

No. 25

REVISTA

**IUSTITIA
ET
PULCHRITUDO**



Panamá
2011

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

LA IGUALDAD JURÍDICA, LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PARADIGMA DEL DESARROLLO HUMANO

ARMANDO PADILLA Z..... 5

LAS MEDIDAS DE RETORSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:

JAIME JOVANÉ BURGOS 19

LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (P&I CLUBS)

ZULEIKA AIZPURÚA 41

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES

JAIME FRANCO 99

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES: CUESTIÓN INCOMPREDIDA.

CECILIO CEDALISE RIQUELME 105

LA RE- SOCIALIZACIÓN DESDE MI PUNTO DE VISTA...

DELIA R. CONTE M. 131

PROPUESTA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, POR LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA LA ANTIGUA..... 139

**LA IGUALDAD JURÍDICA,
LOS DERECHOS SOCIALES Y
EL PARADIGMA DEL DESARROLLO
HUMANO**

ARMANDO PADILLA Z.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Especialista en Derechos Humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor visitante del Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal de la Universidad de Salamanca. Profesor de las asignaturas Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Santa María La Antigua. Juez Titular del Juzgado Segundo Penal de Adolescentes de Panamá, Órgano Judicial.

1. La justicia y la igualdad en Aristóteles

En el pensamiento clásico, la justicia era vista como una virtud que mantiene la armonía en los hombres y en el cosmos, equilibrio que se lograba a través de la legalidad y la igualdad. Por tal razón, Aristóteles decía que "...debe llamarse justo el que obedece a las leyes y al que observa con los demás las reglas de la igualdad"¹ En otras palabras, la legalidad y la igualdad son los contenidos de la justicia y los que dan a la relación un valor, un fin deseable, cual es: ser justo.

En la antigüedad, se entendía que la justicia se presentaba en dos modalidades: la conmutativa o retributiva y la justicia distributiva o atributiva.

La primera de ellas fue llamada por Aristóteles "justicia reparadora y represiva" y entraña una relación proporcional aritmética entre lo que se da o hace y lo que se recibe a cambio. Hay una equivalencia entre el dar o hacer y el recibir. Desde el punto de vista retributivo, se actúa con justicia, si son iguales las cosas que una persona entrega o realiza y lo que le es retribuido. En vista que ambos extremos se corresponden, ambos tienen el mismo peso o valor específico.

Así, por ejemplo, un precio es justo si equivale al valor del bien que se adquiere; un salario o sueldo es justo si se corresponde con el esfuerzo, conocimiento, experiencia y resultados exigidos por la actividad realizada; y, una indemnización es justa si compensa los daños producidos.

En caso de desigualdad y para ser justo, debían equipararse los extremos, quitando a una de las partes el provecho obtenido. Y en ese sentido Aristóteles sentenciaba que: "El juez iguala las cosas y, podría decirse que teniendo delante de sí una línea cortada en partes desiguales y cuya porción mayor excede de la mitad, el juez quita la parte que excede y la añade a la porción pequeña"²

La otra forma de justicia es conocida como distributiva o atributiva y que, para Aristóteles involucra una relación proporcional geométrica, donde lo justo está determinado por el mérito de las personas. La atención no

¹ ARISTÓTELES. *Moral a Nicómaco*. 6ª edición, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1993, p. 203.

² Idem, p. 213.

está dirigida a constatar la desigualdad entre las cosas, sino el mérito de las personas que las reciben.

Según este modelo de justicia, si las personas no son iguales, entonces tampoco deberán tener partes iguales, controversia que representa las disputas y reclamaciones de la justicia. Ésta distribuye las ventajas o desventajas, beneficios o gravámenes de la relación social. Ya no se trata de una relación de intercambio o equivalencia entre cosas, tal como se planteaba en la justicia retributiva, sino una relación de convivencia, donde se equiparan los derechos de las personas.³ La justicia distributiva permite, por tanto, determinar cuáles son los derechos y responsabilidades de las personas, por ejemplo, delimitando la relación entre trabajador y empleador o entre el Estado y el imputado.

Estas nociones de igualdad tienen especial trascendencia en la estructuración de los derechos humanos, tal como veremos a continuación.

2. La Igualdad Jurídica

2.1. Antecedentes

El liberalismo burgués rescató las ideas de los pensadores de la antigüedad para articular el principio denominado de igualdad jurídica. Recordemos que el Bill of Rights (Virginia, 1776) declaró que: “1. *That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights...*”.⁴ En ese mismo sentido, tras proclamar el slogan “Libertad, Igualdad y Fraternidad”, la Declaración francesa de 1789 afirmó que “Art. 1er. *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune...*”.⁵

En este contexto, la igualdad jurídica se erige como el núcleo esencial de otro principio: el imperio de la Ley. Este pone límites al poder del Estado y como consecuencia del traslado de la sede de la soberanía (ya no residirá en el monarca absoluto sino en el pueblo como resultado de un pacto de asociación), tanto gobernantes como gobernados quedan por igual sometidos al mandato de la Ley (*Government of law not government of men*).

³ Norberto BOBBIO. Igualdad y Libertad. Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p. 60.

⁴ “Todos los hombres son igualmente libres e independientes y tienen asegurados derechos que le son inherentes.”

⁵ “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”

Bajo la igualdad jurídica, cada persona tiene los mismos derechos y obligaciones que los demás, independientemente de sus cualidades o atributos personales, sociales o económicas. Los derechos y deberes se corresponden unos con otros. Hay identidad de facultades y responsabilidades. El resultado de esta relación es que la convivencia se realiza sin que existan las llamadas ventajas (privilegios) ni desventajas (discriminaciones) para nadie.

Debemos aclarar que bien el individualismo proclamó la igualdad jurídica, en un principio esta no era universal, pues solo regía entre los “iguales”, es decir, entre la misma burguesía. Por ejemplo, en cuanto a los derechos políticos, inicialmente sólo los reconoció a favor de los varones propietarios; es decir, a los varones que tuviesen renta anual proporcionada, procedente de bienes propios e, incluso, vinculaba el ejercicio de tales derechos a la condición de ser dueño de alguna propiedad raíz que tuviera un valor específico (en la Constitución de Cúcuta de 1821, primera vigente en el periodo unitario durante la época de unión a Colombia, ese valor era de 100 pesos para el sufragante parroquial y 500 pesos para los electores de Presidente, Senadores y Diputados).

Si bien la primera Constitución republicana (1904) reconoció el derecho al sufragio a todos los varones, no fue sino hasta la Constitución de 1941 que se amplió el sufragio limitado a la mujer; y finalmente, en la Constitución de 1946 que se reconoció el sufragio universal sin restricciones para ambos sexos.

Se desprende de lo anterior que en el ámbito de los derechos políticos, sólo por mencionar un ejemplo muy concreto, el principio de igualdad jurídica enfrentó un largo camino para su materialización y que gracias a la presión de los movimientos políticos y sociales fue universalizado, proceso de carácter progresivo que aún continúa con las leyes de igualdad de oportunidades, cuyo análisis abordaremos más adelante.

2.2. La Igualdad Jurídica en la Constitución Política e instrumentos internacionales

El derecho general de igualdad está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política, según el cual *“No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”* Debemos indicar que la mención expresa a las personas con discapacidad como sujetos de derechos de igualdad fue introducida en las reformas constitucionales del año 2004.

Este principio se encuentra recogido en instrumentos internacionales, tales como el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

2.3 Los distintos tipos de Igualdad Jurídica:

En nuestro ordenamiento jurídico existen referencias explícitas a la vigencia del principio de igualdad jurídica, encontrando al menos dos tipos de manifestaciones:

- *Igualdad “en” la Ley.* En este supuesto, el destinatario del mandato de igualdad es el legislador o quien elabore normas jurídicas. Debe garantizar que en el proceso de elaboración y aprobación del derecho no se establezcan privilegios ni discriminaciones basadas en consideraciones personales, sin que pueda asignar distintos derechos y obligaciones sin justificación alguna.

Las leyes o las normas que la reglamenten no deben contrariar la letra o el espíritu de la Constitución, por lo que la jurisprudencia constitucional nos muestra casos representativos en que se ha garantizado la vigencia del principio de igualdad en la ley.

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 328 del Código de la Familia que establecía que en los procesos de guarda y crianza, debía preferirse a la madre si los hijos o hijas se encontraban en compañía de ambos, luego de considerar que esta norma atentaba contra el principio de igualdad de derechos de los cónyuges.⁶ Igual suerte corrieron las sanciones previstas para las personas que participaran en juegos de azar con mujeres y la prohibición de admitir a mujeres y empleadas domésticas en establecimientos destinados a estos juegos, contenidas en los artículos 1246 y 1252 del Código Administrativo.⁷

- *Igualdad “frente” a la Ley.* En este supuesto, la igualdad está referida al trato que tanto autoridades como particulares deben dispensar a los y las ciudadanas. Bajo este prisma, sería arbitrario reconocer o no derechos según quien se trate, especialmente en circunstancias en que se discrimina o privilegia por razón de pertenencia a determinado grupo étnico, por

⁶ Fallo del 29 de mayo de 1996.

⁷ Fallo del 16 de febrero de 1996.

nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Este principio significa que toda norma jurídica debe ser aplicada en todo caso que cae bajo el mismo supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga en él. Se garantiza que en presencia de un mismo hecho, se atienda siempre de igual forma o se tome aquella decisión que en el futuro se estaría dispuesto a respaldar bajo las mismas circunstancias, independientemente de quien sea el individuo o grupo. Por tanto, la igualdad frente a la ley equivale a la regla de la universalización: dar la misma respuesta institucional a situaciones idénticas.

Este principio se asoma con ocasión del debate entre el derecho penal del acto frente al derecho penal de autor: hay que juzgar el hecho cometido, mas no quien lo cometió. Los etiquetamientos sobre los sujetos pasivos de la acción penal (particularmente asociados a la pobreza o por la condición de adolescentes menores de edad) puede incidir en la respuesta institucional, siendo común que sea más intensa sobre estos grupos que sobre otros (una de las críticas al proceso penal es su selectividad: personas pertenecientes a altos niveles socioeconómicos o vinculados a la delincuencia de cuello blanco se sustraen a las consecuencias jurídicas penales a las que están expuestas los pobres). Estas disfunciones pueden llevar al sistema hasta el conocido “derecho penal del enemigo”, estado en el que no se reconocen derechos constitucionales a personas o grupos vulnerables ubicados en el conflicto con la ley penal y que resultan de ese etiquetamiento político-social.

2.4 Igualdad Jurídica, Regla de la Justicia e Igualdad de Oportunidades

Hemos visto que el principio de igualdad jurídica se sustenta en el mismo trato o consideración sobre las personas, sin que sean legítimas las distinciones por razón de *raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas*. Cualquier trato diferenciado que se fundamente en estos aspectos no es igualitario ni racional, pues no hay motivos éticos ni científicos que lo justifiquen.

Eso no significa que el sistema jurídico tenga ciertas consideraciones pero por razones muy distintas a los anteriores factores. Así, por ejemplo, sólo los profesionales del Derecho pueden ocupar el cargo de jueces o magistrados o sólo las personas mayores de treinta y cinco años pueden ser Presidentes de la República. Estas distinciones están hechas bajo criterios de formación profesional o de madurez y, por tanto, no suponen discriminación o privilegio alguno.

Lo que sí debemos tener muy claro es que la igualdad jurídica tiene excepciones, ya que en principio sólo deben gozar de los mismos derechos y obligaciones aquellos que se encuentren entre sí en situación de igualdad. Y, por el contrario, no pueden gozar de los mismos derechos y obligaciones aquellos que se encuentren en situación de desigualdad. Esta es la llamada **regla de la justicia**, según la cual “se debe tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”⁸.

Esta regla permite que determinados colectivos reciban un trato especial, generalmente expresado mediante derechos que compensan situaciones desventajosas desde el punto de vista social o económico.

Con el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho, el alcance de la regla de la justicia se ha expandido más allá de perseguir meros “tratos” iguales o favorables que corrijan desigualdades y, en ese sentido, las leyes de igualdad de oportunidades han logrado demandar del Estado un conjunto de acciones positivas que, incluyen, nuevas directrices políticas y hasta prestaciones económicas.

Un ejemplo significativo lo constituye la perspectiva de género. El Estado está obligado a reconocer los intereses, derechos, necesidades, realidades y puntos de vista de las mujeres, así como identificar las distintas formas de subordinación y discriminación donde se menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de la mujer de los derechos humanos. En ese sentido, la ley contempla el trato preferente que tienen las mujeres embarazadas en la utilización de los servicios públicos y sociales, particularmente en el transporte, en la atención médica u hospitalaria y, en general, cuando requiera proteger su salud y la del que está por nacer (artículo 493 del Código de la Familia). Ahora bien, los derechos de la mujer no se limitan a asegurar que se les dispense a las embarazadas de hacer una fila o cola en la atención de los servicios públicos. Las políticas dirigidas hacia la igualdad de derechos exige del Estado mucho más, como por ejemplo: que los partidos políticos garanticen por lo menos el 30% de mujeres en las listas electorales o como ministras, viceministras y directoras de entidades autónomas y semiautónomas (artículo 7 de la Ley 4 de 1999, por la cual se instituye la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres); o que se eliminen los conceptos estereotipados de los roles masculino y femenino en todos los niveles y formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y la modificación de los libros y programas escolares (artículo 10.C de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

⁸ Norberto BOBBIO. Ob. cit., p. 64.

CEDAW); o el establecimiento de medidas concretas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, incluyendo en la legislación las normas necesarias, adoptando medidas jurídicas de protección y estableciendo procedimientos legales justos, eficaces y accesibles a la mujer (artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belem do Pará).

El rol dinámico que se le exige al Estado se aprecia también respecto a la aplicación de las leyes de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Entre los derechos dirigidos a garantizar su inclusión e igual acceso a los beneficios de la vida social podemos citar que las construcciones de edificios, parques, aceras, jardines, plazas, vías, servicios sanitarios y otros espacios de uso público deben ser accesibles y utilizados por las personas con discapacidad, mediante rampas, pasamanos, señalizaciones visuales, auditivas y táctiles (artículos 31 y 35 de la Ley 42 de 19899, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad).

3. Propiedad privada y derechos sociales

No hay que perder de vista que el liberalismo clásico fue impulsado por la burguesía, entre otros motivos, para asegurar la adquisición de capital y garantizar su expansión, proveniente de actividades tales como el comercio y la banca; y que, el conjunto de libertades (como la reunión y la asociación) servían para lograr ese fin.

La libertad económica en términos burgueses excluía al Estado del mercado para procurar la salvaguarda de los particulares frente a toda intromisión en esa esfera de libertad. La mano invisible de Adam Smith gobernaba el mercado, la competencia, la oferta y la demanda, autosuficiencia que permitía asignar los recursos de la actividad económica. De modo tal que no se reconocían mayores derechos laborales porque bajo este prisma podía significar una interferencia del Estado en la libertad de contratación entre las partes, muy a pesar de la asimetría de la relación capital-trabajo.

Por demás, el laissez faire, al justificar la adquisición de patrimonio, aún en condiciones de igualdad jurídica, desembocó en la profundización de las desigualdades económicas, incrementando sus efectos con la garantía constitucional de protección sobre la propiedad privada y con los derechos de sucesión a lo largo de generaciones.

Böckenförde nos explica que “De la libertad jurídica general igual para

todos resulta así necesariamente la desigualdad social”⁹, es decir, a mayor libertad para adquirir propiedad, mayor desigualdad económica. Y es que en la competencia por adquirir patrimonio, algunos conseguirán más, otros menos y otros simplemente no adquirirán bien alguno.

En el caso de Panamá, estudios apuntan a que las desigualdades “... tienen un carácter histórico estructural que nace en el período colonial, ligadas a la tenencia del suelo urbano de la capital, como fuente de poder político y económico. Estas desigualdades originarias van a marcar las tendencias básicas del desarrollo panameño, que contribuirá a su vez a reproducirlas y perpetuarlas.”¹⁰

A partir del desarrollo del liberalismo burgués y su doctrina económica y los antes mencionados efectos de desigualdad material, emergen los movimientos sociales, respaldados por una estructura ideológica que cuestiona la existencia misma de la propiedad privada y que, en el caso del marxismo, propuso su abolición. Otras ideas más moderadas apuestan a la reorientación de los fines de la propiedad hacia un destino social, legitimando la intervención del Estado en el mercado para regular las relaciones laborales para corregir las desigualdades materiales.

En este contexto surgen los derechos sociales y económicos que pretenden armonizar valores como la Libertad e Igualdad que, en un momento previo del debate político, se consideraron hasta incompatibles.

Pero a juicio de Peces-Barba, la libertad no puede realizarse sin que a la vez el individuo goce de las condiciones económicas y sociales que garanticen su disfrute; el ejercicio de la libertad depende que su titular esté en suficientes condiciones materiales para el uso de ellas; y por tal motivo, los derechos sociales facilitan la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando las condiciones de la libertad.¹¹

Es decir, si el individuo no encuentra satisfechas sus necesidades básicas, como alimentación, vivienda o salud, no podrá disfrutar de las libertades por la sencilla razón que no podrá ejercerlas. Esta complementariedad significa que el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos resulta imposible sin el disfrute de los derechos sociales, lo que demuestra que los derechos humanos son indivisibles.

⁹ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 1993, p.74.

¹⁰ Sistema de Naciones Unidas. *Análisis Conjunto del País. Panamá*. Panamá, 2000, p. 15.

¹¹ Gregorio PECES-BARBA. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988.

El sistema constitucional panameño ha tomado partido por un modelo de Estado social y democrático. A partir del reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, garantiza la propiedad privada con fines sociales, que el interés privado ceda ante el interés público o social y a que se alcancen iguales condiciones iniciales o de punto de partida para que cada individuo desarrolle sus propias potencialidades.

De hecho, la Constitución Política garantiza la propiedad privada adquisitiva, pero señala que implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe cumplir (artículos 47 y 48); cuando existan conflictos entre los derechos de los particulares y motivos de utilidad pública o interés social, el interés privado debe ceder ante el interés público o social (artículo 50); y, reconoce que las actividades económicas le corresponden primordialmente a los particulares, aunque el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales, con el propósito de acrecentar la riqueza nacional y asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes (artículo 282).

4. Desigualdad y Sistema de méritos

Hemos visto que nuestro modelo constitucional garantiza la propiedad privada y, como expresamos en líneas anteriores, propone que sus beneficios sean redistribuidos entre todas las personas y que se ofrezcan iguales oportunidades jurídicas para el acceso a la riqueza.

En ese sentido, unos de los caminos tradicionales para facilitar los procesos de movilidad social ha sido el sistema de méritos. La meritocracia (de “*mereo*”, *merecer*) es el modelo de gobierno que privilegia el mérito y que asegura que los cargos y posiciones directivas se ocupen según la inteligencia y el esfuerzo empleado, de suerte que rasgos como el grupo étnico, la posición social o económica, no deben tener ninguna relevancia.

Aplicado en un escenario de desigualdad material, debería contribuir a desplazar a individuos o grupos de forma vertical u horizontal. En vista que cada persona posee talentos distintos y desarrolla actividades muy diferentes, podría obtener distintos grados de éxito. El reconocimiento de las destrezas y esfuerzos, a través de beneficios justos por el trabajo realizado, debería tener como recompensa el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

Sin embargo, el sistema de méritos encuentra al menos dos importantes dificultades: a) la desigual posesión de talentos y esfuerzos; y b) que no

todas las personas disponen de las mismas oportunidades para obtener, cultivar y ampliar dichos talentos.

En efecto, los talentos y esfuerzos de las personas no son iguales en todos los casos y lo que es más, las capacidades físicas y mentales no pueden ser distribuidas. Hay personas con dones especiales (como los estudiantes superdotados, trabajadores excepcionales en la ejecución de un oficio o profesionales con destrezas únicas) quienes, después de cumplir con los requerimientos éticos de cada actividad, sumado al esfuerzo empleado y a los resultados obtenidos, en principio deberían recibir distinta o mejor remuneración. Y, a mayor remuneración, mayor patrimonio, lo que lleva implícito una desigual distribución de ingresos respecto a quienes no poseen estos talentos ni hayan realizado esfuerzos semejantes, pero **justa** a partir de la aplicación de la regla de la justicia.

Pero además hay que advertir que el sistema de méritos puede terminar favoreciendo a los grupos socioeconómicos ubicados en una posición ventajosa de la relación social. No todas las personas tienen las mismas oportunidades para acceder a programas educativos de calidad, ni a la tecnología que la acompaña, ni a todo el entorno socioeconómico que facilita el desarrollo de los talentos. El sistema de méritos se expone a convertirse en un medio para perpetuar en la cúspide de la relación social a los grupos más privilegiados. Este contexto material impide el ejercicio de la libertad, porque las personas no pueden ejercer su autonomía, es decir, no pueden elegir su proyecto de vida, porque las elecciones quedan subordinadas a sus condiciones socioeconómicas.

De ahí que el sistema de méritos por sí solo no hará posible la movilidad social sino se establecen mecanismos para igualar las condiciones iniciales o de puntos de partida. En términos de Giovanni Sartori, al proveer a cada uno un poder material inicial adecuado, el individuo podrá conseguir los mismos talentos y posiciones que cualquier otro¹²

5. Solidaridad, pobreza y el paradigma del desarrollo humano

La efectividad de la cooperación social solo será posible si incorporamos junto con la noción de Igualdad, el valor de la Solidaridad. Sobre el particular, Adela Cortina nos refiere que la solidaridad es la versión secularizada del valor *fraternidad*, tercero que defendió la Revolución francesa junto a la Libertad e Igualdad y que implicaba que todas las

¹² Terminología utilizada por Giovanni SARTORI en *Elementos de Teoría Política*. Alianza Editorial S.A., Madrid, 1992, p. 90.

personas eran hijas del mismo Padre y que, por tanto, tiene una indudable raíz religiosa.¹³

La solidaridad supone una obligación de auxilio recíproco dirigida hacia un fin justo en un contexto en que la vida en sociedad no puede ser interpretada como una mera vecindad o una simple aproximación física de seres humanos, sino que también involucra una convivencia en la que se comparten esfuerzos y bienes y que permite alcanzar metas colectivas.

Este auxilio recíproco pasa por un estado de conmoción que permite a los individuos identificarse con los fines del otro y verlo “como nosotros pero distintos a nosotros” y, tal como nos dice Maldonado, una vez comprendemos al otro, no podemos serles indiferentes o insensibles, motivando, por tanto, en nosotros acciones sociales y políticas a su favor.¹⁴

En estos términos, la solidaridad dista mucho de asimilarse a la caridad, al favor o a la filantropía. Se traduce en obligaciones jurídicas convertidas en derechos humanos y se erige en el motor que mueve a los derechos de carácter social, económicos y culturales.

Así, por ejemplo, quienes se encuentran en situación de pobreza y pobreza extrema merecen la solidaridad del conglomerado social. Tengamos presente que la pobreza, como fenómeno multifactorial, implica privaciones en salud, educación y nivel de vida. Está asociada al ingreso, es decir, a la insuficiencia de capacidad productiva efectivamente utilizada y, según estudios especializados, se presenta cuando el valor de los bienes producidos por los miembros de una familia es inferior al necesario para la satisfacción de sus necesidades básicas. Este fenómeno debe ser abordado por las políticas públicas desde una óptica solidaria mediante acciones concretas que logren expandir la capacidad de producción de las familias pobres o mejorar la utilización de la capacidad que poseen, aumentando la disponibilidad de trabajo, perfeccionando la fuerza laboral, mejorando la calidad de los puestos de trabajo disponibles y valorando adecuadamente los bienes y servicios producidos por los niveles más pobres de la población.¹⁵

¹³ Adela CORTINA. Ob. Cit., p. 242.

¹⁴ Carlos Eduardo MALDONADO. *Derechos Humanos, Solidaridad y Subsidiariedad*. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2000, p. 81.

¹⁵ Ricardo PAES DE BARROS, Mirela DE CARVALHO y Samuel FRANCO. *La Igualdad como Estrategia de Combate a la Pobreza en Panamá. Síntesis*. PNUD e IPEA, p. 7.

Y es que un sistema no puede ser justo si incrementa por igual las utilidades de todos los asociados, sin aumentar los beneficios de quienes se encuentren en desventaja social. Sobre este particular, el Premio Nóbel Amartya Sen nos dice que la bondad de un sistema se juzga según el nivel de utilidad de la persona menos favorecida y son éstos quienes deben recibir ingresos superiores a los demás, precisamente para corregir las desigualdades.¹⁶ Se debe dar más a quienes necesitan más.

Tampoco puede ser justo un sistema que enfoque su atención únicamente en los niveles de crecimiento económico, porque ese crecimiento no siempre está vinculado al desarrollo humano de las personas. Tal como lo explica el Informe de Desarrollo Humano 2010, es posible que las empresas produzcan bienes a costa del empleo intensivo de mano de obra barata o que exploten recursos naturales de un país, pero no necesariamente están interesadas en mejorar la calificación de los trabajadores y tampoco les importará mucho la salud de éstos si cuentan con una amplia base de posibles empleados (p. 5).

El desarrollo humano no se limita a ofrecer a las personas mayores oportunidades. Este concepto es más amplio y comprende “crear un ambiente propicio para que la gente disfrute de una vida prolongada, saludable y creativa”. Consecuentemente, el desarrollo debe ser sustentable, debido a que los logros están expuestos a retrocesos; debe ser equitativo, porque debe abordar las disparidades estructurales; y debe ser empoderador, facultando a la gente para ejercer su capacidad de decidir y participar.

La comprensión de este nuevo paradigma nos llama a reducir los niveles de desigualdad en la distribución de la salud, educación e ingresos; en especial por razón de género, discriminación que se hace evidente no solo en el acceso a los servicios básicos, sino en el mercado laboral; y nos propone el desafío de restituir los derechos sociales de quienes padecen graves privaciones en la salud, educación o nivel de vida.

¹⁶ Amartya SEN. *¿Igualdad de qué?* En J. RAWLS y otros en *Libertad, Igualdad y Derecho*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998, p. 142.

LAS MEDIDAS DE RETORSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:

JAIME JOVANÉ BURGOS

I.- Introducción:

La figura jurídica de las medidas de **retorsión** en la contratación pública es una institución relativamente moderna, al punto que a nivel de la doctrina pocos por no decir escasos análisis y escritos se han hecho en relación a la misma, por lo cual se hace pertinente efectuar una exposición en torno a la misma, por no existir bibliografía sobre dicha temática en particular.

En este sentido, efectuaremos un breve análisis de la disposición legal que regula y contextualiza la existencia de las medidas de retorsión en la contratación pública, y la manera como la misma se conceptualiza, desarrolla y aplica dentro del territorio de la República de Panamá.

Así las cosas, también se analizarán dentro de la presente monografía aspectos relevantes tales como la naturaleza de las medidas de retorsión, su conceptualización, fundamentación y procedimientos, por último para arribar al estudio propio de ésta institución jurídica pero en el ámbito de aplicación de la contratación pública y las concesiones administrativas.

De igual manera se hará énfasis en la determinación a quiénes se les aplican las medidas de retorsión, haciendo finalmente una crítica de la mala interpretación que se le ha dado a ésta normativa, y en especial su ejecución sobre o en contra de los ciudadanos panameños, cuando las mismas son directamente destinadas a Estados o nacionales extranjeros de otros países, que discriminan los intereses de los panameños o de la propia República de Panamá.

En este sentido, se procura tratar de aclarar a partir de la presente monografía, la manera o método correcto en el que en realidad habría que interpretar la aplicación o utilización y ejecución de las medidas de retorsión, que tienen sus finalidades para combatir actuaciones indebidas o perjudiciales en contra de los nacionales panameños o del Estado de Panamá; a efectos de evitar entorpecer los actos de contratación pública o de concesión administrativa.

En último lugar, se hace una ligera mención de las razones por las cuales se sustentan la no aplicación de las medidas de retorsión que consideramos indebida o impropia a los nacionales panameños, y las circunstancias por las cuales podría ello desmotivar a la participación de los actos de contratación pública con el Estado, por parte de personas

(naturales o jurídicas) de nacionalidad o constitución (registro) panameña.

II.- Marco Legal:

Ante todo es digno establecer o resaltar que la institucionalización de la figura jurídica de las **medidas de retorsión** fue incorporada en nuestra legislación panameña a través de la Ley 58/2002, del 12 de diciembre la cual lleva por título lo siguiente: “*Que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá*”. De igual manera, ésta normativa fue publicada en la Gaceta Oficial # 24701, del 17 de diciembre de dos mil dos (2002), por lo cual obviamente estamos ante una disposición o precepto relativamente novedoso en nuestro medio.

III.- Naturaleza de las Medidas de Retorsión:

La institución legal de las medidas de retorsión tiene una naturaleza de un incuestionable carácter **internacional público**, que ha sido introducida o incorporada a la asignatura de derecho administrativo, específicamente dentro del campo de las áreas relacionadas con la *contratación pública*; así como también de las *concesiones administrativas*.

Como podemos apreciar, las medidas de retorsión son empleadas en Panamá con mayor énfasis o materialización en los contratos administrativos o públicos que celebre el Estado con una parte o sujeto contratante, que de alguna u otra forma tiene una vinculación directa con otro país que no es propiamente la República de Panamá.

IV.- Conceptualización de las Medidas de Retorsión:

El artículo # 2.4¹ de la Ley 58/2002, de 12 de diciembre define o describe de forma detallada lo que debemos entender por medidas de

¹ Artículo # 2 de la Ley 58/2002: *Para efectos de la presente Ley, los siguientes términos se definen así: (...)*

4.- Medidas de retorsión. *Mecanismo para hacer frente a discriminaciones comerciales extranjeras, consiste en la aplicación de restricciones a la participación en contrataciones públicas o concesiones administrativas en el territorio nacional, a las personas naturales o jurídicas de cualquier país que discrimina contra la República de Panamá.*”

retorsión. Así las cosas, consideramos prudente entrar a analizar cada uno de los elementos que componen su respectiva conceptualización.

En primera instancia, las medidas de retorsión son instrumentos o mecanismos con los cuales cuenta la Administración del Estado, para poder ejercer una serie de limitaciones o restricciones a determinadas personas (naturales o jurídicas) que posean nacionalidades extranjeras que pretendan contratar con las entidades contratantes gubernamentales. Así las cosas, de lo establecido en la propia legislación se desprende sin mayor esfuerzo y sin mácula de duda alguna que las mismas son aplicables frente a **discriminaciones comerciales extranjeras**², o sea es una especie de paralelismo o simetría con prácticas discriminatorias forasteras, ejerciendo o realizando aquel viejo aforismo que establece que “*Ubi eadem legis ratio, ubi eadem legis dispositio*” (cuando se da la misma razón de derecho ha de haber idéntica disposición legal).

Ligado con lo precedentemente expuesto hasta el momento, podemos determinar o precisar sin duda de ninguna naturaleza que las medidas de retorsión son mecanismos que se aplican en primera instancia específicamente a aquellas actividades comerciales lesivas que se generen en un territorio exterior a la República de Panamá o dentro de un Estado, nación o país distinto al nuestro.

Continúa señalando la referida disposición legal que define el concepto de medidas de retorsión, que éstas limitaciones o restricciones se materializarán y aplicarán ante las **participaciones de los actos de contratación pública o de concesiones administrativas** que se celebren en el territorio nacional, para aquellas personas naturales o jurídicas **extranjeras de cualquier país** que **discrimine a los intereses de** a la República de Panamá, o a sus propios ciudadanos panameños.

Así las cosas, en relación a la idea de la definición previamente enunciada, se pueden desprender los siguientes requerimientos básicos para la aplicación de las medidas de retorsión:

² Tal como podemos apreciar, dicha fundamentación legal tiene su sustento jurídico, y a la vez guarda concordancia jurídica con el artículo # 20 de la Constitución Política de la República de Panamá, que establece lo siguiente: “*Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.*”

1.- Discriminación **comerciales extranjeras**: Requiere necesariamente que la existencia de una actividad comercial que se vaya a desarrollar se realice por parte del Estado o de una persona tanto natural como jurídica, pero que *obligatoriamente* sean **extranjeros tanto los sujetos, como el otro país**.

2.- Ámbito de aplicación a los **contratos públicos o administrativos**: Las medidas de retorsión de acuerdo a lo estipulado o establecido por ley, única y exclusivamente se aplicarán para aquellos actos estrictamente solemnes que requieren la celebración de **contrataciones públicas** por parte del Estado Panameño dentro de su territorio, así como también las distintas **concesiones administrativas** que éste convoque y posteriormente otorgue o adjudique.

3.- La aparición o presencia de **personas extranjeras** es requisito imprescindible para la aplicación de las medidas de retorsión en materia de contratación pública, por lo que se establece que aquellos **países o Estados que discriminan** a la República de Panamá, pero sus respectivos **nacionales ya sean personas naturales o jurídicas**³ que deseen participar en los contratos administrativos que se celebren dentro del territorio panameño, se les aplicarán las medidas de retorsión.

Tal como podemos apreciar, del análisis de cada uno de los elementos antes mencionados en la referida definición podemos reafirmar sin ningún tipo de duda que es requisito necesario e indispensable que aquella **persona** (ya sea natural o jurídica) que concurra al acto de contratación pública o de concesión administrativa para que se le aplique las *medidas de retorsión*, en primera instancia ha de ser **extranjera**, y en segunda instancia, dicho **estado o país foráneo** ha debido de alguna forma o manera discriminar a la República de Panamá, o a sus ciudadanos nacionales.

En el derecho colombiano, a las medidas de retorsión parece denominársele: **cláusulas de reciprocidad**. Indistintamente el nombre que se adopte en un determinado país u otro, la finalidad y el objetivo básico de estos instrumentos es la de hacerle frente a las discriminaciones comerciales extranjeras, aplicándose de ésta manera restricciones a la participación en contrataciones públicas o concesiones administrativas en el territorio nacional, a las personas naturales o

³ Resulta interesante señalar que el propio artículo # 2.6 de la Ley 58/2002 define la concepción de persona de un país extranjero que discrimina de la siguiente manera: “Para efectos de la presente Ley, los siguientes términos se definen así: (...) 6.- Persona de un país que discrimina. *Cualquier persona natural que sea nacional de un país que discrimina, o cualquier persona jurídica incorporada, organizada, constituida, establecida, registrada o que tenga su domicilio principal en un país que discrimina.*”

jurídicas de cualquier país que discrimina en contra de la República de Panamá, o sus oriundos panameños.

En resumidas cuentas, las medidas de retorsión son sinónimo de **represalias** por las acciones discriminatorias que ha tomado otro Estado o los nacionales (personas naturales o jurídicas) de otros países, en contra de la República de Panamá o sus ciudadanos⁴.

V.- La fundamentación de las Medidas de Retorsión:

La existencia de las medidas de retorsión parece tener su fundamento y utilización con mayor intensidad tal como anteriormente apuntábamos en el **derecho internacional público**, toda vez que es uno de los métodos utilizados por excelencia para que los Estados cumplan con su obligación del respeto del *derecho internacional humanitario*.

En este sentido, un Estado puede obligar a través de una serie de métodos, a que otro país o países cumplan con los acuerdos establecidos por el derecho humanitario consuetudinario. Así las cosas, nos estaríamos refiriendo específicamente a las medidas coercitivas⁵, las represivas, y las de retorsión⁶, entre otras tantas más que pueden ser aplicables.

⁴ Se trata entonces de una *acción de devolver en sentido de reciprocidad negativa* un argumento contra el país extranjero o las personas extranjeras de dicho país, por haber discriminado, denigrado o vejado los intereses panameños, ya sea a sus ciudadanos nacionales panameños o a la propia República de Panamá.

⁵ Las medidas coercitivas necesariamente van aparejadas a los siguientes factores o requerimientos:

- 1.- Han de ser proporcionales.
- 2.- Son temporales.
- 3.- Se aplican contra el Estado responsable del acto ilegal.
- 4.- Se aplican pero, con la condición de respetar los principios humanitarios fundamentales, estipulados en el derecho internacional público y en el derecho internacional humanitario, toda vez que dichas medidas están prohibidas contra ciertas categorías de personas.

5.- Las medidas coercitivas deberán ir precedidas de una advertencia al Estado, a efectos de que el mismo ponga término al acto o actos que se consideran como agraviantes.

⁶ En este sentido, la figura de la retorsión va ligada a los actos inamistosos, e incluso perjudiciales, aunque intrínsecamente legales en respuesta a un acto anterior que también puede ser inamistoso, pero ilícito o ilegal a nivel internacional.

En el ámbito del derecho internacional público, las medidas de retorsión que adopte un Estado en contra de otro en el ámbito estrictamente del derecho internacional público, se materializan en los siguientes casos o circunstancias:

- Expulsión de diplomáticos.
- Ruptura de las relaciones diplomáticas.
- Interrupción de negociaciones diplomáticas en curso o negativa a ratificar acuerdos ya firmados.
- No renovación de privilegios o acuerdos comerciales⁷.
- Reducción o suspensión de la ayuda pública el Estado en cuestión.

En la práctica, la pluralidad de los casos en los que se puede vislumbrar obviamente reflejada mayoritariamente la aplicación o adaptación de las **medidas de retorsión** es en el ámbito comercial, siendo la mayor de todas y mucho más predilecta la del incremento de los niveles de aranceles, así como las tasas de los productos a ser objeto de importación⁸. En este mismo orden de ideas, los países que aplican

⁷ Sobre éste aspecto en particular, vale la pena recordar o traer a colación el conflicto político-económico que existió entre Estados Unidos e Irán en materia de derecho internacional público, el cual provocó que el Ayatollah Jomeini retirara de los bancos norteamericanos todos los fondos, activos y financieros que eran propiedad iraní; y ello trajo como **medida de retorsión** que el presidente Carter congelara los depósitos bancarios y bienes públicos iraníes en los Estados Unidos.

Otro caso en materia comercial en el cual se utilizaron las medidas de retorsión fue a partir de las resoluciones del 7 de mayo de 2003, en donde la Organización Mundial del Comercio (OMC), le concedió a la Comunidad Europea (CE), el derecho de imponer una serie de **medidas de retorsión** en forma de derechos de importación de hasta el 100% *ad valorem* sobre las importaciones de determinados productos procedentes de los Estados Unidos de América.

⁸ Ligado con éste aspecto en análisis, debemos indicar que “*No obstante, Smith señala otras dos situaciones en las que podría resultar conveniente el establecimiento de restricciones al comercio internacional: a) Cuando un país extranjero restringe con derechos elevados la entrada a su mercado de productos foráneos. En este caso, “un ánimo vindicativo recomienda naturalmente que se establezcan medidas de retorsión, y se impongan iguales derechos y prohibiciones sobre la importación de algunas o todas sus mercancías.”* (GÓMEZ CHIÑAS, CARLOS (2006). *De Adam Smith a List, ¿del libre comercio al proteccionismo?* México: Editorial Red Aportes, página # 105).

