición, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1991, p. 50.

futuras, como que muchas que lo estuvieron en otro tiempo están rechazadas por el presente”.<sup>5</sup>

Fíjense que la libertad no solo resulta aprovechada por el individuo o colectivo para cumplir sus propias metas, sino que también beneficia a los demás porque les permite incorporar estos nuevos conocimientos, los que pueden contribuir a su propio desarrollo. Aplicando términos económicos, el liberalismo está convencido de la conveniencia de la existencia de un libre mercado de ideas que permita formular críticas a la autoridad mediante el debate público, vía útil para enmendar errores políticos y contribuir al desarrollo de la comunidad.

Ahora bien, la concurrencia de libertades produce un inevitable conflicto entre unas y otras. De ahí la necesidad de ajustarlas que para que encajen en un todo armónico y, por tal motivo, el Estado puede regularlas. Este ajuste hace que las libertades se conecten entre sí y se ejerzan conjuntamente. Mediante su regulación, se entrelazan en un esquema que garantiza su goce igualitario.

Así como un rompecabezas solo puede armarse si cada pieza encaja en su lugar, las sociedades democráticas se perfeccionan cuando el derecho de cada persona está protegido por igual. Y es que la idea de indivisibilidad de los derechos humanos apunta al disfrute igualitario de todos los derechos.

Por ejemplo, la libertad de expresión encuentra sus límites en la honra ajena; la libertad de reunión y manifestación en la propiedad de terceros y así sucesivamente. En una democracia, los derechos propios no pueden ser ejercidos a costa de los derechos de los demás. Debe haber un equilibrio entre los intereses contrapuestos que conlleven a la máxima realización de los derechos a todas las personas.

En los próximos apartados examinaremos las distintas caras de la libertad y su importancia dentro del contenido de los derechos humanos.

### **3. La libertad negativa, como facultad para hacer o no hacer**

Esta forma de libertad surge en la modernidad, con la aparición de los derechos individuales formulados en el contexto del liberalismo burgués. La Libertad negativa consiste en la capacidad de obrar o no sin coacciones, sea que procedan de interferencias o impedimentos externos.

---

<sup>5</sup> Hohn STUART MILL. *Sobre la Libertad*. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994, p. 79.

El pensador Isaiah Berlin (aunque la llamaba libertad política) la definía con mucha precisión como “El campo dentro del cual un hombre puede actuar sin obstrucciones de otros. Si otras personas me impiden hacer lo que de otro modo haría, en esa medida no soy libre; y si este campo es limitado por otros más allá de cierto mínimo, puede describirse como víctima de la coerción, o quizás esclavizado.”<sup>6</sup>

Esta idea de libertad supone que existe un espacio en el que no pueden ingresar otras personas para imponer su voluntad, ya sea para *impedir* que hagamos aquello que deseamos hacer o para *obligarnos* a hacer algo que no deseamos. Así, por ejemplo, si uno desea ir al cine o tomar un café, hay libertad porque no hay nada que lo impide. En cambio, si simplemente uno desea disfrutar de la lectura de este libro, se es libre porque no hay mandato que obligue abandonar tan reconfortante estado.

Estos ámbitos inviolables, adquieren una relevancia en el contexto de los derechos humanos, ya que si nos detenemos un momento vemos que aparecen ante nosotros dos formas distintas de libertad negativa<sup>7</sup>:

**a) Por ausencia de impedimentos u obstáculos.**

Los impedimentos son circunstancias que hacen imposible realizar una acción. Materialmente, imposibilitan que el individuo realice la actividad deseada, obstruyendo la realización del acto. En cambio, los obstáculos, aunque no impiden del todo la acción, en cierta forma la perturban, estorban o dificultan.

Una clara situación de libertad negativa, por ausencia de impedimentos, la encontramos en la vigencia del derecho a la *libertad personal*. Según el artículo 21 de la Constitución Política “Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley.” Es decir, la regla general es el estado de libertad de los ciudadanos sin que existan impedimentos a su ejercicio. Consiguientemente, se consideran obstáculos ilegítimos al disfrute de este derecho las detenciones arbitrarias, sea porque no constan órdenes escritas expedidas por autoridad competente o que la privación de libertad exceda las veinticuatro horas sin que el individuo sea puesto a órde-

---

<sup>6</sup> Isaiah BERLIN. *Dos Conceptos de libertad* en Anthony QUINTON, Filosofía Política, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 217.

<sup>7</sup> Esta clasificación la extraemos de Norberto BOBBIO en *Libertad e Igualdad*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1993.

nes de la autoridad. Igualmente, vemos la libertad negativa por ausencia de impedimentos en la *libertad de expresión*. Según este derecho, toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, “sin sujeción a censura previa” (artículo 37 ídem); de modo que la inexistencia de estos impedimentos ilegítimos (censura previa), entraña el goce de la libertad de expresión.

Vemos que en casos como estos, la ausencia de obstáculos define el estado de libertad.

### **b) Libertad negativa por ausencia de obligaciones o mandatos.**

Esta variante de la libertad significa que contra las personas no hay mandatos que les exija hacer o no algo sin su consentimiento. Es la otra cara de la moneda, pues se refiere a que uno no puede ser constreñido a realizar un comportamiento no deseado.

En nuestro sistema jurídico, existen derechos que explícitamente recogen esta forma de libertad negativa. Por ejemplo: *el derecho a no declarar contra sí mismo o pariente cercano*. Esta libertad, contenida en el artículo 25 de la Constitución, implica que la autoridad no puede compeler a la persona a prestar una declaración dentro de un proceso penal, policivo o correccional que comprometa su responsabilidad o la de un familiar cercano. Esta garantía es esencial dentro del derecho de defensa, porque pone a salvo al individuo de presiones físicas o psicológicas que afecten la presunción de su inocencia.

Otro derecho explícito lo encontramos en la *objeción de conciencia a favor de los panameños por naturalización*. Según el artículo 16 de la Constitución Política, los panameños por naturalización no están obligados a tomar las armas contra su país de origen.

Finalmente, otra muestra representativa lo constituye el derecho de asociación y que consiste en la libertad para formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral. Si bien constituye un derecho asociarse, también lo es no asociarse y en ese sentido, el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene expresamente que “*Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.*”

Aunque existen derechos explícitos por ausencia de obligaciones, debemos advertir que en la mayoría de los casos se presenta como resultado del ejercicio de la libertad negativa por ausencia de impedimentos u obstáculos. La ausencia de “mandatos” es consecuencia de la ausencia de “impedimentos”. Aunque la normativa constitucional no lo diga expre-

samente, es lógico que si una persona es libre para hacer algo, también lo es para no hacerlo. Este ejercicio lo podemos hacer con cada uno de los derechos individuales, constatando que si un individuo es libre para hacer algo, también goza de libertad para no hacer lo que no desea.

#### **4. La libertad positiva, como facultad para decidir o querer algo**

La libertad positiva no se refiere a la acción humana (hacer o no algo), sino a la voluntad (querer o no algo). Bobbio la define como "...la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros."<sup>8</sup>

A esta libertad quizás se le conozca mejor como "autonomía" o "autodeterminación" y consiste en la libertad de decisión en el plano personal, privado o público. Diariamente, las personas adoptan decisiones dentro de su esfera más íntima, pero también en su relación con los demás particulares y de manera colectiva al decidir asuntos políticos, factas que explicaremos cada una a continuación:

##### **a) La autonomía de la voluntad en el ámbito personal.**

La autonomía personal implica que la persona, individualmente, es libre porque puede decidir por sí misma, ya que no está subordinada a nadie. En palabras de Galvis, el individuo puede normarse a sí mismo, poseer la directiva de su acción, presentarse ante los demás con dominio de sus actos y puede orientar su voluntad hacia un objetivo.<sup>9</sup> Mientras que Alexy la define como el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia y trata de la elección individual acertada y la realización de una concepción personal del bien.<sup>10</sup>

En la perspectiva personal, la autonomía de la voluntad permite precisar qué ideales, proyectos o convicciones realizarían nuestra concepción de lo bueno, para encaminarnos a la felicidad. Esta decisión posibilitará, posteriormente, ejercer la libertad negativa: una vez que la persona delibera y decide sus obligaciones morales, después ejecutará acciones externas, obrando en una u otra vía. Por tanto, las acciones expresan decisiones del fuero interior.

---

<sup>8</sup> Norberto BOBBIO. Ob. Cit. p. 100.

<sup>9</sup> Ligia GALVIS. Ob. cit., p. 31.

<sup>10</sup> Robert ALEXY. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 64.

En el nivel ético, la voluntad debe estar guiada por el imperativo categórico kantiano que reza: “Obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”<sup>11</sup> Dicho en otras palabras, nuestras propias acciones las debemos considerar también válidas para los demás y, viceversa, lo que no es válido para los demás, tampoco lo debe ser para nosotros mismos.

Las ideas kantianas de la universalidad suponen que el ser humano elabora un código moral y juzga sobre su conveniencia. Este proceso de elaboración de la voluntad debe estar exento de presiones externas, permitiendo que cada individuo elija su propio proyecto de vida, permitiendo que sean los mismos ciudadanos quienes se erijan en su propio legislador y juzgador moral.

Estas concepciones condensan las oposiciones del liberalismo frente a la pretensión del Estado y la sociedad de imponer una determinada concepción de vida buena. Basta recordar que la sociedad medieval estaba caracterizada por la ausencia de libertad individual ya que las personas estaban ligadas a una función dentro del orden social. No había posibilidad de movilidad social de una clase a otra y tenían dificultades para emigrar de un sitio a otro, viéndose obligado a permanecer en el lugar de su nacimiento.

Tal como revela Erich Fromm, en la sociedad medieval el artesano debía vender a un cierto precio y el campesino hacer lo propio en el mercado de la ciudad. La vida personal, económica y social se hallaba dominada por reglas y obligaciones a las que prácticamente no escapaba esfera alguna de actividad. Una persona se identificaba con su papel dentro de la sociedad; era campesino, artesano, caballero y no un individuo a quien le había ocurrido tener esta o aquella ocupación. En cuanto a los intereses económicos, éstos estaban subordinados al problema de la vida que es la salvación, entendiendo que la conducta económica es un aspecto de la conducta personal, sometida a las reglas de la moralidad, por lo que toda actividad económica está relacionada con un fin moral.<sup>12</sup> En este contexto surgió la libertad de profesión u oficio como posibilidad que tiene el individuo de diseñar por sí mismo su propio proyecto de vida.

En ese mismo escenario también aparece la libertad religiosa. Muy valiosa es la reflexión de John Locke en su célebre *Carta sobre la tolerancia* al sostener que el Estado no podía extender su poder hasta la salvación

---

<sup>11</sup> Immanuel KANT. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. 9ª edición. Epasa-Calpe, S.A., Madrid, 1990, p. 92.

<sup>12</sup> Erich FROMM. *El miedo a la Libertad*. Ediciones Paidós, S.A., Barcelona, p. 58 y 70.

de las almas, siendo ilusorio pensar que el castigo o la fuerza eran adecuados para convencer a los individuos: “Toda la vida y el poder de la verdadera religión consiste en la persuasión interior y completa de la mente, y la fe no es fe si no se cree”<sup>13</sup>.

La tolerancia, como derecho fundamental a la libertad de conciencia y religión, consiste en la posibilidad que tiene una persona para conservar, cambiar, profesar y divulgar su religión o creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado<sup>14</sup>, derecho que surgió en oposición a las persecuciones religiosas originadas desde el medioevo y que han desatado desde entonces incontables conflictos de carácter global.