En tanto que por otra parte, sobre el tema de las medidas de retorsión, el propio List quien es citado por GÓMEZ CHIÑAS establece en torno a las mismas que: “*(...) el principio de retorsión ocasiona graves perjuicios ya que si las represalias surten efecto, los logros alcanzados a través de la retorsión se desperdiciarían de la peor forma posible cuando se tengan que dismantelar las medidas proteccionistas porque el otro país ya hizo lo propio. Aquí List, más bien presenta una posición en contra del fomento de la industria manufacturera que surge sin protección aduanera a consecuencia de las restricciones extranjeras a la importación. Así, “el principio de retorsión sólo es racional y utilizable cuando coincide con el principio de la educación industrial de la*

estos mecanismos en el ámbito comercial contra determinados artículos de consumo, generalmente lo hacen sobre aquellos bienes que al otro país le duela o sufra en determinados sectores productivos del país exportador.

Así las cosas, en el comercio internacional la retorsión va ligada a las acciones por parte de un país en contra de otro, con la intención de contrarrestar las medidas tomadas por otro que suponen una lesión de sus intereses. Los mecanismos internacionales utilizados en materia estrictamente comercial como medidas de retorsión son: el dumping⁹ y las subvenciones¹⁰.

Continuando con ésta misma línea de pensamientos, y la relación que puede existir entre los Estados y las medidas de retorsión, consideramos prudente hacer un pequeño análisis de un caso ligado con ésta temática en particular, y en la cual se interrelacionaban los países de Ecuador y Panamá. Así las cosas, en el año 2009 el Presidente de la República Ecuatoriana llegó a prohibir las contrataciones públicas con empresas que tuviesen domicilio en países considerados como *paraísos fiscales*, entre los cuales se juzgaba como uno de ellos a la República de Panamá.

En ese sentido, se estudiaba por parte del Estado panameño la aplicación o no de la Ley 58/2002, relativa a las medidas de retorsión ya que se discriminaba entonces de ésta forma directamente a nacionales y empresas o compañías panameñas que quisieran licitar en Ecuador.

nación, cuando se constituye en servidor de ésta.” O sea, es razonable y ventajoso que una nación replique una restricción a sus exportaciones de productos agrícolas con la limitación de las importaciones de artículos manufacturados, pero sólo cuando estas naciones se sientan con vocación para instituir una rama manufacturera propia y para defenderla en el provenir.” (GÓMEZ CHIÑAS, CARLOS; ob. Cit., páginas # 111-112).

⁹ Se entiende que un producto se le aplica dumping cuando: “*su precio de exportación, al exportarse de un país a otro, sea menor que el del precio comparado, en el curso de operaciones comerciales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.*” (BALLESTEROS ROMÁN, ALFONSO J. (2001). *El comercio exterior: teoría y práctica*. Murcia (España): Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, página # 54).

¹⁰ El acta final de Marrakech define la subvención como: “*La contribución financiera de un Gobierno o cualquier organismo público en el territorio de un Estado miembro (ya implique una transferencia directa de fondos o de pasivos, la condonación o no recaudación de ingresos públicos, incluidos los beneficios fiscales, la aportación de bienes o servicios que no sean de infraestructura general, la compra de bienes, etc.) y con ello se otorgue un beneficio.*”

Existen diversos tipos o clases de subvenciones, entra las que podemos mencionar las prohibidas, las recurribles y las no recurribles.

Claro está que la aplicación de éstas medidas de retorsión a otro país ha de ser estudiada y analizada con mucho cuidado o detenimiento ya que los demás Estados con los que la República de Panamá tiene relaciones comerciales podrían asumir una actitud temerosa¹¹.

Lo cierto es que en la práctica las medidas de retorsión que son destinadas a aplicarse en contra de los Estados que discriminen a los nacionales panameños o a la propia República de Panamá, aún no se ha aplicado. Pero como dato curioso o quizás hasta chocante, en vez de ser aplicable estos mecanismos en el territorio panameño en contra de otro Estado o un nacional de otro país que haya *discriminado a un nacional panameño o al propio Estado panameño*, en la práctica pareciera que ésta medida se toma, ejerce o ejecuta es en contra de los propios panameños, ya que a los mismos se les exigen la presentación de una serie de declaraciones juradas para los actos de contratación pública y concesiones administrativas, en las que en dichos documentos indiquen que no han incurrido en discriminaciones en contra de la República de Panamá, tal como veremos a continuación lo cual la simple *logis*, parece indicar que un total *absurdo*.

VI.- Procedimiento para la aplicación de las medidas de retorsión por parte del Estado panameño:

De acuerdo con el artículo # 3 de la Ley 58/2002, de 12 de diciembre el proceso que se emplea o utiliza en el supuesto que exista una discriminación en contra de cualquier persona natural o jurídica, bien, servicio, obra pública, arrendamiento, valor, título o fondo de procedencia u origen panameño deberá conllevar inexorablemente y obligatoriamente como primera fase la identificación de la discriminación o exclusión de las personas o materiales de la República de Panamá, por parte de la nación que aplica a nuestro país la medida de discriminatoria.

Por lógica deviene una **etapa de negociación o conciliación** entre el país del cual proviene o se genera la discriminación y el Estado panameño, a efectos de llegar ambos a un acuerdo previo, a resultandos de eliminar dicha circunstancia, incidente o acontecimiento y de ésta manera o forma, evitar el empleo o aplicación de cualquier medida de

¹¹ En su debido momento se llegó a establecer o indicar que la aplicación por parte de la República de Panamá de las medidas de retorsión en contra de Ecuador podría generar que los demás países con los que Panamá tiene relaciones comerciales podrían reaccionar con temor ante la posibilidad de que el país vaya a tomar la misma medida contra los otros países que también prohibían que los nacionales panameños licitaran en aquellos otros Estados, por considerar a la República de Panamá como un paraíso fiscal.

retorsión en contra de aquel otro país que atenta contra la reputación de la República de Panamá o sus nacionales. Para ello se contará con un plazo **máximo de seis (6) meses**, a efectos de solucionar de manera amigable el conflicto que pueda existir o que se esté presentando, e inclusive aclarar cualquier perjudicial interpretación que se hubiera podido percibir por parte del otro Estado, máxime que nos encontramos ante medidas de retorsión que son simétricas a reciprocidad, recordando aquello de que *“Ubi eadem legis ratio, ibi aedem legis dispositio”* (cuando se da la misma razón de derecho ha de haber idéntica disposición legal).

En el supuesto que no se haya llegado a algún tipo de acuerdo o solución para ambas partes y se ha agotado ya el plazo de los seis (6) meses establecidos por la Ley, a efectos de dirimir de forma amigable el conflicto o inconveniente que se está presentando; le corresponderá entonces al Estado panameño iniciar ya formalmente el proceso o procedimiento de adopción de las respectivas **medidas de retorsión**, el cual inicia con la elaboración de una resolución motivada de manera interministerial¹² en la cual participarán los ministerios de Comercio e Industrias, Relaciones Exteriores y Economía y Finanzas; de manera tal que los mismos procedan a incluir dentro de una lista prohibitiva de contratar¹³, con aquellos países que discriminan a la República de Panamá, y por lógica accesoriamente, también ésta medida se le aplicará a los nacionales de dichos otros Estados.

Es obligatorio que la lista elaborada por los distintos ministerios que contiene los países que discriminan a la República de Panamá tenga un carácter público¹⁴, y en la misma se deberá establecerse o señalarse cuál es la naturaleza o las razones por las cuales se considera una determinada actuación discriminatoria¹⁵, de manera tal que los ciudadanos

¹² Se trata de un fallo, dictamen o acuerdo que se realiza entre varias administraciones públicas, ministerios o entidades públicas en las que ambas en conjunto o de manera consensuada convienen en adoptar una misma decisión o solución similar.

¹³ La lógica pareciera indicar, que ésta medida se extiende y aplica a todos los departamentos ministeriales en los que se tramiten aspectos relacionados con el comercio, las contrataciones públicas y los contratos de concesión administrativa.

¹⁴ La propia Ley 58/2002 exige obligatoriamente que la lista discriminatoria que se elabore por parte de las instituciones estatales, ha de tener un **carácter o una naturaleza pública**, lo cual ha de traducirse en que cualquier persona puede solicitar dicha documentación o información; sin que por ello se requiera interponer los respectivos recursos para su apremio; toda vez que el o los Ministerios están en la obligación de entregarla sin ningún tipo de complicación o formalismo, esto nos recuerda aquello de que *“Dura lex, scripta temen”* (dura es la ley, pero así está escrita).

o representantes de dichos países que lesionan los intereses Panameños, al igual que otras personas que también por alguna razón tengan un interés demostrado; puedan presentar los argumentos apropiados o las pruebas que le permitan favorecer su exclusión de figurar dentro de dicha lista.

En este mismo orden de ideas, es obligatorio por mandamiento de la Ley, la actualización **por lo menos de forma anual**¹⁶ de la revisión o control de la lista de países que son considerados Estados que discriminan a los nacionales panameños, a juicio de la República de Panamá.

Si se da por terminada o finalizada las razones o circunstancias que hayan motivado la discriminación por parte de un determinado país o Estado en contra de los intereses panameños, o bien se vayan a obtener una seguridad satisfactoria de que dichos inconvenientes o medidas discriminatorias del otro país culminarán por conducto de los canales diplomáticos o bilaterales, entonces estará obligada la República de Panamá, de excluir de dicha lista discriminatoria a tal Estado; y quedará a cargo de dicha labor el **Ministerio de Comercio e Industrias**, el cual deberá elaborar una resolución motivada por la cual se le excluye a aquel país o Estado extranjero de dicha lista o documentación estatal¹⁷.

¹⁵ Es muy importante que la resolución interministerial que se emita por parte de las Administraciones del Estado motiven administrativamente, las razones por las cuales se considera que un determinado país o Estado ha incurrido en una práctica que para la República de Panamá se considera discriminatoria, ya sea para con el propio país o sus ciudadanos nacionales panameños.

¹⁶ Como podemos observar, la normativa que regula lo relacionado con las medidas de retorsión establece la necesidad obligatoria de actualizar la lista de países que de acuerdo con la República de Panamá, discriminan al Estado panameño a sus nacionales, y para ello se han de adoptar bajo dos fórmulas:

- 1.- Cuando las circunstancias o los casos así lo ameriten.
- 2.- Por lo menos una vez al año.

El objetivo de estas medidas precisamente consiste en estar actualizando constantemente ésta lista, de manera tal que la misma no se anquilose; o corregir dicha documentación en el caso que un Estado haya solventado la diferencia o discriminación que existía con relación a la República de Panamá.

¹⁷ Si bien es cierto, inicialmente se hablaba de la elaboración de una resolución interministerial entre los ministerios de Comercio e Industrias, Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas, en los supuestos que se considere que una determinada actuación por parte de otro Estado que es vista como discriminatoria a los intereses panameños cese, el único competente para elaborar otra resolución que excluya al Estado del cual provenía la discriminación va a ser sólo el **Ministerio de Comercio e Industrias**. Por tal razón, consideramos que aunque no lo establezca la ley 58/2002, de 12 de diciembre, creemos que *es obligación de dicha Administración del Estado, notificarle a los demás ministerios antes indicados sobre la medida que adoptará* en el sentido de liberar o

De acuerdo al artículo # 4 de la Ley 58/2002, de 12 de diciembre taxativamente se establece que será el **Presidente de la República**, en conjunto con el **Consejo de Gabinete** quienes tendrán la última palabra, o serán los encargados de evaluar todos los aspectos para decidir si aplican oficialmente o no las medidas de retorsión a los países que están inmersos o incluidos dentro de la lista de países que discriminan los intereses panameños o a la propia República de Panamá.

Las únicas circunstancias ante las cuales se inaplica o se exceptúa de considerarse una determinada actuación como lesiva o discriminadora de los intereses panameños o de la República de Panamá es cuando se **traten de donaciones otorgadas al Estado panameño y en otros casos que el interés nacional** así lo requiera.

VII.- Las medidas de retorsión en los actos de contratación pública:

Se observa que el artículo # 7 de la Ley 58/2002, de 12 de diciembre inicia correctamente estableciendo que todas aquellas instituciones, empresas o ciudadanos de **otros países** a los que se les apliquen las medidas de retorsión, **no podrán participar en ningún acto de contratación pública (procedimiento de selección de contratista) o de concesión administrativa** ya sea a nivel nacional o internacional que se *celebren* por la República de Panamá, y que fuese convocado por una entidad pública panameña, por sí mismos o por interpuestas personas.

Tal como hemos visto con anterioridad, **las medidas de retorsión son aplicables a otros Estados o entidades, y personas de otros países** que discriminen los intereses panameños incluyendo claro está a los ciudadanos panameños también, al igual que a la propia República de Panamá.

Expuesto lo anterior, le corresponde entonces a la propia ley 58/2002 <relativa a las medidas de retorsión> indicar los mecanismos o las fórmulas para limitar la participación en los actos de contratación pública sobre aquellas personas o Estados que han discriminado de una u otra forma a los nacionales panameños o a los intereses panameños y de la República de Panamá.

excluir al antiguo Estado infractor o discriminador de considerársele como tal, y sacarlo de la lista.

Así las cosas, continuando con nuestro análisis debemos indicar que a nuestra consideración pensamos que la fórmula o el mecanismo que ha adoptado o estipulado la norma en estudio en relación con la aplicación de las medidas de retorsión en nuestro medio, en vez de emplearse en contra de los nacionales de otros países o naciones que ejercitan las medidas de discriminación en contra de Panamá, **tal como hemos venido indicando y mencionado a la sociedad**; nos encontramos que en la práctica dicha disposición ha sido redactada para virtualmente auto-aplicársele en contra de los propios panameños o nacionales, en perspicacia de lo que a continuación transcribiremos de una parte del artículo # 5 de la normativa en estudio; la cual establece lo siguiente:

*“(...) No obstante, **todo proponente**, para efectos de participar en un acto o procedimiento de selección de contratista o de concesionario deberá presentar con su oferta una declaración jurada en la cual certifica lo siguiente:*

1.- Que no es una persona de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a esta Ley;

2.- Que no es controlada directa o indirectamente por una persona de un país al que se le aplican medidas de retorsión conforme a la presente Ley;

3.- Que al presentarse como proponente, no actúa en representación de una persona o entidad de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a esta Ley;

4.- Que en la ejecución de la contratación pública o concesión administrativa de que se trate y de las obligaciones dimanantes de ésta, el valor de sueldos, bienes, servicios, obras públicas, arrendamientos, valores, títulos o fondos a proveer por parte del contratista o concesionario, o una combinación de éstos, que proviene de los países a los cuales se les aplique las medidas de retorsión conforme a la presente Ley, no superará el diez por ciento (10%) del valor total de la contratación pública o concesión administrativa de que se trate, o el diez por ciento (10%) del valor anual de dicha contratación pública o concesión administrativa, si ésta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada periodo para el cual sea renovado o extendido.

Parágrafo. *Quien presente una declaración falsa, además de las penas previstas para ella en el Código Penal, será objeto de una sanción pecuniaria consistente en un recargo administrativo igual al diez por ciento (10%) del valor total del contrato o licitación, o al diez por ciento (10%) del valor anual del contrato de licitación si éste es de naturaleza renovable o recurrente. Si el que presenta la declaración falsa hubiese resultado favorecido con el contrato o la licitación, la sanción pecuniaria se aumentará al doble, es decir, al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato o licitación o al veinte por ciento (20%) del valor anual del contrato o licitación si éste es de naturaleza renovable o recurrente.*

La persona jurídica o natural que omita presentar la declaración, quedará inmediatamente descalificada del contrato o licitación.

Las personas que aporten información que permita comprobar que un certificado contiene información falsa, serán beneficiarias de la mitad del recargo impuesto.”

(El subrayado y las negrillas son nuestras)

Luego de transcrita una parte de la disposición a ser objeto de análisis por nuestra parte, es menester indicar que si contrastamos las medidas de retorsión en relación con las normas de contratación pública <establecidas dentro de la Ley 22/2006, de 27 de junio>; la única disposición en la cual se hace mención dentro del procedimiento de contratación pública de la aplicación de las referidas medidas de retorsión es el artículo # 69 de la Ley 22/2006¹⁸, el cual regula lo relativo a la **celebración de contratos con extranjeros**.

Así las cosas, la lógica pareciera indicar o establecer que las medidas de retorsión en materia de contratación pública son **única y exclusivamente aplicables a personas, capitales o Estados extranjeros**, a tal punto las mismas son únicamente reguladas dentro de la contratación pública en la temática relativa a la **celebración de los contratos con extranjeros**. Por cierto, sobre las medidas de retorsión en nuestra tesis doctoral llegamos a señalar respecto de las mismas y la materia de contratación pública que: “*La ley 58/2002, del 12 de diciembre, se aplica para aquellos países que sus leyes, reglamentos, prácticas, resoluciones, fallos o sentencias discriminen a cualquier persona natural o jurídica, bienes, servicios, obra pública, arrendamiento, valor, título o fondo de procedencia panameña. Dichos Estados podrán quedar sujetos a un trato recíproco por parte de la República de Panamá, así como a las medidas de retorsión específicas que señale la Ley en mención, sin perjuicio de que Panamá tome todas o cualesquiera acciones necesarias para impugnar dichas medidas discriminatorias ante*

¹⁸ El artículo # 69 de la Ley 22/2006, de 27 de junio (Que regula la Contratación Pública) establece que: “*Las personas naturales o jurídicas extranjeras que celebren contratos con el Estado, deberán dejar constancia en el contrato de la renuncia a reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia. No se entiende que haya denegación de justicia cuando el contratista, sin haber hecho uso de ellos, ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que puedan emplearse conforme a las disposiciones pertinentes.*

Este precepto también se aplicará a las sociedades en que existan extranjeros que sean propietarios o que tengan el control sobre las acciones o participaciones sociales en ella, y en los casos de cesión del contrato a extranjeros, en las mismas circunstancias.

Lo anterior es sin perjuicio de lo que establezca la Ley 58 de 2002, sobre medidas de retorsión.”

la Organización Mundial del Comercio (OMC) y/o cualquiera otras entidades internacionales competentes.”¹⁹

Tal como hemos venido observando y estudiando con antelación, las medidas de retorsión en primera instancia nunca se han llegado a aplicar en la práctica por parte de la República de Panamá, en contra de otro país o Estado, y en tal caso que así fuese las personas de dicha nación quedarán inmediatamente insertas en una lista que se elaborará a través de una resolución interministerial motivada por parte de los ministerios de Comercio e Industrias, Relaciones Exteriores y Economía y Finanzas; o por lo menos eso es lo que establece o indica la Ley 58/2002 (*Que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias **extranjeras** contra la República de Panamá*), y por lógica a éstos sujetos extranjeros no se les permitirá contratar con el Estado panameño.

Ahora bien, lo triste de todo este análisis termina siendo que si las medidas de retorsión se aplica únicamente a los Estados y nacionales **extranjeros** de dichos países que han discriminado tanto a la República de Panamá como a los intereses de los ciudadanos panameños, entonces nos hacemos la siguiente interrogante: ¿Cómo es posible que el artículo # 5 establezca que todo proponente incluyendo a las **personas naturales o jurídicas panameñas**, para concursar a un acto de contratación pública **deben de presentar** junto con su oferta, **una declaración jurada** que certifique que no han incurrido en discriminación en contra del Estado panameño?, entonces el anterior cuestionamiento nos conlleva a otra pregunta: ¿cómo es posible que ellas mismas siendo nacionales panameñas se auto-discriminen?. Así las cosas, obviamente nos encontramos ante una situación más que dudosa, y ante aquello de que: “*Semper in dubiis benignora praeferenda sunt*” (en los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno), consideramos finalmente que por “*ratio logis*” a las **personas naturales o jurídica nacionales no debería exigírseles presentar una declaración jurada que no han incurrido en descremación contra el Estado panameño o en su defecto a los nacionales panameños.**

Sostenemos una y otra vez, que sólo por mera lógica se deduce que la obligación a los propios nacionales panameños (personas naturales o jurídicas) de presentar una declaración jurada que certifique que no han incurrido en discriminación en contra del Estado panameño para contratar con la República de Panamá no tiene razón, ni racionio

¹⁹ JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2009). *La Contratación Pública en el Derecho Español y el Derecho Panameño*. Tesis doctoral, para optar por el título de doctor en derecho por la Universitat Pompeu Fabra; Barcelona (España), página # 724-725.

su exigencia, por las siguientes razones que a continuación expresaremos:

1.- La construcción, fundamentación, sustentación y elaboración de casi todos los artículos de la ley 58/2002, relativa a las medidas de retorsión se sustentan sobre la base de una discriminación proveniente de un Estado extranjero o nacionales extranjeros de dichos países.

2.- Se tratan por excelencia de medidas aplicables en el derecho internacional público, y en especial en materias financieras, económicas, comerciales y secundariamente a actividades de derecho administrativo como sería propiamente el caso de prohibirles a los otros países y sus ciudadanos que discriminen los intereses panameños, la celebración de contratos administrativos para con el Estado, que les generen o representen ingresos o beneficios comerciales.

3.- Se supone que las medidas de retorsión son ***mecanismos de tutela o salvaguarda*** del Estado panameño hacia sus nacionales que por alguna razón se han visto o son discriminados por otros Estados o ciudadanos de otros países.

4.- Cómo es posible o dicho de otra manera, en qué cabeza cabe pensar que pueda existir una auto-discriminación dentro del territorio panameño entre los propios nacionales de la República de Panamá (en materia de contratación pública), para que a estas personas (naturales o jurídicas) se les requiera o exija la presentación de una declaración jurada, cuando constitucionalmente se prohíbe la discriminación en todo sentido para nacionales panameños.

5.- De introducirse más limitaciones en materia de contratación pública, de las ya existentes en ésta temática, terminará generándose o produciéndose un fenómeno negativo en contra del Estado panameño, ya que en vez de acudir una mayor cantidad de postores o licitadores, cada vez serán menos los que asistirán a la convocatoria de los actos para la escogencia de oferentes²⁰.

²⁰ En la medida que el Estado panameño limite la participación de sus propias personas (naturales o jurídicas), para que concurren a los actos de contratación pública, menos cantidad de participantes les interesará contratar con el Estado, y ello podrá traer como consecuencia un efecto negativo para las Administraciones del Estado, ya que las mismas contarán con menor diversidad de productos y de ofertas, lo cual a su vez acarreará el que no se podrá obtener un mejor precio competitivo; y tampoco podrá contar con los últimos artículos tecnológicos o básicos y esenciales que requieran para desarrollar sus actividades, ejecuciones, obras, y labores las entidades públicas.

Pero lo más lamentable de todo lo antes indicado consiste en que la no presentación u omisión en la práctica de ésta declaración jurada, <que a nuestro juicio y consideración debe ser únicamente aplicable y exigible a los ciudadanos o empresas de los Estados extranjeros declarado e incluidos oficialmente en una lista por la República de Panamá como discriminadores> cuando se vaya a contratar o licitar ya sea una obra, bien o servicio o que se fuese a concursar para celebrar un contrato de concesión administrativa, producirá, generará o traerá como consecuencia la **descalificación automática del postor del acto de licitación o celebración del contrato público o administrativo, independientemente que se trate de una persona (natural o jurídica) panameña.**

Consideramos que la figura de las **medidas de retorsión** ha sido mal interpretada, concebida o asimilada por parte del Estado panameño, ya que ésta debe caracterizarse por ser un instrumento única y exclusivamente a ser aplicado a Estados o ciudadanos extranjeros que discriminen los intereses panameños, pero no para ser auto-aplicable en contra de las personas (naturales o jurídicas) de origen panameña.

Por cierto, analizando ésta situación en particular y ubicándonos en un contexto real, podremos atrevernos a afirmar que serán limitados o contados los casos en los cuales podrá existir una discriminación de parte de otro Estado y sus ciudadanos, para con la República de Panamá²¹.

Consideramos trascendental efectuar una crítica constructiva al Estado panameño, y a la vez señalar que el espíritu de la ley 58/2002 (que establece medidas de retorsión en caso de restricciones **discriminatorias extranjeras** contra la República de Panamá), no debe emplearse en perjuicio de las personas jurídicas y ciudadanos panameños que se han constituido o han nacido o adquirido la nacionalidad panameña, ya que de lo contrario estaríamos auto-atentando en contra de nosotros mismos como panameños, cuando se trata de una medida de naturaleza **dedicada a restringir o limitar la participación de otras personas extranjeras que sus Estados o sus**

²¹ En primera instancia, una prueba de lo antes señalado se justifica en el hecho que la ley en estudio es del año 2002, y hasta la fecha no ha sido nunca aplicada contra ningún otro Estado o país extranjero, empero como dato curioso si se le aplica a los nacionales panameños (personas naturales o jurídicas), cuando la lógica ha de ser totalmente al revés.

En segunda instancia, producto de la posición geográfica que ocupa la República de Panamá en el continente americano, y a causa de nuestra condición por contar con un Canal Interoceánico, la posición de Panamá ha de ser siempre neutral también en materia comercial; por tal razón los diferentes Estados no les conviene adoptar una política discriminatoria en contra de la República de Panamá, ni sus ciudadanos.

ciudadanos han discriminado a los intereses panameños o al propio Estado panameño; por tal razón consideramos que no tiene ni pies ni cabeza, y ni mucho menos fundamento jurídico y racional solicitar declaraciones juradas a las propias personas jurídicas o nacionales panameños por actos de discriminación, segregación o distinción, cuando la discriminación o el rechazo como tal ha de provenir del exterior.

Si una persona natural o física nace dentro del territorio panameño, y adquiere la nacionalidad de panameña; al igual que si se constituye una persona jurídica que cuente con ciudadanos panameños que la administren y su capital también es panameño y ejercen actividades y operan dentro de la República de Panamá, entonces cabría hacerse o efectuarse la siguiente interrogante: ¿Cómo van dichas personas a atentar o a discriminar a su propio Estado que es el que las ampara, ante otros países discriminadores en contra de los intereses de los panameños?

Consideramos muy seriamente indicar o establecer que la imposición de éstas medidas de retorsión (que son destinadas única y exclusivamente a extranjeros), no han de ser empleadas en contra de personas (naturales o jurídicas) panameñas; salvo que se llegase a comprobar que un determinado Estado extranjero ha discriminado los intereses panameños, y se le haya procedido a incluir dentro de una lista de países catalogados como discriminadores, los cuales no pueden celebrar o realizar tanto éstos como sus ciudadanos actividades comerciales con el Estado de Panamá (Contrataciones Públicas – Concesiones Administrativas); o también en otro orden de ideas que se traten de empresas o compañías²² que se relacionan directamente con dichos Estados discriminadores.

Sólo en aquellos casos o circunstancias antes mencionadas, consideramos que sí debería aplicarse la ley 58/2002, de 12 de diciembre, ya que en otras circunstancias parece que no tiene sentido entorpecer los actos de contrataciones o concesiones administrativas para solicitar una declaración jurada relativa a una medida de retorsión **que en la práctica inclusive a aún no se ha declarado hasta el momento a ningún país como Estado discriminador de los intereses de la República de Panamá o sus personas (naturales o jurídicas)**, y como efecto secundario lo que hacen es entorpecer los actos de convocatorias de postores, celebración de actos de licitaciones públicas,

²² En este caso en particular podríamos incluir tanto a las propias compañías extranjeras de ese Estado declarado como discriminador, así como también cualquier empresa panameña que sus directivos o capital tenga de alguna u otra forma relación o se encuentre ligada con aquél país que ha incurrido en prácticas discriminatorias.

y ejecución o realización del contrato administrativo o de las concesiones administrativas.

Sinceramente esperamos que la exigencia de la declaración jurada de no discriminación tanto de las personas naturales como las jurídicas panameñas, no sea para efectos de poner más requisitos o cobros de exigencias o pagos fiscales, lo cual nos recuerda cuando se exigía judicialmente el uso del papel sellado en los procedimientos judiciales, exigencia ésta que por absurda acabo derogándose, lo cual nos trae a la memoria aquella máxima que dice: “*Lex non facerit justitia non est bona lex*” (la ley que no hace justicia no es buena ley).

VIII.- Conclusiones:

- Las medidas de retorsión han sido aplicadas tradicionalmente en el ámbito estrictamente comercial, por ello son instrumentos que se han reflejado, manifestado y tenido origen en el derecho internacional público, en virtud de la moderna y contemporánea comercialización, por la cual atraviesa hoy día la humanidad.
- El empleo de la terminología medidas de retorsión por parte de la legislación panameña ha generado un doble sentido, toda vez que se emplea tanto en el derecho internacional público, como en el derecho administrativo en especial en la sección relativa a la contratación pública o a los contratos de concesión administrativa.
- Las medidas de retorsión se utilizan como limitaciones o represalias por parte del Estado panameño a la hora de la convocatoria o celebración de contratos públicos o de concesiones administrativas, a efectos de servir de mecanismos en contra de los Estados o personas extranjeras de aquellos países que han discriminado de manera comercial a la República de Panamá o a sus ciudadanos panameños, pero la realidad existente hasta el presente es que tales medidas nunca o en ningún momento se han aplicado, empleado o utilizado, por lo que ello nos recuerda aquella máxima jurídica que reza: *Aberratio lutus* (Acto que no tiene eficacia o tiene un efecto contrario al buscado).
- Fundamental y básicamente como sinopsis o síntesis, debemos de señalar que la discriminación por parte de los ciudadanos extranjeros, o de otros países o Estados ha de realizarse en contra de cualquier persona natural o jurídica, bien, servicio, obra pública, arrendamiento, valor, título o fondo de procedencia u origen panameño, en el territorio del otro Estado.

- Dentro de la propia ley de contratación pública de la República de Panamá (Ley 22/2006, de 27 de junio), la única sección o parte en la que se hace mención a la aplicación de las medidas de retorsión es precisamente en el artículo # 69 de la referida disposición legal, que se refiere exclusivamente a la celebración de **contratos administrativos con extranjeros**, en la que se deja concretamente abierta la puerta para la aplicación de las normas de retorsión a las personas (naturales o jurídicas) extranjeras; en vez de aplicársele a los nacionales panameños.
- El propio artículo # 20 de la Constitución Política de la República de Panamá, establece la posibilidad de establecer limitaciones ante la ley por razones de trabajo, salubridad, moralidad, seguridad pública y **economía nacional** a efectos de negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros; empero no en contra de sus propios nacionales, como parece que sí ha venido ocurriendo en contra de las personas (naturales o jurídicas) de nacionalidad panameña, que ahora para acudir a los actos de licitación pública requieren o se le impone una declaración jurada en la que han de reconocer no haber incurrido éstas últimas en actos de discriminación en contra de Panamá o sus ciudadanos panameños; cuando la medida ha de ser aplicable es única y exclusivamente a países o nacionales extranjeros discriminadores que lesionen los intereses panameños.
- La ley 58/2002, relativa a las medidas de retorsión se titula de la siguiente manera: “*Que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias **extranjeras** contra la República de Panamá*”, circunstancia ésta que nos lleva a afirmar una vez más que ésta disposición legal ha de ser **aplicable única y estrictamente a los ciudadanos extranjeros** en los que sus Estados han discriminado los intereses de la República de Panamá o a las personas panameñas, y que tales personas extranjeras deseen participar en los actos de contratación pública o concesión administrativa; sin que sea una regla general a exigírsele su aplicación a los nacionales panameños; circunstancia ésta última que desvirtúa íntegra y totalmente el verdadero sentido y naturaleza de las medidas de retorsión.

IX.- Bibliografía:

- **Libros:**

BALLESTEROS ROMÁN, ALFONSO J. (2001). *El comercio exterior: teoría y práctica*. Murcia (España): Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones.

GÓMEZ CHIÑAS, CARLOS (2006). *De Adam Smith a List, ¿del libre comercio al proteccionismo?* México: Editorial Red Aportes.

JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2009). *La Contratación Pública en el Derecho Español y el Derecho Panameño*. Tesis doctoral, para optar por el título de doctor en derecho por la Universitat Pompeu Fabra; Barcelona (España).

- **Constitución:**

- Constitución Política de la República de Panamá de 1978, incluyendo sus respectivos actos de reforma constitucionales.

- **Leyes:**

- Ley 58/2002, de 12 de diciembre (Gaceta Oficial # 24701, 17/12/2002).

- Ley 22/2006, de 27 de junio (Gaceta Oficial # 25576, 28/06/2006).

**LOS CLUBES DE PROTECCIÓN
E INDEMNIZACIÓN
(P&I CLUBS)**

ZULEIKA AIZPURÚA

INTRODUCCION

Todo armador realiza sus actividades marítimas, con ánimo de obtener uno lucro, unas ganancias. Pero en ocasiones, dichas ganancias se ven opacadas por siniestros acaecidos sobre la carga o sobre el buque, por lo que los armadores se ven necesitados u obligados a adquirir el o los seguros marítimos que le sean más beneficiosos para que se les retribuyan por las pérdidas incurridas como consecuencia de dichos siniestros. Contra estas posibilidades de pérdida, llamadas riesgos, es que contratan los servicios de las empresas aseguradoras que ofrecen diferentes coberturas contra los riesgos marítimos: daños al casco, a la carga, por muerte o lesiones de marinos o de terceros que no son miembros de la tripulación, al igual que para cubrir responsabilidades de tipo extracontractual, etc..

El interés de los armadores es el de asegurar su aventura marítima al mayor beneficio y al menor costo posibles. Aquí es donde entran en juego los llamados "P&I Club" o clubes de protección e indemnización, como forma de seguro mutual que sirve de complemento o seguro adicional al seguro marítimo ordinario, a un costo muy razonable para sus miembros.

Veremos a continuación esta institución jurídica, que es de corte netamente inglés, pero que ha adquirido una gran importancia en el mundo marítimo en otros países. Así, se esbozará sobre sus antecedentes en el seguro marítimo y las aseguradoras mutuales, al igual que su concepto, creación, membresía, riesgos cubiertos, limitaciones y exclusiones, al igual que el reaseguro marítimo, la aplicación de los P&I Club en diversos países y su futuro.

I. CONCEPTO Y DESARROLLO HISTÓRICO

En las asociaciones (corporaciones, fraternidades, hermandades), que asignaban a los socios un subsidio para los supuestos de vejez, enfermedad, gastos funerarios, incendio, granizo, epidemias de los animales, etc., se encuentran los orígenes comunes de las sociedades de socorro mutuo y de seguro mutuo. En efecto, las formas originarias de las Mutuas Aseguradoras, se confunden con las de socorro mutuo.

La Asociación no estaba aún provista de una organización técnica capaz de asegurar a los damnificados el total resarcimiento en compensación de una contribución previamente fijada. Los subsidios variaban según los medios de que disponía la asociación y las necesidades del socio. Para cada siniestro y atendida la cuantía del daño, la asociación se limitaba a recoger las sumas precisas en las proporciones establecidas entre los vecinos, los hombres de la misma artesanía, los armadores del mismo litoral, para con ellas atender al pago de la indemnización. Esta deficiencia de organización era causa de que pese a su nombre (mutuas aseguradoras), no cumplieran con su oficio de aseguradora, ya que los socios estaban expuestos al peligro de recibir un resarcimiento incompleto o de pagar una contribución elevada y susceptible de extenderse hasta el valor total de la cosa asegurada, lo que equivaldría a un verdadero siniestro.

La Mutua fue saliendo del cerco angosto de la aldea o de la artesanía, extendiéndose a la región y aún fuera del propio Estado, para ponerse a cubierto, con la independencia, y con el mayor número de riesgos, contra el peligro de una granizada, de un incendio, de una tempestad, que podía herir irreparablemente a todos los socios.

Para soportar el peso de los balances calamitosos, se constituyeron en los años prósperos fuertes reservas, y para sustraer a los socios al peligro de una contribución ilimitada, se resolvió hacer que contribuyeran al fondo social con una cuota fija que no pudiera rebasarse, determinada por aproximación bajo la guía de la experiencia propia y ajena, pasada por el tamiz del método estadístico. Se les dio una organización administrativa, se les sometió a leyes especiales de inspección gubernativa. Aparecen entonces como un ente autónomo, distinto de la persona de sus asociados.

Los seguros mutuos y a prima fija se desarrollaron durante muchos siglos en campos diferentes. Pero la viva competencia que los alzó en

todos los países a unos sobre el terreno de los otros para extender el número de los negocios y obtener así un equilibrio de los resarcimientos y las primas, indujo a las Mutuas a imitar los ordenamientos de las Compañías a prima fija, de manera que las diferencias de sus naturalezas desaparecieron casi bajo formas idénticas.

Las Mutuas, como toda institución cooperativa, intentan repartir entre los socios las ganancias del caudal social en proporción a su concurso y cumplen el oficio de aseguradoras con más equidad y economía que las Compañías Industriales.

En el campo del seguro marítimo, las mutuas, no hace mucho tiempo, tenían un gran relieve. Un lazo nacional, o mejor dicho regional, sentido por la marina mercante, acercaba a los armadores del litoral, que para ponerse a cubierto o para precaverse de los peligros de la navegación, ponían sus riesgos en común a fin de repartir entre ellos los daños eventuales y disminuir así las pérdidas (hacerlas menos sensibles). Estas asociaciones, constituidas casi en régimen de familia y amistad, por los armadores de la misma región ofrecían a los asociados una garantía más segura y económica que la que podían obtener de los aseguradores aislados y de las pequeñas compañías existentes en aquel entonces.

La garantía resultaba más segura, puesto que los asociados podían contar con la de todos los buques puestos en común, y también más económica, porque las asociaciones mutuas no perseguían la especulación, estaban sujetas a impuestos menos elevados y tenían gastos mínimos de administración.

A su vez la influencia de estos seguros servía de freno al alza de las primas, a las que tendían siempre las coaliciones de las Compañías de Seguros a prima fija. Asimismo presentaban otros aspectos beneficiosos tales como el favorecer la moralidad de la industria marítima, puesto que los asociados velaban recíprocamente la construcción de sus navíos y la liquidación de los siniestros. También favorecían la prosperidad de la nación a la que pertenecían, puesto que los beneficios que resultaban de su explotación permanecían en el país, en tanto que los de las Compañías, muchas de ellas extranjeras, iban a parar más allá de las fronteras.

Con la finalidad del seguro mutuo, los propietarios de buques que operaban en una determinada área, formaban una asociación o un Club. Los miembros contribuían a crear un fondo del que recibían una indemnización en el supuesto de que se realizase el terrible siniestro.

Concepto:

Podemos dar un sinnúmero de definiciones de las mutuas aseguradoras. Así, podemos definir las como una sociedad constituida por un número ilimitado y variable de socios, que tienen por objeto, resarcir mediante sus contribuciones los daños que les sobrevengan. O, como la agrupación legal de un número determinado de personas, expuestas a los mismos riesgos, que se obligan a soportar en común, en la proporción debida, los daños que cada uno pueda sufrir en el periodo de duración marcado en el contrato.

II. SU ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN LEGAL

Cuando están constituidas con arreglo a las normas legales, adquieren vida propia y autónoma que se manifiesta en una voluntad, en una sede, en un nombre, en un patrimonio y en un ordenamiento administrativo, ejerciendo su actividad principalmente con los socios que no tienen ninguna relación directa entre sí. Los socios, en efecto cambian, pero no cambia el ente que los reúne en derredor de sí con un contrato de sociedad.

El número de socios es efectivamente ilimitado. Cuanto mayor sea el número de socios, mayor será la posibilidad de que el fondo de contribuciones baste para resarcir los siniestros. Así, si el número de socios disminuye, el ejercicio de la empresa se va haciendo cada vez más gravoso, más irregular y aleatorio, pero la mutua encontrará un remedio a la insuficiencia del fondo recogido entre los asociados, asegurándolos en otra empresa.

Algunos autores consideran que las mutuas no son sociedades propiamente dichas. Una de las razones alegadas es la de que su finalidad es, no la de repartir beneficios entre los asociados, sino la de hacer desaparecer o disminuir las pérdidas pecuniarias a que los miembros están expuestos a consecuencia de ciertos riesgos.

Sin embargo, las mutuas regularmente constituidas son verdaderas sociedades comerciales, ya que están provistas de personalidad jurídica y tienen por finalidad el ejercicio de los seguros que son actos objetivos de comercio. Las sociedades mutuas deben considerarse como personas jurídicas tanto en sus relaciones con los socios como frente a terceros. Poseen todos los caracteres y requisitos esenciales de las sociedades, es decir, surgen de un acto mercantil y se hallan provistas de personalidad jurídica.

Se constituyen mediante un contrato de sociedad mercantil, porque los socios aportan a ella cada uno su propia cuota para obtener beneficios en la explotación mercantil. Los socios aportan a ella una cuota capital, ya que ese carácter corresponde indudablemente a sus contribuciones anuales previamente fijadas. La sociedad se halla provista de un capital propio, formado por esas contribuciones de los socios. Las mutuas distribuyen entre los socios los beneficios de carácter patrimonial. Este fin lo alcanzarían con tal que procurasen a los socios la ventaja del seguro con menor gasto que una Compañía. Estas asociaciones pueden ser declaradas en quiebra, puesto que constituyen un ser jurídico distinto de la personalidad de los asociados. La quiebra no puede ser declarada más que en las sociedades comerciales, que es el caso de las mutuas aseguradoras marítimas.

El artículo 1832 del Código Civil francés exige que el fin de los asociados sea conseguir un beneficio, que cada asociado ponga algo en común; y sostiene que en las mutuas no hay puesta en común, puesto que cada participante guarda la propiedad de los buques que inscribe en la sociedad; además, se aduce, no hay beneficio, puesto que el fin de la asociación es repartir entre todos los asociados, las pérdidas o daños que puedan afectar a alguno de ellos.

Este criterio dependerá de lo que se entienda por beneficio y puesta en común. Así, podemos decir que existe puesta en común, la de los riesgos y la de las cotizaciones. En cuanto a los beneficios y a los que por tales hay que entender, M. GUILLERY da como definición de beneficio la de “ganancia, provecho, privilegio, ventaja, facultad acordada por la ley”. Las primas o cotizaciones de las mutuas han sido tradicionalmente inferiores a las de las Compañías de Seguros. En efecto, históricamente surgen éstas como consecuencia de las primas excesivas exigidas por las Compañías de Seguros. El beneficio que las Compañías repartirían entre sus accionistas pertenece, en las mutuas, en común a todos los asociados o miembros. La ventaja de participar en este beneficio, bien sea mediante un reparto periódico, o pagando menos, constituye indudablemente un beneficio.

Todo resultado apreciable en dinero debe ser considerado un beneficio, y en el momento en que la mutua produce beneficios puede ser considerada una sociedad.

En derecho belga ocurre lo mismo. Ciertos autores pretenden que la introducción de la expresión “asociación de seguros mutuos” en vez de “sociedad de seguros mutuos” (Art. 2 de la Ley de Seguros (11/6/1874), demuestra claramente la intención del legislador de no reconocer a estas asociaciones el carácter de verdaderas sociedades ordinarias. Sin embargo, si no fuese así, no podría concebirse que el director de una de

estas asociaciones, que estuviese desprovista de personalidad jurídica, pudiese actuar como representante legal de todos los individuos determinados que la componen. A quien representa es a la sociedad, a la entidad moral, al conjunto de intereses de la sociedad mutua, distinta de los individuos que la componen en un momento determinado.

La única disposición belga que rige estas asociaciones es el artículo 2 de la Ley de Seguros, mencionado anteriormente, que se limita a someter a las asociaciones de seguros mutuos a sus reglamentos (los de las asociaciones), a los principios generales del Derecho, y a las disposiciones del título sobre seguros, en tanto no sean incompatibles con el seguro mutuo.

En Francia, las sociedades o asociaciones de seguros mutuos están recogidas en el Decreto de 22/1/1868, y posteriormente en los Decretos de 8/3/1922 y 30/12/1938.

En Inglaterra, lo veremos de modo más detallado al entrar en el examen de los Clubes. Cabe decir de forma general que de acuerdo con la Ley de Sociedades inglesa (Company Act de 1948 y sus posteriores reformas), estas asociaciones deben estar constituidas como “unlimited companies”, y deben estar registradas, pues la Sección 434 de esta Ley declara ilegales las asociaciones de más de 20 personas que no estén registradas.

En España, la mutua es también una sociedad mercantil y no una asociación, como parecía indicar la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1954, que en su Art. 12 se refería a las asociaciones mutuas. Para la calificación de las mutuas como asociación y no como sociedad se ha recurrido también a la afirmación de que la mutua no tiene ánimo de lucro (elemento esencial según resulta de los artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio), esta característica de la ausencia de ánimo de lucro se ha venido tomando como definidora de la asociación. Sin embargo, la ausencia de ánimo de lucro puede ser discutida. Como hemos visto, dependerá del de ánimo de lucro o de ganancia que se tome. Los socios de la mutua aseguradora no dejan de tener como fin último la obtención de una ganancia: el ahorro que esperan obtener de la realización del seguro por este medio. La moderna doctrina llega incluso a decir que no es esencial al concepto de sociedad la existencia de un ánimo de lucro.

Pese a estas consideraciones, la propia Ley de 1954 les otorgaba personalidad jurídica en su artículo 12 y plena capacidad jurídica en su artículo 13. La Ley de Ordenación de Seguro Privado de 2/8/1984, va más allá que su predecesora y las califica no ya como asociaciones, sino como sociedades.

III. LAS MUTUAS MARÍTIMAS Y SUS ANTECEDENTES

Apunta DOVER, refiriéndose a las mutuas aseguradoras marítimas en Inglaterra, que aunque la práctica del seguro marítimo estuviera ampliamente desarrollada y con anterioridad a la del seguro de incendios, el sistema de mutualidad se aplicaría primero en esta rama. Nos habla del gran incendio de Londres en 1666, que hizo ver la necesidad de este tipo de seguro, y más tarde, su eficacia.

En el campo del seguro marítimo van a hacer su aparición con cierto retraso; en efecto, no aparecieron estas mutuas hasta el siglo XVIII, cuando el monopolio concedido a dos compañías de seguros y las elevadas primas por éstas exigidas hacen que los armadores intenten el sistema de mutualidad, que tanta eficacia había demostrado en otras ramas del seguro.

La versión actual de estas mutuas, los llamados Clubes, son una institución característica de Gran Bretaña, siendo desconocidas o al menos inexistentes en otros países, a excepción de Estados Unidos, Países Escandinavos, Japón y Grecia, donde también existen estos Clubes, si bien sin haber llegado al grado de desarrollo comparable al que han alcanzado en Inglaterra.

Sin embargo, no se trata de una institución nueva, ni original del Derecho inglés. Varios armadores se reúnen y las pérdidas de cada miembro se reparten proporcionalmente al valor de los buques de cada uno, en relación al conjunto de tonelaje de los miembros. No se trata de una institución nueva, ni inventada por los ingleses, ya que si profundizamos un poco en la historia del seguro, o de los pueblos que practicaron el comercio por mar desde tiempos remotos, podemos hallar ejemplos o antecedentes de la institución que nos ocupa.

La idea del seguro mutuo se halla, en efecto, en numerosas instituciones. El texto más antiguo que se conoce, y que no deja lugar a duda alguna respecto de la existencia de esta institución es un texto del Talmud de Babilonia, relativo a la navegación en el Golfo Pérsico en el siglo VI, del que resulta que entre los marineros de dicha región era costumbre asociarse en condiciones de mutualidad para el reparto de los daños que les acaecían, siempre que la causa no proviniese de falta o imprudencia cometida por el dueño de la nave.

Según HARALAMBIDIS, en la recopilación de las Leyes de Rodas, publicadas en el siglo VII, bajo el reinado del emperador León Ysaurio, conocida con el nombre de Basílicas, se legisla al mismo tiempo sobre la avería común y el seguro mutuo. Además señala, que como práctica se admitía la contribución para ambos casos, por lo que ha sido regulado

conjuntamente, pero sin atribuirle igual fundamento jurídico. Los propietarios del buque, se dice que formaban a veces parte de la dotación del mismo; eran al mismo tiempo dueños del cargamento y todos iban a bordo, y como los riesgos eran enormes, surgió entre ellos la idea de asegurarse mutuamente.

De nuevo encontramos la idea del seguro mutuo en el Ordo et Consulta de Maris y en el Estatuto Marítimo de Venecia. Estas compilaciones contenían el principio del seguro mutuo contra pérdidas de pillaje, requiriendo una contribución.

La Ordenanza de Pisa de 1318 es destacable por contener, también, reglas para la constitución del seguro marítimo en base mutualista. En Portugal, en vida del rey Fernando existió una compañía de seguros mutuos marítimos, cuya acta de constitución se publicó en 1384, en la crónica del citado rey. Propugnaba la obligación del seguro mutuo para los armadores, con respecto a buques de 500 o más toneladas.

El seguro mutuo puede hallarse en instituciones más antiguas sometidas al criterio de reparto proporcional de los riesgos tales como la xoinoia, commenda, colonna, agermanament, etc.

En las Gildas germánicas, por ejemplo, advierte BONOLIS, el principio de solidaridad, mutuo socorro y protección que las animaba, se extendió probablemente a conjurar asimismo los riesgos de mar del cual los pueblos nórdicos sacaban sus elementos de riqueza.

También en España parece ser que se conocía esta práctica. Así, la Ordenanza de Sevilla de 1556, en su capítulo 27 habla de la antigua costumbre que en todas partes se guarda de que comerciantes se aseguren unos a otros las mercancías que cargan y los buques en que éstas son cargadas.

Como vemos, esta institución era conocida desde la antigüedad en muy diversos países.

IV. DESARROLLO Y AUGE DE ESTA FORMA ASOCIATIVA EN EL CAMPO DEL SEGURO MARÍTIMO, Y LA POSTERIOR DECADENCIA DE LAS MISMAS

Las asociaciones mutuas aseguradoras eran conocidas no solamente en Inglaterra, sino que existían también en otros países (Francia, Italia...), si bien, hemos de reconocer que no en todos ellos alcanzaron el desarrollo e importancia que en aquel país.

En Francia existieron en otros tiempos asociaciones de este tipo. Los interesados sometidos a unos mismos riesgos, tales como los propietarios de buques que iban de pesca a Terra Nova, desde los puertos de la Mancha. También entre los armadores de ciertos sectores marítimos. Así existió una mutua de seguros sobre casco, fundada el 5/12/1885 con sede en Marsella. Estas asociaciones presentaban la doble ventaja de la solvencia y unas primas inferiores a las de las Compañías de Seguros, puesto que no perseguían un fin de lucro, esto es, de realización de beneficios. En algunos países como es el caso de Francia, los seguros mutuos contra riesgos terrestres, especialmente contra incendios y contra granizo, son muy frecuentes, incluso en nuestros días, no siéndolo en cambio los marítimos.

En Italia veremos surgir, a fines del siglo XIX, con nombres y aspecto de sociedades de recíproco seguro, diversas mutuas: Camogliese, Sorrentina, Procidana, Viareggina, nacidas en localidades marítimas habitadas solamente por pescadores y gentes que se dedicaban al tráfico marítimo. En esta forma de seguro no surge la idea de asumir un riesgo ajeno mediante el pago de una prima, sino la de estrechar el vínculo de solidaridad frente a los intereses y el peligro comunes.

Sin embargo, poco después, las mutuas entrarían en un periodo de crisis que llevaría a su desaparición en muchos países. Mientras la navegación a vela fue favorable, las mutuas se desarrollaron y cumplieron su función sin grandes problemas. Al aparecer la navegación a vapor, las cosas cambiaron. Mientras disminuía el número de veleros y a medida que aumentaba el número de buques a vapor y los siniestros se hacían cada vez mayores, con lo que parece que estas asociaciones hubieran debido proliferar, se restringía su ámbito o esfera de acción.

La evolución de la navegación marítima, el tonelaje y el mayor coste de los buques, la diversidad de los riesgos corridos, la frecuencia de los viajes, hicieron cada vez más difícil la existencia de las mutuas. Se ha alegado que la diversidad de los riesgos corridos ha sido uno de los factores decisivos para la crisis de esta institución.

El seguro mutuo no supone la constitución por adelanto de un capital destinado a hacer frente al pago de los siniestros. Los asociados convienen simplemente que entregarán las sumas necesarias para cubrir en reparto los daños de los siniestros, si éstos llegan a producirse. El seguro se basa, en cuanto a la eventualidad y número de los riesgos, en la ley del azar puro y simple. Los fundadores no se preguntan si existen leyes de regularidad en el suceso de los siniestros, se contentan con prever un siniestro para que el caso de que se produzca. Sin embargo, la observación y las estadísticas muestran que las diversas categorías de

siniestros se producen con una cierta regularidad en cuanto al número, así como en cuanto a la intensidad.

Surge así una concepción más científica de la mutua, elaborando unas tablas, haciendo un cálculo de probabilidades, y pidiendo por adelantado la cotización de los asociados en previsión de los siniestros que sobrevengan en el transcurso del año, y con reserva de un ulterior aumento de cuotas si los siniestros sobrepasan las previsiones establecidas. Pese a ello el inconveniente para los asociados deriva de la ausencia de un capital suficiente para hacer frente a todos los siniestros, con lo que cabe que se produzca la situación de que alguno quede en descubierto.

Este riesgo se ha revelado particularmente importante en materia marítima debido al aumento del valor de los buques y de los cargamentos en ellos transportados. Hay que añadir que existe tal oposición entre las diversas categorías de buques y las diversas expediciones marítimas, que la mutua se ve casi en la imposibilidad de reunir asegurados con intereses idénticos o cuanto menos similares.

Las mutuas se vieron obligadas a imponer contribuciones cuantiosas y a veces excesivas, y a limitar el máximo de la suma asegurada para cada buque, lo que llevó a los propietarios a la necesidad de acudir a las compañías de seguros, para asegurar aquellos riesgos que les quedaban en descubierto.

Por otra parte, asegurar riesgos muy diversos es hacer pagar a justos por pecadores, y en efecto, los grandes armadores sacrificaban, en algunas ocasiones, en las liquidaciones de los siniestros, los intereses de pequeños armadores, siendo injusta la situación resultante.

Las compañías exigían primas elevadas, pero evitaban el álea de las contribuciones indeterminadas e importantes, y una subdivisión de la liquidación de los siniestros. Por otra parte, la concurrencia entre grandes compañías de seguros ha llevado a la baja de las primas, y ya no hay que temer un alza exagerada, por lo que las mutuas han perdido una de sus razones de ser.

Sin embargo, la justificación de la diversidad de riesgos del mar, no es totalmente válida. Algunos autores sostienen que es precisamente esta diversidad de riesgos lo que hace que los seguros mutuos sean más ventajosos que los seguros a prima fija. Gracias a esta gran diversidad, según ellos, será difícil que todos los asegurados se vea afectados por un suceso marítimo. El argumento, es discutible.

Una posible explicación al éxito y mayor desarrollo de esta institución en países como Inglaterra y Estados Unidos, y no Francia y

otros, podría ser la existencia de un mayor número de armamentos homogéneos. También el mayor número de navíos permite más fácilmente la agrupación de los riesgos por especialidades.

El hecho es que los armadores ingleses se sienten más solidarios que, por ejemplo, los franceses, lo que hace más posible y facilita que las dificultades vengan atenuadas.

Y es así, como mencionamos anteriormente, que las crisis de las mutuas llevó a su casi total desaparición en algunos de los países, y total en otros muchos.

Capítulo III: Los Clubes de Protección & Indemnización (P&I Clubs)

El seguro marítimo en Inglaterra ofrece una variedad de seguro mutuo que apenas tiene equivalente en el continente: Los Clubs de Protección e Indemnización. En efecto, los Clubs ingleses representan o aseguran algo más de 70% del tonelaje mundial. Sin embargo, también en los Países Escandinavos podemos encontrar P & I Clubs – Nordisk, Skuld, Gard. En Bélgica existe una institución paraestatal que funcionando a modo de Club asegura a los buques de guerra belgas. Se trata del A.M.A.R.G. Fuera del continente europeo, podemos observar la existencia de P & I Clubs en Japón y Estados Unidos.

Su origen fue el resultado de un movimiento completo puesto que los Clubs nacieron de las múltiples exigencias, que con la evolución de tráfico y la legislación marítima, se hacían cada vez más apremiantes para los armadores.

Origen y desarrollo de esta modalidad aseguradora

Ante el crecimiento de ámbito operativo surgieron unas mayores exigencias de la marina mercante en el siglo XVIII. Se comprobó que muchos particulares que aseguraban los riesgos marítimos, eran informales, y después de percibir primas considerables, no hacían frente a las reclamaciones de que eran objeto.

Durante el periodo comprendido entre 1711 y 1720, una gran fiebre especulativa asoló, no sólo Londres, sino todo el país, así como otros países del continente tales como Francia. En aquel tiempo surgieron numerosas Compañías dedicadas al seguro en sus diversos ramos, cinco de ellas con el propósito de competir con el Lloyd's. Sólo dos de estas Compañías se mantuvieron logrando al cabo del tiempo el

monopolio de este ramo del seguro durante un periodo de algo más de 100 años.

El Monopolio del Seguro marítimo en Inglaterra

Las irregularidades existentes provocaron el 10 de junio de 1720, la aparición de una ley, la “Monopoly Act” – también conocida como “Bubble Act” – en virtud de la cual el ejercicio del comercio de seguros quedaba limitado a la Royal Exchange Assurance y la London Assurance, prohibiéndose a las demás sociedades y corporaciones emitir pólizas o asegurar o concluir contratos de seguro sobre buques o mercancías transportadas por mar.

Concedía esta Ley un verdadero monopolio en el campo del seguro marítimo a las citadas Compañías. Con ello se esperaba que los comerciantes – armadores – preferirían asegurar sus riesgos, especialmente de los “remotos y azarosos viajes”, en estas Compañías, que, dada su solvencia, les garantizaban la indemnización en caso de producirse el siniestro, mejor que las privadas, que, en los más de los casos no hacían frente a estas reclamaciones.

Cabe señalar que estas dos Compañías, Royal y London, lograron el monopolio tras gran oposición por parte de los aseguradores del Lloyd’s. Oposición que finalmente se resolvió con la promesa de ingresar en la caja civil del rey Jorge I, la cantidad anual de £ 300.000. Esta transacción fue llevada a cabo por Sir Robert Walpole, quien a pesar de no hablar alemán él, y de no hablar inglés el rey, en la conferencia anual que pronunció en el Institute of Marine Engineers de Londres el 10 de abril de 1761. Insuficiencia del seguro ofrecido por el mercado asegurador ordinario. Primas excesivas y defecto de cobertura o cobertura insuficiente

Sin embargo, las compañías ofrecían una cobertura limitada, se negaban a asumir determinados riesgos que por su frecuencia no resultaban rentables. Así entre las Compañías no cubrían más del cuatro por ciento de los riesgos marítimos asegurados en el país.

El derecho de las personas individuales a continuar concertando seguros marítimos, fue, no obstante, mantenido, por lo que los aseguradores individuales se vieron en una situación más fuerte que anteriormente. Llevando esta situación a la creación del Lloyd’s como centro de contratación de seguros.

La existencia de estas dos Compañías no afectó, por tanto, a los aseguradores individuales de Lloyd’s, puesto que nueve décimas partes

de las transacciones sobre seguro marítimo permanecieron en sus manos durante los 100 años que duró el monopolio. La situación resultante de la nueva ley fue considerada sustancialmente injusta por los armadores, que de tal monopolio obtenían más que un modesto, cuando n inexistente, beneficio.

Los daños resultantes de la eventual realización del siniestro no eran cubiertos (al menos en su totalidad) por el Lloyd's y las Compañías aseguradoras. Ante esta situación era natural que los armadores desearan dirigirse a estas Compañías, ya que por otra parte, consideraban inadecuada a sus necesidades la cobertura procurada por el seguro privado, y excesivamente elevadas las primas por éste exigidas. Para atender aquellas exigencias numerosos armadores decidieron poner en común sus riesgos. Por otra parte, los comerciantes de otros puertos del Reino Unido, tropezaban aún con mayores dificultades, puesto que tanto las Compañías como los asegurados del Lloyd's operaban desde Londres, y se ocupaban principalmente del tráfico de ese puerto.

Los Indemnity Clubs

La "Indemnity Insurance" se añade a la "Protection" en un momento posterior. Entre los riesgos de navegación estaban también los que podía sufrir el cargamento transportado, bien por culpa de la tripulación, por defecto de la nave, de las propias mercancías, por fuerza de los elementos, o por cualquier otra causa. La responsabilidad del armador por tales daños, a comienzos de 1800 no era demasiado alarmante, puesto que el transporte tenía aún que desarrollarse. Con e tiempo, sin embargo, los veleros fueron sustituidos por buques de vapor, el tonelaje de las naves aumentó, los transportes se intensificaron, la responsabilidad potencial aumentó en progresión geométrica. Hasta 1874 no se hizo nada para sus buques. Hasta ese momento, los aseguradores de la carga estaban preparados, pese a las limitaciones impuestas en las cláusulas de exoneración incluidas en las pólizas de fletamento, por soportar las pérdidas sin ejercer sus derechos de subrogación.

El nacimiento de la "Indemnity Insurance" se ha unido tradicionalmente al casco de la nave WESTENHOPE, nave de Newcastle, que en 1870 se perdió en la costa de Sud- África con un importante cargamento destinado a ser desembarcado en Puerto Elizabeth en el viaje de vuelta de Cape Town. Los Tribunales ingleses condenaron a los armadores a resarcir el valor de las mercancías perdidas, considerando que la nave era culpable por haberse desviado de su rumbo sin autorización para ello. Los propietarios se vieron

obligados a pagar, puesto que al haberse efectuado una desviación no prevista en el contrato de transporte, no podían acogerse a las excepciones o exoneraciones incluidas en el contrato de fletamento. La nave estaba inscrita en una Protection Association, que rehusó efectuar reembolso alguno, puesto que este riesgo no entraba dentro de la cobertura procurada por sus reglamentos. Sin embargo, finalmente se efectuó un pequeño pago ex-gracia.

Mr. Stanley MrrCalfe, escribió varios artículos a publicaciones marítimas señalando o haciendo hincapié en las graves responsabilidades a que debían hacer frente los armadores, y respecto de las cuales no estaban cubiertos por los medios de seguro existentes es el momento.

Las consecuencias de este caso provocaron gran agitación en el Norte de Inglaterra y, en 1874, los armadores pidieron a un asegurador, el mencionado Mr. Stanley MrrCalfe (asegurador de la Northern Maritime Insurance Co. Ltd.), que fundase la Mutual Indemnity Association que apareció en Newcastle con el nombre de "Steamship Owner's Mutual Protection & Indemnity Association". Esta asociación se fusionó posteriormente con la "North of England Protection Association", resultando de la fusión la "North of England Protection and Indemnity Association".

En 1876, los propietarios del buque EMILY, se vieron obligados a pagar por la pérdida del cargamento que transportaba la citada nave que encalló a causa de negligencia. Se alegó que la pérdida del buque, y por tanto de su cargamento no podía echarse a "riegos de mar", sino que había sido provocada por negligencia en la navegación, y que no podía escudarse en ninguna de las excepciones contenidas en la póliza de fletamento. Por estas mismas fechas, también otro propietario fue considerado responsable por la pérdida del cargamento que transportaba su buque, perdido en Tynemouth.

Se estableció, pues, que las excepciones de la póliza de fletamento referentes a "riesgo de mar" no protegían a los armadores de los recursos de los aseguradores de la carga, cuando la causa de la pérdida fuese debida a navegación o manejo negligente de la nave. Estos aseguradores de la carga utilizaron cada vez más su derecho de subrogación, haciéndose cada día más evidente la necesidad de la cobertura "indemnity", con lo que el número de estas asociaciones fue en aumento, como lo fuera en su día el de las de "protection". La labor de las mismas aumentó paralelamente al aumento de las responsabilidades que pesaban sobre los propietarios, y muchos de los Protection Clubs se transformaron, de acuerdo con los nuevas necesidades, en Protection & Indemnity Clubs.

Con las responsabilidades que afectaban a la carga a causa de desvío, o navegación negligente, los armadores de la “North of England Protection Association”, añadieron también la clase “ Indemnity” en 1874, y otros muchos clubs se vieron en la necesidad de hacer lo mismo.

La presión efectuada a través de los Indemnity Clubs produjo la inclusión general, en los contratos de transporte de una cláusula excluyendo la responsabilidad de los armadores por pérdidas o daños causados por navegación negligente, al considerarse que este es un riesgo que debe recaer sobre todas las partes que intervienen en la aventura marítima. También se tomaron medidas para determinar la libertad de desviación, aunque las cláusulas de cambio de ruta o desvío han sido objeto de discusiones en lo referente a los intereses de la carga, a través de los años.

El auge de los P & I Clubs fue determinado por el desarrollo de las leyes que produjeron o motivaron su aparición. A medida que la capacidad y complejidad de la flota mercante aumentaba, aumentaban las responsabilidades frente a terceros de los armadores, los cuales acudían a sus Clubs para cubrirlas.

El aumento del tráfico marítimo y la aparición de los buques de vapor fueron factores decisivos en el nacimiento y posterior auge de esta institución. En efecto, la aparición del vapor provocó aumento del tonelaje de los buques, y por tanto, las responsabilidades potenciales de sus propietarios.

A partir de 1886, es cuando los Clubs siguieron este camino, asegurando las llamadas “cargo-claims”, reclamaciones referentes a la carga, o sea, las responsabilidades de los armadores relativas a daños a la carga por avería, sustracción o falta en la entrega. Un empuje ulterior les vendrá dado por la nueva legislación a favor de los tripulantes y en general aquella sobre las relaciones de trabajo, que llevando siempre a una mayor extensión de la responsabilidad de los navieros, impone un aumento de los riesgos a cubrir por los P & I Clubs.

Capítulo IV: NATURALEZA JURÍDICA DE LOS P & I CLUBS O ASOCIACIONES SOBRE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN.

Según no muy pocos autores, las Asociaciones sobre Protección e Indemnización, mejor conocidas como PANDI, o P & I Clubs, son un sistema de cobertura de riesgos marítimos que “ampara fundamentalmente, la responsabilidad civil de los propietarios de naves

como consecuentita de daños personales o materiales que tales naves causen"¹.

Por lo antes expuesto se considera que su naturaleza jurídica estriba en una cobertura mutual de responsabilidad Civil Marítima, pues su dinámica difiere de la de una Compañía de Seguro, ya que existen intereses comunes por lo que se conforma un fondo que protege a los miembros recíprocamente de las pérdidas, que cualquiera puede ocasionar, es decir que todos contribuyen a las pérdidas, tornándose en asegurados y aseguradores al mismo tiempo.

Aunado a lo arriba esbozado su carácter de seguro mutual se sustenta en que la administración de dichos clubes es ejercida por sus propios miembros quienes no emiten pólizas, ni endosos; sino una Carta de Garantía, no devengando ganancias por medio de primas, sino de contribuciones, cuyas cuantías se basan en diversos aspectos entre los cuales resalta el tonelaje registrado de casa miembro, reclamos pagados con anterioridad, índice de siniestralidad, demandas anteriores, cantidad de naves y nacionalidad de las mismas, áreas de comercio utilizadas, tipo de carga a transportar, entre otros aspectos.

De lo señalado se puede colegir, entonces que los Clubes de Protección e Indemnización son asociaciones formadas por los propios armadores, teniendo como génesis, el surgimiento de éstas asociaciones el caso "De Vaux Vs Salvador de 1836"²; en el cual se encontró que la responsabilidad del dueño de una embarcación por daño causados a otro navío en una colisión no eran recobrables bajo una póliza marítima ordinaria, el mencionado fallo provocó que los aseguradores acordaran cubrir tres cuartas partes de la responsabilidad por medio de lo que denominaban una cláusula "running down", no obstante los armadores consideraron que la responsabilidad sobrante era muy elevada, así formaron sus propias asociaciones para cubrir la cuarta parte restante de la responsabilidad por abordaje no cubierta por los aseguradores.

Luego entonces, se debe entender que las asociaciones bajo estudio, fueron formadas por factores económicos, comerciales y legales, que obligaron a los armadores de buques a constituir dichos clubes para poder equilibrar el riesgo de sus aventuras comerciales. De ahí como se expresó anteriormente resalta la naturaleza mutual de los P&I Clubs, los cuales son grupos de dueños de embarcaciones que se unen para proveerse seguro entre sí, al sufragar colectivamente los riesgos

¹ Linares Gabaldón, Luis Enrique. Seminario P&I, La cobertura Mutual de Responsabilidad Civil Marítima, Caracas, 1986.

² Carreyó, Nelson. El Contrato de Seguro Marítimo, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho, Panamá, 2004.

marítimos inevitables, lo cual resulta en un beneficio colectivo para todos los miembros, siendo la cobertura sólo por indemnización.

Para matricular una embarcación en un PANDI, el armador paga anualmente una cantidad por adelantado denominada "Advance Calls". Estos pagos van a un fondo común para pagar reclamos y gastos administrativos. El armador también está sujetos a tener que hacer aportaciones adicionales "Additional Calls" si, a discreción de los directores la experiencia de reclamaciones de todos los miembros de dicho Clubes así lo requiere. Para conocer las reglas de cada PANDI, anualmente se publica un libro llamado "P&I Rules and List of Correspondents", donde aparecen listados todos los Clubes y sus diversos requisitos o reglas, igualmente contempla la cobertura de riesgos que consagran o cubren.

Según el citado autor Nelson Carreyó, la mayoría de los Tribunales han reconocido que la cobertura por una Asociación de Protección e Indemnización, "es diferente a la de una compañía de seguro tradicional"³, por sus características, por los riesgos que cubren y por el monto asignado para el riesgo cubierto que en casos supera el cubierto por una compañía aseguradora.

Capítulo V: Estructura

Veamos la Administración y Gestión de los Clubes, es decir ¿cómo están los P & I estructurados?

Las funciones propias de la administración y gestión de los Clubes recaen en distintas personas. En efecto, el personal dirigente de los Clubes está dividido en "Directors" o Administradores; "Managers" o ejecutivos o gerente; u "representatives" o representantes de los anteriores en los distintos puertos del mundo. Estos representantes también se conocen como Corresponsales

Los "Directors"

Como explica Hill Prado, la administración, propiamente dicha está encargada a un "Committee of Directors", o sea un Consejo de Administración. La característica de los mismos está en que deben ser elegidos de entre los Armadores Miembros del Club, o que sean miembros dirigentes de una compañía naviera que tenga inscritos en el Club buques por un mínimo de 10,000 toneladas de registro bruto. Como nota explicativa, según nos aclara Hill Prados, los Directors son siempre

³ Ídem.

Miembros del Club.⁴ En ocasiones pueden ser miembros pertenecientes al Consejo de Administración de una compañía naviera que tenga un determinado tonelaje inscrito en el Club. En este caso no son, necesariamente propietarios de buques o Armadores.⁵ El nombre que reciben es el de “Comitteeman”, aun cuando son en realidad “directors” en el sentido y alcance que a este vocablo le da la Companies Act de 1948.⁶

Su número es variable, estando compuesto el Consejo – “Committee”-- por un número mínimo de diez y un máximo que oscila entre treinta y treinta y cinco miembros. El número de “Directors” que han de componer el Consejo suele venir establecido en las normas reguladores de cada Club. Por ejemplo, los Articles del United Kingdom establecen en su Artículo 13 que “a menos que se determine por la Asociación, mediante resolución ordinaria, el número de “Directors” será de no menos de diez, ni más de treinta y cinco”.⁷

Cada año se renueva la composición del Consejo, al terminar el mandato de un tercio de los componentes. Existe, no obstante, siempre la posibilidad de reelección de cualquiera de los miembros que cesa en ese momento.

Entre los miembros del Consejo pueden hallarse miembros representantes de las distintas esferas del mundo de la navegación y de la industria naviera. Así se pueden hallar entre ellos a pequeños y grandes armadores de distintos países y con distintos tipos de flotas. Nos dice Hill, que en efecto hay propietarios de buques tipo “Tramp”, de buques de línea, de buques petroleros, etc.

El consejo está presidido por un Presidente de gran experiencia, tradicionalmente el presidente de la “Chamber of Shipping” y se reúne regularmente, por lo general dos veces al mes, para aprobar las reclamaciones pendientes y decidir sobre las cuestiones de importancia relativas al funcionamiento del Club, por ejemplo, como señalar las fechas y el montante de las cotizaciones, y para dar instrucciones a los “Managers.”

⁴ Manca, P. *International Maritime Law, Antwerpen*, 1970, pág. 351, citado por Hill Prados, Ma Concepción. *Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo*, J.M. Bosch Editor, S.A., 1992, Barcelona, , pág. 121

⁵ Hill Prados, María Concepción, *Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo*. Ed. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, pág. 121

⁶ Id.

⁷ Id., pie de página 300.

Una de las funciones conferidas a los “Directors” es la de decidir en los casos de controversia entre un Miembro de la Asociación y ésta. Aunque no es lo usual que surjan este tipo de diferencias ya que, como hemos visto, los miembros del Consejo que son también, Armadores, suelen hacer uso de las facultades que las normas reguladoras del Club les otorgan para hacer que todas las reclamaciones sean justamente atendidas. Sin embargo, si tal discordia surgiera y no fuese resuelta por la intervención del Consejo, se acude al procedimiento de arbitraje previsto en las Reglas del Club para resolverlo.

Los poderes de los “Directors” se encuentran establecidos en los Estatutos, los denominados “Articles”, de la Asociación, y son muy amplios. En efecto, se puede ver al revisar los Estatutos, que a los Directors se les atribuye la posibilidad de decidir cualquier actividad que les parezca necesaria u oportuna, conforme con los Estatutos, Reglamentos Acta Constitutiva, el denominado “Memorando”. Todo lo que no esté desautorizado por estos documentos puede ser llevado a cabo por los Directors. Además, recordando que todos los cuerpos normativos mencionados son en sí bastante amplios, también los poderes de los Directors, también lo son. Estos poderes pueden en todo o en parte ser delegados en los “Managers”. De hecho, pues los Managers desempeñan en ocasiones funciones originariamente conferidas a los “Directors”.

Para precisar la distinción entre “Directors” y “Managers” se puede afirmar que los “Directors” se ocupan del trabajo de gobierno en tanto que los “Managers” realizan las tareas cotidianas, “the day-to-day work”, es decir la verdadera administración y la gestión ejecutiva.

Los “Managers”.

La actividad aseguradora y el funcionamiento del Club están confiados a los “Managers”. Las actividades que se suelen denominar cotidianas o ejecutivas recaen sobre uno o varios “Managers”. Frecuentemente, se trata de una firma de abogados, o firma profesional especializada, que se dedica a la administración o gestión de los asuntos del Club, a cambio de una retribución previamente estipulada, que se calcula según el tonelaje inscrito en el Club. Se trata de los “management fees”. A cambio de esta retribución la empresa o firma profesional proporciona las oficinas, el personal y la organización, y corren a su cargo los gastos de gestión, realizando los trabajos necesarios para el buen funcionamiento del Club.

Los “Managers” desempeñan las funciones que los “Directors” les delegan, y las que expresamente les atribuyen las normas reguladoras de la Asociación, es decir, los Estatutos y en específica, las Reglas. Fundamentalmente, su labor consiste en la tramitación e

investigación de las reclamaciones, disponen de lo referente a las funciones, personal y todo cuanto sea necesario para el ejercicio del seguro. Entre las funciones que les corresponden, sin necesidad de delegación por parte de los “Directors” están las de aceptación de nuevos Miembros, pago de las reclamaciones, inversión de los fondos de la Asociación, revisión anual de los términos en que está concertado el seguro, el estudio de los expedientes o historiales de cada Miembro de la Asociación, así como el examen de las reclamaciones de los Miembros antes de que sean resueltas, la emisión de instrucciones y recomendaciones a los Miembros, entre otras.

El éxito y desarrollo logrado por los Clubs deriva precisamente del sistema y organización llegado a cabo por los “Managers”. Según lo presenta Hill Prados,

“si decimos que los Clubs proporcionan algo más que un seguro mutuo, podemos ahora afirmar que este algo más son los “managers” quienes lo proporcionan. No sólo se ocupan de la tramitación y resolución de las reclamaciones ante ellos presentadas, sino que proporcionan todo tipo de asistencia y consejo o asesoramiento a los Miembros. Se trata de firmas de abogados y personal especializado en cuestiones marítimas. De ahí la oportunidad y eficacia de los servicios prestados por las mismas que es lo que ha permitido el desarrollo e importancia alcanzada hoy en día por los Clubs.”⁸

Los “Representatives”.

Además de los “Directors” y los “Managers” existe una amplísima red de “representantes” de los Clubs establecidos en todos los puertos de importancia del mundo. Un Miembro del Club en momentos de dificultades acude a éstos, en cualquier puerto en que se halle, y los “representatives” le prestan en nombre y representación de los “Managers” toda la ayuda y asistencia que aquellos le hubieran proporcionado si el Miembro hubiese acudido a ellos en sus oficinas. Se debe señalar que estos representantes también se denominan “Corresponsales”. Sobre este punto nos dicen Ruiz Soroa y otros que “La importancia de un Club de P & I viene determinada, entre otros parámetros, por la densidad y diligencia de su red de Corresponsales, pieza básica en la estructura y funcionamiento de estas asociaciones. Los Corresponsales ayudan a los Miembros ante cualquier reclamación que le sea presentada contra su buque en cualquier lugar del

⁸ Hill Prados, Op. Cit., pág. 124.

mundo por remoto que éste sea, y ayuda a los gerentes en la tramitación de las reclamaciones que contra los Miembros se presenten”.⁹

Capítulo VI: Membresía (Alexis)

Capítulo VII: Suscripción del Contrato

Debemos señalar como primero punto que para poder ser suscriptor de un seguro de tipo P & I hay que tener bien claro la definición de armador o propietario, el cual entendiéndolo de forma literal es el dueño de la nave, dejándose de un lado a todas aquellas personas que de una forma u otra tienen una relación temporal con las naves, viéndose envueltos en una serie de riesgos y responsabilidades, en lo que se refiera a la carga, daños a muelles e instalaciones portuarias¹⁰.

Es por esto que los Clubs establecen que los “non-owners” que tengan la propensión o voluntad de adquirir un seguro para garantizar las responsabilidades y los riesgos adquiridos, como consecuencia de un contrato de fletamento o por cualquier otro motivo, pueden adquirir o formar parte del mismo seguro al cual perteneció el propietario real de nave o a otro distinto.