Debemos tener presente que para alcanzar la tolerancia, la humanidad ha experimentado desde la *resignación* a la diferencia; la *indiferencia* mediante actitudes pasivas; la *aceptación* estoica al multiculturalismo; hasta la *admisión entusiasta*<sup>15</sup>, escalón que considera la diferencia como una condición necesaria del pleno desarrollo humano y que ofrece diversas opciones que hace significativa la autonomía de las personas.

Esta aceptación de las cualidades de los demás trasciende el mero “soportar” a quien tenga ideales de vida distintos, sino que también debe implicar el interés por comprender esos proyectos aunque no expresen perspectivas que uno comparta. De no ser así, la tolerancia se distorsiona, ya que genera sentimientos de supremacía sobre el tolerado, ubicándolo en posición de inferioridad. Todo lo contrario, la tolerancia debe traducirse en gestos de respeto y de consideración igualitaria unos con otros.

## **b) La autonomía privada**

La autonomía privada supera el fuero interno del individuo, pues implica una relación con las personas en el nivel particular. Debemos señalar que el reconocimiento de este ámbito de libertad surge en primer lugar, para preservar las relaciones que están dotadas de un interés patrimonial, especialmente aplicada en la libertad de contratación y dominio.

En el ámbito del derecho privado, el ordenamiento jurídico le confiere al individuo la facultad de gobernar sus propios intereses, dictando su ley

---

<sup>13</sup> John LOCKE. *Carta sobre la Tolerancia*. 3ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1994, P. 10.

<sup>14</sup> Artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>15</sup> Michael WALZER. *Tratado sobre la Tolerancia*. Editorial Paidós, S.A., Barcelona, 1998, p.25.

en su propia esfera jurídica. De esta manera, los particulares configuran el orden jurídico a través de los *contratos*, escenario en los cuales los propios particulares establecen deberes y derechos entre sí como medio para recibir y transmitir patrimonio. Los contratos, en general, contienen cláusulas que son definidas por los propios individuos, quienes gozan de autonomía para establecer las reglas que han de regir la relación jurídica.

A juicio de Diez-Picazo y Gullón, el llamado principio de la autonomía de la libertad se puede dar en dos sentidos: en primer lugar, como poder de *constitución* de relaciones jurídicas, ya que los individuos pueden crearlas, modificarlas o extinguirlas; y por otro lado, como un poder para *reglamentar el contenido* de las relaciones jurídicas, estableciendo deberes y derechos entre las partes.<sup>16</sup>

La llamada autonomía de la voluntad en el derecho privado está presente en la cadena de contratos que generan los particulares en una sociedad donde rige la libertad económica. Estos actos de elección se realizan en el mercado, sitio en el que concurre la oferta y la demanda. Allí se ofrece propiedad, insumos para la producción, bienes en general o servicios y, en el otro extremo, quienes los demandan ofrecen un precio. El acuerdo alcanzado resulta amparado por reglas que van a regir esa relación jurídica, ya sea de manera formal, escrita o verbal.

La autonomía de la voluntad en el derecho privado encuentra concreción, por ejemplo, en el artículo 195 del Código de Comercio que establece que las partes quedan obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse; mientras, el artículo 1106 del Código Civil prescribe que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

Se debe precisar que las normas creadas por los particulares se encuentran ubicadas en una escala jerárquica inferior al derecho estatal, por lo que dichas regulaciones no alcanzan a la sociedad en general, sino únicamente a los particulares.

Pero, además, debe advertirse que existen ámbitos que quedan excluidos del alcance de la libre configuración, pues el derecho oficial establece estándares que no pueden ser mutados por los particulares. En consecuencia, el Estado está legitimado para intervenir en el mercado, sea para garantizar los derechos de los trabajadores, corregir la distribución del ingreso o asegurar la libre competencia. De esta forma, los derechos

---

<sup>16</sup> Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Euditorial Tecnos, S.A., Madrid, 1984, p. 376.

sociales equilibran la relación social debido a que aspiran a crear condiciones de igualdad que sean compatibles con la dignidad humana.

Precisamente, en el ámbito de los derechos de naturaleza social, si bien los particulares pueden celebrar acuerdos y regular sus relaciones entre sí, no pueden vulnerar el orden jurídico considerado de carácter público y de interés social. Así, por ejemplo, el artículo 71 de la Constitución considera nulas y, por tanto, no obligatorias para los contratantes, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, adulteración o dejación de algún derecho reconocido a favor de los trabajadores.

Es decir, existen ámbitos que pueden ser configurados por los particulares, pero otras decisiones especialmente, respecto a derechos de naturaleza social, escapan a dicha autonomía y pasan a ser áreas protegidas por el Estado con el claro propósito de corregir desigualdades.

### **c) La autonomía política**

La autonomía política es un tipo de libertad ejercida por las colectividades y encarna la transferencia de la autonomía individual al plano político. En ese nivel, las sociedades son libres porque pueden gobernarse así misma sin interferencia de otra, elaborando su propia voluntad en un nivel colectivo.

La primera y quizás la más fundamental de las decisiones colectivas es la constitución del Estado a partir de la voluntad popular. Este acto de asociación tiene su origen en el pueblo quien decide establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en cuya estructura participa el propio pueblo, de modo que quienes ejercen el poder son agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios.<sup>17</sup>

Una vez constituida la organización estatal, la elaboración de la voluntad política continúa durante el proceso de toma de decisiones relativas a la conducción y administración del Estado. Este asunto ha ocupado el pensamiento político occidental durante siglos. En la antigüedad, los atenienses practicaban la llamada democracia pura o directa porque todos los ciudadanos podían ocupar cargos públicos y porque reunidas en una plaza votaban sobre las leyes de la *polis*. En las democracias occidentales, los ciudadanos más que participar en el gobierno, influyen sobre él mediante el ejercicio de los derechos políticos: eligen representantes para que éstos hagan efectivos los intereses generales. En realidad, no se trata del gobierno del pueblo, sino de personas autorizadas por éste

---

<sup>17</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 3ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, p. 44.

para gobernar, quienes acceden al poder a través del voto dentro de una competencia por el liderazgo político que se desarrolla en condiciones de igualdad.<sup>18</sup>

En las democracias electorales se garantiza una libre competición entre elites políticas para conseguir el apoyo de los ciudadanos. En ese sentido, se justifican los derechos políticos porque permiten una competición igualitaria, donde el poder lo confiere el voto y quienes eligen tienen a su disposición varias opciones políticas, para lo cual prevalece la libertad de información y no existe la coacción contra ningún participante.

Nuestra Constitución consagra un catálogo completo de derechos políticos que garantizan el ejercicio de la ciudadanía sin distinción de sexo (artículo 131); establece que el sufragio es libre, igual, universal, secreto y directo (artículo 135); y se reconoce que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumentos fundamentales para la participación política, sin perjuicio de la postulación libre (artículo 138).

Este proceso democrático de elaboración de la voluntad colectiva nos lleva a una consecuencia política fundamental: al ejercicio de la soberanía. Este elemento que, como parte consustancial a la existencia del propio Estado, significa que el Estado asume el monopolio de las decisiones que afectan a la comunidad, sin que reciba órdenes o mandatos con fuerza legal de ningún otro individuo o colectivo.

No está de más recordar que la soberanía se presenta en el nivel interno y que implica que el Estado ejerce su autoridad sobre todas las personas que lo integran y tienen una superioridad jerárquica sobre cualquier otro tipo de organización; y, a nivel externo, el Estado es independiente a toda dominación jurídica de otro Estado.

---

<sup>18</sup> Ángel RIVERO. *Representación Política y Participación* en Rafael DEL AGUILA, ob. cit., p. 209.



-

**CONSIDERACIONES EN TORNO  
A LA FÓRMULA DE ASIGNACIÓN  
DE CURULES EN LOS  
CIRCUITOS PLURINOMINALES**

ANTONIO ARIEL SANMARTÍN MÉNDEZ.



En el marco de la Reformas al Código Electoral, se discutió entre otros aspectos, el difícil tema de la asignación de curules en los circuitos plurinominales para la Asamblea Nacional de Diputados, lo que corresponde a la fórmula de representación proporcional. Es decir, el antiguo artículo 292 del Código Electoral vigente para las elecciones de 2004, y otras disposiciones concordantes de naturaleza constitucional y electoral.

La Comisión Nacional de Reformas Electorales, para febrero de 2006, llegó al consenso de modificar el artículo 292, en el sentido de volver a la fórmula que se utilizó para las elecciones de 1989. El objetivo del presente estudio del caso: “Consideraciones en torno a la fórmula de asignación de curules en los circuitos plurinominales”, es el de exponer los estudios técnicos que desarrolló el equipo de abogados de la Comisión Nacional de Reformas al Código Electoral<sup>1</sup>, entendiendo el valor que representa para la democracia panameña el poder estudiar y analizar uno de los temas más importantes y sensibles del quehacer político nacional.

## I. Conceptos fundamentales del sistema de representación proporcional

¿Cuál es el principio fundamental del Sistema de Representación Proporcional? Es simple: Darle oportunidad a las minorías, a través de los partidos medianos y pequeños para que participen en los procesos de toma de decisión que suceden en las Asambleas Legislativas. Esta participación política se logra a través de **la relación de proporcionalidad entre votos y escaños<sup>2</sup>**; es decir, en la Asamblea, los escaños deben guardar proporción con la distribución de votos entre los partidos. La discusión es ¿Qué tanto debe ser proporcional? ó ¿Qué tanto nos podemos acercarnos a ese ideal?

Esta discusión es de grueso calibre y no existe consenso en la doctrina. Como me decía en una conversación sobre el tema, el Dr. Harry Brown: “Todo depende de lo que se entienda por democracia”. Los defensores del sistema proporcional consideran más democrático darle efectiva participación política a las minorías. En cambio, los detractores opinan que

---

<sup>1</sup> Conformada por los abogados Ricardo Callender, Javier Ordinola, Virna Luque, Rebeca Gouldbourne, Adalgiza Ballesteros y Antonio Sanmartín.  
<sup>2</sup> SARTORI, Giovanni, Partidos y sistemas de partidos, Alianza Universidad, Madrid, 1976.

el sistema proporcional, al permitir la excesiva participación de las minorías, puede llegar a provocar inestabilidad política y serias crisis de gobernabilidad, por la existencia de multipartidismos extremos. Por ejemplo, Alfredo Joignant de la Universidad de Chile, señala el ejemplo de cómo el multipartidismo extremo y polarizado, generado por el sistema de representación proporcional chileno, influyó considerablemente en la crisis política de 1973, que luego desembocó en un golpe de Estado. De hecho, la actual ingeniería electoral chilena se dirige hacia la estabilidad política a través de un sistema binominal esencialmente mayoritario. En ese mismo sentido, se pueden mencionar los ejemplos de las crisis políticas de Alemania e Italia durante las décadas del 20' y 30' del siglo pasado, y de la Francia anterior a las reformas de De Gaulle.

En cambio, los defensores de las democracias mayoritarias anglosajonas, se pronuncian a favor de sacrificar la participación de las minorías, para obtener una mayor estabilidad política. Pero ¿esto es más democrático? ¿Dónde queda la legitimidad cuando son elegidos diputados con el 30% de los votos? ¿Qué hay con el otro 70% de los votantes?

Debemos tomar como axioma: Para sentar las pautas de la ingeniería electoral que se quiere diseñar, se debe identificar cuál es el tipo de representación política a que se aspira y cuál es el que más se ajusta a la cultura y las necesidades de cada pueblo. Pero, semejante debate escapa del objeto del presente estudio, y amerita una evaluación aparte, a la cual nos pronunciaremos en otra oportunidad.

Por lo pronto, haremos un diagnóstico de la realidad de nuestro sistema de representación proporcional en los circuitos plurinominales, y expon-dremos las posibles alternativas para mejorar su proporcionalidad en atención a la fórmula de adjudicación de curules.