Al suscribirse a un P & I club, se adquiere la condición de Miembro, condición que no es transferible ni transmisible, dejando de extinguiéndose con la muerte del suscriptor, la quiebra; en caso de ser una persona jurídica al momento de disolución, liquidación o quiebra de dicha empresa. Otra forma de que se extinga la condición de miembro es cuando éste cese en el pago de las cantidades debidas al Club pactadas en el contrato, tal cual lo señala Ma. Concepción Prados Hill en su obra *Los Club de Protección e Indemnización*

Los Administradores son los encargados de aceptar o no a un miembro en el Club u otras naves de un armador o non-owner. De esta forma, éstos pueden inscribir en el Club todas sus naves, solamente algunas de ellas, inscribir solo la cobertura de alguno de los riesgos dejando de un lado o excluidos ciertos riesgos.

El ingreso al club conlleva un proceso el cual inicia con la solicitud del armador a los “Managers” la suscripción dentro del mismo de su o sus naves.

⁹ Ibid., pág. 321.

¹⁰ Hill Prados, Op. Cit., pág. 114.

Dicha solicitud se hace llenando un formulario, firmado por el propietario o solicitante, en el cual se especifican el/los nombre (s) del buque(s) que se quieren inscribir, la cobertura que se desea, el tonelaje y la fecha de inicio del seguro al cual se desea suscribirse.

La prima que habrá de pagar el nuevo miembro será determinada por los "Managers" en base a los riesgos que se desean cubrir.

Cabe resaltar que en este tipo de seguros el propietario realizado todo el proceso de suscripción por sí mismo, prescindiéndose de la actuación de un intermediario, y en el caso de existirlo los costos estarán a cargo del suscriptor o futuro miembro.

Luego de haber sido aceptado, el nuevo miembro es automáticamente registrado en el Libro de Miembros o socios, dando paso a la extensión de un instrumento denominado "Certificate of Entry", que traducido es el Certificado de Inscripción o Admisión. A partir de la expedición de este documento surgen los derechos y las obligaciones del nuevo miembro. En el mismo se plasman los nombres de las naves y los riesgos cubiertos, al igual que las deducciones a la cobertura.

El Club P & I no emite ningún tipo de cláusulas, ya que el hecho de la emisión de las mismas significa la limitación a una suma en particular, siendo una de las características de este Club es la no existencia de las limitaciones.

Existen ciertas condiciones que deben existir anteriores a la admisión del buque en un Club y es que éstos deben estar asegurados por su valor total contra todos los riesgos cubiertos por la Póliza S. G. del Lloyd's, adjuntado las cláusulas "Running-down" o R. D. C. y la "Free of Capture Seizure" o F.S. & C. Esta última se refiere a aquellos casos en los cuales el dueño debe tener deudas, el mismo no puede ser capturado o arrestado. Esto es así, debido a que la póliza de Lloyd's sólo cubre tres cuartas partes de la responsabilidad por colisión. De esta forma solamente la cuarta parte debe ser afrontada por los Club.

Aunque anteriormente se señaló que en los Clubs no existe un límite de responsabilidad, es condición que éstos cubrir el riesgo hasta la cantidad establecida para cubrir el resigo. En caso de no existir límite de responsabilidad legal, entonces la indemnización máxima será determinada por el Club.

Otra condición que se debe cumplir para ser Miembro del Club, es el hecho de que ningún miembro será cubierto por los daños y pérdidas acaecidas por causa suya (es decir que exista un nexo o relación con el hecho y las consecuencias), mejor conocido como "privity". "Privity" tal

cual lo establece María Concepción Hill Prados, no es más que el hecho de saber y consentir en la realización de un hecho doloso.

Otra condición que debe tener todo miembro del Club, es que el hecho que origina el reclamo por parte del armador debe estar directamente relacionado con el buque inscrito.

Capítulo VIII: Partes Contratantes

HAZELWOOD, uno de los más renombrados autores en el tema de los P&I Club, nos manifiesta, respecto de las partes contratantes, que “... la asociación corporativa es la parte con quien el miembro celebra el contrato. En consecuencia, el contrato de uno de los miembros se celebra con el club, y cualquier acción que tenga como asegurado, la puede la incoar contra el club y no contra sus co-miembros”. (La traducción es nuestra)¹¹

Esto nos indica que, para efectos de cualquier contratación de seguro emitido por un P&I Club, queda claro que las partes contratantes en este tipo de contratación, lo serán el club respectivo y el miembro del club que solicite la contratación respectiva.

Esta relación contractual la expresó Lord Esher M.R. en el caso *United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association v. Nevill* (1887) Q.B.D., 110, C.A., al determinar que aunque los otros miembros del P&I Club son los asegurados del miembro que contrata un seguro con el mismo P&I Club, el contrato en sí no lo celebran el miembro contratante que haya sufrido las pérdidas, sino entre éste y la asociación, por lo que no puede demandar a los demás miembros.

De lo anterior, queda claro que las únicas partes contratantes en un contrato de seguro con un P&I Club, es entre el mismo &I Club y el miembro que contrate sus servicios. Por ende, no es cualquier persona la que puede contratar con el P&I Club, sino tiene que ser un miembro del mismo, que pueden ser cualquiera de los que se enuncia a continuación:

- a) los propietarios/armadores de registro de la nave;
- b) los socios de los propietarios;
- c) los socios de acciones divisibles;
- d) los propietarios parciales;
- e) los acreedores hipotecarios;

¹¹ HAZELWOOD, Steven J., *P&I Clubs: Law and Practice*, Segunda edición, Lloyd's of London Press Ltd., 1994, página 97.

- f) los fletadores de la nave;
- g) los operadores de la nave;
- h) los administradores o constructores de la nave; y
- i) cualquier persona que tenga interés o esté en posesión de la nave o quien en opinión de los administradores de la misma deben considerarse o tratarse en calidad de cualquiera de las personas antes mencionadas.

Nos comenta Hazelwood, al respecto, que la calidad de miembros de los que vemos en la lista anterior, puede ser más restringida según el tipo de P&I Club, el cual determinará las reglas aplicables con relación a los derechos y obligaciones, el status de cada miembro, los requisitos para ser miembro, su incidencia, las membresías especiales.

Por otro lado, el “Merchant Marine Act” de 1906 inglés, en su sección 50(1) permite que una póliza de seguro pueda cederse, salvo que por disposición en contrario del mismo se prohíba la cesión en sí. Además, las reglas universales de los clubes disponen que la cobertura suministrada no se cederá a cualquier parte con algún interés en la póliza, sin el consentimiento previo del club.¹²

Como una alternativa a la cesión, los clubes han diseñado un mecanismo para beneficiar primordialmente a los prestamistas a propietarios de buques, a través de una carta de entendimiento que incluya una cláusula llamada de “loss-payee”, por la cual el acreedor hipotecario es nombrado como “loss-payee” o beneficiario, de manera que los pagos que haga el club puedan hacerse al acreedor hipotecario por incumplimiento de la obligación del deudor hipotecario/asegurado.

Capítulo IX: Riesgos cubiertos del Contrato

Antes de entrar al tema que aquí nos ocupa, queremos recalcar que el seguro de P & I surgió para proteger el naviero frente a determinadas contingencias—responsabilidades, gastos, entre otras—que se le presentan en el ejercicio de la navegación, y a las que no se encontraba solución a través de las coberturas ofrecidas por el seguro tradicional de buques. En el tiempo transcurrido desde que los Clubs de P & I se crearon, hasta la actualidad, aquellas contingencias cobran aún más importancia no solo por que la legislación reguladora de las responsabilidades del naviero son cada días más onerosas y estrictas, sino también por el aumento del tamaño y valor de los buques, que incluyen las plataformas petrolíferas, así como la aparición de ciertos tráficos anteriormente desconocidos, tales como transporte de productos químicos, gases licuados, productos petrolíferos etc., lo cual aumenta el

¹² Ver lo que señala Hazelwood a páginas 106-109 de su obra.

riesgo de polución, sin mencionar el valor que tienen las cargas transportadas.

Por estas razones el número de riesgos cubiertos a través de las asociaciones mutuales de P & I han aumentado progresivamente de forma que se puede afirmar que hoy salvo determinados supuestos, el naviero tiene garantizada una amplia gama de responsabilidades en que puede incurrir en la explotación del buque, incluyendo una amplia abanico de gastos y costos.

Ruíz Soroa y otros afirman que prácticamente todos los Clubs de P & I, con una u otra terminología, cubren un sinnúmero de riesgos. Además, todos incluyen en sus reglas la llamada Regla Ómnibus¹³ o regla para Riesgos Incidentales de Armadores, por virtud de la cual se faculta a la discreción del Comité de Directores la decisión sobre si una determinada responsabilidad, costo o gasto incidental a la posesión, explotación o manejo del buque encaja dentro del alcance de la cobertura otorgada por el Club¹⁴. Así y ante un supuesto determinado en que no aparezca claramente contemplado como cubierto, el miembro puede someter a la discreción del Comité de Directores de su Club de P & I la decisión de considerar merecedora de protección la reclamación presentada.

¹³ Sobre la Regla Ómnibus, Hill Prados, Op. Cit., pág. 159, señala que
“...Además de las coberturas concretas..., la mayoría de los Clubs—por no decir todos—tienen una “Ómnibus Rule” que otorga al Comité una amplia discrecionalidad para autorizar pagos y reclamaciones. Esta regla—la llamada “Ómnibus Rule”—cubre generalmente las responsabilidades, costas y gastos inherentes al negocio de armamento, que el Comité pueda en base a su discrecionalidad, decidir que caen dentro del ámbito de la Asociación.

Explica que

Es fácil descubrir que una tal regla confiere a la cobertura aseguradora procurada por el Club una elasticidad no concebible en el seguro a prima fija, y que constituye, sin duda alguna, un elemento relevante para explicar el desarrollo de la actividad de los citados Clubs. ... Esta regla permite al Club dar acogida a las nuevas demandas de protección de los Armadores sin verse con ello obligado a cambiar las reglas ya existentes en función de las nuevas contingencias presentadas, garantizando la adaptabilidad flexibilidad que caracterizan a la Institución.

¹⁴ Ruíz Soroa, José María, Ángel Arranz de Diego y Santiago Zabaleta Sarasua. **Manual de Derecho del Seguro Marítimo**, Ed. Eusko Jaurlaritza-Gobierno Vasco, 1993, pág. 322.

Los Riesgos Cubiertos. Veamos lo que Ruiz Soroa y otros afirman, son los principios básicos de la cobertura recogida dentro del seguro de Protección e Indemnización.

1. Se refiere exclusivamente a las responsabilidades y gastos expresamente enumerados en las reglas del Club. Sin embargo, a través de la regla Ómnibus, se puede apreciar la flexibilidad con que este principio es aplicado, a diferencia de la rigidez del seguro de buques tradicional que difícilmente admite la aplicación por vía de analogía con los riesgos expresamente contemplados en la póliza.
2. Se garantizan exclusivamente las responsabilidades y gastos incurridos por el Miembro en relación a un buque inscrito. Un Miembro no tiene protección respecto a los buques que posee o explota, y que no ha inscrito en el Club.
3. Por otra parte solo se garantizan responsabilidades y gastos incurridos durante el periodo de inscripción del buque.¹⁵
4. La cobertura ofrecida es de cuantía ilimitada, a diferencia del seguro de daños al buque en que está limitada a la suma asegurada fijada en la póliza, o de los seguros o coberturas de responsabilidad civil en que se limita a una cifra de indemnización determinada.

No obstante lo anterior, existen las siguientes condiciones que se deben hacer a este principio general:

- Que las inscripciones de fletadores (por viaje y por tiempo) se hacen limitando la cobertura hasta una cuantía determinada en función de los riesgos que asumen.
- Que las responsabilidades y gastos derivados de polución de hidrocarburos o sustancias contaminantes, están limitadas actualmente a 500 millones de dólares, aun cuando puede encontrarse cobertura por 700 millones de dólares e incluso cifras superiores.
- Que aunque la cobertura sea ilimitada, el Club responde siempre en la medida y hasta el monto en que el Miembro sea responsable.

Señalan Ruíz Soroa y otros que el conjunto de los riesgos cubiertos por el seguro de P & I suele agruparse en dos categorías que

¹⁵ Ruíz Soroa y otros señalan que en el caso español, el periodo de inscripción debe coincidir con el periodo de duración de la póliza de seguro emitida por la compañía de seguros.

coinciden con el origen histórico de estas asociaciones mutuales y con la propia denominación del seguro.

Son los riesgos de **Protección**, que incluyen los derivados de la propiedad o posesión del buque, y los riesgos de **Indemnización**, que comprenden los derivados de la actividad del Miembro como porteador de mercancías además de ciertos gastos por multas y excesos de contribución a la avería gruesa y salvamento.

Antes de pasar a ver los riesgos más importantes que se cubren, se debe tener en cuenta que los Clubes cubren las responsabilidades usuales del Miembro en cuanto naviero, pero no aquéllas más onerosas que haya adquirido en virtud de contratos, salvo que tales contratos o convenios hayan sido previamente aprobados¹⁶ por los Gerentes del Club.

Riesgos Cubiertos Bajo La Categoría "**Protection**"; responsabilidades derivadas de la propiedad del buque.

Cubre en efecto, esta clase de responsabilidades que se derivan de la propiedad del buque. Veamos con más detalle estos riesgos de protección:

Las responsabilidades con respecto a los tripulantes incluyen,

- Responsabilidades por muerte, enfermedad o lesión de cualquier tripulante, incluyendo oficiales, a bordo del buque inscrito o en tránsito a o desde el buque. También incluye salarios, gastos de hospital, gastos de médicos y gastos de enterramiento.
- Los gastos de desvío para desembarcar a un tripulante herido, enfermo o muerto. Estos gastos comprenden el consumo extra de combustible, aceite, provisiones, escala en puerto, entre otros.
- Los gastos de envío de un sustituto del tripulante herido, enfermo o muerto, así como los gastos de repatriación de éste, incluyendo sus salarios. También están incluidos los gastos de repatriación de un tripulante cuando en el curso de la travesía debe regresar a su país ante la enfermedad o lesión grave o muerte de un familiar próximo, por ejemplo, padres, hijos, esposa.
- Responsabilidades por las pérdidas de efectos personales de los mismos, por ejemplo, un naufragio u otro accidente.
- Responsabilidades por la pérdida de empleo de los tripulantes a consecuencia de la pérdida accidental del buque o derivada de un siniestro.

¹⁶Ruíz Soroa y otros, pág. 323.

Las responsabilidades con respecto a los no tripulantes incluye los siguientes:

- Responsabilidades frente a pasajeros, estibadores, trabajando a bordo del buque o fuera de él, por muerte, enfermedad o lesión, incluyendo gastos médicos, de hospitalización y de enterramiento, así como los gastos de desvío en los términos que arriba se indican.
- Responsabilidades por pérdidas o daños al equipaje de los pasajeros, de acuerdo con los términos del billete del pasaje, previamente aprobados por los Gerentes.
- Responsabilidades por muerte, enfermedad o lesión, incluyendo gastos médicos o de hospitalización frente a cualesquiera otros terceros no incluidos más arriba, como los visitantes y transeúntes.
- Responsabilidades respecto a polizones, desertores, refugiados o personas salvadas en la mar, lo que incluye la cobertura de los gastos incurridos por el Miembro en el cumplimiento de sus obligaciones para mantener, repatriar y desembarcar a dichas personas, y siempre que tales gastos no pudieran ser recobrados de ningún tercero. En cuanto a los desvíos para desembarcar polizones, desertores o refugiados, los posibles gastos son aceptadas por los Clubes en cuanto a gastos sustitutivos de los de mantenimiento. No obstante, es recomendable informar a los Gerentes de que se va a efectuar tal desvío, a fin de garantizar las posibles responsabilidades del Miembro por daños y/o pérdidas a la mercancía transportada mientras se produce el mismo.

Las responsabilidades por el salvamento de vidas se refiere a aquellas sumas debidas a terceros por haber salvado o intentado salvar la vida de cualquier persona a bordo del buque inscrito, en el supuesto de que el premio de salvamento que se les hubiera concedido hubiera estado incrementado de una forma determinada en razón de tal salvamento de vidas humanas y en la medida en que tal parte del premio no fuera recobrable de los aseguradores del buque y de la carga.

Las responsabilidades derivadas de colisión o abordaje se refiere a la cobertura de responsabilidades y gastos en que incurre el Miembro frente a terceros a consecuencia de colisión entre el buque inscrito y cualquier otro buque¹⁷ siempre que tales responsabilidades y gastos no fueran recuperables de la póliza de cascos por aplicación de la Cláusula de Colisión. Se incluye por esto

- El ¼ de responsabilidad no cubierto por la póliza de cascos.

¹⁷ Aquí es aplicable la cláusula de buque hermano.

- Los 4/4 (es decir, la totalidad) de las responsabilidades que surjan para el Miembro de la colisión por:
 - Los gastos de la remoción, disposición, destrucción, iluminación y señalamiento de los restos naufragados del buque o cargamentos a bordo de él o cualesquiera otra propiedad, por ejemplo contenedores, siguiendo instrucciones de las autoridades competentes.
 - Daños a cualquier otra propiedad, que no sean buques o mercancías, tales como contenedores, equipos de navegación, etc.
 - Polución o contaminación de cualquier propiedad, excluido el propio buque con el que el buque inscrito haya colisionado (ya esta responsabilidad queda cubierta bajo la cláusula de colisión de la póliza de cascos hasta los 3/4 y el 1/4 restante bajo el párrafo arriba mencionado.
 - Los daños a la mercancía transportada u otra propiedad, por ejemplo contenedores, a bordo del buque inscrito o contribución de avería gruesa, gastoso de salvamento u otros gastos pagados por los propietarios de tal mercancía o propiedad.
 - Pérdida de vidas humanas, lesiones y enfermedad.
 -
- Los excesos de responsabilidad por colisión que no pueden ser recobrados de la póliza de cascos en razón de que tal responsabilidad excede del valor asegurado del buque en tal póliza. A cambio se exige que el Comité de Directores haya aceptado como suficiente tal valor asegurado, y si decide que existe infraseguro, el Club puede a su discreción reducir la indemnización proporcionalmente.

Existen otras responsabilidades por daños a propiedades, tales como:

- Responsabilidades por abordaje sin contacto directo o físico.
- Responsabilidades por choque o contacto contra objetos fijos o flotantes que no puedan ser considerados legalmente buques y sin que por ello exista jurídicamente la situación de abordaje, por ejemplo un choque contra muelles, diques, faros, redes de pesca separadas del buque.
- Responsabilidades por los daños producidos por objetos, tales como boyas, balizas, o restos sumergidos no debidamente señalizados o retirados.

No se cubre aquella responsabilidad que surja exclusivamente de los términos y condiciones de un Contrato de indemnización, así como

tampoco las franquicias establecidas en la póliza de cascos a carga del Miembro.

En cuanto a las responsabilidades por polución o contaminación, se incluyen las responsabilidades, pérdidas, daños y gastos causados o incurridos a consecuencia de la descarga, escape o amenaza de escape desde el buque inscrito, de petróleo o cualquier otra sustancia nociva. En concreto, además de los propios daños y pérdidas, por la contaminación se garantizan:

- Cualquier pérdida, daño o gastos en el que se incurre un Miembro en cuanto adherido al esquema privado de compensación por polución de hidrocarburos denominado TOVALOP (Tanker Owners Voluntary Agreement on Liability for Oil Pollution), o cualquiera otro esquema privado de compensación que hubiera sido previamente aprobado por el Comité de Directores.
- El costo de cualesquiera medidas razonablemente adoptadas con el fin de evitar o minimizar la contaminación.
- El costo de cualesquiera medidas razonablemente adoptadas con el fin de prevenir cualquier peligro inminente derivado de la descarga o escape de petróleo u otra sustancia nociva del buque inscrito.
- Los gastos o responsabilidades que surjan del cumplimiento de cualquier orden o directriz por un gobierno o autoridad legalmente investida de poder para dictarla, con el fin de prevenir o reducir o evitar una polución o el riesgo de polución, siempre que tales gastos o Responsabilidades no fueran recuperables de la póliza de cascos del buque inscrito.

Ruíz Soroa y otros hacen la salvedad de que si bien en las reglas de los Clubes se acostumbra aparecer como riesgos específicos, estos autores incluyen en esta "categoría" por formar parte de la cobertura general de Responsabilidades por polución a los siguientes:

- Responsabilidades del Miembro de un buque inscrito, cargado total o parcialmente, frente al buque salvador bajo los términos del Contrato de salvamento por lo que respecta a la prestación de un servicio beneficioso para el armador, su Club de P & I o la sociedad, evitando o reduciendo un riesgo de polución.
- Multas por la descarga o escape de petróleo u otras sustancias nocivas.

Otro Riesgo de Protección señalado por Ruíz Soroa y otros es el denominado de responsabilidades derivadas de contratos de remolque. Se cubren las responsabilidades contraídas por el Miembro bajo términos usuales de un contrato de remolque. Se garantiza la responsabilidad

contractual del Miembro, responsabilidad que no hubiera existido, o hubiera estado más matizada si no hubiera sido por los términos en que el contrato está redactado. Sobre este punto, nos explican Ruíz Soroa y otros, que en virtud de los contratos de estándar de remolque,

“El buque remolcado asume la dirección y responsabilidad de la operación, incluyendo las responsabilidades por daños no solo al buque remolcador sino a terceros aún cuando el daño se deba a culpa exclusiva del remolcador. Se parte de la construcción jurídica de que el buque remolcador actúa bajo el empleo y dirección del buque remolcado. Si el remolque se realizara bajo condiciones o términos no estándar, el Club debe aprobar previamente éstos para que la cobertura se mantenga”.

Las responsabilidades derivadas bajo ciertos contratos de indemnización se refieren a la cobertura de las responsabilidades por pérdidas vidas humanas, lesiones, enfermedades y por pérdidas o daños materiales que derivan de los términos de un contrato de indemnización que el miembro se ve obligado a aceptar si quiere utilizar determinados servicios, estibadores, operadores de grúas, o bien determinadas instalaciones, canales, muelles etc.

Las responsabilidades por la remoción de restos que quedan cubiertos como un riesgo de protección, se refiere a los costos y gastos en que se haya visto obligado a incurrir el armador para izar, remover, destruir, disponer, iluminar o señalar los restos del buque inscrito, naufragado, cuando tal operación sea obligatoria por ministerio de la ley¹⁸ o en virtud de un contrato previamente suscrito por el Miembro. Según Ruíz Soroa y otros las reglas de los Clubes imponen que del valor de todos los materiales, provisiones y pertrechos del buque naufragado, debe deducirse el costo de la remoción y solamente es indemnizable la diferencia.

¹⁸Hill Prados nos dice, respecto a este punto, que en la mayoría de los países, el armador está obligado a remover, o pagar los gastos de remoción de su buque si éste se hunde dentro de la zona de un puerto navegable. Los aseguradores del casco aceptan la responsabilidad por tales reclamaciones, únicamente si han pagado por la pérdida total del buque y han tomado posesión del mismo, lo que normalmente hacen tan sólo si calculan que el valor de los restos del naufragio es superior a los gastos que hayan de efectuarse para proceder al salvamento de los mismos. Señala Hill Prados que similar cobertura es procurada contra la hoy en día Merchant Shipping Act de 1849 o los que el armador pueda resultar responsable de la remoción de los restos de su buque, independientemente de la forma o razón por la que ésta se hubiera hundido. Afirma Hill que las reclamaciones por remoción de restos de naufragio son poco frecuentes, pero pueden llegar a ser cuantiosas y son particularmente graves en tiempo de guerra. Ver Hill Prados, Op. Cit., págs. 151-153.

Los gastos de Cuarentena incluye los gastos extraordinarios incurridos por el Miembro directamente a consecuencia de la aparición a bordo del buque inscrito de una enfermedad infecciosa, incluyendo los gastos producidos en cumplimiento de órdenes de cuarentena y desinfección. Sólo se cubren los gastos extraordinarios. Dentro de estos, se encuentran los gastos extras de combustible, salarios, manutención, puerto, provisiones y los gastos de desvío hasta el puerto de refugio.

Riesgos Cubiertos Bajo la Categoría “Indemnity” (Indemnización).

Explica Hill Prados, que esta “categoría” cubre todas aquellas responsabilidades que se derivan del empleo del buque como consecuencia del transporte de su cargamento. Por los tanto cubre las responsabilidades de los armadores relativas a la carga por falta de entrega, avería, excedentes, así como las multas de inmigración, aduanas, y otras. También quedan cubiertos en esta categoría los excesos en la contribución a la avería gruesa y salvamento.

Surgió esta categoría con posterioridad a la de “Protection”, porque los riesgos cubiertos por esta clase no se consideraban importantes cuando se formó el primer Club a mediados del siglo XIX. Las responsabilidades relativas a la carga no supusieron un riesgo grave para los armadores sino hasta más tarde cuando los aseguradores de la carga vieron la posibilidad de reclamar contra los transportistas de las mercancías. Según explica Hill Prados, originariamente la responsabilidad del armador, aparte de la del contrato, era la de un transportista común, las únicas excepciones que podían alegar eran los de “Acts of God”, enemigos de la corona, y vicios inherentes. Los primeros conocimientos de embarque normalmente sólo contenían como excepción dichos “Acts of God” y los “perils of the sea”, pero cuando los propietarios se hallaron ante la amenaza de los interesados en la carga, aumentaron las cláusulas de excepción para cubrir de modo más completo la mayor parte de las contingencias, lo cual tendía a anular su garantía absoluta de estado de navegabilidad del buque (“seaworthiness”).¹⁹ Por ende, los Clubs para responder a las nuevas exigencias a que los armadores tenían que hacer frente, ampliaron su cobertura, y asumieron bajo su amparo las responsabilidades relativas a la carga.

Veamos con más detalle los riesgos asumidos por los Clubs de P & I:

¹⁹ Hill Prados, pág. 154.

Responsabilidades con respecto a la carga transportada. Nos dicen Ruiz Soroa y otros que esta cobertura es probablemente una de las más importantes de este seguro. En concreto se refiere a:

- Responsabilidades por las pérdidas, totales o parciales, daños en la mercancía y retrasos en su entrega que surjan de los actos u omisiones negligentes del Miembro, o de sus empleados o dependientes y por quienes debe el Miembro responder, en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia y transporte de la mercancía, es decir, carga, manejo, estiba, descarga y entrega, o que surjan del incumplimiento de la obligación de ejercicio de la debida diligencia en poner el buque en condiciones de navegabilidad.
- Responsabilidades en caso de colisión por daños a la carga transportada y por las que el Miembro no pueda exonerarse a pesar de los términos del Conocimiento de Embarque o Póliza de Fletamento, en virtud de la no posible aplicación de la llamada cláusula “Both to Blame Colisión” u otra de términos semejantes.
- Costos y gastos adicionales incurridos en la descarga o disposición de mercancías desechadas o sin valor o en re-estibar las dañadas para continuar viaje en seguridad.
- Responsabilidades por pérdidas y daños en caso de transportes combinados y en los que parte del transporte es realizado en el buque inscrito, cuando se trate de acaecimientos que tengan lugar mientras la mercancía es transportada en otros medios de transporte distintos al buque inscrito, siempre que en virtud de los términos del Conocimiento de Embarque, el Miembro haya asumido aquellas responsabilices. Sin embargo se excluyen los siguientes supuestos, entre otros:
 - Emisión de Conocimientos de Embarque con una descripción incorrecta de la mercancía cuando el Miembro o el Capitán del buque inscrito deberían haberlo sabido, es decir, firma de conocimiento de embarque “limpió” cuando deberían haber incluido reservas sobre la mercancía.
 - Reclamaciones por mermas a la descarga cuando el Conocimiento de Embarque ha sido firmado reconociendo haber recibido una cantidad mayor de la realmente recibida.
 - Conocimientos de embarque predatados o postdatados u otras declaraciones fraudulentas
 - Entrega de la mercancía sin haberse emitido Conocimientos de Embarque.

- Descarga de la mercancía en un puerto o lugar diferente al indicado en el Conocimiento de Embarque, salvo autorización escrita de los Gerentes.
- Infracción deliberada o dolosa del Contrato de transporte por parte de Miembro o su gerencia.

Además, no se admiten reclamaciones respecto a daños a la mercancía cargada sobre cubierta, a menos que el Conocimiento de Embarque o Contrato de transporte establezca que la mercancía viaja sobre cubierta, o exista un cláusula que autorice tal libertad al buque y siempre que el Contrato quede sujeto a reglas de La Haya o La Haya-Visby o similares.²⁰ Tampoco se admiten reclamaciones por responsabilidades frente a la carga durante un desvío, cuando éste sea inexcusable de acuerdo con los términos del Contrato de transporte. Un desvío para desembarcar un polizón es inexcusable bajo los términos de las reglas de La Haya o de La Haya-Visby, y constituye una infracción fundamental del Contrato por lo que al igual que con la mercancía estibada sobre cubierta, el miembro no tendría derecho a limitar sus responsabilidades, cosa que en otro caso sí podría haber hecho.

Para estos supuestos, los Clubs de P., y previa comunicación del Miembro, suscriben un seguro especial (denominado Shipowners Liabilities – SOL) para poder seguir manteniendo la cobertura y cuyo costo se repercute al Miembro.

Otro riesgo de indemnización cubierto son las contribuciones de Avería Gruesa no recobrables. Según Ruiz Soroa y otros, existen dos supuestos: a) El primer supuesto se refiere a la cobertura de aquella proporción de la avería gruesa (sacrificios y gastos) imputable al interés de la carga y que éste niega su pago en virtud de los términos del Contrato de transporte; b) El segundo supuesto se refiere al caso en que la contribución del buque a la avería gruesa (gasto) que no puede ser recobrado por el Miembro en razón a que el valor contribuyente es superior al valor asegurado en la póliza de cascos. Esta cobertura queda sujeta a que el Comité de Directores considere que el valor asignado al buque en la póliza de cascos es razonable.

Otro Riesgo de Indemnización, son las multas con relación al buque inscrito, impuestas al miembro por autoridades locales o gubernamentales. En específico esta garantía se refiere a las multas

²⁰ Las Reglas de la Haya de La Haya-Visby excluyen del ámbito de su aplicación las mercancías para las que se pacten que viajen sobre cubierta; en estos supuestos lo normal es que las mercancías viajen a riesgo del cargador. De esta exclusión se deduce no estar garantizadas las responsabilidades por daños a la carga cuando ha sido estibada sobre cubierta por error negligencia. En este caso, se considera que se ha dado una infracción fundamental en el cumplimiento del Contrato de transporte por lo que el Miembro no podría ampararse en la limitación de responsabilidad prevista en el mismo.

impuestas al Miembro con respecto al buque inscrito, por un tribunal o autoridad administrativa en razón de:

- Cualquier infracción de los reglamentos o reglas sobre la exigencia de proporcionar un lugar de trabajo seguro;
- Falta de entrega o sobre-entrega de mercancía o incumplimiento de las reglas sobre la declaración de mercancías o documento del buque a la carga (por ejemplo no coincidencia del manifiesto de carga con el Conocimiento de Embarque),
- Contrabando o infracción de las normas de Aduanas La infracción típica en este caso es el contrabando de la tripulación;
- La infracción de las leyes de inmigración;
- La conducta dolosa o intencionada de algún miembro de la tripulación.²¹

Complementarios, tanto a los riesgos de Protección como a los de Indemnización, los seguros de P & I incluyen entre sus garantías la cobertura de determinados gastos o costos incidentales a la navegación del buque inscrito. Estos incluyen, por ejemplo:

- Gastos incurridos por el Miembro con el fin de evitar o limitar su responsabilidad respecto a un siniestro en que se encuentre involucrado el buque inscrito, o en conexión con la defensa en un proceso penal instruido contra el capitán o un miembro de la tripulación del buque inscrito, o cualesquiera otro empleado, agente o persona relacionada con el Miembro en relación al buque inscrito. Estos gastos deben ser previamente autorizados por escrito por los Gerentes, o en su caso por el Comité de Directores.
- Los gastos, pérdidas y daños razonable y necesariamente incurridos por el Miembro con el propósito o como consecuencia de haber llevado a cabo instrucciones específicas escritas de los Gerentes. En este caso, el monto del recobro queda a la discreción exclusiva del Comité de Directores.
- Los gastos de salvaguardia o de naturaleza “Sue and Labour”²² incurridos por el Miembro en un siniestro o incidente que de lugar a una reclamación bajo los demás términos de la cobertura, en que se ve implicado el buque inscrito, con el fin de evitar o minimizar las consecuencias de tal acaecimiento.²³

²¹ Ruíz Soroa y otros, pág. 332.

²² **Sue and labour clause:** Cláusula por la cual el asegurado debe realizar todo lo necesario después de un siniestro para evitar daños mayores.

²³ Ruíz Soroa y otros, Op. Cit. Pág. 332.

Capítulo X: Los Riesgos Excluidos²⁴

Veamos de manera resumida, los más destacados riesgos excluidos, a saber:

- Todas las reclamaciones que pueden ser aseguradas por las pólizas de casco y máquina a condiciones no menos amplias que las contenidas en las Institute Time Clauses-Hulls, considerando además el buque asegurado por su valor total.
- Todas las reclamaciones que puedan ser aseguradas por otro tipo de pólizas de seguro de las existentes en el mercado, como pueden ser, las reclamaciones por demoras o detenciones a consecuencia de huelgas, pérdidas de ganancias o alquiler, insolvencia de deudores, etc.
- Los riesgos de Guerra. Las reglas de los Clubes de P & I se refieren a la exclusión de todas las responsabilidades, daños y gastos que de no haber sido por venir motivados por un acto de guerra o asimilado, podrían haber quedado amparados. Por ejemplo, las responsabilidades por contaminación de un buque tanque afectado en sus tanques por el impacto de una bomba o un misil.
- Con algunas excepciones, los riesgos nucleares, o derivados del transporte de combustibles nucleares.
- Las actividades de contrabando del buque inscrito, responsabilidades por rotura de bloqueos, y las consecuencias de cualquier aventura o comercio ilegal.

En el Anexo se incluye la Parte V, Limitaciones y Exclusiones de “The Shipowners P & I Club” que detalla con precisión en forma exhaustiva la gama de limitaciones y exclusiones.

Capítulo XI: Cláusula de Protección e Indemnización

La cláusula de P & I es aquella que se pacta, en aquellos casos en los que se da la cobertura de los riesgos sin la necesidad de estar inscrito en un Club, dentro de un contrato ordinario de seguro. Esta cláusula puede adaptarse a cada caso en concreto, a las circunstancias u necesidades que a bien tenga el interesado. Por ejemplo esta cláusula se puede pactar como una cláusula de instituto para riesgo de puerto, que no es más que el riesgo cubierto durante aquellos periodos en los que la nave tenga que permanecer en dique seco.

Otro ejemplo de la cláusula P & I, es la cláusula del Instituto para los constructores de buque.

²⁴ Véase en el ANEXO, una copia de las Reglas de 2007 de The Shipowners' P&I Club, y en específico en su Parte V, **Las Limitaciones e Exclusiones**. También, se pueden encontrar en el sitio http://www.shipownersclub.com/spanish_index.asp.

El hecho de que la cláusula de P & I, no esté pactada dentro de un contrato de seguro ordinario, significa que esta cláusula puede ser separada e independiente del contrato, siempre y cuando cubra los mismos riesgos.

El propósito de esta cláusula no es más que la de proteger e indemnizar a los propietarios, o cualquier otra persona interesada en un buque o que por uno u otro motivo puedan resultar responsables por causas de daños a causas de la negligencia en la navegación o manejo impropio del buque²⁵.

El objetivo de las cláusulas P & I es la de colocar al asegurador, tras haber pactado la cláusula objeto del estudio, en la misma posición que si fuese un Miembro del Club, ya que ella protege e indemniza a los propietarios, armadores o cualquier otra persona que tengan interés en el buque o que por cualquier motivo resulten responsables por los daños causados bien sea por la negligencia en la navegación. Dichos daños deben tener la característica de no recuperables bajo el modelo de póliza de casco con la cláusula de abordaje.

Riesgos Cubiertos por la Cláusula

Los riesgos cubiertos por esta cláusula se agrupan de la siguiente manera:

- Pérdidas o daños sufridos por cualquier otra nave o mercancías, fletes o cualquier otra cosa de naturaleza variada que se encuentre a bordo de la nave. Estos daños tienen que haber sido causados por el buque asegurado directamente, o de cualquier otra forma pero debe existir el nexo de causalidad. En este apartado nos referimos a todos aquellos daños causados por la nave objeto del seguro a cualquier otro buque, exista o no contacto entre ellos.
- Todas aquellas pérdidas de bienes, mercancías, fletes que se encuentren o no a bordo del buque asegurado. En este caso tenemos que dicho daño pueden ser el resultado de cualquier causa.
- Todo daño o pérdida de cualquier puerto, dique, varadero, gradas, parrillas, pontones, muelles, embarcaderos, cargaderos, boyas, u cualquier otro objeto que se

²⁵ Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo; Hill Prados Maria Concepción; José Maria Bosch editor, S.A.; Barcelona; 1992; pág. 114.

encuentre, bien sea fijo o móvil, no importando la naturaleza, pero no incluyendo al buque objeto del seguro. Todos los riesgos que son cubiertos por los clubes que nos atañen en este trabajo no se dan con tanta frecuencia, pero es muy cierto que al suceder conllevan graves consecuencias. Esto es así debido a que el arqueo bruto de los buques que existen hoy por hoy son de grandes dimensiones, implicando que cualquier rozadura de éstos con una instalación portuaria cause un gran daño.

- Toda aquella operación que se necesite para reflotar el buque asegurado, al igual que su cargamento o cualquier tipo de negligencia que surja en el reflotamiento, traslado o destrucción de dicho buque.

Debemos anotar que en estos casos solamente se habla del buque asegurado o de su carga, no cubriéndose aquéllos que han podido naufragar como consecuencia del abordaje con el buque asegurado, no mediando el nexo de causalidad.

- Muerte, lesiones corporales, enfermedades y salvamento de vidas. En estos casos el riesgo queda incluido dentro de la cláusula del Instituto para riesgos de puerto, pero quedando excluida de las cláusulas del Instituto para los constructores de buques, aunque con el desarrollo que se ha venido dando en estos temas ésta última cláusula recoge los riesgos de muerte y lesiones corporales.

Dentro de este tema debemos dejar en claro que se establece el hecho de no considerar como cubierto todas aquellas reclamaciones que provengan de la Ley de Accidentes de Trabajo.

Capítulo XII: Cartas de garantía

Las cartas de compromiso o garantías, mejor conocidas como “Letters of Undertaking”, se pueden definir como documentos expedidos por las asociaciones de protección e indemnización que aseguran el buque, de tal manera que el PANDI se compromete, con el titular de un gravamen sobre la embarcación producto de un siniestro, o quien haya secuestrado o ha de embargar una nave, que él habrá de comparecer en la acción contra la embarcación ha satisfacer la sentencia final condenatoria hasta el límite estipulado en la carta.

Son instrumentos refrendados por clubes de renombre y reputación, que conforman el Grupo Internacional de Clubes, los cuales honran dicho documento desde hace más de 100 años.

Las aludidas cartas son de naturaleza simple pero de gran significado y utilidad, sobre todo para garantizar el cumplimiento de gravámenes u obligaciones correspondientes a embarcaciones o a sus dueños, permitiendo así que las embarcaciones no sean detenidas por medio de secuestros o embargos.

Es indispensable en el presente apartado esclarecer que los P&I Clubs, no se hayan constreñidos u obligados a extenderle a sus miembros cartas de garantía, ya que es un servicio voluntario a discreción de la Junta de Directores, estando es sus manos la precitada potestad de emitir una carta de garantía.

Siendo los factores que generalmente considera la Junta de Directores para determinar si emite la carta para un miembro, los siguientes:

1. Que el miembro esté al día en sus pagos de sus "Advance Calls" o "Additional Calls";
2. Que el riesgo sea uno normalmente cubierto bajo las reglas del Club; y
3. Que exista una amenaza real o posibilidad de que la embarcación sea secuestrada.

Las Cartas son, igualmente, beneficiosas para el titular del gravamen, pues le provee una garantía de alta calidad y libre de otros gravámenes, lo cual es una ventaja para el reclamante que recibe la misma.

La carta de garantía establece una relación directa entre el reclamante y el PANDI, que garantiza el pago de la reclamación, de probarse la responsabilidad del armador, siendo ello atractivo en el supuesto de que la embarcación desaparezca o sea devaluada, igualmente las cartas de garantía o de compromiso evitan que el reclamante tenga que adelantar los gastos de secuestro y custodia de un buque secuestrado, así promueven la no dilación de la sentencia, no teniéndose que levantar el secuestro del buque a embargo para proceder a su venta en caso de que resultara el armador condenando al pago de la pretensión del demandante.

Para los armadores que el P&I Club le extienda una carta de compromiso resulta altamente beneficioso, en el sentido de que la detención de embarcaciones mercantes tiende a causar agravios económicos a sus propietarios y la presentación como caución de una carta de garantía es un procedimiento efectivo para liberar la nave y garantizar la reclamación, además de que son rápidas y sencillas de emitir.

Sobre este apartado debemos expresar que si bien en nuestro ordenamiento procesal marítimo, específicamente en la ley 8 de 1982 (también denominada Código de Procedimiento Marítimo, modificada por la ley 11 de 1986), no se consagra dentro del Artículo 100, a las cartas de garantías expedidas por los P&I como caución ya que establece que:

Las cauciones aceptables en el Proceso Marítimo Panameño son:

1. "Dinero en efectivo, consignado en el Banco Nacional de Panamá y por ende obtener un certificado de garantía que se entregará al Tribunal.
2. Cheque certificado o de gerencia girado contra bancos con licencia para operar en Panamá.
3. Bonos de garantía otorgados por empresas autorizadas en Panamá
4. Cualquier otra que las partes acuerden."

Las arriba mencionadas, si son aceptadas en los Tribunales Marítimos de Panamá, en base a lo contemplado en el numeral 4 anteriormente citado, pues, es en el él donde se le asigna la calidad de numeros apertus, al listado consagrando que las partes pueden acordar entregar otro tipo de caución no denominada expresamente en la norma.

Sobre lo anterior, el autor William Graffam, en su obra *La Historia y Desarrollo de los Seguros de los P&Is*; citado por Carreyó, señala que "aunque normalmente las cartas de garantía son emitidas y recibidas por acuerdo de las partes, su uso es tan común y reconocido que algunos tribunales las han aceptado"²⁶ con preferencia de otras por su simplicidad y menor costo.

Dichas Cartas no tienen un formato definido o específico, por lo general todas contienen los mismos puntos o elementos, verbi gracia:

1. Las partes
2. El tribunal al que va a ser presentada
3. Se establece la comparecencia del "asegurador mutual"
4. Se establece la comparecencia del propietario del buque ante el tribunal confirmando de esta forma la competencia del tribunal
5. Se incluye que se garantiza el pago en caso de sentencia final contra la embarcación protegida bajo el P&I.
6. Se instaure de ser acordado un límite de protección estipulado.
7. Se establece que la reclamación de pago será efectiva aún cuando el buque se pierda en una fecha posterior a la expedición de la carta.
8. Se enuncia que el dueño de la embarcación o navío no renuncia a sus derechos o defensas legales, a esta cláusula se le conoce como "non-waiver of rights clause".

²⁶ Ídem

Por lo antes indicado, las cartas de compromiso de un PANDI no deben entenderse como una promesa incondicional de pago, ya que las mismas como se delimitó, salvaguardan los derechos y defensas legales del dueño del buque, en cuanto le asista el merito legal de lo reclamado, ya que las mismas sólo podrán hacerse efectivas una vez el armador o la nave hayan sido condenados al pago de la reclamación por el Tribunal. Siendo válidas únicamente para el reclamante del gravamen que fue sustituido por ella; estando los terceros que posean un crédito distinto exentos de pago, puesto que no pueden accionar contra la carta de garantía para satisfacer sus reclamaciones, debido a que las mismas son dignas de buena fe y crédito, equivaliendo al bien que remplazan.

TERCERA PARTE
EL REASEGURO Y LOS CLUBES
Y
LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN
EN EL DERECHO COMPARADO

Capítulo XIII: El reaseguro y los Clubes

Función e importancia del reaseguro

El fraccionamiento del riesgo es que hace posible que el seguro pueda funcionar de forma económicamente razonable y efectiva. Sin embargo, algunos riesgos siguen siendo demasiado graves para que un solo asegurador pueda hacerles frente. Es preciso una mayor seguridad económica para la cual ya no basta con el seguro. Interviene así otra institución de gran importancia: el Reaseguro.

El reaseguro viene a constituirse en elemento indispensable para un mayor rendimiento, una mayor efectividad, una mayor seguridad. Hoy en día resulta inconcebible el seguro sin el reaseguro. Reaseguro es el nombre dado a varias formas de protección análogas a las del seguro mismo que compañías de seguros compañías especializadas única y exclusivamente conciertan contractualmente entre si.

El principio en que se basa la institución aseguradora es el de que, de acuerdo con las leyes del azar, las primas recaudadas serán, en un momento determinado, seguro por una suma considerable para un solo evento puede dañar este principio. Esto se evita reasegurando todo

o parte del riesgo extraordinario en cuestión. El reaseguro consiste, pues, en un nuevo seguro, con una nueva póliza, sobre el mismo riesgo previamente asegurado, tendente a indemnizar al asegurador de todo o parte de su responsabilidad.

El contrato de reaseguro presupone un contrato de seguro previo. El reaseguro pone en contacto a un número limitado de personas pertenecientes al campo del seguro.

Es el contrato por el que el asegurador deviene a su vez asegurado. Jurídicamente es un contrato de seguro entre aseguradores. El asegurado es una compañía de seguros que ha asumido directamente los riesgos de los asegurados, sus clientes, y el reasegurador pasa a ser asegurador de la compañía que ha suscrito la póliza con aquéllos. Es un verdadero seguro, por el que el asegurador primitivo se convierte en asegurado en cuanto a una parte de los valores que él a su vez garantiza.

Su finalidad es la de atenuar las responsabilidades que pueden nacer de la realización de los siniestros, repartiéndolos entre varios aseguradores. El asegurado inicial es el primero en beneficiarse de esta operación ya que no sólo le proporciona una mayor seguridad indemnizatoria al aumentar la capacidad o solidez de las compañías, sino que le permite conseguir de éstas unas primas menos elevadas.

Otro punto a destacar en cuanto a la importancia actual del reaseguro es el de las relaciones internacionales que se establecen mediante contratos y tratados.

Clases de reaseguro

Podemos hablar de dos clases o categorías básicas de reaseguro. El reaseguro singular o facultativo y el reaseguro obligatorio, general o mediante tratado.

El reaseguro facultativo permite al asegurador asegurar libremente, todo o parte del riesgo o riesgos que ha asumido en virtud del contrato de seguro, con una o varias compañías y/o de reaseguros. Hay que destacar también la libertad por parte del reasegurador de aceptar o no estos riesgos, o de aceptar tan sólo parte de los mismos.

El reaseguro general u obligatorio es aquel por el que mediante un contrato el asegurador se obliga a reasegurar todas las pólizas cuya suma asegurada exceda de cierto límite, a un reasegurador determinado y que queda a su vez obligado a aceptar esos excedentes previamente

fijados. El asegurador asegura en bloque todos los riesgos o parte de los asumidos. A veces existe una facultad de libre aplicación, o sea, el asegurador puede fijar libremente el pleno de retención sobre cada riesgo, siempre y cuando el excedente lo coloque en el reasegurador obligatorio.

El Reaseguro de Pool

El pool consiste en la puesta en común del negocio de varias empresas aseguradoras, para constituir una empresa común, en la que los aseguradores contratantes participan en cada operación en la proporción previamente fijada en el contrato o acuerdo de pool. Los aseguradores miembros acuerdan repartir en las proporciones establecidas los riesgos aceptados por cada uno de ellos.

El London Pool

También conocido como London Group es un Pool de reaseguros en el que cada asegurador, que en este caso es un P & I Club, aporta o vuelca una determinada proporción de reclamaciones. Esta formado por Clubs ingleses. También participan en él, si bien de modo indirecto, la mayoría de los Clubs existentes en otros países.

¿Cómo funcionan? Cada Club asume la responsabilidad por cada reclamación, siempre que no exceda de una cierta suma previamente fijada y negociada cada año. El Club tiene una determinada retención por cada reclamación. Lo que exceda de esta suma pasa al Pool. A cambio de ello el Club reasegurado paga al grupo un porcentaje sobre la totalidad de las cuotas que recauda en virtud de los seguros que tienen concertados con los armadores.

Dado que cada Club reasegura a los demás miembros del pool es conveniente que los riesgos aceptados por todos ellos sean similares, para evitar que unos salgan perjudicados por los otros.

El Pool proporcional algo más que un reaseguro económico. La proporción de tonelaje involucrado permite que la dispersión del riesgo sea lo suficientemente amplia para permitir que las primas o cuotas sean inferiores a las que conseguiría el armador en el mercado asegurador.

Los Clubs como reasegurados

Existen tres posibilidades para un Club a la hora de concertar un reaseguro:

- a) Acudir a otro Club y reasegurarse en él. Este era el sistema empleado por los Clubs extranjeros. Así los Clubs escandinavos estuvieron reasegurados en P & I Clubs ingleses, participando de ellos a través de ellos en el Pool.
- b) Reasegurarse en el Pool.
- c) Acudir directamente al mercado asegurador ordinario, es poco frecuente.

Los Clubs como reaseguradores

Los Clubs actúan como mercado reasegurador, reasegurando a cuantos a ellos acudan con este fin. Numerosas compañías de seguros de diversos países se reaseguran en los Clubs ingleses o escandinavos. Así, las compañías españolas que reaseguran los riesgos de P & I en los Clubs.

Capítulo XIV: Los Clubes de Protección e Indemnización en el Derecho Comparado

Los Clubes de Protección e Indemnización son una institución jurídica que se arraiga, más que nada, en los sistemas jurídicos europeos, ya que en esa parte del mundo se ha desarrollado el seguro marítimo puro y, por ende, esta forma de protección a los armadores de buques, se crearon para que, por medio de ellos, sus beneficiarios puedan tener una cobertura total de su empresa mercantil marítima.

Es importante recalcar que, a nuestro parecer, la aventura marítima moderna dejaría de serlo si no fuera por dichos clubes de protección e indemnización, pues las mismas aventuras del mar habrían fracasado desde muy antaño. Estas le dan a esta actividad vida, fuerza y solidez en el diario quehacer marítimo.

Cuando uno ve los registros de Lloyd's Register a diario, se entera que cuando se busca la información general de un buque determinado, no importa la bandera de registro que tenga, la gran mayoría, si se quiere, lo más seguro, valga la redundancia, es que esté asegurado con uno de estos clubes.

Veamos en qué países entra en juego esta institución jurídico-marítimo, al igual que los puntos o términos más importantes en las

siguientes latitudes: Reino Unido, Estados Unidos, países escandinavos y Japón.

A. Clubes de Protección e Indemnización en el Reino Unido

El Reino Unido es el país que, como hemos visto, es donde se creó esta forma de seguro de la actividad marítima, como una alternativa por la no cobertura de ciertos riesgos por el seguro marítimo ordinario o tradicional. De ello ya se ha visto en capítulo anterior, por lo que no ahondaremos más en este capítulo.

B. Clubes de Protección e Indemnización en los Estados Unidos

Los Clubes de Protección e Indemnización, como hemos dicho, tienen su génesis en Inglaterra, la cuna del Derecho Marítimo y del seguro marítimo en general. Aquí fue donde se ha desarrollado la aventura marítima en toda su extensión, por lo que los países que la han acogido, han tenido que seguir sus huellas en base a lo consagrado en el sistema inglés.

Así, como madre patria de los Estados Unidos de América, su sistema legal, político y mercantil se trasladaron a esta región del continente americano, haciendo de esta Nación una extensión de las instituciones jurídicas de su antecesora, pero con algunas diferencias.

C. Clubes de Protección e Indemnización en los países escandinavos

La doctrina considera que después de Gran Bretaña, los países escandinavos son el lugar de siguiente mayor preponderancia respecto de la existencia de los clubes de protección e indemnización, pues según María Concepción Hill, es donde más se han difundido.²⁷ Esto no obstante que los países escandinavos están en abierta competencia con los ingleses en este tema, ya que su actividad marítima se ha ido desarrollando de manera paralela a la inglesa.

Tan fuerte es esta competencia, que los países escandinavos ahora aceptan como miembros a armadores de otras nacionalidades, en aras, consideramos, de adquirir la hegemonía en este negocio muy lucrativo.²⁸

²⁷ Op. Cit., página 221.

²⁸ Ver lo manifestado por María Concepción Hill a página 221, sobre las razones históricas por las que se instituyeron los P&I Clubs en los países escandinavos, que

El primer P&I Escandinavo, el “Oxfojordens Gjensidig Assuranceforening” en 1806, el primer Club noruego. Luego le siguen el “Skibsassuranceforening i Arendal en 1837, el “Sjoassuransforeningen i Finland” en 1850, el “Assuranceforeningen Skuld”, se estableció en Oslo en 1867, luego seguido por el “Sveriges Anfartygs Assurans Forening”, establecido en Goteborg en 1872. Luego en 1907 se crea el “Gard”. Luego se hicieron fusiones de estos clubes y quedaron como clubes principales, así: el “Skuld”, el “Gard” y el “S.A.A.F”.²⁹ Actualmente hay tres P&I Club escandinavos, dos noruegos y uno sueco, pues en Dinamarca y Finlandia no existen, pues estos últimos acuden a buscar cobertura de riesgos de P&I de los clubes escandinavos que operan en ellos.

El “Swedish Club”, conocido mundialmente como el “S.A.A.F.”, fue fundado en 1872 para procurar cobertura a los armadores suecos cuando éstos empezaron a explotar la actividad del buque a vapor. Este club tiene una particularidad de cubrir no sólo los riesgos de P&I, sino también los de casco y maquinaria y los de guerra.³⁰

A diferencia de los P&I Club ingleses, los escandinavos se particularizan que en los mismos los riesgos no se dividen en Protección e Indemnización, pues su cobertura abarca riesgos o responsabilidad por daños personales, por contaminación de hidrocarburos. Hasta hace unos años, estas coberturas incluían dos modalidades que no eran incluidas en los P&I ingleses: el seguro de “Wages and Effects” o de salarios y efectos personales de la tripulación, y el seguro del “Strike Insurance” o seguro de huelga, y desde hace poco existe la cobertura de riesgos de guerra o “War Risks”.

Según nos enseña Hill Prados, los P&I Club escandinavos tienen reglas idénticas y sus normas son análogas, pues unas derivan de las otras.

Luego, en 1964 se adoptó el llamado “Norwegian Marine Insurance Plan” o el Plan de Seguro Marítimo Noruego, que entró en vigor el 1 de enero de 1965. Dicho plan contiene normas comunes a todos los tipos de seguro para los armadores, por lo que es normal concertar los contratos de seguro de conformidad con las normas

según ella ha sido por razones puramente históricas por lo que ha manifestado Dover, de que las guerras napoleónicas produjeron grandes cambios en el seguro marítimos de los países escandinavos.

²⁹ Op. Cit., página 222.

³⁰ Op. Cit., página 225.

básicas del Plan. Hill Prados considera que este Plan es “... la espina dorsal del seguro marítimo noruego”.³¹

Estos clubes escandinavos, a diferencia de los ingleses, no tratan de cobertura a manera de seguro complementario o adicional, ya que, según se estableció el Plan de 1964, el mismo permite cobertura completa del buque, inclusive seguro de casco y maquinaria, inclusive, como lo cubren los P&I japoneses, el seguro de casco que cubre los cuatro cuartos de responsabilidad por abordaje.³² Esto nos lleva a concluir que, desde el punto de vista de los P&I escandinavos, no son puros como los ingleses, ya que ofrecen una cobertura total de riesgos de toda clase, inclusive aquellos riesgos que no cubre un P&I Club tradicional. Esta yuxtaposición de coberturas de riesgos, reviste a estos clubes escandinavos la calidad de seguros marítimos y de P&I, por lo que consideramos que podrían constituirse, a futuro, una modalidad de seguro marítimo propiamente tal con cobertura adicional, de P&I, que podría ser a opción de la aseguradora de ofrecerlos y de los asegurados de solicitarlo. No vemos por qué no se puede establecer una institución jurídica híbrida, que pudiera llamarse “seguro marítimo completo o total o con cobertura mutualista (P&I)”, de manera que tenga cobertura del seguro marítimo tradicional más la cobertura de los tradicionales P&I.

Por otro lado, los clubes escandinavos poseen una regla denominada “Omnibus”, “... que permite dar cabida en la cobertura del Club a ciertos riesgos no expresamente previstos en sus reglamentos”³³, por lo que un asegurado puede obtener una cobertura que vaya más allá de lo reglamentado por las reglas escandinavas.

D. Clubes de Protección e Indemnización en el Japón

Raro para muchos, pero inteligente para otros, es el hecho de que Japón también ha desarrollado la institución de los P&I Club, todo por razones históricas, a raíz de la II Guerra Mundial, por lo que es de corte reciente en dicho país, ya que los P&I Club existen ahí desde 1949, a través del “Japan Ship Owner’s Mutual Indemnification Association”. Así, se produce un cambio en la legislación japonesa, y en 1950 se promulga una ley especial que regula el ejercicio del seguro mutualista de los armadores, denominado el “Ship Owners’ Mutual Insurance Association Law”, que permitió la creación del único Club de Protección e

³¹ Op. Cit., páginas 227-228.

³² Op. Cit., página 230.

³³ Op. Cit. , página 232.

Indemnización, llamado “Japan Ship Owners’ Mutual Protection & Indemnity Association”, conocido por sus siglas “J.P.I.A.”.³⁴

Las pólizas de seguro ordinarias japonesas, las tradicionales pólizas de casco, ampliaron su cobertura, a la manera de la de los clubes escandinavos, pues adoptaron la cláusula de abordaje o “Running-Down clause”, al igual que la cláusula de muerte y lesiones personales o el “Loss of Life & Personal Injuries clause”.

Hill Prados nos dice que, en cuanto a la naturaleza jurídica y la forma social del P&I Club japonés, a través de sus “Articles of Association” o documento de constitución, considerándolo como una persona jurídica sin fines de lucro u ONG, “... que sólo persigue el ejercicio del seguro de P&I en beneficio de sus miembros...”, conforme se establece en su artículo 2, actividad que se desarrolla con motivo de la utilización del buque.³⁵

El P&I Club japonés es similar al inglés, en cuanto al ingreso al club, en cuanto a su organización y funcionamiento. Se diferencian en que en el japonés, hay dos riesgos, el cuarto de responsabilidad por colisión o abordaje y el de muerte y lesiones de los tripulantes, que son asegurados por medios diferentes.

La cobertura básica del seguro de P&I japonés incluye, de modo general, las responsabilidades que se derivan de la utilización del buque, las cuales se subdividen así:

a) Responsabilidades frente a terceros. Comprenden los daños o averías a muelles, diques, instalaciones portuarias y objeto fijos y movientes que no sean buques (cables telefónicos submarinos)

b) Responsabilidades por muerte o lesiones a personas a bordo del buque inscrito. Incluye muerte o lesiones a los tripulantes en operaciones de salvamento y las personas que no son miembros de la tripulación, como una persona numeraria.

c) Responsabilidades por pérdida de o daños a bienes a bordo del buque inscrito. Se trata por daños causados por abordaje o encalladura, contribución de la carga y del buque a la avería común, pérdida o daños a los efectos personales de la tripulación.

d) Gastos de defensa. Quedan incluidos en este rubro, los gastos incurridos por el miembro para hacer frente a los procedimientos contra él entablados o incoados o para atenuar responsabilidades del Club con relación al siniestro.³⁶

³⁴ Op. cit., página 268.

³⁵ Conforme lo desarrolla Hill Prados a página 269.

³⁶ Ver el desarrollo de estas coberturas por Hill Prados en las páginas 278 a 280 de su obra antes citada.

Sus coberturas especiales son a saber:

- a) Responsabilidades por pérdida o avería de la carga u otros bienes.
- b) Responsabilidades por muerte o lesiones de tripulantes bajo las condiciones del Convenio Colectivo de trabajadores u otros similares.
- c) Responsabilidades de fletadores.
- d) Responsabilidades de los buques de salvamento durante las operaciones de salvamento.
- e) Responsabilidades de los buques de salvamento con relación a contaminación por hidrocarburos.
- f) Cobertura ofrecida a buques de bandera extranjera, según sus necesidades.

Cabe agregar, que los diferentes P&I Clubs se han organizado y creado un grupo internacional de clubes de protección e indemnización junto con sus asociaciones afiliadas, a saber:

- a) American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc.
- b) Assuranceforeningen Gard.
- c) Assuranceforeningen Skuld.
- d) The Britannia Steam Ship Insurance Associated Limited
- e) The Japan Ship Owners' Mutual Protection & Indemnity Association
- f) The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (Luxembourg)
- g) United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association (Bermuda) Limited
- h) The Swedish Club
- i) The Shipowners' Mutual Protection & Indemnity Association (Luxembourg)
- j) The North of England Protection & Indemnity Association
- k) The North of England Protection & Indemnity Association
- l) The Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Association (Bermuda) Limited

Capítulo XV: La dirección de los P&I Clubs en el mundo de hoy

Veamos lo que dicen acerca del futuro de los Clubs P & I y para esto recurrimos primero a Hill Prados quien afirma que en los últimos

años se han producido numerosos cambios en los P & I, o la filosofía que los inspira y se ha visto como se han ido adaptando a las nuevas necesidades impuestas por los nuevos tiempos.

Señala que los siniestros que se han producido en los últimos años han implicado indemnizaciones considerables que han llegado a cuestionar la supervivencia de la llamada “garantía ilimitada” que los Clubs ofrecen.

Según el criterio de Hill Prados, es cierto que la situación dista mucho de ser halagüeña y que cabe esperar tiempos malos, que las reclamaciones irán en aumento en materia de carga, daños personales, daños ambientales, envejecimiento de la flota, son algunas razones que menciona.

Indica esta autora que

a partir de 1987 se comienza a notar un alarmante aumento de las reclamaciones y una importante elevación de la indemnizaciones. Esto lleva consigo un aumento de las llamadas cuotas adicionales con lo que resulta más difícil saber inicialmente cual vaya a ser el costo del seguro concertado con una mutua. También hay aumento de las cuotas iniciales.

Pero nos dice la autora que por ello, se ha dejado sentir un cierto descontento en el sector sobre el que operan los Clubs. Lo atractivo de conocer con certeza y prontitud lo que va a costar el seguro, sin incertidumbre alguna, ha influido en que el Mercado Asegurador ordinario haya empezado a ofrecer coberturas de P & I --que hasta ahora solo eran ofrecidas por los Clubs--en base no mutualista, es decir en base a una prima fija, sistema poco empleado por los Clubs en defensa del propio sistema mutualista y en interés de sus miembros. Señala que sólo un 5% de la cobertura de los Clubs suele ser a prima fija.

Se afirma que la principal característica del seguro ofrecido por los Clubs es su “garantía ilimitada” lo cual solo se consigue en virtud de la variabilidad de sus cuotas y por ende la posibilidad de solicitar cuotas adicionales es lo que garantiza la ilimitación de la cobertura.

Pero de igual manera, afirma Hill Pardos, “prima fija” y “cobertura limitada” son términos que van unidos. Según nos dice Hill Pardos, la cobertura de P & I disponible en el Mercado tiene como límite unos \$10 millones, una cantidad que para armadores de buques de escaso

tonelaje puede ser suficiente. No así para los que exploten buques de grandes dimensiones, o que transporten ciertos cargamentos, como tóxicos, químicos. En alguna Compañía el límite es de \$25 millones. El crecimiento del mercado a prima fija para este tipo de cobertura—reservada tradicionalmente a los Clubs—ha hecho ver a algunos la semilla de la destrucción de la tan estimada garantía ilimitada .

Visto de este punto de vista, la situación no es la mejor, ya que se habla de fusión de los clubs. Pero sin embargo, y no obstante al pesimismo creciente en el sector del seguro de responsabilidad mutuo, lo cierto es que lo que se puede conseguir en base mutua no resulta fácil hacerlo a prima fija. Opina que una reestructuración del sector puede ser necesaria e incluso conveniente para asegurar la pervivencia del sistema mutualista que tan eficazmente ha funcionado desde sus orígenes.

Señala que el seguro de responsabilidad en forma mutua se ha extendido a otros campos o sectores, buscando una diversificación que ayude a superar la llamada crisis.³⁷ Pero que los Clubs P & I continuarán ofreciendo sus servicios y apuesta que ciertamente es la eficacia de éstos lo que hasta ahora ha constituido su gran fuerza.

Se puede concluir que el principio de mutualidad es aún “el más viable y aconsejable para proteger a los armadores de las reclamaciones por responsabilidad a que deban hacer frente en el desarrollo de sus actividades. Y que pese a los esfuerzos del mercado de prima fija para atender estas necesidades, no ha podido nunca ofrecer la gama de posibilidades que las Mutuas pueden ofrecer”.³⁸

³⁷ Por ejemplo, véase a Hill Pardos, Op. Cit. Págs. 194-195 quien menciona a *Solicitors' Indemnity Mutual Insurance Association Ltd*, creada en 1986, cuyos “Managers” son a su vez Managers del U.K. P & I y del Britannia, asociación que ofrece cobertura de responsabilidad profesional, en lo que exceda de la que obligatoriamente debe tener suscrita cualquier *Solicitor*, a través de la *Law Society*, el Organismo que regula las actividades de los abogados. Otro ejemplo es el *Airline Mutual Insurance Ltd.*, que se constituyó en 1986, y que está abierto a cualquier compañía aérea miembro de IATA, pudiendo también admitir a otras que no lo sean si así lo aprueban sus Directores. Está también *The Medical Practitioners Defense Society* iniciada en 1989, que protege a médicos de las acciones contra ellos dirigidas por negligencia errores, omisiones relacionadas con la práctica médica.

³⁸ Hill Pardos, Op. cit., págs. 193-195.

Existe otro punto de vista, que también concluye que los Clubs P & I tienen un futuro favorable³⁹. Por ejemplo un Corresponsal afirma que una de las razones por la cual él no duda que permanecerá el seguro de P & I en el entorno de los mutuos es por que éstos se especializan específicamente en responsabilidad de los Armadores. Por más de 100 años los Clubs han perfeccionado esta área de especialización. Si uno se fija en las carreras de los profesionales de los Clubs de Protección & Indemnización, se encontrará que han sido de una u otra manera, gente de mar, o que tienen experiencia en Derecho Marítimo. Muy pocos gozan de antecedentes formales en el negocio de seguros. En las filas de los profesionales de los P & I encontramos a expertos en salvamento, o también a aquellos quien se han especializado en custodiar cargos específicos, o también se encuentran expertos de fama mundial en procedimientos de limpiar polución.

También vale la pena notar que los Clubs de P & I han desarrollado una red comprensiva internacional de Corresponsales de manera que siempre hay un representante del Club en cualquier lugar para asistir al miembro, cualquiera sea la naturaleza del servicio que se requiriere. No exageran los Clubs cuando afirman que tienen Corresponsales en casi todo puerto concebible del mundo.

Si se ha de proveer un servicio a la comunidad naviera internacional, es de primordial importancia tener la calidad de internacional ya que se tiene que tomar en cuenta las idiosincrasias de las jurisdicciones y costumbres más lejanas y remotas. No lo es comprensible que la red de Corresponsales de los P & I fácilmente pudiera imitarse por el Mercado de Seguro Comercial.

Existe otra diferencia perceptible entre los Clubs de P & I y el Mercado de Seguros: ésta es lo que simplemente se puede denominar “actitud”. El enfoque de los Clubs P & I es suministrar un servicio a sus Miembros. Los Miembros gozan de un alto nivel de conocimiento y especialización en todas las áreas de manejar los reclamos. Según Phillips, la “mutuality” se caracteriza por una ética superior de servicio y una actitud de ayudar y compenetrarse con los requerimientos de los miembros. La calidad superior nace de la estructura fundamental de una mutua aseguradora donde los Managers son empleados por los dueños o miembros para servir sus necesidades. Hay poco lugar para conflicto cuando los dueños de una organización y los clientes son uno y lo mismo.⁴⁰

³⁹ Phillips, Barton. “The Future of P & I Clubs”, Corresponsal, Transport Mutual Services, Sydney Australia.
<http://www.austlii.org/au/journals/ANZMLJ/1997/2.pdf>

⁴⁰ Id.

Estas son cualidades intrínsecas a la naturaleza de los Clubs P & I, algunas tal vez intangibles, pero en todo caso las que los colocan muy por delante del Asegurador Generalista Comercial.

ANEXOS

Conclusiones

1. Los llamados clubes de protección e indemnización o “P&I Club”, son una forma de proteger la explotación marítima a favor de los armadores de los buques, a través de una especie de seguro mutuo, para cubrir riesgos no cubiertos en el seguro marítimo ordinario.
2. Los P&I Club son una institución jurídica que se creó en Inglaterra a raíz del gran desarrollo de la aventura marítima en ese país.
3. Los P&I Club son regulados y operan con éxito en los países europeo, en los Estados Unidos de América y en Japón, mas no en otras latitudes, como América Latina.
4. Panamá no regula esta institución de carácter jurídico-marítimo.

Recomendaciones

1. Por la importancia que tiene Panamá en el mundo marítimo, por ser el país con la marina mercante más grande del mundo, debe recoger en su legislación, disposiciones jurídicas que regulen una institución de tan larga data y de gran importancia en toda actividad marítima, los P&I Club.
2. Por lo anterior, Panamá debe atraer a los diferentes clubes de protección e indemnización del mundo, para que operen desde aquí.
3. La institución de P&I Club en Panamá, le daría una mayor atracción a actuales y futuros armadores, para que mantengan el registro de sus naves en nuestra marina mercante, al igual que atraer el abanderamiento de nuevas naves en nuestro registro.

Bibliografía

LIBROS

CARREYÓ, Nelson. El Contrato de Seguro Marítimo, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho, Panamá, 2004.

HAZELWOOD, Steven J., P&I Clubs: Law and Practice, Segunda edición,, Lloyd's of London Press Ltd., 1994, 377 páginas.

HILL PRADOS, María Concepción, Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo. Ed. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992.

LINARES GABALDÓN, Luis Enrique. Seminario P&I, La cobertura Mutua de Responsabilidad Civil Marítima, Caracas, 1986.

MANCA, P. International Maritime Law, Antwerpen, 1970, pág. 351, citado por Hill Prados, Ma Concepción. Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992.

RUIZ SOROA, José María, Ángel Arranz de Diego y Santiago Zabaleta Sarasua, Manual de Derecho del Seguro Marítimo, Ed. Eusko Jaurlaritz-Gobierno Vasco, 1993.

TESIS Y MONOGRAFIAS

DIAZ V., Luis C., Análisis Jurídico de los P&I Club, Clubs de Protección e Indemnización; Tesis de Maestría en Derecho Marítimo, USMA; Panamá, 2002.

SITIOS DEL WEB

www.google.com

http://www.shipownersclub.com/spanish_index.asp.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES

JAIME FRANCO

Graduado en el Colegio de la Salle, en la Universidad Santa María la Antigua obtuvo la Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas y el Doctorado en la Pontificia Bolivariana, en Medellín, Colombia.

Se ha desempeñado como Asesor legal de la Caja de Seguro Social en donde ha ocupado distintas posiciones en diversos departamentos.

Ha sido socio de algunos bufetes de abogados y en la actualidad es abogado litigante independiente.

Como docente a su cargo las cátedras de Derecho Constitucional I y II en la U.S.M.A.

Ha publicitado numerosos trabajos de carácter genérico en diversos escritos tanto nacionales como extranjeros.

Mediante la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, conocida como la “Ley de Contrataciones Públicas”, se creó en nuestro país el denominado Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Gaceta Oficial No,25,576 de 28 de junio de 2006).

Según lo dispuesto en el Artículo 104 de la Ley No. 22 de 2006 modificado por el Artículo 11 de la Ley No. 41 de 10 de julio de 2008, este tribunal se crea como un ente independiente e imparcial con jurisdicción en todo el territorio nacional, tendrá competencia privativa en única instancia para conocer de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.
2. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.
3. Las acciones de reclamo no resueltas por la dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.

Este Tribunal estará integrado por tres abogados, nombrados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, equiparados salarialmente a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.

Resulta interesante que en el texto de la Ley No. 22 de 2006 (con la modificación por la Ley No. 41 de 2008) no se menciona que los miembros del Tribunal tienen el cargo de magistrados, y solo se les equipara salarialmente a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, pero la práctica ha impuesto que se les equipare nominalmente con estos.

Los denominados magistrados del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán nombrados para cumplir un período de cinco años, pero los primeros nombramientos serán por períodos escalonados de dos, tres y cinco, mediante un procedimiento que será reglamentado por el órgano Ejecutivo.

Nos parece incongruente la independencia e imparcialidad que el Tribunal detenta según el artículo 104 con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 108 que dice:

“Para los efectos, se tendrá como superior jerárquico al Presidente de la República, quien tendrá la facultad de suspender, separar o destituir a los miembros del tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas por las razones antes señaladas”

Es comprensible que el Presidente de la república nombre a los denominados magistrados de este Tribunal. Pero que se le tanga como superior jerárquico, precisamente cuando a este ente le corresponda decidir sobre actos dictados en su gran mayoría por funcionarios del Órgano Ejecutivo, afecta de forma sensible la independencia e imparcialidad que se le atribuye.

Ahora, queremos analizar si el Tribunal Administrativo de Contrataciones públicas es real y técnicamente un tribunal de justicia administrativa. La obra “DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL” de los juristas panameños Jorge Fábrega y Carlos Cuestas G., (Pág. 1264, Editorial Plaza & Janes, Bogotá, D.C., República de Colombia) define tribunal como:

TRIBUNAL. a) La sede o despacho en que se ejercen funciones jurisdiccionales. b) La autoridad judicial, que puede ser unipersonal o colegiada. c) La palabra tribunal sirve para designar al funcionario, corporación, persona o grupo de personas que lo integran. d) También se ha extendido a otros organismos no jurisdiccionales como tribunales económicos, tribunal de cuenta, etc.”

Esta definición contrasta con la que aparece en la obra DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS; POLITICAS Y SOCIALES, del jurista argentino Manuel Ossorio (Pág. 764), Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, República de Argentina:

“Tribunal. Magistrado o conjunto de magistrados que ejercen la función jurisdiccional, ya sea en el orden civil, en el penal, en lo laboral o en el Administrativo, o en otro fuero y cualquiera sea su categoría jerárquica. Se llama unipersonal cuando está constituida por un solo juez, y colegido cuando lo integran tres o más jueces. También se llama tribunal al lugar en que los jueces administran justicia.

Entre la primera y la segunda definición resalta la posibilidad de que entidades sin facultad jurisdiccional, entendiéndose esta como la facultad de administrar justicia, pueda denominársele tribunales.

Entonces cabe la pregunta ¿Es el tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas una entidad que administra justicia con función jurisdiccional, o es una entidad pública que no detenta dicha función?

Si bien el artículo 104 señala que el Tribunal Administrativa de Contrataciones Públicas tiene jurisdicción en todo el territorio nacional, parece que se alude más al concepto territorial, que a la función de administrar justicia.

Como ya vimos es competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas conocer en única instancia del recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades públicas. Pero es importante saber lo que dispone el artículo 116, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 116. Agotamiento de la vía gubernativa: Una vez publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “Panamá Compra” la resolución que resuelve el recurso de impugnación, queda agotada la vía gubernativa y contra esta no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia”

El artículo transcrito aclara que la función que ejerce el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas es meramente administrativa y no jurisdiccional. Para entender esta afirmación veamos la definición de vía gubernativa o administrativa que aparece en el numeral 112, Artículo 201 (glosario) de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000.

“112. Vía gubernativa o administrativa. Mecanismo de control de legalidad de las decisiones administrativas, ejerció por la propia Administración pública, y que está conformado por los recursos que pueden proponer contra ella, para lograr que la Administración las revise y, en consecuencia, las confirme, modifique, revoque, aclare o anule”.

Queda claro entonces que las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas son actos administrativos que agotan la vía gubernativa, y no actos jurisdiccionales propios de un tribunal de justicia.

Resulta interesante comprobar que los actos expedidos en ejercicio de los procesos por cobro coactivo, el funcionario que las ejerce tiene efectivamente las funciones de un juez (Artículo 1777 y siguientes del Código Judicial) o sea que tiene función jurisdiccional.

Sin embargo, el funcionario ejecutor no se asila o equipara en ningún sentido a jueces ni magistrados del Órgano Judicial, pero como ya mencionamos los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se les equipara salarialmente a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, sin tener funciones jurisdiccionales, sino la de resolver recursos que agotan la vía gubernativa, como cualquier otra entidad administrativa, y quizás con menos independencia e imparcialidad que la que tenga en Director, General o rector de una entidad autónoma o descentralizada de estado, según la estructura administrativa otorgada por la Ley.

Nos queda confirmar en la independencia e imparcialidad otorgada legalmente a los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y que estos la hagan valer, ya que la materia de contrataciones públicas está íntimamente ligada con la inversión privada que tanto necesita nuestro país.

A manera de recomendación, sería mejor que a este importante tribunal se le diera jurisdicción efectiva en materia contractual, generando en este una primera instancia, y permitiendo que cada entidad resuelva las impugnaciones contra sus actos agotándose de esta manera la vía gubernativa.

El Tribunal Administrativo de Contrataciones públicas conocería de la demanda de Plena jurisdicción y la Sala Tercera conocería del recurso de apelación en contra de sus decisiones, claro está que habría que reformar al artículo 206 numeral 2 de la Constitución Política ya que esta solo atribuye jurisdicción como facultad de administrar justicia contenciosa-administrativa a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sistema que si bien resulta más que tener instancias, no es el más conveniente, ya que las instancias garantizan una justicia más técnica en las decisiones judiciales.