Es muy importante recordar que en la proporcionalidad del sistema, influyen cuatro factores: Sistema de partidos históricamente constituidos, el tamaño de la circunscripción (en cuanto a su densidad y la proporción de escaños por electores), la voluntad popular y **la fórmula de asignación de curules**<sup>3</sup>.

Reiteramos, nuestro interés es el de estudiar la fórmula de asignación de curules. No obstante, vamos a hacer algunas aproximaciones sobre los otros tres factores. En principio, cada factor influye en el otro y viceversa; se trata de variables dependientes. Por ejemplo, el sistema de partidos sea este multipartidista o bipartidista, es el resultado de la influencia de

---

<sup>3</sup> NOHLEN, Dieter. Los Sistemas Electorales en América Latina y el Debate sobre Reforma Electoral. Instituto Universitario Ortega y Gasset. Papeles de Trabajo, América Latina. Santiago de Chile. 1999.

los otros tres factores, y a su vez también influye en la proporcionalidad del sistema. De nada sirve tratar de canalizar el tamaño de los circuitos y la fórmula repartidora hacia un sistema proporcional multipartidista, si el resultado proyectado es diferente, ya sea por la voluntad popular, por el tipo de circunscripción existente o por la colocación de los partidos en el escenario político. Por esta razón Sartori propone interpretar como “tendencias” a las leyes sociológicas de Maurice Duverger, las cuales versan sobre la influencia de las reglas electorales de mayoría o *proporcionalidad*, sobre el sistema de partidos.

Sobre el tamaño de la circunscripción como factor de influencia, vale la pena comentar la coyuntura de la nueva reconfiguración de los circuitos electorales, dada la reforma del artículo 147 de la Carta Magna. Con estos cambios se redujo la Asamblea Nacional de Diputados de 78 a 71 miembros, y se establecieron 7 curules fijas: Ngöbe Buglé 3 curules, Kuna Yala 2 y Darién 2. Quedando en competencia 64 escaños restantes, distribuidos en 39 circuitos electorales<sup>4</sup>, de acuerdo al cociente que se está creando para poder cumplir con este mandato constitucional (Ver cuadro 1).

<b>Cuadro 1</b>
<b>Cociente para la configuración de circuitos</b>
<b>Cociente = Padrón electoral neto<sup>5</sup> / 64 Escaños</b>
<b>Cociente = 1,987,218 electores / 64 diputados = 31,050</b>

\* Fuente: Licdo. Osman Valdés. Director Nacional de Organización Electoral. 2006.

El referido cociente de electores por cada escaño, provoca forzosamente una reconfiguración de los circuitos. Por ejemplo, el 8-1 que corresponde a Arraijan, pierde un escaño, y otros circuitos quedan eliminados al no alcanzar la cifra del cociente, como es el caso del 7-3. Se fusionaron los circuitos 8-7 y el 8-8 (nuevo 8-7) con el objeto de crear circuitos más grandes, entre otras razones porque la proporcionalidad tiende a mejorar por la existencia de circuitos grandes<sup>6</sup>, entendiéndose por grande la

<sup>4</sup> 26 uninominales y 13 plurinominales.

<sup>5</sup> Neto porque se resta la población electoral de las curules fijas de las Comarcas y la Provincia de Darién. El Padrón utilizado es el del Referéndum 2004.

<sup>6</sup> SARTORI. Giovanni. Ingengería Constitucional Comparada. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995.

magnitud, densidad o cantidad de electores que existe por escaño. No obstante, el inconveniente de esta fusión es que no es lo mismo pedir el voto en las áreas populares (8-7) que solicitar apoyo en lugares en donde predomina un mayor poder adquisitivo (8-8), variándose las condiciones de la competencia electoral.

Hechos algunos comentarios sobre el sistema de partidos, la voluntad popular y el tamaño de la circunscripción, como factores de influencia en el sistema de representación proporcional, vamos a profundizar en la fórmula de asignación de curules, que como hemos señalado, es el objeto de nuestro estudio.

## II. ¿Cuales son los sistemas de representación proporcional?

Existen dos grandes sistemas de representación proporcional: El de cociente y el de divisor.

<b>Cuadro 2</b>	
<b>Algunas Fórmulas de Representación Proporcional</b>	
<b>Cociente</b>	<b>Divisor</b>
<b>Cociente Simple</b> Hare $C = V / E$	<b>D'Hont</b> 1, 2, 3
<b>Alemán</b> $C = V \times E / V T$	<b>Sainte Lague – Webster</b> 1, 3, 5
<b>Cociente Rectificado</b> <b>Hagenbach-Bischoff</b> $C = V / (e + 1)$	<b>Sainte Lague Modificado</b> 1.4, 3, 5
<b>Cociente Rectificado Imperiali</b> $C = V / (e + 2)$	

Fuente: Elaboración propia. 2007.

El de cociente simple o Hare, es el históricamente constituido en Panamá con la variación de la implementación del resto mayor en algunos periodos. También el cociente simple es aplicado en otros países como Costa Rica, Colombia y México. En tanto que el divisor es utilizado en Argentina y Paraguay. Inclusive, en Uruguay se mezclan los métodos de cociente con divisor.

<b>Cuadro 3</b>	
<b>Fórmulas de Representación Proporcional Comparadas</b>	
<b>País</b>	<b>Fórmula</b>
Argentina	D'Hont
Bolivia	D'Hont
Chile	Binominal – Mayoritario
Colombia	Cociente Simple
Costa Rica	Cociente y Subcociente
Ecuador	Cociente Rectificado con Resto Mayor y Barrera Legal
El Salvador	Cociente Simple con Resto Mayor
Guatemala	D'Hont
Honduras	Cociente Simple con Resto Mayor
México	Cociente Electoral Rectificado, Resto Mayor y Barrera Legal
Nicaragua	Cociente Simple y Media Mayor
Paraguay	D'Hont
Perú	D'Hont
Uruguay	Cociente Electoral Simple, D'Hont y Cocientes Decrecientes
Venezuela	D'Hont

Fuente: Elaboración propia. 2007.

### III. ¿Cómo funciona la actual fórmula de representación proporcional en Panamá?

El sistema panameño de adjudicación de curules para la Asamblea Nacional de Diputados, se desprende del artículo 147 de la Constitución Política de Panamá, que señala lo siguiente:

ARTICULO 147. “La Asamblea Nacional se compondrá de setenta y un Diputados que resulten elegidos de conformidad con la Ley y sujeto a lo que se dispone a continuación:

1. Habrá circuitos uninominales y plurinominales, garantizándose el principio de representación proporcional. Integrará un solo circuito electoral todo distrito en donde se elija más de un Diputado, salvo el distrito de Panamá, donde habrá circuitos de tres o más Diputados.
2. Los circuitos se conformarán en proporción al número de electores que aparezca en el último Padrón Electoral.
3. A cada comarca y a la provincia de Darién les corresponderá elegir el número de Diputados con que cuentan al momento de entrar en vigencia la presente norma.
4. Para la creación de los circuitos, se tomará en cuenta la división político-administrativa del país, la proximidad territorial, la concentración de la población, los lazos de vecindad, las vías de comu-

nicación y los factores históricos y culturales, como criterios básicos para el agrupamiento de los electores en circuitos electorales.

A cada Diputado le corresponderá un suplente personal elegido con el Diputado principal el mismo día que éste, quien lo reemplazará en sus faltas.

El Tribunal Electoral, previa consulta con los partidos legalmente reconocidos, en el marco del organismo de consulta instituido, elaborará y presentará a la Asamblea Nacional el proyecto de ley que crea los circuitos electorales que servirán de base para la elección de Diputados, con arreglo a lo dispuesto en esta norma constitucional”.

Se podría interpretar de la citada norma constitucional que nuestro sistema de asignación de curules, es íntegramente “proporcional” como reza el numeral primero del artículo 147, al señalar taxativamente que “habrá circuitos uninominales y plurinominales, garantizándose el principio de representación proporcional”. No obstante, los circuitos uninominales, por su propia naturaleza mayoritaria, no pueden coadyuvar a “garantizar el sistema de representación proporcional”. En realidad, nuestro sistema de representación política es de carácter **mixto**. Es decir, mayoritario con circuitos uninominales, en donde sale elegido el candidato diputado más votado, y proporcional con circuitos plurinominales, en donde se eligen dos o más candidatos, a través de una fórmula de cociente, medio cociente y residuo.

¿Es realmente proporcional nuestra fórmula de adjudicación de curules? No tiene ningún sentido medir la proporcionalidad de los circuitos uninominales, por ser de naturaleza mayoritaria. Por lo tanto, este estudio se concentrará en la fórmula de asignación de curules en los circuitos plurinominales, contenida en el artículo 292 del Código Electoral vigente para las elecciones de 2004.

A manera de repaso, nuestra fórmula de adjudicación contempla tres pasos o procedimientos para asignar curules: Cociente, medio cociente y residuo.

El primer paso es el cociente: Se dividen los votos válidos entre la cantidad de curules que están en juego en el circuito; la curul se le asigna entonces, al partido que alcanza este cociente y dentro del partido, al candidato más votado. Por ejemplo, si en un circuito tenemos 100 votos válidos, y hay en juego 4 curules, se divide 100 entre 4, siendo el cociente 25, y cada partido que alcance ese cociente, tiene derecho a una curul, correspondiéndole el escaño al candidato más votado a lo interno del partido.

Es importante señalar que en Panamá, las listas para postular candidatos para la Asamblea Nacional de Diputados, son **cerradas** y **no bloqueadas**. “**Cerradas**” porque impera el orden asignado por los partidos a la lista de candidatos presentada, no pudiendo ser modificada o alterada por los votantes, ni éstos pueden agregar nuevos candidatos a la lista de postulados. Y las listas son “**no bloqueadas**” porque el votante puede ejercer el voto preferencial o selectivo a favor de uno, de dos o más, o de todos los candidatos. Si la lista fuera bloqueada, las adjudicaciones a lo interno del partido, se harían de acuerdo al orden establecido por el partido, en la postulación. Un ejemplo sería la postulación de candidatos al PARLACEN: Si un partido A tiene derecho a cinco escaños, resultan elegidos los primeros cinco candidatos en orden descendente, es decir el número 1, el 2 y así sucesivamente hasta llegar al quinto postulado. Pero como lo señalamos, en la elección de Diputados, la lista es no bloqueada y por el voto preferencial salen los candidatos más votados, a lo interno del partido, independientemente del orden que fueron postulados.

Prosigamos con los pasos de la fórmula de adjudicación. Si todavía quedan curules por asignar, sigue en su orden el medio cociente como segundo paso. Es importante señalar que los partidos que obtienen uno o más cocientes, no pueden participar en la competencia por el medio cociente. Así las cosas, tienen derecho a un escaño todos los partidos que han alcanzando la cifra del medio cociente y, a lo interno del partido, la curul le corresponde al candidato más votado.

El tercer y último paso, si todavía quedan curules por asignar, es el residuo en donde resulta elegido el candidato más votado, de entre todos los candidatos que obviamente no han sido elegidos como diputados. En este caso, la curul es del partido que más votos le aporta al candidato favorecido, salvo los casos de los candidatos comunes o aliados identificados con la letra “R”, en donde la curul es para el partido en el que está inscrito el candidato. Más adelante vamos a profundizar en este complicado tema de la llamada fórmula “R” que tanta controversia ha generado.

Por lo pronto, vamos exponer un ejemplo de cómo se asignaron las curules en el circuito 8-8 en las elecciones de 1999, de acuerdo a la fórmula de representación proporcional establecida en el antiguo artículo 292 del Código Electoral (Ver cuadro 1).

Fuente: Tribunal Electoral. Elecciones 1999, resultados oficiales.