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES: CUESTIÓN INCOMPREENDIDA.

CECILIO CEDALISE RIQUELME¹.

¹ Abogado, Profesor Universitario y Doctorando en Derecho, Programa de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

Resumen: En este artículo se aborda el problema de *la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales*, pues fue explicada en otra oportunidad la cuestión de su vigencia o validez, quedando al descubierto que la normativa del sistema constitucional y legal vigente es deficiente e incompleta y debe ser mejorada después de aclarar la confusión y mala comprensión que se tiene y refleja en el plano jurisprudencial. Los derechos ciudadanos del trabajador deben ser garantizados con mecanismos idóneos como son las tutelas laborales especiales y los amparos contra actos de particulares inclusive, los cuales no actúan en forma separada sino de manera conjunta. Así, los derechos que el trabajador detenta en su condición de persona y ciudadano no podrán ser ignorados o despojados dentro de la empresa, sino todo lo contrario protegidos de los poderes empresariales que suelen afectarlos frecuentemente cuando son ejercidos en ese ámbito jurídico.

Palabras claves: *Drittwirkung der Grundrechte*/Derechos Fundamentales/Protección procesal de los derechos humanos constitucionalizados/Actos lesivos de particulares/*Ciudadanía en la Empresa*.

Abreviaturas: CP-Constitución Política de 1972. CT-Código de Trabajo de 1972. CJ-Código Judicial. TC-Tribunal Constitucional. LBPL-Bases de Procedimiento Laboral de 1989. LPL-Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995.

1. Origen histórico de la *Drittwirkung der Grundrechte*: disputas laborales.

La expresión *Drittwirkung der Grundrechte*, ampliamente conocida en el Derecho Constitucional, es concebida en la doctrina laboralista y plasmada en los tribunales laborales durante la mitad del siglo XX. Con ella se postula que los derechos fundamentales alcanzan las relaciones entre particulares que están sometidas a un poder económico y social reconocido a determinados sujetos privados, expandiendo la clásica vinculación de esa categoría de derechos confinada a la relación entre el Estado y sus súbditos donde impera el poder público. Se descubre que esta categoría especial de derechos no solo tiene eficacia *vertical* sino que también posee validez y resguardo en el plano *horizontal*.

Efectivamente, la extensión de los derechos fundamentales fue aplicada por el Tribunal Federal de Trabajo Alemán, en la década de los años cincuenta del siglo pasado, bajo la propuesta de *Hans Carl Nipperdey*, cuando hizo referencia a los efectos que producen esos derechos frente

a terceros y entre particulares, estableciendo el respeto los derechos constitucionales en el tráfico jurídico de las relaciones laborales. Con la sentencia dictada el 18 de enero de 1955, concretamente, arranca esta doctrina cuando se impuso la igualdad salarial entre los hombres y mujeres ante igual trabajo, invocándose y aplicándose directamente el principio constitucional de igualdad de derechos que consagraba el artículo 3.2 de la Ley Fundamental de Bonn. También se dice que el antecedente remoto se sitúa en la sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, dictada el 5 de mayo de 1957, donde se anuló una cláusula contenida en un contrato de trabajo que vulneraba derechos fundamentales de una trabajadora que laboraba en un hospital al ser despedida por haber contraído matrimonio, estando habilitado el empleador por una estipulación del referido contrato. La decisión del Tribunal Federal Laboral, por vez primera, estimó que la cláusula era nula por cuanto lesionaba directamente los derechos fundamentales de protección a la maternidad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad como destacara la doctrina alemana². En tales disputas laborales se halla el origen histórico de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Se advierte que la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en sus inicios, propuso que los derechos fundamentales entre particulares tuviesen o debieran tener una aplicación inmediata, es decir que dichos derechos rijan y se apliquen directamente en las relaciones privadas; no obstante, esta posición se inclinaría hacia la eficacia mediata de tales derechos, matizándose la tesis primigenia, implicando ello que los actos sometidos a escrutinio judicial o enjuiciamiento serían los actos de los poderes públicos que decidieron las situaciones jurídico privadas que apelaban a los derechos fundamentales. En otras palabras, se precisa que la primera corriente permite que los individuos puedan invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales la aplicación de los derechos humanos constitucionalizados, sin necesidad de mediación del legislador que establece una protección subjetiva, los cuales fueron lesionados por particulares; mientras la segunda perspectiva sin cuestionar la horizontabilidad de los derechos fundamentales requiere la intervención del legislador o la actuación del juez para la articulación de tales derechos. Ambos enfoques suponen la supremacía del ordenamiento constitucional dentro del sistema jurídico, cuya fundamentación ontológica es el respeto a la dignidad humana, como el primordial valor objetivo de toda sociedad civilizada.

²VON MUNCH, Igno. (1997) *"Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania"*, **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**, Madrid, p.29. ALEXY, Robert. (2007) **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, pp.461-472.

Más tarde siguiendo la orientación elaborada por la jurisdicción laboral, en 1958, la horizontalidad de los derechos fundamentales fue proclamada por el Alto Tribunal Alemán con la sentencia del famoso caso *Lüth*, como recuerda el autor citado. El célebre fallo dispuso que los llamados efectuados por *Erich Lüth* para boicotear la película de *Veit Harlan*, cineasta que había trabajado con los nazis, violaban disposiciones legales y consecuentemente fue condenado por la justicia ordinaria al pago de una indemnización, mediante sentencia que fue anulada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán por cuanto consideraba que tales llamados estaban amparados por la libertad de expresión³.

La emblemática sentencia plasmó interesantes declaraciones que se presentan a continuación:

“...existe una discusión respecto a la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, alguno de ellos y en todo caso los más importantes-, son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas; las consecuencias que el Tribunal Laboral Federal en su sentencia del 10 de mayo de 1957 –N/W 1957, p.1688- extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 17 y 23 de enero de 1958 a ese respecto, van muy lejos. El presente caso no ofrece razones para dirimir plenamente el discutido asunto del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros”. Añade que “la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura”. Antes de invalidar la sentencia civil expedida por el Tribunal Estatal debido a que se produjo una lesión al derecho a la libertad de expresión, la cual pugnaba con los intereses privados de terceros, la autoridad expuso que “...se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo, a fin de proteger dicha libertad como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los más supremos”. El escrutinio judicial que hizo el Tribunal Constitucional Federal Alemán⁴ se dio por las violaciones de los derechos fundamentales postulados y no por errores de derecho causados por el tribunal civil.

³ *Ibíd.*, (2007) pp. 473-509.

⁴ SCHWABE, Jürgen. (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, México, pp.202-207.

Con ese pronunciamiento se puso de manifiesto que los derechos fundamentales no se agotan con los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado sino que constituyen también valores objetivos o forman parte del orden axiológico de los sistemas jurídicos; que tales valores o principios *iusfundamentales* no valen únicamente para las relaciones con el Estado sino que operan en las relaciones particulares; y que la estructura de los valores y principios con otros tienden a colisionar y, por tanto, requieren de una ponderación necesaria para lograr su equilibrio o convivencia. Se afirma que tres aspectos derivan de la doctrina sobre efectos frente a terceros de los derechos fundamentales que están recíprocamente relacionados, a saber: la validez que comportan esos derechos en todos los ámbitos del derecho, implicando ello el deber del Estado; la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, tarea de los jueces, deben tomar en cuenta su orden valorativo o carácter axiológico; y la aplicación de esta categoría especial de derechos determina la efectividad de los mismos. Ese histórico precedente alemán vino a establecer que los derechos fundamentales, más allá de su dimensión subjetiva de protección individual, desempeñan otra función consistente en instituir un orden objetivo de valores dentro de los sistemas jurídicos democráticos.

Cuando recuerda la historia de los derechos fundamentales hacia la fábrica, un apreciado autor chileno señala que el origen de la doctrina del efecto horizontal de estos derechos curiosamente tuvo lugar en el Derecho del Trabajo⁵, tras la aparición de aquella sentencia de anulación de una cláusula de un contrato de trabajo por vulneración de ese tipo de derechos dictada por el Tribunal Laboral Federal, descubriéndose *la vigencia de los derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado* como se definiera hace algún tiempo la *Drittwirkung der Grundrechte*. También apunta que la fuerte presión sindical junto con la complicidad judicial fueron los motores para el desarrollo de la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, utilizando la terminología española, donde los Estados tuvieron que cambiar el rumbo al dictar normas que garantizaban la eficacia concreta de los derechos fundamentales en el mundo del trabajo, incorporando una nueva materia al bloque laboral. Esa interesante temática se introdujo en el Derecho del Trabajo, a partir de esa majestuosa elaboración doctrinal consolidada en la jurisprudencia extranjera, recibiendo poca atención en nuestro medio por los tribunales nacionales y por la doctrina científica como es sabido.

⁵ UGARTE CATALDO, José Luis. (2009) **El Nuevo Derecho del Trabajo**, Editorial Legal Publishing, Chile, p.120.

No cabe duda que la teoría de *Drittwirkung der Grundrechte* fue ideada y concretada en la esfera laboral y luego recibida por la justicia constitucional. Dicha teoría ha sido difundida ampliamente, en este último campo como fue establecido, no así en la esfera donde tuvo su origen en el derecho europeo. Es sabido que tuvo aplicación inmediata o directa desde sus inicios y, luego, eficacia mediata o indirecta, cuando fue adoptada por la jurisdicción constitucional, presentándose las maneras de ponerla en práctica.

Acertadamente, se enfatiza que tales opciones representan las cuestiones más complejas⁶ de esta figura, fruto de la ciencia jurídica alemana, cuya comprensión y determinación son indispensables para su aplicación práctica. De conformidad con la primera posición es posible que los individuos pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales la lesión hecha por los particulares de sus libertades y derechos constitucionales, garantizados debidamente; en tanto que la segunda forma no permite la invocación de los derechos fundamentales, por vía directa, sino que la tutela se obtiene a través de las proposiciones jurídicas subjetivas de la Ley. Se puso de relieve que el Tribunal Constitucional Español, al principio, prefirió la corriente de la eficacia inmediata, matizando el enfoque tras la ponderación de los derechos fundamentales en pugna, lo cual conllevó al establecimiento de una variante de la eficacia mediata según las sentencias 78/1982 del 20 de diciembre, 88/1985 del 19 de julio, 177/1988 del 10 de octubre, 99/1994 del 12 de abril y 6/1995 del 10 de enero, entre otras.

Antes de establecer anotaciones sobre la posición del Tribunal Constitucional de Perú, otro laborista se refiere a tales posturas manejando las locuciones *unmittelbare Drittwirkung* y *mittelbare Drittwirkung*, respectivamente, y destaca que el TC de su país se inclina claramente por la tesis de la eficacia inmediata a partir de su sentencia del 13 de marzo de 2003 que señala: “*En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la norma suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico No. 6 de esta sentencia, y, además, el inciso 2) del artículo 200, donde se preceptúa que la acción de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier persona*”. Esta sentencia vino a complementar aquella que ratificara la

⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. (2005) *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Editorial Civitas, España, pp.30-32.

validez o extensión de los derechos fundamentales entre particulares dictada el 11 de julio de 2001, precisamente en una controversia laboral⁷.

En fin, la tesis de la eficacia inmediata o directa entiende que los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y por eso no requieren de la intervención de ningún órgano estatal, más que la protección jurisdiccional ante su posible vulneración por parte de particulares; y frente a ella, su antítesis la eficacia mediata o indirecta, sostiene que la forma en que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones privadas será mediante la intervención de un órgano del Estado, sea el legislador o el juez, por cuanto conciben estos derechos como valores objetivos. La determinación del ordenamiento jurídico en cada sistema, resulta vital para tomar partido por cualquiera de estas alternativas, por lo que la perspectiva que se tenga sobre esta cuestión dependerá de la configuración de aquel cuando se haga referencia a un régimen concreto.

Para designar esta idea de origen germano suelen emplearse variadas denominaciones, propagándose las siguientes: la vigencia horizontal de los derechos fundamentales frecuentemente utilizada en España, la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales, la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, la “*horizontal application*” o privatización de los derechos fundamentales, éstas últimas procedentes del derecho anglosajón, entre otras. Hace algún tiempo se dijo que es *uno de los descubrimientos jurídicos más interesantes de los tiempos modernos*, llegando a convertirse en un artículo de importación jurídica. Se desprende entonces que este invento revolucionario constituye un invaluable patrimonio de la ciencia jurídica toda.

Establecido el recorrido histórico del efecto horizontal de los derechos fundamentales, en la doctrina y experiencias jurisprudenciales extranjeras, interesa resaltar la noción y tipología de esta categoría de derechos dentro del Derecho del Trabajo dada su relevancia teórica y práctica.

Para un respetado sector de la doctrina española los derechos fundamentales designan a todos aquellos derechos que la Constitución garantiza a los ciudadanos como expresión en el ordenamiento jurídico nacional. Con rigurosidad técnica se dijo que los derechos fundamentales son los derechos subjetivos dotados de fuerza normativa derivada de la propia Constitución, susceptibles de imponerse a todos los poderes

⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2007) **Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo**, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, pp. 52-76.

públicos y, particularmente, al propio legislador⁸. De acuerdo con los citados juristas extranjeros los derechos fundamentales otorgan la máxima protección jurídica a la dignidad de las personas y constituyen una categoría especial de derechos humanos con los cuales no deben ser confundidos pese a que suelen emplearse como expresiones equivalentes, por lo cual se apunta que tienen aquellos una connotación más reducida que éstos, cuya aparición y existencia no dependen de la proclamación del ordenamiento jurídico. Es así, los derechos humanos son consustanciales a la condición del ser humano y por su naturaleza se caracterizan por ser imprescriptibles, inalienables, absolutos e inmutables, siendo la inspiración de los derechos fundamentales conforme se desprende de su desarrollo evolutivo.

De manera esquemática es recalcado que se nombran derechos fundamentales los derechos humanos que han adquirido positivación necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente constitucional, y que, por tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión *derecho público subjetivo*. Son derechos constitucionalizados mediante técnica especial de reconocimiento, definición y protección⁹. Por su inclusión explícita en una norma de rango supremo o la posibilidad de fundamentarlo en un enunciado perteneciente a una norma constitucional del ordenamiento interno se diferencian de los derechos naturales positivados en declaraciones o convenios internacionales. Esos derechos poseen un sentido más preciso y estricto dado que describen el conjunto de libertades jurídicas institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo, fundamentando el sistema jurídico político del Estado de Derecho. Este elemento cardinal se refiere a su fuente constitucional o, en otras palabras, a su procedencia constitucional desde el punto de vista normativo.

Otro contenido esencial del concepto de derechos fundamentales es la denominada tutela reforzada, la cual se refiere a los mecanismos procesales previstos en el ordenamiento jurídico que se utilizan para dotarlos de efectividad y eficacia al momento de su ejercicio, es decir, las garantías de defensa con los cuales son blindados o reforzados los derechos fundamentales. Este elemento que integra la noción de fundamentalidad está destinado a la protección de esos derechos ante

⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro y PARDO FALCÓN, Javier. (2000) *“Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”*, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, enero-abril, año/vol. XXXIII, número 97, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 67.

⁹ CHINCHILLA HERRERA, Tulio. (2009) *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª ed., Editorial Temis, S. A., Colombia, pp.104-107.

los intentos de violación o inobservancia por parte de los empresarios que ocurran en la práctica. Se advierte que las garantías o tutelas que dan fuerza a los derechos fundamentales se refieren a su carácter vinculante sobre todos los poderes públicos y frente a terceros, a su aplicación directa por parte de los operadores de justicia, a su desarrollo legislativo exclusivamente, a la imposibilidad de poder reducirlos a través de actos administrativos o reglamentarios, preservando su núcleo esencial, y a los procedimientos sumarios y especiales que operan ante su desconocimiento o violación. En otras palabras, este componente se refiere al problema de la eficacia de los derechos fundamentales¹⁰ o a la manera que suelen ser ejercidos estos derechos subjetivos dotados de una alta dosis axiológica y valórica.

Conjugando los elementos medulares expuestos en la noción reseñada podemos decir que los derechos fundamentales de los trabajadores son aquellos que como personas y ciudadanos aparecen reconocidos en los ordenamientos jurídicos que tienen jerarquía suprema, los cuales requieren de garantías especiales de protección para asegurar su eficacia dentro de la empresa por razón de su fácil y constante vulneración por parte del empleador que ejerce un poder económico y social.

Tales derechos han sido clasificados en dos grandes categorías, a saber: *derechos fundamentales específicos* y *derechos fundamentales inespecíficos* como distingue la doctrina española. Los primeros son aquellos derechos elevados a rango constitucional que tienen vinculación directa con el trabajo o tienen una expresa dimensión laboral; mientras que los segundos son los otros derechos constitucionales que, sin tener carta de naturaleza laboral propiamente, pueden ser ejercidos en el seno de la relación de trabajo, adquiriendo entonces una dimensión especial la intimidad, la libertad de expresión, la igualdad y no discriminación, la inviolabilidad de domicilio y toda forma de comunicación privada entre

¹⁰ Una parte de la doctrina científica considera que se yerra cuando este tema se identifica con la extensión de la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ya que éste último alude al ámbito de validez personal que precisa la titularidad de los mismos y validez material que se refiere a las relaciones jurídicas a las cuales se aplica, incurriéndose en una confusión o imprecisión teórica y conceptual que impide distinguir entre el ámbito de la validez-existencia de las normas de derecho fundamentales y el ámbito de la eficacia de esos derechos o a su garantía mediante la utilización del recurso de amparo para proteger tales derechos en las relaciones entre particulares ante el Tribunal Constitucional, tal como indica PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. (2004) **Lecciones de Derechos Fundamentales**, Editorial Dykinson, Madrid, pp.333-351.

otros¹¹. Entonces, se desprende que los derechos específicos tienen su origen en las relaciones laborales y su ejercicio sólo es posible en esa esfera, puesto que le pertenecen a los trabajadores exclusivamente; en tanto los derechos inespecíficos son reconocidos por su condición de personas no necesariamente trabajadores, pero se impregnan de modo sobrevenido de tal contenido con ciertas particularidades al momento de ser tutelados. Aquellos tienen una titularidad específica desde su nacimiento hasta su ejercicio; y los últimos tienen una titularidad genérica o general porque le son inherentes a todas las personas, sean o no trabajadores, y no desaparecen ante la existencia de las relaciones laborales o en el interior de la empresa.

En Panamá, la Constitución Política de 1972, dentro del capítulo 1º del Título III, indebidamente denominado *garantías fundamentales*, se consagran los derechos humanos universalmente aceptados, y en el capítulo 3º del texto constitucional se receptan aquellos derechos fundamentales calificados como específicos, siguiendo un enfoque de corte liberal. Se observa un tratamiento regulatorio diferenciado de la última categoría de derechos que no excluye los derechos fundamentales inespecíficos de las relaciones laborales donde tienen cabida perfectamente. Se recuerda que el preámbulo de ese ordenamiento jurídico fue incorporado con las reformas constitucionales de 1994, proclamándose y exaltándose la dignidad humana como uno de los valores supremos de la nación panameña fuera de otras estimaciones valóricas como la libertad, justicia social y bienestar general, teniendo una trascendental importancia al momento de interpretar la Constitución y se reconoce su valor normativo más que político¹². No serán estudiados aquellos derechos constitucionales de los trabajadores puesto que fueron analizados y comentados con anterioridad¹³, pero sí mencionaremos

¹¹ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. (1991) **Los derechos laborales en la Constitución Española**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p.31.

¹² GONZALEZ MONTENEGRO, Rigoberto. (2005-2006) *“El preámbulo de la Constitución: su significado político y su valor jurídico”*, **Anuario de Derecho No. 34-35**, Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panamá, pp. 145-158.

¹³ FÁBREGA PONCE, Jorge. (1987) *“El Trabajo en la Constitución”*, **Estudios de Derecho Constitucional Panameño**, Editora Jurídica Panameña, Panamá, pp.511-577; CEDALISE RIQUELME, Cecilio (2007-2008) *“Los derechos fundamentales del trabajador en la Constitución Panameña”*, **Anuario de Derecho, No. 36-37**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, pp. 265-283. No fueron examinados los que están referidos a ciertos derechos inherentes a los trabajadores en su condición de personas y ciudadanos que pueden ser ejercidos y deben ser respetados dentro de las empresas, acertadamente, llamados derechos fundamentales inespecíficos.

ciertos derechos que no tienen titularidad singular conocidos como personales.

- El derecho a no discriminación y a la igualdad de trato se insertan en preceptos separados, específicamente, en los artículos 19 y 20 de la CP, apareciendo primero en los artículos 10, 136, 138, numeral 12 del Código de Trabajo.
- La inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia en cualquiera de sus formas están previstas en los artículos 26 y 29 de la CP, respectivamente, cuya proyección resulta incuestionable en el interior de la empresa puesto que el empleador no puede irrumpir el domicilio del trabajador ni puede interceptar su correspondencia o comunicaciones.
- La libertad religiosa o de conciencia se consagra en el artículo 35 de la CP.
- La libertad de expresión o el derecho expresar libremente su pensamiento, ideas y opiniones, mediante palabras, escritos o cualquier medio, se contempla en el artículo 37 constitucional, regulándose en el artículo 126, numeral 3 del CT.
- El derecho a la intimidad no está contemplado en el ordenamiento constitucional patrio, aunque pudiera inferirse de otros preceptos ya comentados, pero el Código de Trabajo de manera expresa reconoce este derecho en el artículo 128, numerales 6 y 24, cuando aluden a la consideración de su dignidad y al respeto a su persona y bienes personales durante la ejecución del trabajo contratado o labores realizadas.

El reconocimiento de los derechos fundamentales en el contexto de una relación de trabajo constituye el reflejo de la tendencia de constitucionalización del Derecho del Trabajo y del efecto horizontal de las normas constitucionales en las relaciones entre particulares fundado en la jerarquía suprema de esos preceptos en el orden normativo. Cabe tener presente que la Constitución Política de 1972 comenzó su vigencia después de haberse promulgado el Código de Trabajo de 1972, el cual rige a partir de abril de ese año, desprendiéndose que los derechos laborales inespecíficos primero se incorporaron en la legislación laboral¹⁴ y luego se plantaron en el ordenamiento constitucional. Su plena existencia y vigencia dependerá de una adecuada tutela procesal, como ya se dijo, la cual será motivo de las reflexiones en el otro epígrafe.

¹⁴ En otro sistema jurídico se produjo una situación parecida cuando su doctrina explica el curioso camino emprendido por el Derecho Laboral chileno: en vez de esperar una decisión de justicia constitucional que al modo europeo, incorpore la idea de horizontabilidad de los derechos fundamentales en la relación laboral, ha decidido, ni corto ni perezoso, incorporarlo a la legislación ordinaria. UGARTE CATALDO, José Luis. **Op. Cit.**, p.125.

También los derechos ciudadanos de los trabajadores están reconocidos en los regímenes jurídicos especiales, tal como se observa en la Ley 19 de 1997, por medio de la cual regula las relaciones laborales en la Autoridad del Canal de Panamá. El instrumento en cuestión, junto con sus reglamentos, se ocupa del desarrollo de libertades y derechos fundamentales no específicos como son: la expresión, la dignidad, la interdicción a la discriminación y la llamada igualdad de oportunidades.

Ambos tipos de derechos fundamentales tienen plena vigencia en el seno de la empresa, como se puso de manifiesto en otro lugar¹⁵ al hacer hincapié en los derechos inespecíficos particularmente, dejando para este trabajo el análisis de los mecanismos de tutela o protección procesal. Por tanto, convenimos que la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* encierra dos problemáticas distintas que son: aquella que alude al reconocimiento jurídico de este tipo de derechos que inciden en las relaciones entre ciudadanos dentro del sistema normativo de los Estados, o sea, tiene que ver con la validez de los derechos fundamentales que supone su ámbito de aplicación; y la otra que trata las garantías jurisdiccionales que deben ser operadas para el resguardo de los derechos fundamentales, es decir, se ocupa de los mecanismos procesales que son activados cuando se lesionan o vulneran estos derechos por los actos particulares, haciendo referencia a la tutela judicial efectiva. La primera un problema de construcción y la segunda un problema de protección como bien distingue la doctrina científica¹⁶.

Se aprecia la no muy bien entendida separación entre el contenido de un derecho y su escudo de protección, siendo este último ámbito el campo donde verdaderamente radica el problema de los derechos fundamentales, al menos, en nuestro sistema normativo como veremos enseguida.

¹⁵ CEDALISE RIQUELME, Cecilio. (2010) *“La vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral: aproximación doctrinal e inserción jurisprudencial”*, **Revista Lex**, Colegio Nacional de Abogados, Panamá, pp.41-81. Brevemente se describe el reconocimiento normativo y doctrinal de este tipo de derechos y los mecanismos para hacerlos valer en algunos ordenamientos jurídicos laborales.

¹⁶BILBAO UBILLOS, Juan María. (1997) **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp.327yss; ESTRADA, Alexei. (2000) **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp.167-168; MIJANGOS GONZALEZ, Javier. (2007) **Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**, Editorial Porrúa, S. A., México, p. XII.

2. Ausencia e insuficiencia de mecanismos procesales para la defensa de la *ciudadanía en la empresa*.

La garantía reforzada de los derechos fundamentales se refiere a todos aquellos procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico con el propósito de resguardar el efectivo ejercicio de esos derechos. Se trata de las tutelas jurisdiccionales contempladas en la Ley. La problemática diferenciada sobre la existencia o validez de los derechos fundamentales y su eficacia procesal o tutela jurisdiccional, ambas con indudable presencia en materia laboral donde tuvo su nacimiento, están dirigidas a la protección jurídica de los derechos humanos constitucionalizados. En el ámbito de las relaciones laborales la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador no se agota con su reconocimiento o inclusión en el ordenamiento jurídico sino que se requiere del establecimiento de tutelas judiciales para que esos derechos tengan eficacia y efectividad.

Interesan aquellas garantías jurisdiccionales, más que las garantías institucionales, las cuales buscan el cumplimiento de los derechos fundamentales y velan por la integridad de su sentido y función, a través de mecanismos procesales idóneos. Se observa que los derechos fundamentales se encuentran protegidos mediante el más urgente y fulminante despliegue del aparato coercitivo estatal. Sin que se profundice en la distinción entre las garantías generales y especiales, vamos a comentar las protecciones jurisdiccionales de los derechos fundamentales existentes en nuestro sistema jurídico, cuestionando las carencias y debilidades, no sin antes echar un vistazo a los instrumentos defensivos plantados en el derecho comparado.

De manera expresa en Chile se proclama que las disposiciones constitucionales obligan a todos, tanto a los poderes públicos como a las personas, según el artículo 6 de su carta magna, consagrándose la vinculación directa de la Constitución. También se prevé una acción de defensa de los derechos fundamentales cuando se produzcan actos u omisiones ilegales o arbitrarias que provoquen privación, perturbación o amenaza de determinados derechos constitucionales, sin diferenciar que el autor de esos actos provenga de las actuaciones del poder público o de los particulares conforme el artículo 20. Se trata de la conocida acción constitucional de protección, que representa el instrumento de cautela por excelencia de los derechos constitucionales, reforzando su eficacia horizontal. Esta realidad legal permite que se hable de una plena vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado o eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, al igual

que en otros sistemas jurídicos¹⁷, cuyo estudio detallado no es acometido en esta breve entrega porque excedería los límites que nos propusimos desde el comienzo.

Como es sabido los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador se resguardan en el ordenamiento jurídico chileno, a raíz de la Ley 19.759 de 2001, mediante la cual se reforma el artículo 5 de su Código de Trabajo que dispuso frenos a los poderes jurídicos empresariales expresamente cuando se alude al respeto de la intimidad de los trabajadores en el lugar de trabajo, es decir, este derecho fundamental de la persona del trabajador se configura como límite a las facultades del empleador, siendo un claro reflejo de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales del trabajador.

No obstante, la modificación fue simbólica, más que todo, debido al vacío legislativo respecto de los cauces judiciales para hacerlos efectivos en sede laboral. Esa carencia fue subsanada con la aprobación de la Ley 20.087, en el año 2006, cuando se introdujo un nuevo procedimiento de tutela de los derechos fundamentales del trabajador. Con esa legislación queda saldada la deuda pendiente que se tenía, en Chile, en cuanto a la protección procesal de los derechos ciudadanos del trabajador dentro de las relaciones laborales. Se establecieron reglas peculiares referidas a su ámbito de aplicación, legitimación activa, tramitación especial, atenuación del objeto de prueba, especificación sobre el contenido de la sentencia, entre otras. Esos necesarios mecanismos procesales, con todas sus debilidades, hicieron posible que los derechos fundamentales ingresen a la fábrica en dicho país.

Las particularidades del nuevo procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, a grandes rasgos, implican resguardar derechos ciudadanos del trabajador como su vida privada o intimidad, honra, inviolabilidad de comunicación privada, libertad de conciencia o religiosa, libertad de trabajo, la interdicción de actos discriminatorios durante y al término del contrato; se establece que puede ser incoado por los

¹⁷ Véase, la Constitución de Argentina estatuye el amparo contra todo acto u omisión provenientes de autoridades públicas o particulares que en forma de actual o inminente lesión restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución, en un tratado y en una Ley, según el artículo 43; y, asimismo, la Constitución de Colombia permite la acción de tutela cuando dispone que ella se podrá entablar cuando los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, según el artículo 86, extendiéndose su aplicación en los casos en la Ley establezca su procedencia contra actos de particulares encargados de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente al interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

trabajadores u organización sindical que invoque un derecho o interés legítimo haya sido lesionado, siempre que se hubiera realizado dentro de los sesenta días contados desde que se produjo la vulneración de los derechos alegada; la tramitación será oral y preferente a todas las otras causas que se ventilen en los tribunales laborales; es posible también que se suspendan los efectos de las medidas o actos considerados lesivos de los derechos fundamentales del trabajador a petición de la parte interesada o de oficio, tomando en cuenta la gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar perjuicios irreversibles a la parte afectada; en cuanto a la materia probatoria se precisa que los indicios son trascendentales en este tema, puesto que le corresponde al denunciado explicar los fundamentos de la medida adoptada que se acusa vulneradora de los derechos fundamentales laborales; la decisión de mérito debe ser dictada en la audiencia o dentro del décimo día después de celebrada ésta, disponiendo definitivamente que la lesión denunciada tendrá que cesar inmediatamente y deberá repararse la vulneración con las indemnizaciones que procedan, se aplicarán las multas que hubiere lugar y finalmente se velará para que se retrotraiga la situación al estado previamente existente a la realización de la vulneración de los derechos ciudadanos del trabajador. De conformidad con este procedimiento el juez laboral juega un rol determinante en la protección de estos derechos conforme explica la autorizada doctrina chilena¹⁸.

También la tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso laboral¹⁹ se ha establecido en España, por medio de una modalidad procesal específica caracterizada de sumariedad y preferencia, diferenciada de otros cauces procesales, logrando una plena vigencia de los derechos personales del trabajador al interior de la empresa. Significa ello que los derechos fundamentales presentes en las relaciones laborales cuentan con medios defensivos dentro de la jurisdicción social, los cuales están contenidos en la LBPL y LPL.

A diferencia de las legislaciones extranjeras, nuestro Código de Trabajo no prevé ningún procedimiento específico o mecanismo procesal destinado a la defensa de los derechos ciudadanos en el interior de las empresas, puesto que los distintos procesos regulados –*común, reintegro, nulidad, abreviado y ejecutivo*– responden y tienen otras finalidades, aunque en su conjunto las normas procesales busquen hacer

¹⁸ Vid, detalladamente, UGARTE CATALDO, José Luis, **Op. Cit.**, pp.131-169; GAMONAL CONTRERAS, Sergio. (2008) **El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales**, Editorial Legal Publishing, Chile, pp.21-40.

¹⁹ BAZ TEJEDOR, José Antonio. (2006) **La Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso de Trabajo**, Editorial Lex Nova, S.A., España, pp.50-74.

efectivos los derechos reconocidos en las disposiciones materiales de ese instrumento jurídico. Fuera de los procesos mencionados se erigen cauces procesales para la ejecución judicial de los créditos laborales como son: el trámite de ejecución de sentencias y el procedimiento complementario de ejecución. Se observa que los trabajadores no cuentan con garantías procesales especiales dirigidas a proteger sus derechos fundamentales inespecíficos en el interior de la empresa ni pueden entablar acciones de amparo contra los empleadores, cuando éstos como sujetos particulares violen aquellos derechos, debido a su estructuración jurídica como explicamos seguidamente.

El actual artículo 54 constitucional instituye el *recurso de amparo de garantías constitucionales* que puede promoverlo toda persona contra la cual se expida o ejecute una orden de hacer o no hacer, dictada por cualquier servidor público, que lesione o viole sus garantías y derechos fundamentales consagrados en el estatuto constitucional. Se observa que el recurso de amparo solo puede ser interpuesto frente a la actuación de los poderes del Estado, quedando fuera de su ámbito de aplicación los actos de los particulares que pueden afectar un derecho fundamental. Este recurso se sujeta a los trámites del procedimiento sumario establecidos en el Código Judicial, a partir del artículo 2615, los cuales se surten ante la jurisdicción ordinaria. Este cuerpo legal contiene toda la mecánica operativa del amparo de garantías constitucionales, estableciéndose reglas de competencia, procedimiento o ritos procesales, contenido del libelo de demanda y términos fatales para la producción del fallo respectivo, y además las incidencias y sanciones que pueden darse dentro de la tramitación de este medio autónomo.

De acuerdo con la formulación y regulación prevista el ejercicio de la acción de amparo de garantías constitucionales no alcanza los actos de particulares que infrinjan o desconozcan derechos fundamentales puesto que es un particular el sujeto que vulnera tales derechos y no un servidor público, tal como es indicado y enfatizado por la propia jurisprudencia constitucional. Entonces, se presenta una limitada configuración jurídica de la acción de amparo, en nuestro sistema normativo, habida cuenta que no es posible promover esa pretensión impugnativa autónoma contra los actos de particulares que lesionen derechos fundamentales del cualquier ciudadano²⁰.

²⁰ Entre nosotros se viene fomentando la necesidad de admitir y regular los amparos de garantías constitucionales contra actos particulares que vulneren o desconozcan los derechos fundamentales de los ciudadanos como resultado de la vigencia de estos derechos en el tráfico jurídico privado, reconociendo la eficacia horizontal de esa categoría de derechos que sólo han tenido aplicación de modo vertical. De modo coherente afirma que el proceso de amparo pretende enervar los efectos de actos sin importar su fuente que violen los derechos y garantías tuteladas en la Constitución,

En nuestro sistema judicial existe el *proceso contencioso de protección de los derechos humanos*, incorporado mediante la Ley 19 de 1991, la cual circunscribe su radio de acción a los actos administrativos violatorios de los derechos humanos justiciables que hayan emanado de una autoridad nacional conforme el numeral 15 del artículo 97 del Código Judicial reformado. De acuerdo con esa disposición sólo pueden atacarse por esta vía los actos administrativos, dictados por autoridades nacionales, siempre que vulneren derechos justiciables. No puede activarse este proceso si las violaciones de los derechos humanos son generadas por actuaciones que no se concretan en actos administrativos conforme la doctrina nacional²¹. La sustanciación de este proceso se sujeta a los cánones de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, mientras no contravenga el CJ.

Los derechos humanos que pueden protestarse o reclamarse ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia son aquellos que pertenecen a la primera generación como son los derechos civiles y políticos que presentan carácter de justiciabilidad, excluyendo con algunas excepciones los derechos económicos, sociales y culturales, considerados derechos de prestación o con gran contenido programático y catalogados derechos de segunda generación dentro de los cuales se colocan los derechos fundamentales de los trabajadores. Es decir, que no se consideran derechos justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, tal como lo sostuvo la propia Corte en sentencia del 12 de noviembre de 1992, recién se introdujo este proceso especial. No obstante, la regulación del proceso referido resulta deficiente²² por

observando que el desarrollo normativo excede la cobertura del texto constitucional que contempla dicha acción. QUIROZ ALMANZA, Carlos Guillermo. *“Acción de Amparo de Garantías Constitucionales contra Actos de Particulares”*, **Revista de Derecho No. 2**, Asociación Profesionales de la Nueva Generación Jurídica, Panamá, 1997, pp.130-148; Asimismo, parte de la doctrina constitucionalista parece inclinarse por la procedencia del recurso de amparo como garantía frente a actos de los particulares puesto que la violación de los derechos fundamentales también se producen por estos últimos, teniendo que ampliarse la jurisprudencia que dictamina su improcedencia dado que esta acción es viable sólo contra actos de la autoridad por explícito mandato constitucional²⁰, tal como acusa la tendencia doctrinal y jurisprudencial consolidada en Europa e Hispanoamérica –Argentina, *Costa Rica* y Colombia-, que permite la defensa de los derechos constitucionales por vía de amparo cuando son vulnerados esos derechos por actos de particulares. MURGAS TORRAZZA, Rafael. *“La Legitimidad Pasiva en el Amparo”*, **Estudios de Derecho Judicial**, Editora Sibauste, S. A., Panamá, 2008, pp.65-91.

²¹ APARICIO ALBA, Raúl. (2001) **Proceso Contencioso de Protección de los Derechos Humanos**, S/E, Panamá, pp.19-28.

²² Tras una corta exposición de sus inconvenientes se opina que el proceso contencioso de derechos humanos debe ser modificado en lo concerniente a los derechos justiciables, con el objeto de incluir

cuanto existen derechos humanos constitucionalizados del trabajador como la libertad de sindicación y la libertad de trabajar que constituyen derechos de libertad y no tienen carta de naturaleza programática. Para nosotros carece de fundamento filosófico y axiológico la exclusión que hace la jurisprudencia y un sector de la doctrina nacional respecto de los derechos humanos susceptibles de protección procesal por esta vía o mecanismo específico, debido a que no existe jerarquía entre los derechos fundamentales pese a que se acepta la distinción derivada de su evolución histórica.

Con ese panorama jurídico podemos decir que los trabajadores nacionales encuentran un serio obstáculo en cuanto a la protección procesal de sus derechos personales al interior de la empresa o dentro de las relaciones de trabajo, ya que no cuentan con mecanismos judiciales efectivos y por cuanto resultan insuficientes las garantías jurisdiccionales para la tutela de esos derechos dado que no pueden entablarse acciones de amparo contra los empleadores ni están cobijados por el proceso contencioso de derechos humanos. Así las cosas, se impone una íntegra reforma del ordenamiento jurídico con el propósito de implantar las vías o los cauces procesales específicos para hacer valer sus derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de las relaciones de trabajo dentro del sistema normativo panameño.

Al margen de la creación de un Tribunal Constitucional o Sala Constitucional como parte de las necesarias garantías institucionales, pendiente de un debate estancando y viciado, las acciones correctivas encaminadas a remediar las omisiones y falencias explicadas arriba podrían ser las siguientes:

- La extensión o admisión del amparo de garantías constitucionales contra actos de particulares.
- La adecuación del proceso de protección de derechos humanos calificados como justiciables.
- La configuración de un proceso especial para la tutela de los derechos inespecíficos.

En definitiva, una vez subsanadas las carencias y deficiencias existentes en nuestro sistema jurídico, mediante la adopción de mecanismos procesales idóneos incorporados al derecho panameño, siguiendo el modelo chileno y las propuestas formuladas, será posible una verdadera y plena defensa de la *ciudadanía en la empresa* o podrá hablarse de una

los derechos económicos, sociales y culturales, y en su tramitación procesal puesto que representan derechos humanos que requieren protección y garantías. SOLER MENDIZÁBAL, Ricaurte. (1997) **Derechos Humanos: Aspectos procesales y jurisprudenciales**, Editorial Portobelo, pequeño formato, No. 32, Panamá, pp.12-13.

adecuada protección a los derechos personales del trabajador al interior de la fábrica.

3. Necesario ingreso de esa doctrina a los tribunales laborales y a la jurisprudencia nacional.

Descritas como ya han sido las debilidades del sistema normativo aplicable a la horizontabilidad los derechos fundamentales en el contexto laboral, interesa conocer el tratamiento que se le dispensa en nuestro derecho a esta interesante temática habida cuenta que la delimitación de las competencias de los tribunales de justicia, sobretodo del Tribunal Constitucional, juega un papel determinante en la eficacia de estos derechos como bien indica la doctrina científica²³. Este asunto sobreviene cuando se vulneran, colisionan o perturban los derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos jurídicos o regímenes laborales, teniendo los jueces que establecer el necesario equilibrio entre los derechos en conflicto. La interpretación es cumplida con la aplicación de criterios o pautas directrices como la ponderación, armonización y jerarquización de los derechos fundamentales, imponiendo más que el alcance de estos derechos su efectividad.

La doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales no es ajena al ordenamiento jurídico nacional dado que es posible que los particulares que sean perturbados en sus derechos constitucionales tengan protección constitucional, por medio de la tutela de amparo de garantías, encontrando en la configuración de esta acción la eficacia mediata de tales derechos. Se observa que la teoría de la horizontabilidad de los derechos fundamentales es operada en su versión indirecta.

En nuestro medio los tribunales de justicia han prestado escasa atención a la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y dentro de las relaciones laborales en particular, pues es notable su indiferencia e incomprensión, haciéndose ello visible en el plano académico dado que no existen muchos estudios doctrinales al respecto como fue advertido anteriormente. Por ello, el establecimiento de un sistema democrático de las relaciones laborales demanda que esta cuestión incomprendida y desconocida sea estudiada y profundizada.

²³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2004) *"Derechos Fundamentales de Titularidad General o Inespecífica y Contrato de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español"*, **Derecho Laboral**, No. 214, Montevideo, pp.240-262.

La jurisprudencia laboral de segundo nivel con frecuencia²⁴, particularmente, ha negado el ingreso de esta doctrina a los tribunales laborales cuando reconoce como válida la prueba obtenida en violación de la confidencialidad de la correspondencia privada del trabajador, recibida o enviada por correo electrónico, argumentando que la computadora y el servicio empleado para su funcionamiento es suministrado y pagado por el empleador, cuando ya fue establecido que las comunicaciones privadas son inviolables según la cobertura constitucional vigente y su interceptación o intervención está castigada como delito inclusive. Concretamente, se desconoce la validez de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales, no así los poderes empresariales, reflejando esto una posición vacilante cuando no ausente sobre la protección de la ciudadanía en la empresa. La falta de comprensión es tal que no se tiene una posición sobre la naturaleza jurídica de la prueba obtenida para acreditar la información o comunicación, enviada o recibida por correo electrónico, y ni siquiera son ponderados o modulados los derechos fundamentales enfrentados y como ocurre en otras latitudes.

También la eficacia de los derechos ciudadanos de los trabajadores fue tratada con ligereza, dentro de la justicia laboral al no reconocer su validez so pretexto que se carecía de competencia para efectuar esa declaratoria, según la Sentencia No. 078-PJCD/1-2009 fechada el 7 de octubre de 2009 que decidió la causa que reclamaba la injustificación del despido adoptado por haber transgredido la Ley y pese a la señalada advertencia. La parte de la resolución que interesa a los efectos de este epígrafe precisa lo siguiente: *“Señala la parte actora que le violaron un derecho fundamental no específico que debe respetarse dentro de la empresa, cuando fue revisada e interceptada su correspondencia en su cuenta de correo, sin orden de autoridad competente y sin que mediara su autorización. Al respecto, no corresponde a este Tribunal entrar a conocer sobre la violación a derechos constitucionales alegados por la demandante, toda vez que no somos el tribunal competente para ello”*. Sin que se cumpliera ningún trámite previo, como era de esperarse según la Ley, el despido fue declarado justificado.

El Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial, sin haberse referido a la advertencia hecha por la autoridad inferior que pudo haber provocado la remisión del expediente al Pleno de la Corte por la violación de los derechos fundamentales inespecíficos de la trabajadora, confirma la decisión de primera instancia aunque no se demostró el perjuicio sufrido por el empleador con el comportamiento laboral sancionado como

²⁴ Vid., sentencias del 19 de abril de 2001, del 20 de octubre de 2006 y del 19 de junio de 2007, dictadas por el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá.

lo exige el Código de Trabajo. La sentencia carente de exhaustividad se dictó el día 29 de diciembre de 2009.

Todo lo anterior motivó que se acudiera a la máxima autoridad judicial del país, mediante la acción constitucional ya explicada, produciéndose el precedente que comentamos enseguida.

A pesar de recientes iniciativas –como el Acuerdo de 2009- encaminadas a flexibilizar el excesivo formalismo en materia de amparo de garantías constitucionales y a potenciar la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico interno, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia no ha variado el sistema cerrado vigente como es percibido en la sentencia del 22 de febrero de 2010. La mayoría del Pleno sostuvo que el no mencionar expresamente la imposibilidad de aportar el acto impugnado hace imposible darle curso a la acción constitucional entablada tras la confirmación de la decisión que resolvía el pleito donde se cuestionaba el despido de una trabajadora cuya correspondencia privada había sido interceptada y revisada sin autorización judicial inclusive.

No obstante, uno de los miembros de esa corporación judicial en su disidencia puso de relieve que el propio Pleno ya había dispuesto que era innecesario aportar la orden impugnada para que se admitiera el amparo de garantía; que la deficiencia formal indicada es subsanable y debió imponerse la corrección de la demanda; que la omisión advertida se colmaría con el informe de rigor que tendría que rendir la autoridad demandada; y que la posición adoptada entorpecería la defensa de los derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales. Por todo ello, se apartó de la decisión mayoritaria, buscando actuar de conformidad con la corriente jurisprudencial que rechaza las intervenciones telefónicas y otras comunicaciones cuando provienen de personas que no están legitimadas conforme el estatuto constitucional.

Este pronunciamiento basado en una rigurosa formalidad vino a mantener la debilitada protección de los derechos fundamentales prevista en el derecho panameño, incluyendo la tutela judicial efectiva, aplicable a las relaciones laborales, ya mancillada o pisoteada desde las instancias con las actuaciones judiciales censuradas. El mismo se dio por razón de la demanda entablada ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, elaborada por nosotros en representación de la trabajadora, cuyos derechos fundamentales se lesionaron con la medida ilícita del empleador. Allí tuvo el Pleno la preciosa oportunidad de ampliar su horizonte valorativo, a nuestro juicio, en cuanto al tema de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales.

Sobre el artículo 29 constitucional, cuya aplicación se reclamaba en el caso referido, mediante Sentencia del 17 de julio de 2007, el Pleno interpretó que “...*las comunicaciones privadas –de cualquier índole- son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial conforme los artículos 29 y 32 de la Constitución Política*”. Las disidencias formuladas contra la decisión mayoritaria contienen razonamientos interesantes para los efectos de este estudio como son: por un lado, “...*que la norma constitucional interpretada debe y puede ser aplicada directamente, a través de un mecanismo procesal sencillo...*” y, por otro lado, que “...*la fórmula prevista en el artículo 29 del texto constitucional lo que pretende es que ninguna autoridad distinta al sector justicia pueda realizar actuaciones que afecten o comprometan la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas...*” Este fallo rige en todos los ámbitos jurídicos de nuestro sistema y se entiende que es posible la aplicación directa de las normas constitucionales que reconozcan derechos fundamentales, puesto que se admite la eficacia horizontal inmediata, quedando prohibido a los particulares o empresarios realizar actos tendientes a revisar, controlar o interceptar las comunicaciones privadas cualquiera que sea su forma (vía telefónica, emails o epistolar), siguiendo todas las declaraciones de la polémica sentencia.

Así las cosas, la jurisprudencia panameña no ha jugado un papel beligerante en lo referente a la protección de los derechos fundamentales en el seno de las empresas, lo que se traduce en una posición poco garantista y vanguardista, siendo su misión colmar y rectificar las ausencias e insuficiencias en dicha materia hasta tanto se produzcan los cambios legislativos que le brinden a los trabajadores los mecanismos idóneos para la tutela de sus derechos humanos positivados. Mientras se mantenga la concepción cerrada respecto de la problemática de la validez y garantías de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, ya anotada, podemos afirmar que todavía no es aceptada ni recibida entre nosotros la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Entonces, creemos que los tribunales laborales y la jurisprudencia nacional deben darle paso a esta doctrina tras una adecuada comprensión de la problemática sobre la validez y garantías de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, incluyendo sus dos perspectivas relativas a su aplicación, las cuales buscan darle efectividad a los derechos ciudadanos al interior de la empresa.

Colón, enero de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2007.
2. APARICIO ALBA, Raúl. **Proceso Contencioso de Protección de los Derechos Humanos**, S/E, Panamá, 2001.
3. BAZ TEJEDOR, José Antonio. **La Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso de Trabajo**, Editorial Lex Nova, S.A., España, 2006.
4. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. **Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo**, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2007.
5. BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
6. CEDALISE RIQUELME, Cecilio. *“Los derechos fundamentales del trabajador en la Constitución Panameña”*, **Anuario de Derecho, No. 36-37**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 2007-2008.
7. ----- *“La vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral: aproximación doctrinal e inserción jurisprudencial”*, **Revista Lex**, Colegio Nacional de Abogados, Panamá, 2010.
8. CODERCH, Pablo Salvador y Otros. **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
9. CHINCHILLA HERRERA, Tulio. **¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?**, 2ª ed., Editorial Temis, S. A., Colombia, 2009.
10. CRUZ VILLALÓN, Pedro y PARDO FALCÓN, Javier. *“Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”*, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, enero-abril, año/vol. XXXIII, número 97, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
11. JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
12. FÁBREGA PONCE, Jorge. *“El Trabajo en la Constitución”*, **Estudios de Derecho Constitucional Panameño**, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1987.
13. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. **El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales**, Editorial Legal Publishing, Chile, 2008.

14. GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. "El preámbulo de la Constitución: su significado político y valor jurídico", **Anuario de Derecho No. 34-35**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 2005-2006.
15. MIJANGOS GONZALEZ, Javier. **Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**, Editorial Porrúa, S. A., México, 2007.
16. MURGAS TORRAZZA, Rafael. "*La Legitimidad Pasiva en el Amparo*", **Estudios de Derecho Judicial**, Editora Sibauste, S. A., Panamá, 2008.
17. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. **Los derechos laborales en la Constitución Española**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
18. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
19. QUIROZ ALMANZA, Carlos Guillermo. "*Acción de Amparo de Garantías Constitucionales contra Actos de Particulares*", **Revista de Derecho No. 2**, Asociación Profesionales de la Nueva Generación Jurídica, Panamá, 1997.
20. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. **Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo**, Editorial Civitas, España, 2005.
21. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "*Derechos Fundamentales de Titularidad General o Inespecífica y Contrato de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*", **Derecho Laboral**, No. 214, Montevideo, 2004.
22. SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, México, 2009.
23. SOLER MENDIZÁBAL, Ricaurte. **Derechos Humanos: Aspectos procesales y jurisprudenciales**, Editorial Portobelo, pequeño formato, No. 32, Panamá, 1997.
24. UGARTE CATALDO, José Luis. **El Nuevo Derecho del Trabajo**, Editorial Legal Publishing, Chile, 2009.

**LA RE- SOCIALIZACIÓN DESDE
MI PUNTO DE VISTA...**

DELIA R. CONTE M.

Delia R. Conte M., se recibe como Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas en el año 2008 en la Universidad Católica Santa María La Antigua, donde actualmente cursa los estudios de Maestría en Derecho Mercantil.

Ha trabajado en diferentes áreas del Derecho como mercantil, civil, comercial y familia. Sin embargo su principal área de práctica es el Derecho Penal, el cual actualmente ejerce con su socia Vanessa Farrugia también egresada de la USMA.

Publicó “El Primer Relato Sobre la Última Prueba” en la V Feria del Libro, y actualmente además se desempeña como Profesor de derecho mercantil y derecho laboral comercial en la USMA.

El día ocho de abril de 2011, en horas de la mañana, me encontraba realizando una diligencia indagatoria en el Centro Penitenciario La Joyita en la ciudad de Panamá. Mi poderdante había estado detenido por más de un año sin que se le hubiese escuchado, por lo que nos trasladamos hacía el Centro Penitenciario para que le fuese concedido su derecho que por Constitución le correspondía.

Como es típico de Panamá, puede llover en cualquier momento y ese día llovía a cántaros; la humedad nos envolvía, cuando en medio de las declaraciones escuchamos disparos.

Los nervios se hicieron presa de mí, y por un segundo desee estar en cualquier lado, menos en ese lugar. Pasados varios minutos de escuchar los brutales sonidos de los perdigones y balas, uno a uno fueron pasando frente a mí hombres heridos con balas distintas a las que utilizan los policías.

Pequeños orificios en sus anatomías dejaban un hilo de sangre que se grababa en mi memoria como una tortura eterna. Sus gritos de auxilio y sus caras de confusión jamás saldrán de mi mente.

Como era de esperarse, entre los abogados que nos encontrábamos en el recinto, nadie hizo nada. Fue como si en vez de seres humanos, pasara un desfile de fantasmas que gritaban por ayuda pero por su extraña contextura de humo nadie pudiese tocarlos.

El temor nos decía que si ayudábamos a los heridos, podían costarnos ser tomados como rehenes, o peor aún, ser presa de los perdigones que aún seguían disparando los policías a los internos para que no escapasen.

Cuando decidí ser Abogada, siempre quise dedicarme a la parte comercial del Derecho. ¿Presos, yo? ¡Jamás! decía en mi mente. Sin embargo, la vida dio muchas vueltas y terminé trabajando en una Fiscalía Especializada en Delitos Sexuales, y por ende, me involucré directamente con el Sistema Penal de mi país. Las visitas a los centros penitenciarios se hicieron comunes y cuando, finalmente, me recibí como

Abogada en la USMA, mis casos se tornaron hacia la rama penal de forma inevitable.

Poco a poco mis prejuicios se fueron disipando, y comprendí que muchos de los hombres que están privados de libertad, son inocentes, otros cometieron pequeños errores que les costaron caros. Algunos cayeron por ingenuidad y otros son verdaderamente malos.

El asunto empezó a cambiar dentro de mi corazón, cuando la mayoría de mis clientes deseaban continuar sus estudios, trabajar dentro de prisión, y sobre todo me preguntaban qué podían hacer para tener una vida aceptable cuando terminaran de cumplir su condena.

Mis prejuicios habían sido grandes cuando en realidad al trabajar con privados de libertad, realicé que son ciudadanos que han cometido graves faltas, y cierto número de ellos (no todos aclaro) merece una segunda oportunidad.

Ese 8 de abril, mientras los internos de una galera se encontraban en visita, otros entraron con un revólver de pequeño calibre y abrieron fuego contra aquellos a quienes no recibieron familiares.

El saldo que nos confiaron las autoridades a través de medios de comunicación: 12 heridos y dos internos muertos, uno de ellos le faltaba poco para terminar su condena.

Yo estaba ahí, yo los vi, yo lo escuché y jamás se borrarán de mi memoria los gritos de auxilio de esas personas cuyos nombres jamás sabré.

Un privado de libertad que culmina su condena, es como un pequeño pájaro que aprende a volar, sencillamente si no tiene la protección necesaria de sus padres, será presa de los depredadores, del clima o de la inexperiencia.

Es por lo que yo creo en la re-socialización de los internos. Muchas personas creen que por el hecho que alguien ha estado en prisión tiene dentro de sí un gen de delincuente; sin embargo, la realidad es otra.

Nadie les pregunta por qué cayeron presos, sencillamente discriminan y cierran las puertas en las narices, sin saber que están contribuyendo a la destrucción de un ser humano.

Me preocupan los pocos planes de re-inserción social que tenemos en Panamá. Me preocupa la falta de atención que se le brinda al privado de libertad, pero sobre todo me preocupa la percepción social del ciudadano común sobre los internos, pues tenemos la idea que por haber estado presos inmediatamente esas personas tienen una letra escarlata que los marca de por vida como delincuentes.

Lo que pasó el 8 de abril no fue un hecho aislado, el revólver de alguna forma ingresó en el Penal, al igual que de alguna forma se incendió la cárcel de menores, y los miles de casos de abusos que se han denunciado.

A lo que me refiero es que caer preso en nuestro país (y muchos más del mundo) es sencillamente ir sin retorno al infierno, cuando a mi parecer, caer preso, debería ser un momento para dirigir la vida hacia un curso totalmente alejado de la delincuencia.

En las calles de Panamá se dice que caer en prisión es ir a la Universidad de la delincuencia, y la realidad no dista mucho, pues pocos son los planes de re-socialización conocidos.

Las autoridades penitenciarias se muestran apáticas en cuanto a este tema; la sobrepoblación de las cárceles les impide actuar de forma más eficiente.

La mora judicial y el lento trámite de los expedientes ocasionan un embudo en cuanto a las condenas. La burocracia y los permisos requeridos para estudiar o trabajar dentro de un penal, hacen una labor casi maratónica por parte de un abogado para lograr reunir los requisitos exigidos por las autoridades.

Como mi intención no es criticar, sino en base a experiencias mejorar la calidad de vida de los internos, con mi profesión he podido ayudar a estas personas a través de trámites y procesos para minimizar condenas entre otros; sin embargo, esto es sólo un pequeño grano de arena en el océano judicial.

El desconocimiento de los derechos humanos se torna cruel cuando contribuimos al deterioramiento del alma de las personas privadas de libertad. Nuestra indiferencia colectiva como ciudadanos agrava el problema y dar la espalda, no siempre es lo más apropiado.

Dentro de los penales hay muchísimas personas calificadas a nivel académico, por lo que se debería aprovechar ese valioso recurso humano para organizar jornadas educativas.

La ciudad de Panamá se vería agradecida, si se realizaran jornadas de reparaciones utilizando a los privados de libertad como trabajadores con pericia en ciertas áreas (electricidad, ebanistería, etc.) de esta forma se le daría valor a su trabajo y se le haría sentir que son útiles para todos nosotros.

Me consta que hay internos con mucha experiencia técnica, pues un día mis llaves se quedaron dentro del automóvil, y los internos de confianza abrieron mis puertas sin un solo rasguño en la carrocería de mi vehículo. – Era mecánico cuando estaba libre – alegó uno de los jóvenes.

Estos conocimientos, pueden ser utilizados para reparar toda la flota de automóviles, ambulancias y demás maquinaria que el Gobierno tiene deteriorándose en los patios hasta por una sola llanta pinchada.

Dentro de los penales existen profesionales de todo tipo, y son personas con valores, con conocimiento, con experiencia que merecen ser tomados en cuenta por todos nosotros. Estas personas tienen derecho a la re-inserción social, y a una nueva oportunidad una vez hayan salido de prisión.

Somos responsables en parte de este problema por nuestra indiferencia, pues si nos preocupásemos un poco más, ofreceríamos trabajo a los privados de libertad bajo supervisión de las autoridades.

Al punto al que quiero llegar, es que la materia de Derechos Humanos, es sensible en cuanto al tema de los privados de libertad. Sin embargo, podemos hacer mucho para mejorar este problema, para brindarles una mejor calidad de vida, pero sobre todo para lograr una re-inserción social menos dolorosa y vergonzosa para el privado.

Sí, la prisión en Panamá es el infierno, pero no dista mucho la libertad, pues salir de prisión y ser socialmente rechazado, impone una pena moral aún más costosa y desmoralizante para el afectado.

Por lo que ofrezco soluciones, debemos informarnos, estudiar y compartir experiencias en cuanto a la re-socialización de los privados de libertad.

Hay que elaborar planes de trabajo, estudio y orientación dentro de los penales. Debemos inmiscuir a la sociedad para hacerles saber que no todos los privados de libertad comparten el mismo destino, y brindarle las oportunidades correspondientes se revierte la mayoría de las veces en ganancias para todos.

Debemos utilizar el recurso humano que tenemos dentro de los Centros Penales en beneficio de la comunidad, de esta forma nos beneficiaremos con mano de obra y a cambio los internos se sentirán útiles y productivos.

La re- socialización puede ser altamente efectiva si todos cooperamos y trabajamos en conjunto para brindarle una segunda oportunidad a los privados de libertad.

Es una fórmula ganar / ganar, todos nos beneficiaríamos con la mano de obra a bajo costo, la disminución en las cifras de re-incidencia en la criminalidad. Pero sobre todo, en la satisfacción de ofrecer segundas oportunidades a quienes verdaderamente lo merecen. ¿Vale la pena el intento, no?

**Propuesta de Reformas Constitucionales
a la Constitución Política de la República
de Panamá, por la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas de la Universidad
Católica Santa María la Antigua**

1.- Justificación y presentación de las propuestas de reformas a la Carta Magna:

Frente a las nuevas tendencias y actualizaciones que se suscitan en el campo del derecho, y ante los actuales y constantes cambios que se presentan a diario en relación con el desenvolvimiento y el interactuar de las diversas personas en sociedad, se hace necesario que las normas jurídicas se ajusten a los contextos actuales que demanda la ciudadanía.

En virtud de las razones o motivos previamente establecidos, el Órgano Ejecutivo se ha abocado a un proceso de consultas en relación con la proposición de reformas a la Carta Magna de la República de Panamá. En éste sentido, se ha procedido en virtud del Decreto Ejecutivo N°. 209/2011, de 26 de abril a la creación y designación de una Comisión Especial encargada de llevar a cabo las reformas a nuestra Constitución Política.

El interés propuesto por parte del Poder Ejecutivo, tiene como fundamentación o exposición de motivos esenciales la creación y/o modificación de principios, disposiciones e instituciones constitucionales, que se reflejen en el fortalecimiento o afianzamiento del Estado de Derecho. De igual manera, con la proposición de las reformas a la Carta Magna se busca la consolidación y reafirmación de la democracia institucional panameña.

La Constitución o norma suprema de un Estado de Derecho puede ser definida desde el punto de vista formal como: “(...) *el Código político en que el pueblo, por medio de sus representantes, por él libremente elegidos, fija por escrito los principios fundamentales de su organización y, especialmente, los relativos a las libertades políticas del pueblo.*”¹ Así las cosas, entre uno de los principales objetivos o finalidades que debe cumplir toda Carta Magna se encuentra la de procurar lograr un consenso o un *pacto político, social y económico* con cada una de las fuerzas activas y legitimadas de la sociedad; y la única manera de atemperar o aminorar constantemente la presentación de proyectos de reformas constitucionales en futuros lustros será a partir de lograr una amplia consulta a la ciudadanía en general.

¹ OSSORIO, MANUEL (1989). Constitución. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Heliasta S.R.L., página N°. 160

La importancia de la elaboración de un documento ampliamente debatido y consensuado repercutirá en la preparación de un instrumento jurídico que brinde una estabilidad y seguridad jurídica para las personas que interactúan en sociedad; además que al ser la Ley Fundamental de la República de Panamá una Constitución rígida, y contener una cláusula de blindaje o protección de reforma constitucional, se hace más que necesario efectuar una adecuada, aceptada y ponderada normativa que perdure durante un determinado lapso de tiempo o de años como válida, sin necesidad de estar planteándose a cada instante futuras o posibles modificaciones (salvo que sean esencialmente indispensables); máxime que hay que tener en cuenta lo difícil y complejo que es lograr cumplir con los requisitos de reforma a la Carta Magna, en virtud de la naturaleza e importancia que la misma debe de detentar como norma suprema del Estado de Derecho.

A efectos de garantizar el cumplimiento de los señalamientos precedentemente esbozados, el Poder Ejecutivo ha considerado prudente en virtud de la exposición de motivos del Decreto Ejecutivo N°. 209/2011, de 26 de abril; que además de los diversos mecanismos que se propongan, le competará al Consejo de Concertación Nacional para el Desarrollo, constituirse en el ente nacional público-privado encargado de llevar a cabo la tarea de estimular la participación y consulta ciudadana para la consecución transparente de metas en materia de propuestas de Reformas Constitucionales a la Carta Magna panameña.

De igual manera, el Poder Ejecutivo ha procedido a la creación o conformación de una Comisión Especial de Consulta de las Reformas de la Constitución Política de la República de Panamá, que también se encargará de las tareas de consulta, diálogo y cronograma de las actividades; sistematización de la información, elaboración de los instrumentos conceptuales; y la revisión de las propuestas que se presenten en relación con la proposición de reformas a la Carta Magna panameña.

En virtud de la creación de estas instituciones o entes previamente descritos, que tienen como labor esencial la recopilación, tratamiento y manejo de las distintas propuestas que se presenten o lleven a cabo en relación a las posibles modificaciones de las distintas instituciones o artículos constitucionales, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua como institución superior educativa considera oportuno y prudente avocarse a éste proceso de presentación de reformas constitucionales, las cuales pensamos que podrán redundar en el beneficio y el desarrollo de las ciencias jurídicas, sociales y políticas. Por las razones precedentes es que procederemos a efectuar de forma responsable y

justificada nuestras propuestas puntuales, en torno a determinadas modificaciones a ciertas instituciones y disposiciones constitucionales consagradas dentro de la Ley Fundamental del Estado de Derecho panameño, que a nuestro criterio requieren de una actualización en virtud de la realidad en la que vive la sociedad actual panameña y exhortamos a que se fortalezcan los principios del humanismo cristiano que guían nuestra sociedad.

2.- Señalamiento específico de los artículos constitucionales en los que se precisa la incorporación, o en su defecto una reforma a determinadas instituciones o artículos de la Constitución Política de la República de Panamá:

Frente a las posibles discusiones o controversias constitucionales a efectos de determinar si es conveniente la elaboración de una Constitución Política que incorpore disposiciones de carácter reglado o codificado en las que prácticamente se pierde la naturaleza o la esencia de una verdadera Carta Magna trayendo como consecuencia la existencia de un número plural y extensivo de artículos², consideramos que lo más apropiado es decantarnos por la tesis que propugna la construcción o configuración de una Constitución Política con normas de carácter programáticas.

Por tal razón, consideramos que lo más recomendable sería la propuesta de inclusión de determinadas disposiciones muy puntuales y particulares que son más que necesarias para el fortalecimiento de los distintos principios e instituciones de garantías constitucionales, así como también de los poderes públicos del Estado, e instituciones públicas contenidas en su gran mayoría en la parte orgánica de la Carta Magna panameña. Incorporar una extensa lista de cambios específicos creemos que haría que se perdiera la naturaleza propia de una norma suprema como vendría siendo la de establecer únicamente *normas programáticas*³ esenciales para el adecuado desarrollo de la nación.

² La Constitución Política de la República de Panamá cuenta en estos momentos con aproximadamente entre 326 a 327 artículos, y proceder a incluir muchas más disposiciones de carácter constitucional podría producir que la esencia de regular de forma genérica las normativas constitucionales se pierda; pasando a transformarse nuestra normativa fundamental en un código o un reglamento con innumerable cantidad de artículos.

³ En tal sentido, le corresponderá al legislador patrio, proceder a desarrollar cada una de las disposiciones, principios e instituciones constitucionales consagradas en la Constitución Política; y al Órgano Ejecutivo proceder a la reglamentación de las leyes emitidas por parte del Poder Legislativo, respetando de ésta manera cada una de las funciones inherentes de las distintas instituciones del Estado de Derecho.

Consideramos oportuno que nuestra reforma constitucional sea guiada sobre la base de ciertos principios tales como: el fortalecimiento de las garantías fundamentales, del sistema de justicia, el equilibrio de poderes y la descentralización.

De igual forma, observamos conveniente la creación e incorporación de instituciones que fortalezcan al Estado frente a nuevos retos de la globalización, con el fin que se representen efectivamente los intereses de nuestra nación.

Estimamos recomendable con estas reformas constitucionales, que se produzca un desarrollo sostenible en la sociedad panameña al igual que se fortalezca el sistema político electoral de manera que se promueva la renovación generacional de líderes políticos, de forma tal que se impulse la participación de los ciudadanos en el beneficio y desarrollo del país.

Con los señalamientos previamente establecidos, buscamos como derrotero la reiteración de la importancia de la creación de instituciones que tengan como finalidad lograr una sociedad más humana.

En virtud de los señalamientos y fundamentos previamente establecidos, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua, efectúa como recomendación y señalamiento específico la inclusión o reforma a los siguientes artículos que a continuación procederemos a detallar:

2.1.- Inclusión de la Acción de tutela de amparo de garantías constitucionales en contra de particulares o entre particulares:

Creemos pertinente la inserción también dentro del artículo N°. 54 de la Constitución Política de la República de Panamá, la inclusión de la institución jurídica del amparo de garantías constitucionales **entre particulares**.

2.2.- Inclusión de mejoras en relación al salario mínimo, con la finalidad de asegurar una considerable condición de vida al trabajador panameño:

Avizoramos por parte de la Universidad Católica Santa María la Antigua, que el artículo N°. 66 de la Constitución Política de la República de Panamá debería de incorporar la obligatoriedad que con el salario

mínimo que perciba el trabajador se asegure una adecuada canasta básica familiar; la cual evidentemente también redundará en el beneficio de la familia del asalariado.

2.3.- Inclusión de sanciones de carácter monetario por parte de la Defensoría del Pueblo, ante la reincidencia manifiesta de determinadas autoridades:

Estimamos adecuado como una vía de solución y correctiva de los problemas sociales que se presenten en el país, que el artículo N°. 129 de la Constitución Política de la República de Panamá debería de apartarse de la concepción clásica y tradicional que sostiene la doctrina respecto del Ombusman en relación al tipo de sanciones que el mismo podría imponer, a efectos de incorporar una **modalidad sancionadora de carácter pecuniario**, ante la reincidencia manifiesta de determinadas autoridades públicas.

2.4.- Inclusión de una disposición constitucional limitativa de la carga impositiva:

Presumimos equitativo la introducción dentro del Título V, Capítulo 2 de la Constitución Política de la República de Panamá, específicamente en la temática relativa a la formación de las Leyes, la inclusión de una disposición a nivel de rango constitucional que exija que para poder aprobar e imponer nuevos tributos e impuestos por parte del Poder Público se requerirá por lo menos de 2/3 partes de los votos de los miembros de la Asamblea Nacional de Diputados, que otorguen su consentimiento para la aprobación o modificación de tal tipo de normativa que establezca impuestos y contribuciones.

2.5.- Modificación de la terminología o expresión “*indultos por delitos políticos*”:

A nuestro juicio, el artículo N°. 184, numeral 12 debería ser rectificado o cambiado a la expresión delitos **comunes**, ya que la amnistía es la única que se decreta para los delitos políticos, en tanto que en los delitos comunes se decretan son los indultos.

2.6.- Modificación a la disposición constitucional relativa a la forma de escogencia de los Magistrados que componen la Corte Suprema de Justicia.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua, estima oportuno sugerir una modificación al artículo N°. 203 de la Constitución Política de la República de Panamá, en el sentido que se cambie o varíe la forma tradicional como han sido escogidos los Magistrados que componen la Corte Suprema de Justicia, de manera tal que no quede únicamente en manos del Poder Ejecutivo (Consejo de Gabinete) la potestad exclusiva de nombrar a los Magistrados que conformarán la máxima corporación de justicia.

En tal sentido, al guardar estrecha concordancia jurídica el artículo 203, con la disposición 200, numeral 2 de la Constitución Política, estimamos que por “*ratio logis*” deberá ser modificada ésta última normativa, de manera tal que **no quede únicamente como facultad o atribución exclusiva** del Consejo de Gabinete en compañía del Presidente de la República, la **designación de todos los Magistrados** que conformarán la Corte Suprema de Justicia.

2.7.- Incorporación de otra serie de requerimientos además de los ya exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia:

Consideramos adecuado que se incorpore dentro del artículo N°. 204 de la Constitución Política de la República de Panamá además de los requerimientos establecidos en la referida disposición, que se incluya la necesidad de solicitarle a los futuros aspirantes a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que los mismos cuenten con reconocida ética profesional, moral, y conocimientos jurídicos comprobados.

2.8.- Modificación de determinadas disposiciones constitucionales con la finalidad de incorporar un Tribunal o Corte Constitucional que se encargue de tutelar todas las instituciones de garantías constitucionales:

Estimamos oportuno en primera instancia, suprimir el numeral primero del actual artículo N°. 206 de la Constitución Política de la República de Panamá⁴, y en su defecto proponer la **creación de un**

⁴ Es importante aclarar que consideramos que la figura del Pleno de la Corte Suprema de Justicia puede continuar manteniendo su vigencia para circunstancias tales como el

nuevo Título VIII, que consagre el reconocimiento del Tribunal o la Corte Constitucional, de manera tal que se le otorgue a éste ente u organismo un verdadero carácter independiente y autónomo respecto del Poder Judicial, a efectos de evitar cualquier tipo de supeditación al mismo.

En éste sentido se procedería entonces a mover o a correr los restantes o demás títulos que componen la Constitución Política de la República de Panamá, iniciando por el Título IX.

2.9.- Incorporación de las circunstancias en las que únicamente es posible la utilización de la figura de la contratación directa; y el reconocimiento de la transparencia pública en los actos de contratación:

Desde la visión de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua creemos propicio que dentro del paquete de propuestas de reformas constitucionales se proceda a modificar la disposición constitucional relativa a la figura de la contratación pública. En éste sentido, consideramos que es necesario que se defina claramente las circunstancias únicas en las cuales se deberá utilizar la contratación directa por parte de los poderes públicos, y que la misma se inserte en el artículo N°. 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

De igual manera, estimamos que debería de establecerse dentro de la referida disposición el reconocimiento constitucional de la figura de la *transparencia pública* en las contrataciones públicas.

2.10.- Modificación del artículo relativo a la reforma de la Constitución Política, a través del Método de la Asamblea Constituyente Paralela:

De manera responsable, consideramos que el artículo N°. 314 de la Constitución Política de la República de Panamá deberá aclarar el vacío jurídico que presenta, en cuanto al **procedimiento** que deberá utilizar la nueva Asamblea Constituyente paralela para **aprobar las disposiciones que serían objeto de reforma** en la nueva o futura Constitución Política de la República de Panamá.

juzgamiento de los miembros de la Asamblea Nacional de diputados que trata el artículo N°. 155 de la Carta Magna.

3.- Fundamentos tanto nacionales como extranjeros por los cuales se considera justificado o apropiado efectuar las modificaciones a las disposiciones constitucionales previamente señaladas:

Dentro del presente apartado, procederemos a exponer las razones básicas, fundamentales y en ciertos casos doctrinales por las cuales sustentamos y a la vez fundamos o cimentamos las inclusiones, incorporaciones y modificaciones a los artículos constitucionales previamente descritos.

3.1.- El amparo de garantías constitucionales entre particulares:

La concepción o posición tradicional que mantuvo la doctrina jurídica en relación a la interposición de un amparo de garantías constitucionales en contra de actuaciones provenientes de particulares (no de los poderes públicos), inicialmente fue la de no avalar ésta propuesta o tesis.

Con el transcurrir del tiempo se presentó la duda de hasta dónde era posible que no se presentasen amparos entre particulares, máxime que en el derecho administrativo moderno la tendencia es a otorgar en concesión administrativa determinados tipos de servicios que debía de prestar el Estado. Así las cosas, a la doctrina le asaltaba la duda de qué ocurría cuando la actividad que era cedida temporalmente a determinados entes privados, que de una u otra forma **afectaba a la esfera jurídica de los particulares**.

En éste sentido, empezaron a haber ciertos avances en ésta materia por parte de diversos Estados, y Tribunales de carácter internacional, los cuales comenzaron a abrir el compás para aceptar el reconocimiento del amparo de garantías constitucionales entre o contra particulares como fue el caso de Alemania⁵, España⁶, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁷.

⁵ En tal sentido, podríamos señalar que el Tribunal Constitucional alemán fue el primero que en el año 1958 a través del caso *Liith-Urteil* planteó la posibilidad de reconocer la tutela de los derechos fundamentales entre particulares. En el referido proceso constitucional se estableció como parte medular del fallo que: “*La cuestión fundamental de si las normas de derecho fundamentales tienen efectos sobre el derecho civil y cómo se debe entender ese efecto en particular, es discutible (...) Las posiciones más extremas en esta discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de otra, en la idea de que los derechos fundamentales, o algunos, y en todo caso los más importantes, son válidos en las relaciones privadas frente a cualquier persona (...)*”.

Igualmente es cierto que la ley fundamental, que no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral, en su capítulo sobre derechos fundamentales, ha incluido también un orden de valores objetivo que implica, en principio, un fortalecimiento de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho (...).

La expresión de una opinión, entendida así, en su puro efecto espiritual, es como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de la opinión. Se requiere, por consiguiente, una “ponderación de los bienes jurídicos”. El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que pueden resultar violados con el derecho de la libertad de opinión.”

⁶ En el caso español, los antecedentes más directos en los que se empezó a reconocer el amparo de garantías constitucionales entre o contra particulares fueron en las sentencias del Tribunal Constitucional de los años 1981 (sentencia 5/1981) y 1982 (sentencia 2/1982, publicada el 26 de febrero de 1982 en el Boletín Oficial del Estado). La sentencia STC 56/1995, del Tribunal Constitucional en la que se demandaba la vulneración de los derechos fundamentales por parte de organizaciones políticas es tal vez la que mejor ejemplifica la teoría de la *Drittwirkung* (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales) al establecer que: “(...) alega el Ministerio Fiscal que, aunque las vulneraciones constitucionales alegadas fueron –en su caso- motivadas directamente por la Asamblea nacional del EAJ/PNV, su acceso al recurso de amparo se basa en la lesión indirecta de los derechos fundamentales causada por las resoluciones judiciales que no otorgaron la tutela debida a tales derechos. Este Tribunal –se recuerda- ha reconocido tal posibilidad en numerosas ocasiones, recogiendo lo que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de *Drittwirkung*.”