Cuadro 4 Elecciones de 1999. Circuito 8 – 8			
VOTOS VALIDOS	No. CURULES	Cuociente VV ÷ Curules	½ Cuociente Cuociente ÷ 2
58,282	4	14,570	7,285
<b>Los cuatro partidos más votados fueron:</b>			
<b>P.R.D.</b>	<b>P.D.C.</b>	<b>Arnulfista</b>	<b>MOLIRENA</b>
14,839	9,365	18,819	3,434
<b>Candidatos más votados</b>			
<b>P.R.D.</b>	<b>P.D.C.</b>	<b>Arnulfista</b>	<b>MOLIRENA</b>
Hector Alemán 11,513	Rubén Arosemena 7,883	José Blandón F. 14,286	Víctor Méndez 2,431
Dr. Oscar Avila 9,267	Migdalia Fuentes 5,292	Marco Ameglio 11,938	Ricardo Quijano 1,973
Julio Shaik 8,942	Guillermo Marquez 4,961	Estelabel Piad 11,508	Carlos García 1,365
Rigoberto Paredes 8,936	Cecilia Alegre 4,378	Carlos Arellano 10,169	Juan Manuel <b>Castulovich</b> 1,263

En el ejemplo del cuadro 4, se puede apreciar cómo se adjudicaron las curules:

- Dos por cuociente: Estos son Héctor Alemán del PRD y José Blandón del Arnulfismo.
- Una curul por ½ cuociente a Rubén Arosemena del PDC
- Y una por residuo a Marco Ameglio del Arnulfismo.

#### IV. Evolución histórica de la fórmula de asignación de curules en el sistema Electoral Panameño.

A inicios de la República, la asignación de curules se hacía a través de siete circuitos electorales, a razón de un circuito por provincia<sup>7</sup>. Luego en 1916<sup>8</sup>, se hace una aproximación al concepto de representación proporcional y circuitos plurinominales, pero con un formato bastante peculiar, pues al elector se le permitía un voto múltiple con la restricción de un tercio<sup>9</sup>. Por ejemplo, en un circuito-provincia con 15 candidatos en competencia, el votante solamente podía votar hasta por 10 candidatos y la curul se adjudicaba a los candidatos más votados, independientemente del partido que fuera.

<sup>7</sup> Ley 89 de 7 de julio de 1904

<sup>8</sup> Ley 1 de 22 de agosto de 1916.

<sup>9</sup> Eduardo Valdés Escoffery, Seminario Taller: "Adjudicación de Curules". Comisión Nacional de Reformas Electorales, 2000.

A partir de 1925, la Ley Electoral tomó un giro importante. Se estableció en Panamá el sistema de cociente, el cual ha regido en nuestro país desde esa fecha hasta nuestros días, presentando una serie de elementos característicos y de variaciones, los cuales se exponen en el Cuadro 5:

Cuadro 5: Sistema de Cuociente Evolución Histórica en Panamá									
Año	Sistema de Cociente			Adjudicación en el Residuo		Tope	Resta		Barre-ra Legal
	C	½ C	R	Lista	Candidato	2/3	C	½ C	
1925	o	o	*	o		o			
1926	o		*	o		o			
1930	o	o	*		o	o			
1945	o	o	*	o			o	o	
1958	o	o	o		o				
1983	o	o	o	o			o	o	
1988	o	o	o	o				o	o
1993	o	o	o		o				

\* Fuente: Cuadro Elaborado por el Magistrado Eduardo Valdés Escoffery, 2000.

1. **Sistema de Cociente:** Observen dos detalles. Primero, en 1926 se eliminó el medio cociente. Y segundo, en los inicios de nuestra historia electoral, al residuo no se le establecía formalmente en la Ley (Ver asteriscos en el cuadro 5), y si se establecía, no se especificaba como era su procedimiento. Pero en la práctica, siempre ha existido de una u otra forma, como último paso para adjudicar escaños.
2. **Adjudicación en el Residuo:** Esta es una variante del residuo. El residuo puede ser adjudicado al candidato más votado, como rige en la actualidad, o a la lista de partido más votada, y dentro del partido al candidato más votado, excluyendo, claro está, a los candidatos que ya tienen representación. Este sencillo aspecto, puede provocar variaciones considerables en los resultados.
3. **Tope de dos tercios:** En una circunscripción determinada, ningún partido podía obtener más de dos tercios de las curules en juego.
4. **Resto de cociente y medio cociente:** En algunos periodos, se restaba un cociente por cada cociente alcanzado<sup>10</sup>, y a los parti-

<sup>10</sup> A los votos obtenidos por los partidos, se le restaba la cifra obtenida entre votos válidos y curules en juego (cociente).

dos que obtenían un medio cociente, se le restaba un medio cociente.

5. **Barrera legal:** Los partidos que no obtuvieran representación o ninguna curul por cociente o 1/2 cociente, no podían participar en el residuo.

## V. **Medición de la proporcionalidad en los Circuitos Plurinominales**

La medición científica de la proporcionalidad de los sistemas suele hacerse a través de los índices de Rae y Gallagher, los cuales arrojan resultados complejos, a mi modo de ver las cosas. Para modelos unicamerales como el nuestro, preferimos aplicar técnicas más sencillas como la de restar aritméticamente el porcentaje de escaños obtenidos y el porcentaje de votos válidos de un partido político, y establecer una escala de proporcionalidad con las diferencias arrojadas<sup>11</sup> (Ver cuadro 6).

<b>Cuadro 6</b> <b>Escala de Proporcionalidad</b>	
■	<b>Diferencia de 0 a + 4.9 representa una proporción óptima del sistema</b>
■	<b>Diferencia de + 5 a + 9.9, representa una desproporción aceptable</b>
■	<b>Diferencia de + 10 a + 14.9, representa una desproporción considerable</b>
■	<b>Más de + 15 de diferencia, representa una distorsión del sistema</b>

Fuente: Miguel Ángel López, Universidad de Chile, 1999.

La Escala de Proporcionalidad establecida en el cuadro 6, significa que si un partido "A" obtiene el 35% de los votos en los circuitos plurinominales, y logra el 60% de los escaños, tenemos una diferencia de 25% lo que representa una distorsión del sistema, pues no existe correspondencia o relación de proporcionalidad entre el porcentaje de votos y escaños. En cambio, una proporción óptima del sistema sería si ese Partido "A", con el 35% de los votos, consigue un 38% de los escaños.

En Panamá, existen casos de distorsiones parciales preocupantes. Por ejemplo, en el caso del Circuito 8-6 en 1999: El PRD con el 33.5% de votos, sacó 2 escaños, y el Partido "Arnulfista" con el 33.1%, con menos

<sup>11</sup> Siguiendo a Miguel Ángel López de la Universidad de Chile

votos, sacó 4 escaños. La diferencia de 33 puntos porcentuales, representa una seria distorsión de la fórmula repartidora. Esto obedeció a que el Partido Arnulfista (3 curules por residuo) utilizó con mayor efectividad que el PRD (0 curul por residuo) el voto en plancha.

Otro ejemplo de distorsión parcial es el de las elecciones de 2004. En los Circuitos 8-9 y 8-10, un partido con alrededor del 35% de votos, sacó el 60% de los escaños. Hay una diferencia de 25 puntos porcentuales entre votos y escaños, dándose una distorsión.

¿Y qué hay de la **totalidad de los circuitos plurinominales**? Pues bien, como se puede observar en los cuadros 7 y 8, nuestro sistema proporcional arrojó un grave registro distorsionado en 1994 con una diferencia de 29.4 puntos porcentuales entre escaños y votos. En 1999, la diferencia bajó a una distorsión de 19.4, y en el 2004 (cuadro 9), no hubo distorsión sino desproporción considerable (13.6); no obstante, es importante la tendencia arrojada en las dos primeras elecciones.

**Cuadro 7**  
**ELECCIONES PARA LEGISLADOR 1994**  
**VOTOS VALIDOS POR PARTIDO EN CIRCUITOS PLURINOMINALES**

	LIB	PRD	PDC	MOLI-RENA	PALA	PLA	PPD	ARN	MUN	MPE	UDI	LIBRE	REN	SOL	MORE-NA
<b>Escaños</b>	<b>1</b>	<b>24</b>	<b>1</b>	<b>3</b>	<b>0</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>7</b>	<b>0</b>	<b>6</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>2</b>	<b>0</b>	<b>0</b>
% de partido	2.9	24.1	6.0	10.4	2.9	1.9	0.6	13.7	2.4	12.7	1.1	2.6	6.6	4.9	7.3
% Escaños	2.2	53.3	2.2	6.7	0.0	2.2	0.0	15.6	0.0	13.3	0.0	0.0	4.4	0.0	0.0
<b>Distorsión</b>	<b>-0.7</b>	<b>29.2</b>	<b>-3.7</b>	<b>-3.8</b>	<b>-2.9</b>	<b>0.4</b>	<b>-0.6</b>	<b>1.8</b>	<b>-2.4</b>	<b>0.7</b>	<b>-1.1</b>	<b>-2.6</b>	<b>-2.1</b>	<b>-4.9</b>	<b>-7.3</b>

**Cuadro 8**  
**ELECCIONES PARA LEGISLADOR 1999**  
**VOTOS VALIDOS POR PARTIDO EN CIRCUITOS PLURINOMINALES**

	PRD	PDC	MOLI-RENA	ARN	SOL	LIB	CAM
<b>Escaños</b>	<b>45</b>	<b>3</b>	<b>1</b>	<b>16</b>		<b>NAL</b>	<b>DEM</b>
% de partido	33.9	8.7	6.5	24.7	4.0	4.3	4.8
% Escaños	53.3	6.7	2.2	35.6	0.0	0.0	2.2
<b>Distorsión</b>	<b>19.4</b>	<b>-2.0</b>	<b>-4.3</b>	<b>10.9</b>	<b>-4.0</b>	<b>-4.3</b>	<b>-2.6</b>

**Cuadro 9**  
**ELECCIONES PARA LEGISLADOR 2004**  
**VOTOS VALIDOS POR PARTIDO EN CIRCUITOS PLURINOMINALES**

	PRD	PP	MOLI-RENA	ARN	SOL	LIB	CAM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>10</b>	<b>9</b>	<b>0</b>	<b>2</b>
% de partido	39.3	5	6	19	19	4	7
% Escaños	52.9	2	4	20	18	0	4
<b>Distorsión</b>	<b>13.6</b>	<b>-3</b>	<b>-2</b>	<b>1</b>	<b>-2</b>	<b>-4</b>	<b>-3</b>

Posiblemente influyó en la reducción de las distorsiones, la disminución de partidos de 15 en 1994, a 8 en 1999, pues con un multipartidismo considerable, el voto suele diluirse. Otro factor podría haber sido la voluntad popular, pues de una u otra forma, la distribución del voto influyó para mejorar la proporción del sistema. Inclusive, en el mismo circuito 8.6, en donde se había registrado una grave distorsión en 1999, en el 2004 se produjo una distribución equitativa de los escaños, gracias a la voluntad popular.

Es muy difícil saber a ciencia cierta, cuál de los factores está influyendo determinantemente en la proporcionalidad del sistema. No obstante, hemos detectado una tendencia distorsionante en la fórmula repartidora; específicamente un **efecto mayoritario del voto múltiple en el residuo**.

Existen argumentos que niegan la existencia del voto múltiple en los plurinominales: Primero, porque el elector tiene derecho a votar de acuerdo a la cantidad de puestos que están en juego. Segundo, porque el votante aporta un solo voto a los candidatos seleccionados. Y tercero, que en las dos primeras rondas de adjudicación, la curul es del partido y se le asigna al candidato(s) más votado(s) dentro del colectivo.

Pero no es en ninguno de estos tres puntos en donde radica el problema. La falla se refleja en el residuo porque a pesar de que la curul es del candidato, como reza la Ley, de todas formas la curul se le adjudica y pertenece a un partido político. En este orden de ideas, un partido que haya obtenido un cociente alto o dos, o más, y un considerable margen de votos en plancha o selectivos múltiples, termina sumando varias veces los votos del partido en el residuo, a través de sus candidatos, lo que impulsa la obtención de curules para el candidato más votado y su respectivo partido. Por supuesto, esta situación desnaturaliza la función proporcional de la fórmula repartidora.

Los registros electorales de las elecciones de 1994, 1999 y 2004, demuestran la tendencia de que el voto múltiple en los circuitos plurinominales está provocando un efecto mayoritario en el residuo, para los partidos grandes o según la coyuntura, marcan fuerte. Como se puede observar en el cuadro 10, en 1994, de los 19 escaños asignados por residuo, 15 fueron para el PRD y 4 fueron para partidos pequeños porque en los circuitos en donde se dio esta situación, ningún partido alcanzó cociente ni medio cociente; es decir, la voluntad popular equiparó las fuerzas políticas y envió la asignación de escaños al residuo.

En 1999, las 16 curules por residuo se repartieron entre los dos partidos grandes (9 PRD y 7 ARN). En el 2004, de 14 curules repartidas por residuo, 12 fueron PRD, 1 PP debido a la aplicación de la fórmula R; de lo contrario ese escaño hubiera sido PRD. Y el otro escaño por residuo en

el 2004, fue para el Partido Solidaridad, tomando en cuenta que este colectivo marcó alto por las candidaturas locales que respaldaron la campaña presidencial de Endara.

Nótese que en muy pocos casos el residuo fue asignado a un partido chico, en sentido contrario a lo que debiera ser, pues el residuo debe entenderse dentro del concepto de la fórmula de resto mayor, tal cual como se aplicó en Panamá en ciertos periodos de nuestra historia electoral, y como se aplica en algunos países de la región. Pero con las reformas de 1993, se eliminó todo procedimiento de resta y se estableció que las curules por residuo eran para los candidatos más votados y no para la lista más votada.

<b>Cuadro 10</b>			
<b>1994 - Reparto de Curules Circuitos Plurinominales</b>			
<b>Partido</b>	<b>Cociente</b>	<b>1/2 Cociente</b>	<b>Residuo</b>
PRD	4	5	15
Arnulfista	0	6	1
Lib. Auténtico	0	0	1
MOLIRENA	1	2	0
Liberal	0	0	1
Renovación Civilista	0	1	1
PDC	0	1	0
Papa Egoro	1	5	0
<b>Total de Escaños</b>	<b>6</b>	<b>20</b>	<b>19</b>
<b>1999 - Reparto de Curules Circuitos Plurinominales</b>			
<b>Partido</b>	<b>Cociente</b>	<b>1/2 Cociente</b>	<b>Residuo</b>
PRD	8	7	9
Arnulfista	3	6	7
MOLIRENA	0	1	0
Cambio Democrático	0	1	0
PDC	0	3	0
<b>Total de Escaños</b>	<b>11</b>	<b>18</b>	<b>16</b>
<b>2004 - Reparto de Curules Circuitos Plurinominales</b>			
<b>Partido</b>	<b>Cociente</b>	<b>1/2 Cociente</b>	<b>Residuo</b>
PRD	11	4	12
Arnulfista	3	7	0
MOLIRENA	0	2	0
SOLIDARIDAD	3	5	1
Partido Popular	0	0	1
Cambio Democrático	0	2	0
<b>Total de Escaños</b>	<b>17</b>	<b>20</b>	<b>14</b>

Fuente: Tribunal Electoral. Resultados Oficiales.

Esto último hace variar mucho los resultados, pues cuando el residuo es para la lista más votada, sólo se puede asignar una curul por partido, pero si es a los candidatos más votados, se puede llegar a asignar a un mismo partido, dos o más curules por residuo. Por eso se establece que el residuo, tal cual como existe en la actualidad, está distorsionando el sistema proporcional por el efecto mayoritario del voto múltiple.

## **VI. Alternativas para mejorar la proporcionalidad en los Circuitos Plurinominales**

Se hicieron una serie de corridas aplicando a los resultados de 2004, las diferentes fórmulas proporcionales que existen, cuyos resultados exponemos a continuación.

El cuadro 10 muestra la comparación de nuestra fórmula actual con las fórmulas de divisor D'Hont, Saint Lague o Webster y la simulación del Voto Selectivo Múltiple.

**Cuadro 10**  
**Sistema Actual, D'Hont y Saint Lague ó Webster**

		<b>Sistema Actual</b>						
		<b>Escaños Alcanzados</b>						
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>	27	1	2	10	9	0	2
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% Escaños	52.9	2.0	3.9	19.6	17.6	0.0	3.9
<b>Desproporción Considerable</b>	Diferencia	13.6	-3.3	-2.2	0.8	-1.6	-3.9	-3.4
		<b>Corrida D'Hont</b>						
		<b>Escaños Alcanzados</b>						
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>	29	0	0	11	10	0	1
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% Escaños	56.9	0.0	0.0	21.6	19.6	0.0	2.0
<b>Distorsión</b>	Diferencia	17.6	-5.3	-6.1	2.7	0.4	-3.9	-5.3
		<b>Corrida Saint Lague ó Webster</b>						
		<b>Escaños Alcanzados</b>						
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>	23	1	2	12	9	1	3
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% Escaños	45.1	2.0	3.9	23.5	17.6	2.0	5.9
	Diferencia	5.8	-3.3	-2.2	4.7	-1.6	-2.0	-1.4
		<b>Simulación Voto Selectivo Único</b>						
		<b>Escaños Alcanzados</b>						
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>	25	1	2	11	9	1	2
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% de escaños	49.0	2.0	3.9	21.6	17.6	2.0	3.9
	Diferencia	9.7	-3.3	-2.2	2.7	-1.6	-2.0	-3.4

Fuente: Elaboración propia. 2007.

En las fórmulas de divisor, se dividen los votos válidos de los partidos entre divisores fijos, obteniendo escaños los partidos que tengan las cifras más altas resultantes de las divisiones. La diferencia entre una fórmula y otra radica en el divisor: D'Hont (1, 2, 3) y Sainte Lague – Webster (1, 3, 5).

Como se puede observar en el cuadro 10, D'Hont produce una distorsión mayor a la de nuestro sistema actual, y es que esta fórmula de divisor, siempre ha sido criticada porque tiende a favorecer a los partidos más grandes y castiga a los partidos medianos y pequeños. Simplemente, nuestra fórmula actual es más proporcional que D'Hont por el medio cociente.

Por su parte, el divisor Webster o Sainte League, arroja resultados más proporcionales que D'Hont y que nuestra fórmula actual. De hecho la proporcionalidad del sistema se hace óptima usando este divisor. El problema con esta alternativa es que implementarla significaría abandonar más de 80 años de sistema de cociente en Panamá, y toda la tradición política que conlleva.

Se podría argumentar que el elector se confundiría con la innovación de una nueva fórmula, pero ciertamente el elector podría seguir votando igual, por un candidato, por varios y en plancha, sin el problema del efecto mayoritario del residuo, porque este voto múltiple solo contaría para determinar a qué candidato se le asignaría la curul a lo interno del partido. De hecho, la aplicación de esta fórmula de divisor, sólo atañería a las Juntas Circuitales de escrutinio, resultando para éstas más sencillo el proceso de asignación de escaños, porque con un solo procedimiento se asignarían todas las curules.

Por otro lado, la propuesta del Partido Solidaridad durante la Comisión de Reformas Electorales 2006, de explorar el voto selectivo único, es decir, eliminar el voto múltiple, mejora la proporcionalidad del sistema con algunas desproporciones aceptables. Del mismo modo, se reduce el efecto mayoritario del residuo y un candidato de un partido chico, tiene posibilidades matemáticas de competir en el residuo. Adicional a estos aspectos positivos, al Tribunal Electoral se le facilitaría el escrutinio y se reducirían las inconsistencias en las actas porque la sumatoria de votos de los candidatos, siempre tendría que cuadrar con los votos del partido, para un arqueo correcto de votos.

El problema con esta corrida es que era una mera simulación, pues no se podía saber la distribución de los votos a lo interno de los partidos. Otro asunto de cuidado es que esta alternativa del voto selectivo único, podía agudizar la competencia a lo interno de los partidos, promover el personalismo político y el fraccionamiento de los partidos.

El Cuadro 11 muestra la comparación de nuestra actual fórmula con la de resto mayor que se aplicó en 1984 y con la fórmula de 1989, sin barrera y con barrera legal<sup>12</sup>. La barrera legal significa que no pueden participar en la competencia del residuo los candidatos de los partidos que no han alcanzado cociente o 1/2 cociente. Los otros elementos de la fórmula de 1989 era que se restaba un 1/2 medio cociente por cada cociente o medio ( $\frac{1}{2}$ ) cociente alcanzado. En el Residuo se asigna la curul al partido más votado, y dentro del partido, al candidato más votado que no haya obtenido escaño. En consecuencia, sólo se puede asignar 1 residuo por partido, diluyéndose el efecto mayoritario.

---

12. Esta fue la alternativa consensuada en la Comisión Nacional de Reformas al Código Electoral y rechazada en la Asamblea Nacional.

Cuadro 11 Sistema Actual Vs. Resto Mayor								
Sistema Actual								
Escaños Alcanzados								
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>	<b>27</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>10</b>	<b>9</b>	<b>0</b>	<b>2</b>
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% de escaños	52.9	2.0	3.9	19.6	17.6	0.0	3.9
<b>Desproporción Considerable</b>	Diferencia	13.6	-3.3	-2.2	0.8	-1.6	-3.9	-3.4
Resto Mayor 1984								
Escaños Alcanzados								
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>	<b>17</b>	<b>3</b>	<b>2</b>	<b>11</b>	<b>9</b>	<b>2</b>	<b>7</b>
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% de escaños	33.33	5.88	3.92	21.57	17.65	3.92	13.73
	Diferencia	-5.97	0.63	-2.23	2.73	-1.57	-0.03	6.44
Resto Mayor 1989 Sin Barrera Legal								
Escaños Alcanzados								
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>							
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% de escaños	51.0	2.0	3.9	21.6	15.7	2.0	3.9
<b>Desproporción Considerable</b>	Diferencia	11.7	-3.3	-2.2	2.7	-3.5	-2.0	-3.4
Resto Mayor 1989 Con Barrera Legal								
Escaños Alcanzados								
		PRD	PP	MOLI- RENA	ARN	SOL	LIB NAL	CAM DEM
<b>Escaños</b>	<b>51</b>							
	% de partido	39.3	5.3	6.1	18.8	19.2	3.9	7.3
	% de escaños	54.9	0	3.9	21.6	15.7	2.0	3.9
<b>Distorsión</b>	Diferencia	15.6	-5.3	-2.2	2.7	-3.5	-2.0	-3.4

Fuente: Elaboración propia. 2007.

La fórmula de Resto Mayor de 1984 arrojaba registros óptimos del sistema, pero representaba una considerable pérdida de escaños para el partido grande, lo que dificultaba su aprobación en la Asamblea Nacional de Diputados. En cambio, el Resto Mayor de 1989 sin barrera legal, mejoraba los índices de proporcionalidad, y en el residuo, el voto múltiple contaría para determinar la asignación de curul al candidato, diluyéndose el efecto mayoritario en el residuo. El inconveniente de esta fórmula radicaba en que los partidos medianos que alcanzaban  $1/2$  cociente, que darían anulados en el residuo, al restársele un  $1/2$  cociente.

Con la aplicación del Resto Mayor con Barrera Legal, se vuelve a repetir la desventaja para los partidos que alcanzan medio cociente, de quedar anulados en el residuo. Además, esta fórmula registra una distorsión del sistema, pues la barrera legal excluía formalmente de la competencia a los partidos políticos pequeños. Además, esta alternativa dejaba sin efecto a la fórmula R establecida en el antiguo artículo 219 del Código Electoral. (Aplicar la barrera legal a los resultados del circuito 8.8, en las elecciones de 2004).

## **VII. Consideraciones finales**

Sin lugar a dudas, este tema de la asignación de curules en los circuitos plurinominales, es complejo y tedioso. Muchas personas cuestionan el hecho de que candidatos con menos votos que otros, resulten elegidos. Pero esta distribución, aparentemente injusta, corresponde a la aplicación de las fórmulas de representación proporcional, utilizadas en la actualidad en casi todo el continente americano y en muchas de las democracias más sólidas del mundo como la española, la suiza, la francesa y la alemana.

Tampoco faltan las personas que con el ánimo de simplificar el asunto, proponen abandonar el sistema de circuitos plurinominales y adoptar en su totalidad circuitos uninominales en donde resulte elegido el candidato más votado. El problema es que esta propuesta riñe con la configuración mixta de representación política establecida en nuestra Constitución Política. Además, con la totalidad de circuitos uninominales, nuestro sistema político podría convertirse en un inconveniente bipartidismo.

Otras opiniones se pronuncian en el sentido de que en los circuitos plurinominales, el votante pueda seleccionar a candidatos de distintos partidos. No obstante, tanto las fórmulas de cociente como de divisor, no permiten esa posibilidad pues el voto del elector, aunque sea múltiple para efecto de los candidatos, tiene que ser para un solo partido. Otra alternativa sugerida es crear circuitos plurinominales gigantes equiparados con las provincias, en donde salen elegidos los más votados, y en

donde el votante sí puede seleccionar a candidatos de varios partidos. En la actualidad, este formato se sigue en Honduras, y en Panamá rigió hasta 1925. Sin embargo, este formato registra la marcada tendencia de favorecer a los candidatos de las áreas densamente pobladas, como los distritos capitales de provincia, quedando sin representación política las comunidades pequeñas.

Durante la coyuntura de las reformas electorales de 2006, el Tribunal Electoral se pronunció a favor de la fórmula de 1989 con barrera legal. Por los argumentos esbozados a lo largo de este estudio, nuestra opinión técnica se inclinaba a favor de la fórmula de 1989 sin barrera legal, y en segunda instancia, defendimos la fórmula de Divisor Webster o Sainte League, a pesar de significar un cambio en nuestra historia electoral. No obstante, la Asamblea Nacional de Diputados adoptó la decisión de no modificar la actual fórmula de representación proporcional, aplicable en los circuitos plurinominales, a pesar de que en sesiones especiales convocadas para tales efectos, se les demostró teórica y matemáticamente, las distorsiones generadas en sentido contrario al mandato constitucional.

Antes de finalizar, quisiéramos comentar dos aspectos interesantes relacionados con el tema desarrollado a lo largo de este estudio de caso. Esos aspectos son la fórmula R o postulación de candidatos por partidos aliados, y la libre postulación de diputados.

Con la fórmula R, dos o más partidos pueden postular candidatos comunes a legislador y éstos competirían en su partido para el cociente, medio cociente y residuo, pero en el partido aliado sólo lo harían por el residuo.

El objeto de la fórmula R, sugerida por la Comisión Nacional de Reformas Electorales de 2002, era la de facilitar la alianza de partidos para postular diputados, y aumentar las posibilidades de los candidatos de los partidos medianos y pequeños que sean postulados en alianza con los partidos grandes. Pero la llamada fórmula R, era efectiva si en el artículo 292, se modificaba lo fijado en el residuo, en el sentido de que la curul se le debía asignar al partido en donde pertenecía o era postulado el candidato; modificación que nunca se implementó cuando se aprobaron las reformas electorales en la Asamblea Legislativa, quedando comprometida la efectividad de la fórmula R, pues contrario a la intención inicial de la Comisión Nacional de Reformas Electorales, la curul se le termina asignando al partido grande en vez del chico.

Esto explica la existencia del controversial Decreto No. 19 de 17 de junio de 2003 que trataba de corregir el problema, concediéndole al partido grande, el derecho a renunciar a la curul a favor del partido chico; decre-

to que como ustedes recordarán, fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia por Inconstitucional, quedando el fallo pendiente hasta la fecha.

Con el objeto de resolver la inconsistencia entre el residuo y la fórmula R, la Comisión de Reformas al Código Electoral de 2006, propuso que en el residuo se asignara la curul al candidato del partido al cual pertenece o fue postulado, y de hecho esta modificación sí prosperó en la Asamblea Nacional de Diputados. Pero al paso surge la duda: ¿Por qué un partido que se ha ganado la curul por su mayor caudal de votos, tiene que ceder el escaño al partido más chico, por una formalidad legal? Es cierto que la fórmula R estimula la alianza ínter partidaria pero acaso esta regla no va en contra de la voluntad de los electores que han votado mayoritariamente por un determinado partido.

Otro efecto contraproducente de la fórmula R, se presenta en la siguiente situación: Si a lo interno de un partido que ha alcanzado un cociente o medio cociente, al candidato más votado se le niega la curul por estar postulado bajo las reglas de la fórmula R, no pudiendo competir por cociente ni medio cociente. El problema se neutraliza si ese candidato R obtiene la curul por residuo, ¿pero si no? Tendríamos a un sujeto que en buena lid, sacó el escaño por cociente o medio cociente, pero por un formalismo legal, se le niega la representación política.

Finalizo este estudio de caso, comentando sobre las opciones de los candidatos de libre postulación en los circuitos plurinominales. En principio, a estos candidatos independientes se les reduce la posibilidad de salir electos si se postulan solos. Para que tengan más opciones, se hace necesario que éstos se postulen en listas de candidatos por libre postulación, aunque quizás esto último va en contra de la naturaleza individual e independiente de la libre postulación.

Por lo tanto, la libre postulación por listas para Diputados, requería de una doble llave de reformas. En primer lugar, aprobar la posibilidad de que estos candidatos se postularan en listas, y la otra llave, reformar el viejo art. 292 para establecer en los tres pasos de adjudicación que la curul se asignará a la lista de partido o de libre postulación. Si no se aprobaba esta doble llave de reformas, quedaba limitada la eficacia de la libre postulación para diputado, establecida por mandato constitucional. Afortunadamente para el futuro de estos candidatos independientes, la Asamblea Nacional de Diputados aprobó ambas reformas.



---

**ACOTACIONES SOBRE  
LA PRUEBA EN MATERIA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

ROY AROSEMENA

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Estudios en el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, Suiza y en Estrasburgo, Francia – Formación de Derechos Humanos.

Durante su trayectoria laboral, ha ejercido los siguientes cargos: Secretario General y Magistrado Suplente de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República.

Secretario de la Primera Categoría de la Procuraduría de la Administración.

En la actualidad es Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa María La Antigua y Miembro fundador de la firma Arosemena, Calvo & Asociados.

Entre sus publicaciones se puede mencionar: “ Guía de Jurisprudencia Constitucional”.

“Jurisprudencia Contencioso Administrativa”, “Breves Comentarios sobre el Proceso por Cobro Coactivo en Panamá, Estudios Procesales”, “La Protección de los Derechos Humanos en la Administración de Justicia”, “La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, La Potestad Fiscalizadora de la Administración y los Mecanismos de Defensa que tienen los Administrados frente al Poder Público” “Jurisprudencia Selectiva Contencioso.

---

## Introducción.-

La jurisdicción contencioso-administrativa fue establecida en Panamá en la Constitución Nacional de 1941, reglamentada mediante la Ley No.135 de 1943 y la Ley No. 33 de 1946 que modifica y adiciona la anterior, con miras a garantizar el sometimiento a la ley de todos los funcionarios públicos. Dicha excerta legal consagra fundamentalmente dos recursos que se pueden hacer valer para tal fin: uno de carácter subjetivo (recurso de plena jurisdicción) y otro de carácter objetivo (recurso de nulidad).

Como resultado de la interposición de cualquiera de estos dos recursos se da inicio a un procedimiento especial que tiene por objeto el control de la legalidad del acto administrativo acusado de ilegal, que ejerce el tribunal contencioso-administrativo (hoy día la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), previo los tramites de traslado de la demanda y de su contestación, del periodo probatorio y de alegatos finales, con la participación del Procurador de la administración, a quien le corresponde la defensa del acto administrativo acusado –en las acciones de plena jurisdicción- y la intervención en interés de la ley – en las acciones de nulidad.

La prueba en estos procesos varia como veremos más adelante, según la clase de recurso contencioso-administrativo que se interponga

## **Recursos contencioso-administrativos en la Constitución vigente.-**

En la actualidad nuestra Carta Magna incluye como procesos Contencioso-Administrativos, los siguientes:

- a) de Plena Jurisdicción
- b) de Nulidad
- c) de Apreciación de validez
- d) de Interpretación
- e) de Indemnización por mal funcionamiento de los servicios públicos

Ello es así, conforme lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución Política de la Republica de Panamá, del siguiente tenor literal:

Artículo 203- La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1.....

2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o entidades nacionales provinciales municipales y de las entidades públicas Autónomas o Semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse perjudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

#### **Recursos contencioso-administrativos adicionados por Leyes Especiales.-**

Aunado a lo anterior, mediante leyes especiales se ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión final de otros recursos administrativos, como son:

1. El Recurso de Protección de Derechos Humanos (ley 19 de 1991)
2. El Recurso de Viabilidad de Pagos (artículo del Código Fiscal)
3. La Advertencia de Ilegalidad (art. 73, Ley 38 de 2000)
4. La Acción de Reparación Directa de Daños y Perjuicios originados por actuaciones de Funcionarios Públicos (art. 97, núm. 9, Código Judicial)
5. El Recurso de Apelación, Tercerías, Incidentes y Excepciones propuestos en contra de Cobros Coactivos (art.97, núm. 4, Código Judicial)
6. El Recurso de Apelación de las decisiones de la Junta de Relaciones Laborales de la ACP( Art. 114, Ley 19 de 1997)
7. El Recurso de Apelación de Laudos Arbitrales dictados por Árbitros sobre controversias laborales entre trabajadores y la administración de la ACP. (Art. 107, Ley 19 de 1997)
8. El Recurso contencioso sobre Contrataciones Administrativas (art.97,num. 5, Código Judicial)

## **Sobre las Pruebas.- ¿Qué es la Prueba?**

Al definir lo que se entiende por «prueba», Jesús González Pérez ha expresado que con ella se designan realidades muy distintas. Así, en algunos casos, ella se refiere a la actividad encaminada a probar ciertos hechos; en otros, contempla los instrumentos que llegan a producir la convicción del juez acerca del hecho que se prueba; y en otras, es el resultado de las operaciones por las cuales se obtiene la convicción del juez con el empleo de aquellos instrumentos.

La actividad probatoria tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a la decisión del proceso

### **La prueba preconstituida.**

Para que se admita un proceso contencioso-administrativo debe preconstituirse la prueba del acto acusado de ilegalidad y la prueba de la representación legal del demandante en los procesos contencioso-administrativos de nulidad y de plena jurisdicción.

Al efecto, los artículos 44 y 47 de la Ley contencioso-administrativa establecen:

Artículo 44. A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos (Ley 135 de 1943)

Artículo 47. Deberá también acompañarse el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el juicio, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo transmitido a cualquier título(Ley 135/43)

Esta exigencia legal la complementa el Código Judicial en su artículo 637, que a la letra estatuye:

Art. 637. Para comprobar la existencia legal de una sociedad, quien tiene su representación en proceso, o que este no consta en el Registro, hará fe el certificado expedido por el Registro dentro de un año inmediatamente anterior a su presentación”

Términos de Pruebas en Procesos Contencioso-Administrativos

En los procesos contencioso-administrativos el término de pruebas, -entiéndase el término para presentar o aducir pruebas adicionales a las que se hubieran presentado junto con la demanda o su contestación-, corre por ministerio de la ley, a partir de la fecha en que se notifique el Procurador de la Administración del Auto Admisorio de la Demanda, emitido por el Magistrado Sustanciador del caso, en que se dispone además: “.. que se de traslado de ella a la parte demandada, que se abra la causa a pruebas, por el término de cinco días y que se envíe copia de la demanda al funcionario que dictó el acto acusado, para que éste, dentro de igual término, explique su conducta, por medio de un informe (Véase Art. 33, Ley 33 de 1946)

Ello es así, porque en materia contencioso administrativa se aplica supletoriamente lo dispuesto en el Código Judicial, según el cual: “ Si un término fuere común a varias partes, se contará desde el día siguiente a aquel en que la última persona ha sido notificada.”(Art. 525)

Sobre este particular, vale la pena destacar que en la práctica no se produce de manera expedita la notificación del Procurador de la Administración, de la providencia que admite y le corre en traslado la demanda, sino que se deja el expediente contentivo de la demanda en la Procuraduría de la Administración hasta cuando el Procurador haya elaborado la Vista Fiscal correspondiente, -notificándose en aquel momento del auto admisorio. O sea, que el tiempo se detiene en los procesos contencioso-administrativos hasta que la Procuraduría se pronuncie sobre la demanda, ya sea contestándola o interponiendo recurso de apelación en contra del auto admisorio de la misma.

Sin embargo esta realidad es objeto de análisis en la actualidad y se están produciendo cambios en la jurisprudencia, que posiblemente se traduzcan en reformas a la legislación contencioso-administrativa que data ya más de 50 años de vigencia.

A guisa de ejemplo, nos permitimos citar el caso de la licenciada Geomara Jones vs Ministerio Público, en el que se dieron los siguientes hechos:

- a) El Procurador se notificó el día 31 de marzo de 2008, del auto que admite la demanda y abre la causa a pruebas; y mediante Vista Fiscal fechada 2 de abril de 2008 el Procurador interpone recurso de apelación en contra del auto que admite la demanda.
- b) El día 3 de diciembre de 2008 se notifica el Procurador de la Resolución que desestima el recurso de apelación y confirma la admisión de la demanda y abre la causa a pruebas.
- c) Mediante Vista Fiscal fechada el 4 de diciembre de 2008 el Procurador contesta la demanda acompaña y aduce pruebas.

- d) Mediante Auto de 25 de mayo de 2009, emitido por el Magistrado Sustanciador, no se admiten pruebas aducidas por el Procurador en su Vista Fiscal de fecha 4 de diciembre de 2008, señalando que las pruebas fueron aducidas en forma extemporánea, -tomando en cuenta que el Procurador se notificó del auto que admite la demanda y abre la causa a pruebas el día 31 de marzo de 2008-, y que el recurso de apelación que interpuso el Procurador en contra del Auto Admisorio se surte con efecto diferido (no suspensivo), con base en lo dispuesto en el Artículo 1139, numeral 3, del Código Judicial.

A mi juicio, no le asiste la razón al Magistrado Sustanciador en lo que respecta a la extemporaneidad de las pruebas aducidas por el Procurador de la Administración, ya que la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946 remite a las normas del Código Judicial “en lo que sean compatibles” con su naturaleza.(V. art 57c), siendo evidente que el término de pruebas no puede empezar a correr hasta que se encuentre en firme el auto admisorio –que en este caso fue objeto de confirmación por parte de los Magistrados que integran el resto de la Sala Tercera, mediante Auto emitido en fecha comprendida entre los meses de abril a diciembre de 2008,- notificado al Procurador de la Administración el 3 de diciembre de 2008.

No obstante, me parece que debe buscarse el mecanismo para que se produzca en forma más expedita la notificación del Auto Admisorio al Procurador de la Administración, ya que se está desnaturalizando el privilegio de la “notificación personal” de que goza el representante de la Administración en estos procesos.

### **Fases del Procedimiento Probatorio**

Como se ha dejado expresado, en los procesos contencioso-administrativos se aplican supletoriamente las normas del Código Judicial que no sean contrarias a su naturaleza, como son las fases del procedimiento probatorio previstas en el artículo 1265 del referido cuerpo legal, que se desarrollan así:

Art. 1265. Una vez surtido el traslado de la demanda o de la reconvencción en su caso, el proceso quedará abierto a pruebas, sin necesidad de providencia, quince días después de cumplido lo anterior en cuatro periodos así:

1. El primero, de cinco días improrrogables, para que estas propongan en uno o varios escritos todas las pruebas que estimen convenientes

2. El segundo, de tres días improrrogables, que comenzará a correr el día hábil siguiente en que se vence el anterior, para presentar contrapruebas;
3. El tercero, de tres días improrrogables, para objetar las pruebas o contrapruebas, que corre sin que se haya de dictar providencia; y
4. El cuarto, de ocho hasta treinta días, también improrrogables, para evacuar todas las pruebas que hubiesen propuesto las partes...”

### **Medios Probatorios en Procesos Contencioso-Administrativos**

En los procesos contencioso-administrativos las pruebas más utilizadas son:

- a) Prueba Documental;
- b) Prueba Testimonial;
- c) Prueba Pericial;
- d) Inspección Judicial;
- e) Prueba de Informes

### **Pruebas Periciales en Procesos Contencioso-Administrativos**

Aun no se ha confeccionado la lista oficial de peritos, por lo que la Procuraduría continúa designando funcionarios públicos como tales y la Sala 3ª los admite, no obstante que el artículo 971 del Código Judicial establece que “los empleados públicos no pueden actuar como peritos en los casos en que el Estado sea parte o tenga interés”.

### **Admisión de Pruebas en Procesos Contencioso-Administrativos**

Por lo general se admiten casi todas las pruebas que se presentan o aducen en los procesos contencioso-administrativos.

En contra del auto que no admite pruebas cabe la interposición del recurso de apelación ante el resto de la Sala, en base a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Judicial, según el cual: “.....

Cabe destacar que los otros procesos que contempla el Código Judicial la regla general es que no cabe la interposición del recurso de apelación en contra del auto que niega la admisión de pruebas. (Véase el artículo 1267 del Código Judicial). No obstante, esta regla no se aplica en lo contencioso administrativo en base al art. 57 C de la Ley 33 de 1946 antes citado.

Sobre este particular se pronunció la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Auto fechado 13 de febrero de 2008, en el Caso: Pap, S. A. vs Consejo Municipal de La Chorrera, cuyos párrafos de interés rezan así:

“..Si bien es cierto que la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa no prevé procedimiento especial para la apelación de la resolución que admite pruebas, no puede considerarse aplicable lo estatuido en el último párrafo del artículo 1267 del Código Judicial, en virtud que dicha disposición no es compatible con la naturaleza del proceso contencioso administrativo, que es de única instancia. Esta norma declara irrecorrible la admisión o rechazo de pruebas en procesos de doble instancia, en los que sí se permite la proposición de "aquéllas que no hubieran sido admitidas en la primera instancia" (literal b. del artículo 1273 C.J.), por lo que su aplicación en el proceso ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo es evidentemente contraria a su naturaleza...”

### **Carga de las Pruebas en Procesos Contencioso-Administrativos**

La carga de la prueba por lo general recae sobre el demandante. La carga de la prueba recae sobre la administración tan solo en los casos de despidos de funcionarios que tienen estabilidad o forman parte de alguna de las carreras del servicio público, como lo corrobora la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia fechada 7 de noviembre de 2008, dictada en el caso de Jaime Franco Vs Caja de Seguro Social, que en lo medular expresa:

“No puede pretender una entidad pública que sea el funcionario, el que ante una acusación formal, tenga la carga de la prueba, pues corresponde a aquella la comprobación de la falta dentro del proceso disciplinario. Para comprensión de lo expuesto presentamos los argumentos sobre este tema contenidos en la obra: “Manual de Derecho Procesal Administrativo” (Editorial Civitas, Madrid, España, 2001, págs. 327 y 328), del profesor español Jesús González Pérez:

“... Corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la demanda (art. 217.2. LEC). Y al demandado la carga de probar los hechos que conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior (art.217.3.LEC) (S.de 2 de julio de 1997. Ar.6279).

Estas normas se aplican al proceso administrativo. “La presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga

de accionar para evitar que se produzca la figura del acto consentido, pero no afecta a la de la prueba, que se regirá por las reglas generales.”

### **Práctica de Pruebas en Procesos Contencioso-Administrativos**

La práctica de pruebas en los procesos contencioso-administrativos requerían de la participación personal del Procurador de la Administración. Durante el periodo 1956-1987 su participación era obligatoria e indelegable.

A partir de la promulgación del Código Judicial de 1987 se permite la participación delegada de abogados de la Procuraduría de la Administración, en base a la autorización legal prevista en el artículo 401 de dicho cuerpo legal, del siguiente tenor literal:

“Artículo 401. Los agentes del Ministerio Público pueden encomendar a sus secretarios la práctica de diligencias urgentes que ellos no puedan atender personalmente sin descuidar otras obligaciones

También podrán comisionar, en los procesos que sean parte, a los secretarios o asistentes del despacho que tengan idoneidad para ejercer la abogacía, para que los representen en las diligencias de práctica de pruebas, audiencias u otras que se surtan en los tribunales respectivos, cuando los titulares no puedan asistir a ellas por otras causas de interés público.”

Es de observar que rara vez se mencionan las pruebas practicadas en los procesos contencioso-administrativos en las Sentencias que recaen a los mismos, quizás porque no existe la obligación legal de ponderarlas expresamente, como se requiere en la jurisdicción penal en el auto de enjuiciamiento, el cual en su parte motiva debe contener: “ El análisis de las pruebas que demuestren el hecho punible y aquellos en que se funda la imputación del hecho..” (Véase Art. 2221 del Código Judicial).

## BIBLIOGRAFIA

- Hoyos, Arturo, Justicia Contencioso-Administrativa y Derechos Humanos, Litho Impresora Panamá, S.A. , 1991
- Morgan, Eduardo, Los Recursos Contencioso-Administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño, Panamá, 1982.
- Lamprea R., Pedro A., Práctica Contenciosa y Administrativa, Ediciones Doctrina y Ley, 1993.

## LEGISLACION

- Constitución Política de la Republica de Panamá de 1941 (Artículo 190)
- Constitución Política de la Republica de Panamá de 1972 (Artículo 203)
- Ley No. 135 de 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- Ley No. 33 de 1946, que modifica y adiciona la Ley No. 135 de 1943.
- Código Judicial (Artículos 97 (numerales 4, 5 y 9 ) 401, 525, 637, 971,1265 y 2221)
- Ley No. 19 de 1991, que crea el Recurso Contencioso-Administrativo de Protección de los Derechos Humanos.
- Ley No. 38 de 2000, sobre Procedimiento General Administrativo.
- Ley No. 19 de 1997, Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá. (Art. )
- Código Fiscal de la Republica de Panamá (Art. )

## **JURISPRUDENCIA**

-Sentencia de 13 de febrero de 2008, emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el Caso: PAP, S.A. vs Consejo Municipal de la Chorrera.

-Sentencia de 7 de noviembre de 2008, emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el Caso: Jaime Franco vs Caja de Seguro Social.

- Auto de 25 de mayo de 2009, emitido por el Magistrado Sustanciador de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el Caso: Geomara Jones vs Ministerio Publico.

---

**“SOCIEDADES ANONIMAS. ANALISIS DE  
LAS ACCIONES AL PORTADOR”  
Conferencia del Colegio Nacional  
de Abogados de Panamá.**

FRANCISCO ZAMBRANO BORRERO

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Magister en Derecho con Mención en Derecho Privado de la Universidad de Chile y Doctor en Derecho de la Universidad Santa María La Antigua de Panamá. Miembro del Colegio Nacional de Abogados, ocupa el cargo actualmente de Suplente del Tribunal de Honor de Dicho Gremio, Socio, Fundador y Actual Tesorero de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario. Miembro de la Cámara de Comercio Industrias y Agricultura de Panamá, Experiencia como Asesor Legal del Tribunal Electoral de Panamá, Asesor Legal del Ministro de Economía y Finanzas período 1999-2004, Profesor de Derecho Mercantil y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santa María la Antigua de Panamá, socio fundador de la firma de abogados Zambrano – Borrero.

---

Buenas Tardes: Presidente del Colegio de Abogados, Licdo. Rubén Elías Rodríguez, Presidente del Tribunal de Honor, Antonio Loaiza, público presente;

Arthur Kaufmann en su libro Filosofía del Derecho cuando se refiere a seguridad jurídica nos habla de tres momentos: positividad, operatividad e invariabilidad. Para que el derecho sea seguro requiere que sea fijado, practicable e invariable. (Permanencia, durabilidad, lo que es derecho debe permanecer derecho).

Las sociedades mercantiles han tenido una difusión creciente en el sector empresarial, ya que los empresarios, por la imposibilidad de ver y atender sus empresas, por el crecimiento de las mismas, han visto la necesidad de unirse con otras personas para aportar su patrimonio y conformar uno sólo y de mayor capital. Mencionemos algunas causas que han dado origen a la proliferación de las sociedades mercantiles:

1. Por medio de la sociedad el empresario individual puede dividir su patrimonio personal (bienes dedicados para la familia, ahorros, etc.) del patrimonio preciso para el ejercicio de la empresa de la que es titular (en otras palabras su patrimonio mercantil).
2. Jurídicamente hablando, la propiedad de la sociedad siempre será de la sociedad, aunque las acciones sean traspasadas por actos jurídicos entre vivos o por medio de una sucesión.
3. El crear sociedades permite que una persona, natural o jurídica que se dedique a distintos negocios, pueda manejar la especialidad de cada negocio con sociedades independientes, lo que le va a facilitar el manejo de cada negocio en particular, como también el manejo fiscal de cada empresa, disminuyendo de esta forma los impuestos a pagar.
4. Es de mucho interés, en especial, ya que mediante las sociedades mercantiles se puede acumular capitales que difícilmente podría acumular una persona a la hora de comenzar un negocio.

Evolución del Régimen de Sociedades: Las fuentes de Regulación de las sociedades mercantiles son:

1. En las Ordenanzas Francesas de 1673: Se hablaba de Sociedades en General y Sociedad Encomandita

2. EL Código de Comercio Napoleónico incluye las Sociedades Anónimas.
3. El Código de Comercio de 1869, 1916 (arts., 249-562) y la Ley 32 de 1927 sobre Sociedades Anónimas.

Nuestro tema central el día de hoy es sobre Sociedades Anónimas, Análisis de las Acciones al Portador.

Su concepto. Sociedad Capitalista dedicada con capital propio, dividido en acciones y bajo el principio de la responsabilidad limitada de los socios frente a la sociedad, a la explotación de una actividad mercantil.

Su Naturaleza Jurídica: La personalidad de la sociedad anónima es ficticia por cuanto es creada artificialmente por autoridad de la ley y se considera una persona distinta a los asociados, si bien no tiene existencia física.

#### **Sus características:**

1. Es de responsabilidad limitada. Art. 39 de la Ley 32 de 1927. Sólo son responsables los accionistas ante la cantidad que adeuden a cuenta de sus acciones.
2. Razón Social: La Sociedad tendrá que ir acompañada de las siglas S.A., Corp. Corporation, Inc.
3. Capital: Su capital está representado por acciones.
4. Cesibilidad de Tipos de Acciones: Son negociables
5. Solemnidades: Suscripción del Pacto Social, Protocolización de Escritura, Inscripción en el Registro Público.

#### **Elementos Esenciales:**

1. Pacto Social. Art. 2 Regula lo que debe contener el Pacto.
2. Capital mínimo de B/. 10,000.00.
3. Acciones: Al Portador, Nominativas, Comunes, con valor nominal y sin valor nominal.

Las acciones al portador se encuentran reguladas en el artículo 28, 30, 31, 36 de la Ley 32 de 1927:

1. Art. 28. No se emitirán acciones al portador sino cuando hayan sido totalmente pagadas y liberadas.
2. Art. 30. La cesión de las acciones al portador se verificará por la sola tradición del título.
3. Art. 31. Nuestra legislación contempla el cambio de un tipo de acción a otro, cuando nos referimos a las acciones al portador

podrán convertirse en nominativas y viceversa, pero solamente si esta facultad está contemplada en el pacto social.

4. Art. 36. Con respecto al libro de Registro de Acciones, nuestra norma estipula que cuando se trata de acciones al portador el registro de acciones indicará el número de acciones emitidas, la fecha de la emisión y que las acciones han sido totalmente pagadas y liberadas.

Países como Méjico, Colombia y Chile no cuentan con la facultad de las sociedades anónimas para emitir acciones al portador. Países como España, cuentan con acciones al Portador y las mismas pueden ser emitidas incluso sin la obligación de que sean pagadas en su totalidad. Podemos citar también, Antigua, Las Islas Marshall, Seychelles, Delawere en Estados Unidos.

Hoy en día Panamá está en el ojo de la tormenta por la discriminación que pretende ejercer la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (OCDE), Francia, Reino Unido y por las presiones de Estados Unidos, con el sólo objetivo de conseguir la modificación de la Ley 32 de 1927, para eliminar o depositar en custodia las acciones al portador, ya que según ellos las mismas se prestan para actividades ilegales, ocultando delincuentes y propiciando la evasión fiscal de los nacionales Estadounidenses.

#### **Las acciones al Portador tienen las siguientes ventajas:**

1. Simplicidad y rapidez de transmisión (Es más sencillo traspasar una sociedad).
2. Ahorro de costos. No hay que ir a notario, se ahorra en abogados, y se ahorra en imprenta.
3. Privacidad. Los propietarios permanecen en anonimato.
4. Se usa mucho en bienes muebles como barcos y aviones porque se pueden traspasar fácilmente y es muy utilizada en empresas familiares en donde a falta del dueño, sus herederos no tienen que formalizar procesos de sucesión, ya que con la sola presentación del título de la acción al portador, demuestran la propiedad.

El 8 de julio de 2009, el Honorable Diputado Miguel Alemán, presentó un anteproyecto de Ley con la finalidad de derogar y modificar artículos relacionados con las acciones al Portador regulados en la Ley 32 de 1927. En su exposición de motivos manifiesta que “En la actualidad, los fenómenos delincuenciales ponen en peligro la seguridad de los ciudadanos, valiéndose de herramientas legales que le permiten, desde el anonimato, disponer de los dineros producto de actividades ilícitas e invertirlo en actividades lícitas, haciendo mucho más difícil la investigación de los

delitos de lavado de dinero, narcotráfico, entre otros y que una de sus herramientas legales es la emisión de acciones al Portador”.

EL H.D. Alemán propone modificar el artículo 28, 30 y deroga el 31 de la Ley 32 quedando así:

Art. 1. Modifíquese el Art. 28. No se emitirán acciones al portador.

Art. 2. Modifíquese el Art. 30. La cesión de acciones al portador se verificará por la sola tradición del título. Sólo tendrán validez las cesiones, de este tipo de acciones, si se efectúan antes del 1 de enero de 2011.

Art. 3. Las Sociedades Anónimas, que a la fecha de promulgación de la presente ley, hayan emitido y tengan en circulación acciones al portador, deberán antes del 1 de enero de 2011, convertirlas en acciones nominativas, para lo que se considerará como propietarios a los poseedores que las presenten, a la Junta Directiva de la Sociedad, para su conversión.

No podrá recibir dividendos de la sociedad, ni participar con derecho a voto en las reuniones de accionistas, el tenedor de acciones al portador, que a la fecha antes descrita, no haya efectuado la conversión a nominativas.

Dos días después, el 10 de julio de 2009, en el diario La Prensa, el Vice Ministro de Economía, Frank de Lima manifestó que no hay una posición oficial del gobierno, sin embargo, podría haber un tratado de intercambio de información como lo ha hecho Suiza.

Frente a toda la problemática surgida con respecto a las acciones al portador de las sociedades anónimas podemos manifestar las siguientes consecuencias:

1. Posibles limitaciones y legislación obstructiva: Por las presiones se contempla la posibilidad de depósito en custodia de las acciones al portador, esto inmoviliza el título, es decir, deben quedar en depósito y custodia de un banco, una entidad fiduciaria o el agente residente con el objetivo que quede registrado cualquier cambio de titularidad
2. Se pierde la esencia y flexibilidad de las acciones al portador, se hace muy complicado la transmisión al no estar debidamente en manos de su propietario legítimo.
3. Es de suma importancia reiterar que la esencia, la naturaleza de las Sociedades Anónimas es el anonimato de los accionistas. No podemos juzgar a todos por pecadores. El que personas inescrupulosas utilicen los mecanismos legales para cometer sus fechor-

ías, no debe afectar el derecho constitucional (art. 39) de todo ciudadano panameño e incluso extranjero de formar una sociedad anónima panameña y emitir las acciones como tenga a bien (siempre y cuando lo haga según lo que estipula la ley), porque es un derecho que incluso le da la ley. Podemos interpretar de la exposición de motivos del anteproyecto del Honorable Diputado Alemán que por el anonimato habría que derogar la ley 32 cuando lo que quiso decir o lo que buscó el legislador al momento de crear las Sociedades Anónimas fue precisamente proteger a los dueños de acciones de los malos pensamientos y actos de los que actúan fuera del margen de la ley. Nuestra constitución garantiza el derecho de formar compañías y la capacidad, el reconocimiento y el régimen de las sociedades se determinará por la ley.(Art. 39).

4. Nuestro país se caracteriza por el servicio. Nuestros bancos, abogados, marina mercante, etc. Debemos sentirnos orgullosos de cómo reaccionamos frente a situaciones que pueden afectar nuestro tesoro. Pareciera que el negocio de las sociedades anónimas lo quieren traspasar a otros países y perjudicar a Panamá, país que se ha mantenido en índices positivos de crecimiento económico a pesar de la crisis mundial. Se calcula que cerca del 80% de las exportaciones panameñas se vean afectadas por estas medidas y un porcentaje importante de los 7.9 millones de depósitos extranjeros se verán afectados.
5. Aplaudo al Ministro de Economía y Finanzas, Su Excelencia Alberto Vallarino, por la decisión de solicitarle al Ministro de Comercio e Industrias pedir a la Organización Mundial del Comercio que investigue a Ecuador por prácticas discriminatorias en contra de Panamá y de sus servicios legales, financieros y comerciales. Esta es la postura que debe tomar el gobierno panameño y no dejarse avasallar por presiones foráneas sobre nuestras leyes. Panamá cuenta con una Ley que data de 1927 y que ha funcionado a la perfección, tanto que parte de nuestra economía se mueve gracias a los servicios legales y financieros que ofrecemos y que guardan relación con las Sociedades Anónimas. De no hacerlo, las consecuencias serán nefastas, para los bancos, abogados e incluso para las arcas del Estado. Recordemos que el sólo hecho de tener una Sociedad Anónima inscrita, genera una tasa única anual y todos los actos jurídicos susceptibles de inscripción, pagan una liquidación o costo registral que redundaría en beneficio del Estado y a su vez del pueblo panameño y para evitarlo, el país debe brindar seguridad jurídica.

Gracias.

Panamá, 23 de septiembre de 2009.