⁷ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a establecer la importancia de que los Estados no podían adoptar una actitud pasiva ante violaciones a los derechos fundamentales e indicó lo siguiente en el año 1988, para el caso *Plattform Ärzte für das Leben vs Austria*: “Una manifestación puede afectar u ofender a personas con ideas opuestas a las sustentadas por los manifestantes. Los participantes, sin embargo, deben contar con la seguridad de poder manifestar sin temor ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes, porque ese temor inhibiría a las organizaciones de expresar libremente sus opiniones sobre cuestiones altamente controvertidas que afecten a la comunidad. En una democracia el derecho a las contra-manifestaciones no puede permitirse hasta el extremo de inhibir el derecho de los manifestantes originales. La genuina y efectiva libertad de manifestación no se reduce al deber del Estado de no interferir; la concepción estrictamente negativa no es comparable con los propósitos del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos). Igual que el artículo 8, el 11 requiere en ocasiones de medidas positivas, incluso en la esfera de las relaciones entre particulares.”

En América Latina, también se ha procedido a adoptar la corriente inicialmente propuesta por Alemania, en el sentido de implementar el recurso de Amparo de Garantías Constitucionales **entre o contra particulares** (*Drittwirkung* = efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), con el objetivo de tutelar los derechos fundamentales. Como ejemplo de estos países podemos mencionar los siguientes: Argentina, Colombia (artículo 86), el Salvador (artículo 247), Costa Rica (artículo 48), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), Nicaragua (artículo 45); Uruguay (artículo 10), Venezuela (artículo 27), Bolivia (artículo 19), Chile (artículo 20), Ecuador (artículo 95), Paraguay (artículo 134) y Perú (artículo 200.2).

Como se puede apreciar, múltiples países incluyendo a catorce Estados de América Latina, contemplan la posibilidad de interponer recursos de amparos de garantías constitucionales entre o contra particulares, con motivo de la violación de los derechos fundamentales consagrados en sus respectivas Constituciones⁸.

En virtud de las razones previamente expuestas por la doctrina jurídica a nivel internacional, consideramos prudente que se adicione como propuesta de reformas dentro del clásico amparo contra los servidores públicos, al **amparo de garantías constitucionales entre o contra particulares**, ya que en virtud de prestaciones deficientes del servicio se pueden violar los derechos fundamentales de los consumidores (derecho éste que se encuentra consagrado específicamente en el artículo 49 de la Constitución Política); o también podría darse el caso que se produzcan violaciones de los derechos fundamentales en las relaciones obrero-patronales.

3.2.- Inclusión dentro de la noción de salario mínimo, del reconocimiento de la canasta básica familiar:

Consideramos que nuestra Constitución Política debería de incluir a la par del salario mínimo, el interés o logro, que la retribución percibida por parte de los trabajadores de una u otra forma cubra someramente, las necesidades que debería contemplar la canasta básica familiar; lo cual evidentemente repercutirá en el beneficio hogareño y del conglomerado social.

⁸ A manera de mención, podemos establecer que inclusive el Sistema Interamericano de Derechos humanos también ha recogido esta doctrina inicialmente adoptada en Alemania (*Drittwirkung* = efecto frente a terceros de los derechos fundamentales) en la que se señala la responsabilidad de los particulares por violación de los derechos fundamentales.

Con el reconocimiento de la canasta básica familiar a través de una remuneración cónsona con los gastos que deben hacerle frente los trabajadores para su subsistencia y la de su familia, estimamos que ello repercutirá fundamentalmente en una mejora relativa a su calidad de vida; y la de su entorno familiar.

3.3.- Sanciones monetarias por parte de la Defensoría del Pueblo ante reincidencias manifiestas por parte de servidores o autoridades públicas:

El nacimiento de la figura jurídica del Ombusman tiene su antecedente en Suecia, y fue concebido como un ente fundamentalmente encargado de garantizar los derechos de los ciudadanos, además de procurar impedir que se generen abusos por parte del poder público (Órgano Ejecutivo y Órgano Legislativo) en contra de los ciudadanos.

Desafortunadamente como la institución tiene su construcción a partir de la doctrina sueca, en donde las sanciones de carácter moral o la capacidad de razonabilidad y persuasión de los argumentos proferidos por el Defensor del Pueblo adquieren un significado o valor importante. Lamentablemente no podemos decir que éste mismo fenómeno se ejercite de igual manera en los países hispanoamericanos en los que por problemas culturales, poca relevancia se le presta a las sanciones morales y a éste organismo encargado de tutelar los derechos de los ciudadanos; e inclusive su falta de coerción e incapacidad de imponer coactivamente sus decisiones a las autoridades pública ha acrecentado mayormente la falta de importancia que el mismo debería de tener dentro la sociedad.

Ante la temática previamente expuesta, la República de Panamá tampoco escapa a dicha realidad, por tal razón pensamos que lo recomendable sería que por imposición de carácter constitucional se estableciera la posibilidad de que el Ombusman o Defensor del Pueblo contara con la capacidad de poder imponer sanciones o multas pecuniarias a aquellos servidores públicos infractores de las garantías constitucionales y legales reguladas dentro de la normativa interna del Estado. En éste sentido podríamos aconsejar o proponer que se establezca algún tipo de **sanción monetaria** como medida coercitiva para aquellos trabajadores o servidores públicos que **hayan reincidido en tres (3) o más casos de forma reiterada y manifiestamente comprobada en la misma actitud**⁹, cumpliendo de esta manera también con el **principio de proporcionalidad**.

⁹ Somos de la opinión muy particular que en medida que un servidor público se le amoneste y sancione pecuniariamente, éste dejará de cometer violaciones o infracciones a

3.4.- Limitación constitucional en relación al gravamen desmedido de cargas tributarias e impositivas:

En los últimos años la tendencia que ha marcado la actuación en materia tributaria e impositiva por parte de los últimos gobiernos electos, ha sido la de introducir reformas a las leyes en materia tributaria.

En tal sentido, si la República de Panamá cuenta con una Entidad de carácter público que revierte cada año una considerable suma de dinero como lo es el Canal de Panamá, y se está realizando inclusive la ampliación de tal vía interoceánica, lo cual traerá como repercusión que dentro de un par de años aumente el caudal patrimonial del Estado.

En éste mismo orden de ideas, el Poder Ejecutivo también recibe en carácter de retribución económica, un determinado número de utilidades producto del porcentaje de acciones que detenta en determinadas empresas privadas, y como ejemplo de ello podemos indicar que la compañía Cable & Wireless, le entrega u otorga al año al Estado una considerable suma de dinero, a causa de la privatización de determinados servicios públicos.

Resultaría pertinente y adecuado que el Estado canalice de forma **eficiente y racional la gestión de los servicios públicos**, y que el crecimiento o desarrollo de sus instituciones estatales, al igual de su planilla estatal sea cónsona con circunstancias verdaderamente esenciales; ya que de ocurrir un fenómeno contrario a lo previamente expuesto, el resultado final que se producirá será la imposición de mayores tributos para poder sostener los gastos públicos, y en ciertos casos hasta posiblemente injustificados, como podrían ser el nombramiento de más funcionarios públicos sin existir una real necesidad, lo que finalmente produciría un abultamiento indebida de la planilla pública.

Consideramos oportuno que se incluya una disposición constitucional limitante en el sentido que en el caso que se requiera el aumento de impuestos nacionales o bien la creación de los mismos a través de una ley (*nullum tributum sine lege*), deberá ser necesario que la Ley que se apruebe específicamente en ésta materia de carácter económico cuente por lo menos con el **voto favorable de las dos**

la normativa tanto constitucional como legal, de manera tal que a través de éste mecanismo se podrán descongestionar los juzgados, tribunales y magistraturas ante la presentación de múltiples denuncias e interposiciones de Amparos de Garantías Constitucionales en contra de dichos funcionarios arbitrarios del Estado.

terceras (2/3) partes de los diputados electos en la Asamblea Nacional de Diputados.

Con ésta medida no deseamos restringir o limitar la facultad con la que cuenta el Estado de imponer tributos e impuestos para su funcionamiento; sino lo que se pretende es que exista una debida justificación y aceptación mayoritaria de los voceros del pueblo al momento de regular un nuevo impuesto, lo que traerá consigo una amplia discusión y consenso o acuerdo mayoritario por parte de las diversas bancadas políticas existentes en la Asamblea Nacional de Diputados. Así las cosas, por lo menos dos terceras (2/3) partes de los integrantes del Poder Legislativo serán finalmente quienes se mostrarán anuentes o no a la creación de una Ley de carácter impositiva que **afectará a todas las personas (naturales/jurídicas)** que residen y operan dentro de la República de Panamá.

3.5.- Modificación de la terminología o expresión “*indultos por delitos políticos*”:

A efectos de corregir la imprecisión terminológica que detenta o mantiene nuestra Constitución Política de la República de Panamá, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua como ente educativo y formativo en las ciencias jurídicas y políticas, considera que en estos instantes en los que se plantea la propuesta de introducción de cambios a la Carta Magna, debe ineludiblemente de aprovecharse la oportunidad para modificarse la indebida expresión contenida en el artículo N°. 184, numeral 12 de la Constitución Política.

En tal sentido, el artículo N°. 184, numeral 12 de la norma suprema establece que: “*Son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo: (...) 12. Decretar **indultos por delitos políticos**, rebajar penas y conceder libertad condicional a los reos de delitos comunes.*” (Las negrillas son nuestras)

Como podemos apreciar, existe un error en relación con la utilización de la terminología empleada por nuestra Constitución Política, ya que la figura jurídica de los **indultos**, no se utiliza para delitos políticos, sino que a nivel de la doctrina se aplica a los **delitos comunes**. Así las cosas, la ciencia jurídica define el indulto como: “*Remisión o perdón, total o parcial, de las penas judicialmente impuestas. Se trata de una facultad que las legislaciones conceden, por lo general, al Poder Ejecutivo, o al Legislativo. De la propia definición se desprende, en primer término, que el indulto no afecta a la existencia del delito, sino simplemente al cumplimiento de la pena, contrariamente a lo que sucede*

con la amnistía; y que mientras ésta puede recaer sobre delitos juzgados o no juzgados, el indulto únicamente puede ser concedido sobre condenas ya pronunciadas.

*El indulto es llamado particular cuando se favorece con él a uno o varios delincuentes determinados; y se llama general cuando afecta a todos los delincuentes de un mismo delito que existan en un momento dado.*¹⁰

En tanto que el concepto de **amnistía** si se aplica para la comisión de **delitos políticos**. La doctrina define la amnistía como: “*En la definición de la Academia de la Lengua, el olvido de los delitos políticos, otorgado por la ley, ordinariamente a cuantos reos tengan responsabilidades análogas entre sí. Este concepto, que podrá ser válido para algunas legislaciones, no lo es para todas; como para el Código Penal argentino, determinante de que la acción penal se extingue, entre otras causas, por la amnistía, sin especificar sobre qué delitos la misma puede recaer, con lo cual resulta indudable que afecta a todos ellos. No obstante, lo corriente es que la facultad de amnistiar se aplique a los delitos políticos.*”¹¹ (Las negrillas son nuestras)

Por las razones precedentes expuestas, concluimos el presente apartado considerando que la expresión: “Decretar indultos por delitos políticos”, deberá ser cambiada, variada o modificada por la siguiente: ***Decretar indultos por delitos comunes (...).***”

3.6.- Modificación en cuanto al método de escogencia de los Magistrados que conforman la Corte Suprema de Justicia:

Frente a la desacreditada o mancillada opinión, y la poca aceptación popular que tiene el ciudadano común de la justicia panameña, hay que recordar el aforismo “*pessimum genus ignorantiae, ignorare quod omnes itelligunt*” (la peor ignorancia es desconocer lo que todos comprenden), y ante la cuestionada politización que parece percibirse cada día más por parte de la máxima corporación de justicia, como lo es la Corte Suprema de Justicia, el habitante y la sociedad panameña en general al igual que los distintos gremios y organizaciones nacionales; observamos que los mismos han venido cuestionando por muchas décadas la forma como se elige o escogen a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, más en un ente que debe ser absolutamente imparcial al momento de juzgar.

¹⁰ OSSORIO, MANUEL (1989). Indulto. Ob. Cit., página N°. 377.

¹¹ OSSORIO, MANUEL (1989). Amnistía. Ob. Cit., página N°. 53.

En virtud de las razones previamente expuestas, y ante una sensación o percepción que pareciera que cada día se torna más cierta, en la que se estima que existe una invasión o control de parte de uno de los Poderes Públicos hacia el Órgano Judicial, lo más recomendable es que se produzca una mutación o cambio en relación a las disposiciones constitucionales que establecen la forma de escogencia de las personas o letrados que conformarán la máxima corporación de justicia.

Iniciaremos sugiriendo que debería quedar prohibida la reelección inmediata nuevamente para el cargo de Magistrado, en cualquiera de las salas que componen el Poder Judicial.

La administración de justicia debe estar alejada de cualquier tipo de vinculación de carácter político, y además los miembros que conformen éste poder público del Estado deberán ser personas respetadas y de amplia trayectoria reconocida en el mundo jurídico, por tal razón se hace más que necesario y justificado que se introduzca una modificación en relación al artículo N°. 203 de la Constitución Política de la República de Panamá, al igual que también la disposición N°. 200, numeral 2 de la Carta Magna, por encontrarse ambas estrictamente relacionadas.

En tal sentido, sugerimos que la escogencia de aquellos juristas que presidirán la Corte Suprema de Justicia en calidad de Magistrados, podrá efectuarse de la siguiente manera:

- Dos escogidos cada uno por ternas separadas, que efectúe la Asamblea Nacional de Diputados.
- Dos escogidos por el Poder Ejecutivo, a través del Consejo de Gabinete.
- Dos escogidos cada uno por ternas separadas, por parte del Órgano Judicial, de los más funcionarios con carrera judicial pertenecientes a dicho poder público.
- Tres escogidos en consenso por la sociedad civil, en donde deberán participar el Colegio de Abogados y el Consejo de Rectores Universitarios.

El procedimiento escalonado en relación a las fechas habilitadas por turnos para proceder a la selección de cada uno de los abogados que compondrá la Corte Suprema de Justicia lo definirá la Ley que deberá ser aprobada en el término de un año, después de aprobadas las reformas constitucionales.

Sólo en la medida en la que se excluya la posibilidad absoluta que sea solamente un único Poder Público el que se encargará de escoger y designar a los miembros encomendados de repartir justicia, creemos que se podrá fortalecer nuestra Corte Suprema de Justicia. Pensamos que de ésta manera se reducirá el grado de influencia política que choca con toda administración de justicia.

3.7.- Inclusión de otros requisitos para aspirar como candidato a la Corte Suprema de Justicia:

Estimamos que además de los requerimientos que en estos momentos se exigen para la escogencia como candidato a Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, es necesario que las personas que se escojan reúnan además una serie de requisitos tales como reconocida ética profesional, moral, solvencia y conocimientos jurídicos comprobados.

3.7.1.- Solvencia ética profesional y moral:

Aquellos juristas que pretendan aspirar a ocupar el cargo de Magistrados deberán contar con una reconocida solvencia ética y moral, tanto durante el momento en que ejercieron la profesión de abogado, o cuando ocuparon algún cargo público o bien se desempeñaron como profesores de derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria.

De igual manera, los candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia deberán contar con solvencia moral a lo interno de su vida privada y familiar; a efectos de evitar futuros bochornos o incidentes que después afloren a la palestra pública, y que se relacionen con actuaciones propias o personales que enturbien o pongan en tela de duda la gestión que los mismos desarrollarán durante el cumplimiento de sus funciones o atribuciones.

3.7.2.- Capacidad intelectual:

Aquel jurista que aspire a concursar como candidato a Magistrado de la Corte Suprema de justicia, para ser elegido deberá contar con una larga, y comprobada solvencia de carácter intelectual que lo acredite como persona conocedora en una determinada área del derecho. De ésta manera, toda la sociedad panameña se podrá asegurar o garantizar que los fallos emitidos han sido dictaminados por una persona con altos conocimientos en lo que respecta a aquella rama de la ciencia jurídica a la que aspira a ser magistrado.

La acreditación de la solvencia intelectual se podrá certificar o comprobar a través de los estudios académicos, así como también por los distintos aportes científicos e intelectuales que ha generado el aspirante en beneficio del derecho panameño, y que de una u otra forma han servido de utilidad o aporte.

3.7.3.- Limitaciones de influencia política dentro del órgano judicial:

Consideramos pertinente que se incorpore dentro de las nuevas modificaciones efectuadas a la Carta Magna, como uno de los demás requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, la prohibición de escoger como magistrado a aquellos abogados que de una u otra forma hayan pertenecido o se hayan vinculado o afiliado a cualquier partido político en los últimos cinco (5) años anteriores a su nombramiento.

3.8.- Propuesta de incluir un Tribunal o Corte Constitucional encargada exclusivamente de la tutela de los derechos fundamentales y constitucionales:

Con el interés de constituir un organismo especializado que se encargue de fiscalizar o vigilar por el cumplimiento de la supremacía constitucional (establecida en el artículo N°. 326 de la Constitución Política de la República de Panamá), la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua estima apropiado como instrumento correctivo de las anomalías constitucionales que se puedan presentar, la implementación de un **Tribunal o Corte Constitucional**, tal como se encuentra establecida en los diversos países o Estados que están directamente comprometidos con la tutela de las garantías y los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

En tal sentido, tomando como norte o referencia la doctrina constitucional española, el Tribunal o Corte Constitucional deberá ubicarse en un **Título constitucional totalmente distinto y separado respecto del Poder Judicial**, ya que su naturaleza implicaría la no supeditación o subordinación a la Corte Suprema de Justicia.

Éste organismo repartidor de justicia constitucional pasará a absorber casi todas las competencias que poseía anteriormente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia (con excepción la facultad de juzgar a los Diputados de la Asamblea Nacional).

Con la creación de un Tribunal o Corte Constitucional se reafirmaría una vez más la tesis que la creación de una Sala Quinta a nivel de la Corte Suprema de Justicia no tiene para nada sentido, máxime cuando dicha alternativa no es la más adecuada para tutelar nuestras garantías constitucionales.

E inclusive ya se ha señalado en relación a ésta temática en particular que: “En vista que las salas de la Corte Suprema de Justicia se encuentran todas ellas en igual grado de jerarquía con respecto al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, no es posible la interposición o presentación de recursos de inconstitucionalidad, así como tampoco de amparo de garantías constitucionales en contra de los propios fallos que se hayan dictado dentro de las salas del máximo tribunal de justicia.

Por esta razón, no tiene para nada lógica ni sentido la creación de una sala quinta relacionada con la competencia o conocimiento de todas las instituciones de garantías constitucionales, ya que quedará a igual nivel de jerarquía, y si por ejemplo en una sentencia proferida por alguna de las salas se incurrió en la violación del debido proceso, difícilmente se podrá presentar un recurso de amparo de garantías constitucionales ante el *Pleno de la Corte Suprema de Justicia*.

En virtud de las circunstancias antes señaladas, es por ello que insistimos en que se debe crear un **Tribunal Constitucional**, que conozca de todas las acciones y recursos en relación con las instituciones de garantías que ante él se presenten. Este organismo colegiado además de contar con juristas de basto conocimiento en la materia de derecho constitucional; se encontrará totalmente desvinculado del Órgano Judicial, razón ésta que permitirá inclusive tutelar las garantías constitucionales de cada uno de los ciudadanos; al punto que ante él **se podrán interponer recursos** inclusive **contra las actuaciones o sentencias que llegasen a dictar las Salas de la Corte Suprema de Justicia y que violen las normas de nuestra Carta Magna.**¹²

Precisamente en el instante en que empieza a reinar la desconfianza en las instituciones del Estado Democrático de Derecho, es cuando se comienza a resquebrajar el carácter democrático de un Estado de Derecho y surge entonces la duda por parte de los ciudadanos si en realidad se están brindando las condiciones reales y cónsonas para impartir una debida y correcta administración de justicia.

Se hace más que necesario que se cree un organismo especializado única y exclusivamente encargado de la labor de tutelar las

¹² JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2011). *Manual de Derecho Constitucional Panameño* (Tomo II). Panamá (República de Panamá): Editorial Cultural Portobelo, página N°. 145.

garantías individuales y sociales de los ciudadanos (derechos fundamentales) y las restantes disposiciones de carácter constitucional. Hay que tener claro que no sólo con la consolidación o existencia del Tribunal Constitucional se consolida una defensa realmente de los derechos constitucionales de las personas, sino que también es **necesario que las personas que lo conformen sean realmente especialistas en la materia de derecho constitucional**, ya que no tendría sentido su creación ante personas que no sean reconocidas reales autoridades académicas en ésta área de conocimiento del derecho constitucional.

Estimamos que la conformación de éste organismo colegiado podrá estar constituido por cinco (5) Magistrados y su designación podrá ser por un término no mayor de 10 años; y a los cuales les estará prohibido la reelección inmediata nuevamente en el mismo cargo.

Finalmente es pertinente indicar que con la configuración o conformación de un Tribunal o Corte Constitucional por lógica tanto el numeral primero como el último párrafo del artículo N°. 206¹³ de la Constitución Política de la República de Panamá, al igual que el artículo 207¹⁴ deberán desaparecer de nuestra Carta Magna, ya que los fallos de la Corte Suprema de Justicia sí podrán ser objeto de control, pero sólo en materia constitucional por parte del Tribunal Constitucional.

¹³ Nos estaríamos refiriendo en particular al artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá en las siguientes secciones que a continuación transcribiremos: “*La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales (...)*”

1.- La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se le advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del Pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir. Las partes sólo podrán formular tales advertencias una sola vez por instancia.

(...) Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas y obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial.”

¹⁴ Artículo N°. 207 de la Constitución Política de la República de Panamá: “*No se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas.*”

3.9.- Justificación por la cual estimamos pertinente delimitar la utilización de la contratación directa; e introducir el principio de la transparencia pública en los actos de contratación:

En el derecho administrativo se contempla la obligatoriedad que las obras, bienes y servicios que adquirirán las distintas entidades públicas se deberán hacer sobre la base del cumplimiento de las disposiciones de contratación pública, como regla general. Pero en la doctrina jurídica se establece que en determinadas circunstancias pueden obviarse los procedimientos propios para la celebración de los contratos administrativos.

En tal sentido, en la República de Panamá la figura a través de la cual se omite la aplicación del procedimiento de contratación pública, es por intermedio de la *contratación directa*. Lamentablemente la naturaleza de ésta institución propia de la contratación administrativa en ocasiones ha sido adulterada o desvirtuada, al punto que ha dejado en determinados casos de dejar de ser la excepción a la regla, para transformarse en el criterio común a ser empleado.

Por las razones previamente establecidas, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua, piensa que sería conveniente que se estableciera a nivel constitucional las circunstancias limitativas en las que únicamente se puede emplear la contratación directa, siendo estas **únicamente para casos o circunstancias de urgencia**, en las que por la premura del tiempo que toma la convocatoria a los actos públicos se hace imposible su celebración, o bien pueden que medien casos fortuitos o de fuerza mayor que dificulten el cumplimiento de los procedimientos de licitación.

De igual manera, estimamos que sería recomendable que se reconozca dentro de los procedimientos de contratación pública, a través de una norma o disposición constitucional el principio administrativo de la **transparencia** en los actos de licitación o contratación pública, de manera tal que la Ley pueda reglamentar con mayor detalle ésta institución propia de los contratos públicos.

3.10.- Corrección del procedimiento de reforma de la Constitución Política en base al sistema de la Asamblea Constituyente Paralela:

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María estima oportuno y justificado que ante la

inconsistencia jurídica en que se encuentra el Artículo 314 de la Constitución Política de la República de Panamá, el mismo sea enmendado dentro de éstas propuestas de reformas.

Así las cosas, la referida disposición consideramos que se encuentra inmersa en un vacío jurídico al momento de determinar específicamente la cantidad de votos que se requieren por parte de la nueva Asamblea Constituyente paralela para reformar la actual Constitución Política¹⁵, a diferencia del artículo N°. 313 de la Carta Magna en donde sí se establece que el Acto Constitucional en donde se proponga la modificación a la Constitución Política deberá ser *aprobado en tres debates por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional*.

El artículo que establece ésta nueva propuesta para reformar la Constitución Política **no se establece el procedimiento o método específico interno dentro de la nueva Asamblea Constituyente Paralela** que se implementará para aprobar las reformas que se efectuarán a la Carta Magna; si es por mayoría absoluta o se requerirán el consenso o la votación de las 2/3 partes de los miembros que conforman dicha Asamblea, para su aprobación.

Por tratarse de una norma constitucional tan sensitiva y de vital importancia, es prudente que sea la propia Carta Magna la que fije, establezca o señale éste procedimiento de votación y aprobación del cual se guarda absoluto silencio hasta éstos momentos.

4.- Propuesta de redacción de la nueva normativa constitucional:

En el presente apartado, procederemos a efectuar una propuesta de redacción en cuanto a aquellas disposiciones constitucionales que estimamos en nuestra calidad de Centro Educativo Superior especializado en Derecho, que deben ser modificadas o en su defecto incluidas dentro de la Carta Magna panameña.

¹⁵ El vacío jurídico aludido se presenta en la siguiente sección que a continuación transcribimos del artículo 314 de la Constitución Política de la República de Panamá que establece lo siguiente: “(...) *La Asamblea Constituyente Paralela tendrá un periodo no menor de seis meses ni mayor de nueve meses, para cumplir con la labor y entregar al Tribunal Electoral el texto de la Nueva Constitución Política aprobada, la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral.*”

4.1.- La disposición relativa a la introducción del *amparo de garantías constitucionales entre o contra particulares* podría quedar redactada de la siguiente forma:

Artículo N°. 54 de la Constitución Política de la República de Panamá:
Toda persona contra la cual se expida o ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

*El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia **del Tribunal Constitucional.***

Cuando se produzca entre personas naturales o jurídicas la violación de los derechos y garantías consagrados en ésta Constitución, se podrán tutelar éstos ante el Tribunal Constitucional, quien será el órgano competente para dirimir tal clase de conflictos. A la ley le corresponderá reglamentar todo lo concerniente al recurso de amparo de garantías constitucionales entre particulares.

4.2.- Modificación de la disposición relativa al salario mínimo, con la finalidad de incorporar la concepción de la canasta básica familiar

Creemos que la norma constitucional que contempla el salario mínimo, también debería de introducir el reconocimiento de canasta básica familiar, pudiendo quedar redactada dicha normativa de la siguiente manera:

Artículo 66: *La Ley establecerá la manera de ajustar periódicamente el salario o sueldo mínimo del trabajador, el cual **debe cubrir** las necesidades normales de su familia, mejorar su nivel de vida, según las condiciones particulares de cada región y de cada actividad económica **y asegurar una debida canasta básica familiar**; podrá determinar asimismo el método para fijar salarios o sueldos mínimos por profesión u oficio.*

En los trabajos por tarea o pieza, es obligatorio que quede asegurado el salario mínimo por pieza o jornada.

El mínimo de todo salario o sueldo es inembargable, salvo las obligaciones alimenticias en la forma que establezca la Ley. Son también inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores.

4.3.- El artículo constitucional referente a la inclusión de sanciones de carácter monetario por la Defensoría del Pueblo a causa de reincidencia manifiesta del servidor público estimamos que se pudiera modificarse o adicionarse de la siguiente manera:

Artículo N°. 129 de la Constitución Política de la República de Panamá:
La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos y las garantías fundamentales consagradas en esta Constitución, así como los previstos en convenios internacionales de derechos humanos y la Ley, mediante el control de sanciones de carácter monetario por reincidencias de faltas manifiestamente comprobadas ante hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos, y actuará para que ellos se respeten. La ley reglamentará la manera como se efectuará el procedimiento e imposición de las sanciones pecuniarias.

La defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será nombrado por el Órgano Legislativo para un periodo de cinco años, dentro del cual no podrá ser suspendido ni removido, sino por el voto de dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, en virtud de causas definidas previamente por la Ley.

4.4.- Inclusión de una disposición de carácter limitativa de la carga impositiva:

Estimamos que la incorporación de un nuevo artículo constitucional en relación con la limitación de la carga impositiva al Poder Ejecutivo podría quedar estatuida así:

Artículo N°. 165: 1. *Cuando sean orgánicas:*

- a. *Por Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional.*
- b. *Por los Ministros de Estado, en virtud de autorización del Consejo de Gabinete.*
- c. *Por la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y el Procurador de la Administración, siempre que se trate de la expedición o reformas de los Códigos Nacionales.*
- d. *Por el Tribunal Electoral cuando se trate de materia de su competencia.*

2. *Cuando sean ordinarias:*

- a. *Por cualquier miembro de la Asamblea Nacional.*
- b. *Por los Ministros de Estado, en virtud de autorización del Consejo de Gabinete.*
- c. *Por los Presidentes de los Consejos Provinciales, con autorización del Consejo Provincial.*

Todos los funcionarios antes mencionados tendrán derecho a voz en las sesiones de la Asamblea Nacional. En el caso de los Presidentes de los Consejos Provinciales y de los Magistrados del Tribunal Electoral, tendrán derecho a voz cuando se trate de proyectos de leyes presentados por ellos.

Las leyes orgánicas necesitan para su expedición el voto favorable en segundo y tercer debate, de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional. Las ordinarias sólo requerirán la aprobación de la mayoría de los Diputados asistentes a las sesiones correspondientes.

Cuando se expidan leyes que creen o modifiquen tributos o impuestos, se requerirán para su aprobación el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros que conforman la Asamblea Nacional.

4.5.- Modificación de la terminología *indultos por delitos políticos*:

Estimamos en virtud de las razones lógicas y jurídicas previamente fundamentadas, que el artículo N°. 184, numeral 12 de la Constitución Política de la República de Panamá deberá ser corregido y en su defecto la redacción que debería dársele al mismo sería la siguiente:

Artículo 184: *Son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo:*
(...) 12. *Decretar indultos por delitos **comunes**, rebajar penas y conceder libertad condicional a los reos de delitos comunes.*

4.6.- Método de escogencia de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia:

A nuestra consideración como Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua, pensamos que la nueva redacción que debería imprimírsele a las disposiciones constitucionales que establecen la manera o forma como se seleccionará a los Magistrados que conformarán la Corte Suprema de Justicia podría ser la siguiente:

Artículo 200.2: *Son funciones del Consejo de Gabinete:*
(...) 2. *Acordar con el Presidente de la República, **el nombramiento del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia que le corresponda**, del Procurador General de la Nación, del Procurador de la Administración, y*

de sus respectivos suplentes, con sujeción a la aprobación de la Asamblea Nacional.

(...)

Artículo 203: La Corte Suprema de Justicia estará conformada por cuatro salas, que establecerá la Ley y cada una se compondrá de un número impar de tres Magistrados, que podrán ser elegidos para ocupar la magistratura por el término de diez años, prohibiéndose su reelección inmediata.

A la Asamblea Nacional de Diputados le corresponderá escoger a través del sistema de ternas a dos Magistrados; el Órgano Ejecutivo por intermedio del Consejo de Gabinete seleccionará a solo dos Magistrados; el Órgano Judicial seleccionará separadamente a dos magistrados de carrera judicial por medio del sistema de ternas. Al Colegio Nacional de Abogados le competará seleccionar a través del sistema de terna a un Magistrado. Las Universidades por intermedio del Consejo de Rectores seleccionarán bajo el método de terna a un Magistrado, y la Sociedad Civil podrá escoger a un Magistrado, previo empleo del método de selección por ternas.

La Ley establecerá la fecha escalonada y el procedimiento en el que deberán intervenir cada uno de los órganos y organismos previamente establecidos.

Cada Magistrado tendrá un suplente nombrado en igual forma que el principal y para el mismo período, quien lo reemplazará en sus faltas, conforme establezca la Ley.

No podrá ser nombrado Magistrado de la Corte Suprema de Justicia:

- 1. Quien esté ejerciendo o haya ejercido el cargo de Diputado de la República o suplente de Diputado durante el período constitucional en curso.*
- 2. Quien esté ejerciendo o haya ejercido cargos de mando y jurisdicción en el Órgano Ejecutivo durante el período constitucional en curso.*

4.7.- Requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia:

Sugerimos que la redacción que podría adquirir el artículo relativo a los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia debería ser la siguiente:

Artículo 204: *Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere:*

1. *Ser panameño por nacimiento.*

2. *Haber cumplido treinta y cinco años de edad.*

3. *Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.*

4.- *Poseer reconocida ética profesional, moral, solvencia y conocimientos jurídicos en la especialidad en la que ejercerá la magistratura.*

5. *Ser graduado en Derecho y haber inscrito el título universitario en la oficina que la Ley señale.*

6.- *No haber pertenecido a ningún partido político en los últimos cinco años, anteriores a su nombramiento.*

7.- *Haber completado un período de diez años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del Órgano Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal Electoral o de la Defensoría del Pueblo que requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria.*

Se reconoce la validez de las credenciales para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, otorgadas de acuerdo con disposiciones constitucionales anteriores.

4.8.- Incorporación de un Tribunal o Corte Constitucional:

En primera instancia, consideramos prudente que se modifique el artículo N°. 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, de forma tal que la atribución de la guarda de la integridad de la Constitución pase a formar parte del Tribunal Constitucional. Por tal razón, la referida disposición debería quedar redactada de la siguiente forma:

Artículo N°. 206: *La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones legales, las siguientes:*

1. *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 en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades 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 actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.*

Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.

2.- Investigar y procesar a los Diputados. *Para efectos de la investigación, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia comisionará a un agente de instrucción.*

3.- La ley determinará las funciones y atribuciones que deberán desarrollar cada una de las demás salas que componen la Corte Suprema de Justicia.

Es importante señalar que **la última frase** del actual artículo N°. 206 que establece lo siguiente: *“Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial.”*, **deberá ser suprimida**¹⁶.

En igual orden de ideas, el artículo N°. 207¹⁷ de la Constitución Política de la República de Panamá debería ser **suprimido o desechado**, ya que al proponerse la creación de un nuevo ente u organismo encargado de la fiscalización de la guarda de la integridad de la Constitución, podrá el Tribunal o la Corte Constitucional encargarse de fiscalizar si los fallos que dictamina la Corte Suprema de Justicia se apegan a las disposiciones constitucionales y no han sido violados los derechos y garantías que consagra la Carta Magna panameña.

La normativa constitucional que regularía el nuevo Tribunal o Corte Constitucional sería la siguiente:

Título VIII Del Tribunal Constitucional

¹⁶ La razón por la cual éste párrafo deberá ser eliminado o suprimido del actual artículo N°. 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, se debe a la posibilidad de poder presentar recursos de Amparos de Garantías Constitucionales en contra de los fallos que dicten tanto las Salas de la Corte Suprema de Justicia, como también el propio Pleno de la Corte Suprema de Justicia por violación a los derechos y garantías que consagra la Constitución Política de la República de Panamá.

¹⁷ Actual artículo N°. 207 de la Constitución Política de la República de Panamá: *“No se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas.”*

O
De la Corte Constitucional

Artículo N°. 225: ***Toda persona podrá solicitar que se tutelen sus derechos y garantías constitucionales consagrados dentro de ésta Constitución ante el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, quien será el organismo público encargado de salvaguardar y proteger todas las instituciones de garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y la Ley.***

En demanda de Amparo de Garantías Constitucionales, el Tribunal Constitucional o la Corte Constitucional podrá conocer de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia cuando los mismos única y exclusivamente violen los derechos y garantías constitucionales establecidos en ésta Constitución.

La Ley reglamentará el procedimiento y los requisitos que deberán seguirse para la presentación de las distintas instituciones de garantías fundamentales.

Artículo N°. 226: ***El Tribunal Constitucional o la Corte Constitucional impartirá justicia constitucional, y será un organismo independiente respecto del Poder Judicial. Se compondrá de cinco Magistrados, todos ellos especialistas en Derecho Constitucional, y serán designados por un período de duración de diez años, sin derecho a reelección inmediata nuevamente en el cargo, seleccionados de forma escalonada, de acuerdo a lo que determine la Ley, quien será la que establecerá todo lo concerniente a la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional o la Corte Constitucional.***

Artículo N°. 227: ***Los Magistrados del Tribunal Constitucional o de la Corte Constitucional serán escogidos de la siguiente manera: uno por la Asamblea Nacional de Diputados a través del sistema de ternas, uno por el Órgano Ejecutivo a través del sistema de ternas, uno por el Órgano Judicial que sean de carrera judicial por medio del método de ternas; dos electos a través de un acuerdo o consenso de entre aquellas personas propuestas por la sociedad civil, el Colegio de Abogados y el Consejo de Rectores de universidades.***

4.9.- Incorporación de la limitación a la institución de la contratación directa; e inserción del principio de transparencia en los actos públicos:

Consideramos que finalmente el actual artículo N°. 266 de la Constitución Política de la República de Panamá podría quedar redactado de la siguiente forma:

Artículo N°. 266: *La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.*

La contratación directa sólo se podrá utilizar en las circunstancias de urgencia notoria que así lo requieran, o en los casos en los que los actos públicos hayan sido declarados desiertos.

La ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación, y se tendrá que cumplir en todo acto público con el principio de transparencia en la actuación pública.

4.10.- Modificación del método de reforma de la Constitución Política a través de la Asamblea Constituyente Paralela:

Proponemos que ante el vacío que existe en relación al procedimiento de aprobación de las nuevas disposiciones constitucionales a través de la Asamblea Constituyente Paralela, el artículo N°. 314 de la Carta Magna debería incorporar lo siguiente:

Artículo N°. 314: *Podrá adoptarse una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del Organismo Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Organismo Legislativo, o por el Organismo Legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos, el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En este caso, los peticionarios tendrán hasta seis meses para cumplir con este requisito de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Tribunal Electoral.*

Le corresponderá al Tribunal Electoral acoger la iniciativa propuesta y hacer la convocatoria a la elección de constituyentes, en un término no menor de tres meses ni mayor de seis meses desde la formalización de la solicitud de convocatoria. Realizada la elección, la Asamblea Constituyente Paralela se instalará formalmente e iniciará sus

deliberaciones por derecho propio, tan pronto el Tribunal Electoral entregue las credenciales respectivas a sus integrantes.

La Asamblea Constituyente Paralela estará integrada por sesenta constituyentes, quienes deberán representar proporcionalmente a los panameños de todas las provincias y comarcas, de acuerdo con la población electoral, y se permitirá, además de la postulación partidista, la libre postulación. Para estos efectos, el Tribunal Electoral deberá establecer en la convocatoria el sistema electoral aplicable a la elección de constituyentes.

*La Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial, pero en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los períodos de los funcionarios electos y designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente Paralela tendrá un período no menor de seis meses ni mayor de nueve meses, para cumplir con su labor. **Se requerirá la aprobación de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Constituyente Paralela para aprobar el nuevo proyecto de Constitución. Se le entregará al Tribunal Electoral el texto de la Nueva Constitución Política aprobada, la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral.***

El nuevo Acto Constitucional aprobado con arreglo a este método será sometido a referéndum convocado por el Tribunal Electoral en un período no menor de tres meses, ni mayor de seis meses, contado a partir de la fecha de su publicación en el Boletín del Tribunal Electoral.

El Acto Constitucional aprobado con arreglo a cualquiera de los procedimientos señalados en este artículo y en el artículo anterior, empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial, la cual deberá hacerse por el Organo Ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por la Asamblea Nacional, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad.