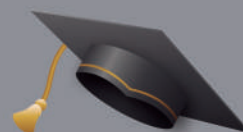


Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL



Volumen 12, No. 2, junio 2021

MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

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

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

H.M. Olmedo Arrocha
Sala Primera de lo Civil

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

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

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

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

La Revista Jurídica "Sapientia" es editada por la Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial de la República de Panamá.
Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).
Teléfono: (507) 315-1445
Correos electrónicos: sapientia@organojudicial.gob.pa
editorialisjup@gmail.com

COMITE EDITORIAL

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

Magíster Marlene Rosero
Profesora de Español y Especialista en
Docencia Superior y Lingüística.

Magíster Stella Martínez
Diseño Gráfico

CONSEJO EDITORIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Doctora Leonor Buendía Eisman
Investigadora, evaluadora de revista internacionales y de
Comités Editoriales,
Universidad de Granada.

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

Mgtr. Roslyn Julieth Gracia Ruiz

Juez Municipal Mixta del Distrito de Calobre
Órgano Judicial de la República de Panamá.

Mgtr. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Q.

Juez de Garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá,
San Miguelito
Órgano Judicial de la República de Panamá

Mgtr. Yareth N. Murillo Chavez

Juez Ejecutora de la Caja de Ahorros
República de Panamá.

Mgtr. Antonio E. Moreno Correa

Abogado
República de Panamá

Nota

Editorial

La sección Editorial y Publicaciones del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP), dedica esta segunda edición de la Revista Sapiencia, junio 2021 a la segunda promoción 2018-2020 de los Técnicos Superiores en Formación y Administración Judicial; quienes culminaron con éxitos estas carreras técnicas.

El Técnico Superior en Formación Judicial, está dirigido a magistrados y jueces del Órgano Judicial y su finalidad está destinada a fortalecer las competencias específicas, en administrar justicia con equidad y responsabilidad.

Con respecto, al Técnico Superior en Administración Judicial para servidores judiciales, su propósito es fortalecer la gestión de procesos y procedimientos vinculados a la administración de justicia, al interior de los juzgados o desde la gestión de los operadores del sistema judicial y principales órganos auxiliares de la administración de justicia.

Es oportuno felicitar a los estudiantes miembros del capítulo de honor del Técnico Superior en Formación Judicial.

Por último agradecer la labor realizada por la planta docente de las dos carreras técnicas del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, expertos docentes de alta trayectoria y experiencia en las diferentes especialidades.

Dra. Edita de Garibaldi
Editora



RESEÑA DE LA PORTADA

Título: Segunda promoción
Técnicos Superiores en
Formación y Administración
Judicial.

Foto: ISJUP

Fecha: 2021

MENSAJE DEL PRESIDENTE



La sección Editorial y Publicaciones del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, (ISJUP), dedica esta segunda edición de la Revista Sapientia, junio 2021, a la promoción 2018-2020 de los Técnicos Superiores en Formación y Administración Judicial, la finalidad del primero técnico está enfocada a fortalecer las competencias específicas y administrar justicia con equidad y responsabilidad.

En cuanto al Técnico en Administración Judicial, el propósito está encaminado a fortalecer la gestión de procesos y procedimientos vinculados a la administración de justicia.

Esta edición junio 2021 aborda temas de diversas áreas del derecho como: Panorama del proceso de nulidad en materia laboral, aporta algunas reflexiones y formula propuestas posteriores al análisis del proceso de nulidad; Del proceso por cobro coactivo, relacionado con los procesos de ejecución, regulados en el Código de Procedimiento Civil, y como difiere de un proceso de ejecución común; Detención provisional o libertad bajo cautela: aproximación a un derecho garantista y utilitarista explica que la privación de libertad no debe convertirse bajo ninguna circunstancia en una pena anticipada y el último tema La simulación en los negocios jurídicos, cuyo propósito es poner en relieve aspectos de la simulación que, por su complejidad e importancia amerita mayor profundidad.

Finalmente, invitar a los autores continuar cultivando el hábito de escribir, desde las diferentes instancias jurídicas y a los lectores nuestro agradecimiento sincero, por su preferencia y confianza.

Dr. Luis Ramón Fábrega Sánchez

Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia

**Panorama del proceso de nulidad
en materia laboral**

Mgtr. Roslyn Julieth Gracia Ruiz

10

**Detención provisional o libertad bajo
cautela. Aproximación a un derecho
garantista y utilitarista**

Mgtr. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Q.

28

Del proceso por cobro coactivo

Mgtr. Yareth N. Murillo Chavez

44

La simulación en los negocios jurídicos

Mgtr. Antonio E. Moreno Correa

54



SEGUNDA PROMOCIÓN ISJUP 2018-2020



Técnico Superior en Administración Judicial

El Técnico Superior en Administración Judicial, se estableció con el objetivo de que los servidores judiciales sean capaces de gestionar procesos y procedimientos vinculados a la administración de justicia, al interior de los juzgados o desde la gestión de los operadores del sistema judicial y principales órganos auxiliares de la administración de justicia. Cuenta con la participación de funcionarios judiciales de las diferentes oficinas del Órgano Judicial en todo el país como secretarías, programador de computadora, asistente técnico legal, agente de seguridad, porteros, analista de personal, auditora, notificadores judiciales de la Secretaría de Comunicación, de la Dirección de Informática, Dirección de Auditoría Interna, de la Sala Segunda de lo Penal, Defensa Pública, del Juzgado 2° Municipal de Familia, del Centro de Comunicaciones Judiciales (CCJ), de la Secretaría Técnica de Recursos Humanos y de Oficina Judicial, entre otros.

En la formación académica los estudiantes del Técnico Superior en Administración Judicial obtienen conocimientos relacionados a la Organización del Poder Judicial, derechos humanos, ética, español, sistema de carrera, inglés, habilidades gerenciales, acceso a la justicia, auditoría del despacho, entre otras materias del ámbito administrativo, para lo cual, contamos con profesionales idóneos y con amplia experiencia en el área laboral y en la docencia.



CUERPO DOCENTE DEL TÉCNICO SUPERIOR EN ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Magistrada Eysa Escobar
Magistrada Idalides Pinilla Guzmán
Magistrado Mauricio Marín
Magistrado Juan Francisco Castillo
Dr. Ricaurte Soler Mendizábal

Juez Ariadne García
Juez Gionela Ortega
Juez Nayla Thurber
Juez Bosco Monterrey

Licenciada Aracelly Vega
Profesora Marlene Rosero
Profesora Nereida Soo
Licenciada Sonia Arbeláez
Licenciada Jilma Rodríguez
Licenciada Jerónima Lewin
Licenciada Joselin Vos
Licenciada Yamileth Ledezma

Licenciado Miguel González
Licenciado Andrés Mojica
Licenciado José Sánchez
Ingeniero Luis A. De Mera
Profesor Héctor Anria



CAPÍTULO DE HONOR TÉCNICO SUPERIOR EN FORMACIÓN JUDICIAL

PRIMER PUESTO

ANABEL GUADALUPE VARELA
JUEZ DE JUICIO ORAL
TRIBUNAL DE JUICIO
SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL



SEGUNDO PUESTO

GUSTAVO ALEXIS DE GRACIA MORENO
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE APELACIONES
PRIMER CIRCUITO JUDICIAL



TERCER PUESTO

YILES ZOINÉ PITTÍ
MAGISTRADA DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE APELACIONES
PRIMER CIRCUITO JUDICIAL





SEGUNDA PROMOCIÓN ISJUP 2018-2020



Técnico Superior en Formación Judicial

El Técnico Superior en Formación Judicial, dirigido a magistrados y jueces a nivel nacional con la finalidad de fortalecer las competencias específicas, para administrar justicia con equidad y responsabilidad tiene la finalidad de fortalecer en los participantes, los conceptos jurídicos elementales, sistemas informáticos judiciales y conocimiento de los procedimientos administrativos de los tribunales de justicia. Cuenta con la participación de magistrados del Tribunal Superior de Apelaciones, Juez de Garantías, Juez de Juicio Oral, Juez Municipal Mixto, Juez de Cumplimiento, Juez Municipal, Asistente de Magistrado, Defensor Asistente y Juez de Circuito, de los cuatro distritos judiciales.

En la formación los participantes obtienen conocimientos relacionados a la organización del Poder Judicial, métodos alternos de resolución de conflictos, derechos humanos, principios generales del derecho procesal, ejecución de resoluciones judiciales, entre otras materias del ámbito jurisprudencial, donde se destacan docentes con amplia experiencia en el ámbito de la educación superior.



CUERPO DOCENTE DEL TÉCNICO SUPERIOR EN FORMACIÓN JUDICIAL

Magistrada Angela Russo de Cedeño
Magistrada Eysa Escobar
Magistrada Idalides Pinilla Guzmán
Magistrado Mauricio Marín
Magistrado Juan Francisco Castillo
Magistrado Waldo Batista
Magistrado Samir Tejeira
Dr. Ricarurte Soler Mendizábal

Juez Celso Rodríguez
Juez Ariadne García
Juez Gionela Ortega
Juez Librada Aguilar
Juez Nayla Thurber
Juez Yanelka Quijano
Juez Justo Edmundo Vargas

Licenciada Aracelly Vega
Licenciada Cristina Quiel
Licenciada Marlene Rosero
Licenciada Nereida Soo
Licenciada Sonia Arbeláez
Licenciada Dalys Campines

Licenciado Jorge Chang
licenciado Luis Quintero
Ingeniero Luis A. De Mera
Licenciado Héctor Anria



Panorama del proceso de nulidad en materia laboral

Mgtr. Roslyn Julieth Gracia Ruiz

Juez Municipal Mixta del Distrito de Calobre

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: roslyn.gracia@organojudicial.gob.pa

Panorama del proceso de nulidad en materia laboral

Recibido: Abril 2021

Aprobado: Mayo 2021

Resumen

Por medio del proceso de nulidad se pone en funcionamiento la actividad jurisdiccional para que una resolución judicial de fondo, a pesar de que esté ejecutoriada y surtiendo todos sus efectos, no pueda dar certeza jurídica; toda vez que se ha llevado un juicio laboral inoída parte; es decir, sin la debida notificación de una de las partes en especial, para que esta tenga a bien ejercer su defensa; no obstante, lo que se persigue es establecer la posibilidad de implementar otras causales de nulidad, sin limitarse a la figura del demandado, más aún cuando no existe proceso de revisión laboral en nuestro país.

Abstract

Through the nullity process, the jurisdictional activity is put into operation so that a substantive judicial resolution, even though it is enforceable and having all its effects, cannot give legal certainty; every time an innocent labor lawsuit has been carried out; that is to say, without the due notification of one of the parties in particular, so that it has the right to exercise its defense; However, what is sought is to establish the possibility of implementing other grounds for nullity, without being limited to the figure of the defendant, even more so when there is no labor review process in our country.

Palabras Claves

Nulidad, sentencia, cosa juzgada.

Keywords

Nullity, judgment, Jugged thing.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene la prioridad de aportar algunas reflexiones, y formular propuestas, posteriores al análisis del proceso de nulidad, en la búsqueda de un proceso bien definido, posibilitando la interacción de docentes y discentes a fin de fomentar, procesos de enseñanza, dinámicos, pensantes y de calidad.

En este contexto de ideas, el rendimiento intelectual en las distintas etapas del aprendizaje, va dirigido a dar respuestas nuevas de caracteres realistas, aunadas a las habituales, en donde el desarrollo de dicha productividad será la solución tangible para algunos problemas que se han observado en el devenir del tiempo, logrando con ello que estas clases de procesos nulificantes, no sean obsoletos o

de poco uso, dado al desconocimiento teórico práctico que comprende esta temática, la cual se presenta muchas veces para la agrupación social y jurídica como letra muerta.

En exégesis al párrafo anterior, es que se ha forjado este estudio, en el cual se procederá a desarrollar los antecedentes históricos del proceso de nulidad, y como este ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo; también se tomará en consideración el marco conceptual, siendo este último la gnoseología jurídica puntual que se menciona en la medida que se profundiza sobre el tema sujeto a investigación, de manera que se haga más factible la asimilación de la lectura abstracta integrativa.

En esta obra toman protagonismo una serie de fuentes personales que iluminan la gran revolución del conocimiento, innovando, consumando transformaciones y avances positivos en el sistema procesal laboral al que se hace alusión, por lo que exhortamos la participación activa del lector para así resolver las expectativas e inquietudes del mismo.

CONTENIDO

En el campo jurídico laboral, el Proceso de Nulidad aparece como una medida, jurisdiccional encausada a anular todos aquellos actos jurídicos procesales que no reúnan los requisitos formales preestablecidos en la constitución y la ley, al violentarse el debido proceso como garantía fundamental dirigida hacia esa búsqueda de la verdad absoluta, como valor inherente e intrínseco que debe tener la administración de justicia en toda Nación.

Por lo anterior, es vital remontarse a través de la historia, para concebir cómo la figura jurídica de Nulidad, se ha ido trastocando en

cuanto a la esencia y su epistemología en el devenir de las épocas por las distintas culturas romanas, españolas, italianas, hasta llegar a ser hoy en día una realidad.

En el derecho romano se expresa que el origen de la acción de nulidad es la querela nullitatis del derecho romano, y específicamente la llamada insanabilis, que se hacía valer contra las “nulidades no subsanables de procedimiento”. En el derecho romano existía otro medio de atacar la sentencia firme, llamado restitutio in integrum que pese, a reconocer la inalterabilidad de la sentencia en un momento (cosa juzgada), admitió la posibilidad de una revisión extraordinaria mediante esta figura.

La querela nullitatis, era un recurso extraordinario contra las decisiones judiciales de origen pretorio, admisible en casos excepcionales, como por ejemplo la violencia, el dolo, etc. Su finalidad era volver las cosas al estado anterior.

En la actualidad, se ha dicho que el único supuesto para revisar los casos juzgados en lo laboral es invocando el proceso de nulidad. Vale destacar que en otros estadios jurídicos, como es el caso de España en materia laboral se puede interponer el recurso de revisión (ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo) si después de la sentencia se recuperan documentos decisivos, si la sentencia se ha dictado con documentos falsos, si se hubiese basado en testigos condenados por falso testimonio, o si el fallo se gana con cohecho, violencia u otra actividad fraudulenta.

En cuanto a los testigos no es suficiente la retratación ante notario y la falsedad del documento debe ser declarada por la esfera penal; el fraude procesal se constituye como aquella actividad maliciosa realizada con

falacia o engaño por el vencedor en el proceso.

El plazo de interposición es de 5 años desde la publicación de la sentencia y debe hacerse a los tres meses siguientes al descubrimiento de las causales; plazo que sirve para declarar la caducidad de oficio.

En ese sentido, la doctrina española destaca que:

Todo recurso procesal, con independencia de sus peculiaridades, posee una genérica finalidad posibilitar la revisión o nuevo examen de una decisión anteriormente tomada. Al igual que cualquier otra adecuación humana, la adivinad judicial está sujeta a errores que pueden ser corregidos tanto por quien los cometió (meditando sobre los propios actos, a la vista de nuevos argumentos) cuanto por un tercero.

Esto último es lo que se denomina proceso laboral y el Derecho al Recurso, por lo demás, cabría preguntarse ¿Por qué se excluyó el proceso de revisión laboral en Panamá? Y ¿Si es posible incluir en el Código de Trabajo (1995), artículo 984, otras causales de nulidad?

Ahora bien, la nulidad se vincula estrechamente con el derecho de defensa en su aspecto negativo, esto es a la indefensión procesal; sin embargo, ello no debe constituirse en un requisito adicional de la nulidad ni tampoco debe reducirse la institución a este solo aspecto de las garantías, por el contrario, la sana doctrina parece apuntar a que cualquier violación de garantías constitucionales del proceso amerita también la nulidad de las actuaciones viciadas. (Hernández, 1995)

Otra limitante observable es que los

juzgados de trabajo son los únicos que tienen competencia para conocer de los procesos de nulidad en primera instancia, conforme lo establece el Código de trabajo (1995), artículo 988.

Siendo esto, una disposición a todas luces inquietante; ya que el mismo tribunal que se pronunció en el fallo primigenio, es quien debe pretender anularlo mediante este tipo de proceso.

Lo más razonable es que otro juzgador, sea quien valore si es procedente el proceso al estar revestido de legalidad, y así se cumpla con lo establecido en el artículo 984 y 988 del código antes citado, que a la letra dicen:

Artículo 984: En la jurisdicción de trabajo solo puede proponerse los procesos de nulidad contra las sentencias o autos definitivos, cuando no se haya notificado la demanda al demandado en los casos que la ley exigiere la notificación, y se advierta que como resultado de esa omisión la parte no ha sido oída en el proceso.

Artículo 988: “El proceso de nulidad es privativo de la judicatura laboral”.

Por otro lado, respecto a los efectos del proceso de nulidad, Código de trabajo, (1995) artículo 985, establece que la interposición de un proceso de esta clase, no suspende la ejecución de la resolución que se impugna ni el trámite de la misma.

Esta excerta legal, tiene como propósito evitar que el proceso de nulidad sea propuesto como acción dilatoria del trámite de ejecución de la sentencia; sin embargo, la nulidad procesal es justamente dejar sin efecto el acto defectuoso y las diversas actuaciones

ejecutadas correctamente, pero que son una secuela del acto viciado, por lo que al ser la sentencia anulada, deben restaurarse las cosas a su estado anterior.

Le corresponde al juzgador competente el decidir respecto a la nulidad, disponer el trámite que corresponda, y a condenar a favor de la parte que obtuvo la anulación a que la otra le indemnice por los perjuicios causados; empero, los mismos requieren estar debidamente probados dentro del expediente laboral, la indemnización pecuniaria será total en el caso de que los bienes materiales embargados, se hubieran extinguidos.

Legalmente, la prescripción de la acción para interponer el proceso de nulidad es en términos generales de (1) un año, salvo que habiéndose dado el remate en el proceso demandado se hayan afectado derechos reales de terceros que no litigaron en cuyo caso esta forma de extinción de la acción se cumple de conformidad con lo establecido en las reglas del derecho común.

Contra la sentencia emitida dentro del proceso de nulidad, procede el recurso de apelación y deberá concederse en efecto suspensivo por lo cual la competencia del juez de primera instancia desde que se ejecutorie la resolución que la concede hasta que el tribunal, decida lo que en derecho corresponda, conforme lo señala el Código de Trabajo (1995), artículo 990.

Artículo 990: “La sentencia es apelable en efecto suspensivo”.

Diferencias entre el proceso declarativo y el proceso de nulidad

El proceso declarativo tiene su génesis en el Código Judicial (1917), llegando a ser uno de los pocos de América Latina que lo

reconocía expresamente. El referido proceso estaba regulado en aquel entonces en el artículo 360. De igual forma, se reitera en la actualidad mediante el Código Judicial (2001), artículo 464 y en el Código de Trabajo (1995), artículo 527, el cual a la letra dice:

Artículo 527: La persona que pretenda hacer efectivo algún derecho, que se declare su existencia o que se declare la inexistencia de uno adverso a sus intereses, o la existencia a inexistencia de una relación jurídica que le interese o afecte, o que se haga cualquier declaración que le interese o afecte, puede pedirlo ante los tribunales en la forma prescrita en este código.

El proceso declarativo en Panamá, se obtiene a través del proceso ordinario, que se ha de surtir con audiencia de las personas frente a las cuales se desea hacer valer dicho proceso y su diferencia con el proceso de nulidad radica en los siguientes hechos: El proceso declarativo puede promoverlo cualquier persona que pretenda hacer efectivo un derecho, o que le afecte la existencia o inexistencia de una relación jurídica. En cambio, el proceso de nulidad solo podrá promoverlo la parte demandada en el proceso viciado, de conformidad con el Código de Trabajo (1995), artículo 984.

El Proceso de nulidad procede contra sentencia o autos definitivos que pongan fin al proceso, de tal forma que es el único proceso que en materia de trabajo enerva la conservación de la cosa juzgada; en cambio, el proceso declarativo no comprende tal prerrogativa.

Situación que se ha reiterado sendas jurisprudencias, entre las cuales citaremos el Recurso de Apelación promovido por el Licdo. Mariano de Jesús Castillo dentro del

proceso declarativo de nulidad propuesto por Inmobiliaria Arena y Sol, S.A. vs Proceso Laboral interpuesto por Francisco A. Caballero vs Edgardo Loo Berroa, veamos: Se observa que el Juzgador Primario ha tramitado un proceso declarativo que denomina de nulidad para enervar la cosa juzgada o ejecutoria de un auto. No se puede en el proceso laboral enervar a la cosa juzgada, salvo mediante el proceso de nulidad conforme al Código de Trabajo (1995) artículo 984 en tanto que, repetimos en el proceso laboral no existe el recurso de revisión. Se ha confundido el proceso de nulidad con el declarativo. Recuérdese que solamente se pueden anular los autos y sentencias que se dan dentro de los procesos que están en trámite, siempre que se presenten los incidentes y recursos oportunamente, pero no se puede anular un proceso (que es la consecuencia de dejar sin efecto el Auto N° 228) con los supuestos planteados. Tribunal Superior de Trabajo de Veraguas. Proceso Inmobiliaria Arena y Sol, S.A. vs Proceso Laboral interpuesto por Francisco A. Caballero vs Edgardo Loo Berroa. (M.P. Rafael Murgas Torrazza; octubre, 19 de 2007)

El proceso de nulidad, es en nuestra legislación un proceso autónomo que se origina por no darse el traslado de la demanda en un proceso anterior o primigenio y el proceso declarativo por una situación que se pretenda reconocer.

El proceso de nulidad está regulado en el Código de Trabajo (1995), artículos 984 hasta el artículo 990 y el proceso declarativo en el artículo 527 del mismo cuerpo de leyes.

Respecto al proceso de nulidad, citaremos un fallo calendado 21 de abril de 1995, emitido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, a razón del Recurso de Casación Laboral, promovido

Roberto Ramírez de Luca contra la Sentencia del 13 de Noviembre de 1989 emitida por el Tribunal Superior de Trabajo dentro del Proceso Laboral: Roberto Ramírez de Luca vs. Pan American Life Insurance Company:

Por las consideraciones expresadas, la suscrita JUEZ TERCERO DE TRABAJO DE LA PRIMERA SECCIÓN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA PROBADAS las excepciones de pago y cosa juzgada en cuanto a vacaciones, décimo tercer mes e indemnización por accidente de trabajo; asimismo ABSUELVE a la sociedad PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY del pago de las prestaciones reclamadas por el señor ROBERTO RAMÍREZ DE LUCA.

Fundamento de Derecho: Artículos 575, 576, 735 y demás concordantes del Código de Trabajo. Decreto de Gabinete 221 de 18 de noviembre de 1971”.

Contra la sentencia anterior, el actor apeló ante el Tribunal Superior de Trabajo, quien en resolución del 13 de noviembre de 1989, expresa lo siguiente:

“Ante esta Superioridad ingresó el proceso laboral propuesto por ROBERTO RAMÍREZ DE LUCA en contra de la empresa PANAMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY, que fuera promovido hasta esta instancia a través del recurso de apelación que interpuso el demandante en contra de la Sentencia NI 20 del 23 de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, que fuera emitida por el Juzgado Tercero de Trabajo de la Primera Sección.

Según dicha resolución, fueron

probadas las excepciones de pago y cosa juzgada en cuanto a vacaciones, décimo tercer mes e indemnización por accidente de trabajo, por lo que decidió absolverse a la sociedad demandada del pago de las prestaciones reclamadas por el señor ROBERTO RAMÍREZ DE LUCA.

Como quiera que esa decisión no satisfizo al demandante este produjo la alzada, y concurrió oportunamente con su alegato a este segundo nivel, participación esta que también hizo la demandada, al oponerse al recurso de apelación que atendemos.

En cumplimiento del Artículo 940 del Código de Trabajo, el Tribunal revisa la actuación y determina que no se dieron en ella vicios que afecten su validez por lo que sin objeción se decide pasar a conocer el fondo de la controversia.

Es visible a fojas 9 del expediente, el escrito corregido de la demanda, en la cual el actor en su hecho octavo nos dice que salvo mejor tasación la demandada adeuda a nuestro representado la suma de B/.30,000.00 en concepto de vacaciones, el décimo tercer mes de febrero de 1960 a febrero de 1972, más la indemnización”; y luego al fundamentar dicha petición nos expresa que laboró para la PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY desde febrero de 1960 hasta el 13 de octubre de 1986, cuando renunció por el incumplimiento de la citada empresa con sus obligaciones laborales.

A renglón seguido el demandante hace referencia a la transacción judicial por la suscrita ante demanda laboral que él promovió contra la misma empresa, y luego añade que eso lo hizo “por

la difícil situación económica en que se encontraba” y que en dicha transacción se le obligó a renunciar a las prestaciones laborales que ahora demanda, lo cual se entiende que es nulo en atención al Artículo 67 de la Constitución Política y el Artículo 8 del Código de Trabajo.

En el hecho quinto hace referencia a la concurrencia de un accidente de trabajo, el cual le produjo una “incapacidad aproximada de cuatro meses”, y como dicha incapacidad no pudo ser pagada por la Caja de Seguro Social porque la demandada no pagaba las cuotas correspondientes, también las reclama.

En el hecho sexto de la demanda hace nuevamente referencia a la transacción por el celebrada y afirma que en ella no se incluyeron las vacaciones, el décimo tercer mes, ni la indemnización por renuncia con causa justificada, ni la indemnización por el accidente de trabajo antes aludido.

Una vez hecho el traslado, la demandada presentó escrito de contestación oponiéndose a lo exigido en la demanda, para lo cual negó la existencia de la relación laboral con el demandante y la referencia a la responsabilidad de la renuncia mencionada por el señor DE LUCA. Aceptó, sin embargo que ante la demanda promovida por el actor, suscribieron una transacción Judicial en octubre de 1986, la cual a su entender se dio como un acto propio de la voluntad del señor RAMNREZ DE LUCA en su condición de Agente de Seguros. También acepta que la transacción aludida no incluyó el pago de vacaciones y décimo tercer mes desde 1960 hasta febrero de 1972, ni la indemnización por un supuesto

accidente de trabajo ocurrido en agosto de 1985, pues a su entender tales conceptos obedecen a la existencia de una auténtica relación laboral y ella no la acepta como demandada.

A continuación de la aludida contestación, la demandada presentó dos excepciones, una que hace relación con el pago de Ciento Diez Mil Setecientos Sesenta y Ocho Dólares con Noventa y Nueve Centésimos a favor del señor DE LUCA y otra de Cosa Juzgada en donde alude a las transacciones suscritas por el demandante ante los Tribunales de trabajo poniéndole fin a las reclamaciones impetradas y las que pudiera reclamar derivados de la relación mantenida con la demandada. La etapa probatoria fue aprovechada por las partes, que incorporaron al proceso las piezas que consideraron pertinentes, alguna de las cuales fueron objetadas y al final valoradas por el Juzgador a-quo, el que al concluir su etapa procesal llegó al conocimiento de que fueron debidamente probadas las excepciones de pago y de cosa juzgada que fueron formuladas en lo relativo a las vacaciones, décimo tercer mes e indemnización por el accidente de trabajo; y además consideró que sobre el reclamo de la renuncia con responsabilidad patronal el demandante no aportó ninguna prueba al proceso, aparte de que sobre este mismo hecho quedó demostrado la excepción de pago y de cosa juzgada, mediante la transacción que le puso fin a un proceso anterior.

Como quiera que las excepciones argumentadas ocupan un orden prioritario en cualquier proceso, pasamos a examinar la veracidad de

las mismas, a través de las pruebas incorporadas al expediente. Consta en el proceso varios documentos que hacen referencia a dos transacciones celebradas entre las partes; una en relación a una demanda relativa al pago de una jubilación mensual y la otra relativa a una demanda de prestaciones varias que mantenía en esos momentos el señor DE LUCA en contra de la empresa PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY. Si bien la primera transacción es muy específica, nos revela que en su oportunidad el demandante logró que la demandada se comprometiera con él al pago de una jubilación vitalicia por la cantidad de B/.428.00, el cual fue reconocido con fundamento al Artículo V del Contrato de Agencia suscrito entre las partes. Dicha transacción fue avalada por el Juzgado Tercero de Trabajo de la Primera Sección, concluyendo de ese modo tal proceso y constituyendo para esos efectos la cosa juzgada.

A fojas 63 aparece la copia de otro escrito de transacción, en donde las partes acuerdan poner término definitivo a las reclamaciones que por vacaciones y décimo tercer mes solicitara el demandante DE LUCA a la empresa PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY. Según dicha transacción, el demandante aceptó como pago único y total “de todas y cada una de las prestaciones, reclamos y derechos emanados en este juicio o los que pudiera reclamar en el futuro por razón de las relaciones que ha mantenido con la demandada, “la cantidad de Ciento Diez Mil Setecientos Sesenta y ocho Balboas con Noventa y nueve Centésimos; y de acuerdo con el punto uno de

dicha transacción, “el demandante declara por este medio que quedan satisfechas todas sus prestaciones, derechos y pretensiones en contra de la demandada”.

La transacción en referencia fue examinada y aprobada por el Tribunal Superior de Trabajo en el Auto de dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y seis, el cual la consideró aceptable porque no se vulnera derecho alguno del trabajador, adaptándose una forma justa y aceptable para el pago de prestaciones demandadas, motivo por el cual considera de lugar impartir la aprobación a la transacción presentada en los términos en que se han expuestos en el documento transcrito, ya que incluso este Tribunal ha recibido el Certificado de Garantía operante a fojas 585, mediante el cual se hace el pago directo previsto en el arreglo a favor de ROBERTO RAMNREZ DE LUCA.”

Como bien hemos podido constatar, el proceso que culminara con una transacción, reclamaba las mismas prestaciones laborales que ahora nuevamente se están pidiendo. En tal sentido es bien claro el hecho segundo de la demanda cuando dice: “En abril de 1985 mi representado promovió Demanda Laboral en contra de la mencionada empresa la relación laboral”; lo cual implica que si ahora nuevamente se reclaman las vacaciones y el décimo tercer mes, tendríamos que desconocer la transacción aprobada jurisdiccionalmente y que aparte de estar ejecutoriada, evidentemente constituye una situación ya juzgada. No cabe duda de que en el proceso subjudice, existe identidad legal de las personas que participan como parte;

igualmente identidad de cosa pedida en la medida de que nuevamente se están solicitando las vacaciones y décimo tercer mes producidos durante el tiempo que se mantuvo la relación entre las partes; y además de que hay plena identidad de la causa de pedir, es decir, las vacaciones y el décimo tercer mes solicitado tiene su sustento en las mismas normas jurídicas utilizada en el proceso ya archivado.

En otro ángulo, es evidente que la transacción con que culminó el primer proceso, implicó el pago de B/.110,768.99, lo cual ya cumplido según los términos de ese acuerdo, solo significa que el actor recibió en correspondencia la cifra antes enunciada. Lo anterior nunca fue negado, y mejor aún fue perfectamente separado por el reclamante en el hecho tercero de su demanda, lo cual corrobora que recibió con beneplácito y ejerciendo su voluntad ante el Tribunal, las sumas establecidas en el acuerdo.

Por otro lado, en su libelo de demanda el actor califica de nulas las transacciones efectuadas, pero solo se queda en el mero enunciado y en tal dirección no hizo ningún aporte probatorio. Es decir, lo que fue una voluntad plenamente ejercida ante el Tribunal es nula porque así se le ocurre al demandante, y no porque en algún lugar existan las pruebas fehacientes para considerar las que son técnicamente hablando, motivaciones propias de un proceso de nulidad.

En su reclamo el demandante hizo también referencia a su renuncia con obligación imputable al empleador, sin embargo tampoco en este renglón aportó ninguna prueba que evidencie

esta situación, y antes por el contrario, en el llamado Convenio de Jubilación constante a fojas 57, las partes de común acuerdo dieron por terminado el Contrato de Agente suscrito entre ambas; el cual también dice en su cláusula sexta que todo aquello que pudiera dar lugar a dudas en cuanto a su interpretación, será resuelto mediante arbitraje, de lo cual tampoco el demandante presentó pruebas.

Por lo que se observa a fojas 58, dicho Convenio de Jubilación fue suscrito por el señor ROBERTO RAMÍREZ DE LUCA, y el mismo fue presentado como documento base de la transacción, que luego fue avalada por el Juzgado Tercero de Trabajo de la Primera Sección, mediante el Auto NI 195 del 15 de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

De todo lo que hasta aquí hemos analizado, no queda duda de la ausencia de méritos en el proceso incoado por RAMÍREZ DE LUCA, sobre todo a la luz de las excepciones de pago y de cosa Juzgada que han sido demostradas por la demandada. A parte de ello, está bien claro el hecho de que el décimo tercer mes fue creado jurídicamente el 18 de noviembre de 1971, por lo que no se podrá pagar en épocas anteriores; y que de acuerdo con el numeral 8 del Artículo 737 del Código de Trabajo, una vez que se ha demostrado el pago de la reclamación de las vacaciones por tres años de trabajo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que están pagadas las causadas en años anteriores.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Trabajo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley CONFIRMA la

Sentencia NI 20 del 23 de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, que fuera emitida por el Juzgado Tercero de Trabajo de la Primera Sección, en el proceso laboral que sobre vacaciones, décimo tercer mes e indemnización le siguió ROBERTO RAMÍREZ DE LUCA a la empresa PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY. Sin costas. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso Roberto Ramírez de Luca Vs. Panamerican Life Insurance Company (M.P. Dvdimio Rvos Vásquez; abril 21 de 1995).

Proceso de nulidad y el proceso amarillo

Los juicios amarillos son aquellos que se promueven con la finalidad de evadir el pago de una obligación, declarándose en la mayoría de los casos créditos inexistentes, en perjuicio de acreedores previos que intentan hacer efectivo el pago de la deuda.

En la actualidad existe la tendencia que los procesos amarillos lo tratan de realizar por medio del proceso de nulidad, pese a que tal situación no se contempla en el supuesto establecido en la ley para promover el proceso contemplado en el Código de Trabajo (1995), artículo 984.

Por otro lado, es importante aclarar, que si bien no se puede atacar el proceso fraudulento mediante el proceso de nulidad, bien puede la parte afectada avocarse a lo establecido en el artículo 15 de la excerta legal citada, para una mejor comprensión de lo antes expuesto, se citará la siguiente jurisprudencia:

El Adquiriente de bienes por actos simulados o fraudulentos puede ser demandado. De la norma se desprende que la acción puede presentarse directamente contra aquellos que

adquirieron los bienes de manera fraudulenta. Esto supone la posibilidad de que el adquirente de bienes sea responsable de pagar prestaciones laborales, producto de una relación en la cual no fue parte. Esto claro está, solo es posible si se trata de actos fraudulentos o simulados, por el adquirente y el que traspasa. Esto no excluye que concurrentemente se demande al que traspasa bienes mediante actos simulados o fraudulentos. Es evidente que para establecer esto último hay que otear la actuación de quien traspasa un bien y de quien lo adquiere.

El Código de Trabajo, artículo 15 consagra, sin reservas, el querer del legislador de vincular a las resultas de un proceso laboral al adquirente de bienes que se presente con dolo e intención para el traspaso fraudulento de bienes. Es decir, no hay dudas que es responsable o se le vincula aunque no haya sido parte en el proceso laboral. Lo que persigue el legislador es evitar la simulación con intención del adquirente. Ahora bien, si una persona adquiere un bien legalmente, esto es, sin intención de patrocinar un traspaso simulado o fraudulento, aunque quien traspasa busca evadir responsabilidades laborales, este adquirente no tiene responsabilidad frente al pago de prestaciones laborales, ya que actuó de buena fe (Tribunal Superior de Trabajo de Veraguas. Proceso declarativo de nulidad propuesto por Inmobiliaria Arena y Sol, S.A. vs Proceso Laboral interpuesto por Francisco A. Caballero vs Edgardo Loo Berroa (M.P. Rafael Murgas Torrazza; agosto, 4 de 2003)

Sin embargo, la herramienta más eficaz para evitar los procesos simulados o fraudulentos es el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el Código de Trabajo (1995), artículo 530, cuyo tenor literal es el siguiente:

El juez hará uso de sus facultades para rechazar, con arreglo a la ley, cualquier

solicitud o acto que implique dilación manifiesta o ineficaz del litigio o cuando se convenza de que cualquiera de las partes o ambas se sirvan del proceso para realizar, un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la ley.

De las normas transcritas se desprende la intención del legislador laboral, en cuyo caso es que los administradores de justicia no conviertan en letra muerta el fin de la norma, y por el contrario se articule un mecanismo de indagación judicial para evitar que los litigantes se sirvan del proceso con actos simulados.

Vienen estas consideraciones, porque una de las vías en lo laboral para plantear un proceso amarillo es utilizando el proceso de nulidad. No obstante, como se ha observado con antelación, existen precedentes donde los jueces advierten la simulación y hacen el respectivo pronunciamiento.

Cosa juzgada vs. Proceso de nulidad

El sistema de justicia de toda Legislación debe entrelazar la justicia y la seguridad jurídica, como fines primordiales del derecho. En tal sentido, se encuentra lógica al hecho de que se declare la admisibilidad del proceso de nulidad, el cual puede incluso ir en contra de una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, siempre y cuando la justicia así lo requiera.

La figura jurídica de cosa juzgada se establece por razones de utilidad y evidencia al resto de la ciudadanía la confianza jurídica, pero la misma debe ser sacrificada para eludir un daño de mayor escala y así evitar la tolerancia de una sentencia a todas luces injusta.

Según Carnelutti (1994), aludiendo a la cosa juzgada y sus límites se expresa así: "cuando la materia de decisión sea de tal índole

que su injusticia aparezca como socialmente intolerable, la justicia puede prevalecer sobre la certeza, hasta el extremo de excluir en todo caso la inmutabilidad" (pp.350 y 354).

El objeto de la acción de nulidad, es la sentencia transitada en autoridad de cosa juzgada que confronta una anomalía procesal grave, en franca violación del orden público la moral y las buenas costumbres.

Deficiencias del proceso de nulidad en la legislación panameña

Las deficiencias en el proceso de nulidad se asientan en la falta de implementación de causales únicas de nulidad; así como el desarrollo de un procedimiento sencillo, tomando en consideración que las partes puedan convalidar lo actuado. Es prioritario, adecuar el proceso de nulidad a las nuevas corrientes de la época, sin tanto apego a aspectos de carácter formalista.

La normativa existente respecto al Proceso de Nulidad genera descontento por parte de los abogados particulares y la ciudadanía, en el sentido de no amoldarse a la realidad, a pesar de la gran influencia de la mutabilidad en el derecho en sus distintas competencias, como por ejemplo el auge que ha tomado el sistema penal acusatorio.

Otro aspecto preocupante es que quienes deben realizar la motivación, fundamentar legalmente, y dictar sentencia, en atención a la buena fe, se contradiga a sí mismo en las resoluciones de un proceso de nulidad, lo que resulta poco creíble, dado que puede ser el mismo juzgador el que incurrió en el vicio.

En el ámbito laboral, a diferencia de la esfera civil y penal, no existe el recurso de revisión; por tanto, el proceso de nulidad viene de cierta manera suplir dicho recurso,

el cual surte efectos, según el Código Judicial (2001), en su artículo 1204, por los siguientes motivos:

1. Si se hubiere fundado en documento o documentos decisivos que sirvieron como pruebas en el proceso respectivo, declarados después falsos por sentencia ejecutoriada dictada con posterioridad a la resolución que se trate de revisar, o que la parte vencida ignoraba que se habían declarado falsos antes de la sentencia.
2. Si después de pronunciada la sentencia, se encuentren documentos decisivos que la parte no hubiere podido aportar o introducir en proceso, por causa de fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.
3. Si habiéndose dictado en virtud de prueba testimonial, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
4. Si se hubiere obtenido en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, o cuando la resolución se haya fundado en un dictamen pericial rendido por soborno o cohecho, en el caso de que estos hechos hayan sido declarados en sentencia basada en autoridad de cosa juzgada.
5. Si se hubiere pronunciado contra otra resolución que ha hecho tránsito a autoridad de cosa juzgada, siempre que el recurrente no hubiere podido alegar la excepción en el segundo proceso, por habersele designado curador ad litem y que no haya recaído pronunciamiento de casación sobre dicha excepción.
6. Si se hubiere fundado en decisión recaída en distinta jurisdicción y ésta decisión hubiere sido anulada.
7. Si existe nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible del recurso.
8. Si hubo colusión en el proceso en perjuicio

de acreedores de una de las partes o si la resolución se fundó en actos o contratos reales o simulados, celebrados en fraude de acreedores, o hubo colusión entre los apoderados de las partes. En estos casos, se requiere que tales hechos hayan sido declarados en sentencia basada en autoridad de cosa juzgada; y

9. Si una parte afectada con la sentencia no fue legalmente notificada o emplazada en el proceso, siempre que en uno y otro caso no haya mediado ratificación expresa o tácita de dicha parte, ni el objeto o asunto hubiere sido debatido en el proceso.

Proceso de nulidad con relación a la acción de amparo de garantías constitucionales

En Panamá, como en otros países la demanda contencioso administrativa de protección de derechos humanos abarca los derechos justiciables, entre ellos el debido proceso, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1977), artículo 8, el cual puntualiza:

Artículo 8: Garantías Judiciales:

1. Toda Persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la Ley en la sustanciación de cualquier acusación formal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.

Basado en lo anterior, debemos decir que el Proceso de Nulidad y la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales radican su semejanza en el sentido de que ambos remedian las inobservancias del procedimiento y las

normas legales.

Al mencionar los procesos administrativos de plena jurisdicción de nulidad ante la Sala Tercera de la Corte, es menester señalar que se ha elaborado el **principio de preferencia administrativa** que se reduce a que un acto administrativo, aunque violente una garantía constitucional, debe revisarse primero en lo contencioso administrativo y no en sede de amparo.

No compartimos la aplicación absoluta de este principio en tanto que si el acto administrativo a impugnar viola una disposición legal y no una garantía constitucional (uno de los supuestos del amparo) no hay reparo a que se examine en el campo contencioso administrativo. Por el contrario si se acciona en amparo contra un acto administrativo que violente una garantía constitucional, la discusión es constitucional y no administrativa. Imaginemos que se imponga una sanción que no esté tipificada, se aplique una ley derogada, que el funcionario que dicta el acto administrativo no es competente, que en un proceso administrativo de lanzamiento o desahucio Ley 93 (1973), no se cumpla con los supuestos del debido proceso (traslado, ser escuchado, contradictorio, posibilidad de aportar pruebas, etc.). Dado uno de estos supuestos debe surgir con todos sus atributos y presidir la defensa de los derechos humanos. Concluimos que el supuesto del proceso de nulidad (la falta de traslado de la demanda) contribuye a preservar el debido proceso.

El recurso de amparo procede contra resoluciones que tuvieren su origen directo e inmediato en un acto u omisión judicial, y así lo aclara el magistrado Murgas Torrazza al decir:

La doctrina panameña se inclina por

extender al amparo para que subsane lesiones emanadas de actos judiciales, porque ese fue el criterio de Moscote a la luz de la Constitución de 1941, cuando dijo que los funcionarios judiciales no están exentos en caso de que den órdenes de hacer o no hacer. Lo anterior lo reitera Pedreschi, al señalar que para Moscote (2006), el amparo es procedente contra actos de las autoridades judiciales (p. 69).

En el Recurso de Amparo se debe cumplir una serie de requisitos para su admisión, entre los cuales están:

1. Haber agotado los recursos judiciales. Hoy en día existe la discusión si se deben interponer todos los recursos disponibles o solos aquellos ordinarios, excluyendo los extraordinarios como el de casación.
2. Violación imputable al Órgano Judicial: La violación del derecho constitucional debe ser imputable al Órgano Judicial, y se da cuando se deja en indefensión a una de las partes, porque no se articulan los medios para que el derecho a la tutela judicial no se vea disminuido.
3. Invocación del derecho constitucional infringido:
4. Se requiere hacer la invocación del derecho fundamental infringido ante la autoridad respectiva. (Murgas, 2006, pp. 70, 80 y 82.)

El por qué se debe promover el Proceso de Nulidad y no la acción de amparo obedece exclusivamente al hecho de que, si bien ambos atacan la violación del debido proceso, en el amparo debe haberse agotado la vía gubernativa o si se ataca una orden judicial los recursos previos, es decir; haber accionado todos los mecanismos legales existentes en función al cumplimiento de un proceso. Por

lo que jurídicamente el proceso de nulidad es un instrumento legal de gran valor en el sentido de que preserva el derecho de defensa aunque no de forma más expedita que el recurso de amparo. Sin embargo, la Acción de Amparo suspende los efectos del proceso anterior, y el proceso de nulidad los mantiene, por lo que sería apropiado establecer un punto intermedio, para que la demanda de nulidad no llegue a ser un juicio ilusorio.

Advertimos que la Corte Suprema de Justicia destaca que el amparo, es para revocar una orden violatoria de las garantías constitucionales para evitar un “daño inminente”. Es más nuestro Supremo Tribunal ha insistido en que la acción extraordinaria en comento se interponga en un plazo prácticamente de dos meses sin exista norma que lo señale. Se ha dicho que: “La inminencia del daño significa que se trate de un perjuicio actual, no pasado ni ocurrido hace mucho tiempo. Inminente quiere decir que amenaza o está por suceder prontamente”. (Molino Mola, 1998, p. 586).

Esto nos hace pensar que si la corte opta porque el afectado por falta de notificación de la demanda accione el proceso de nulidad y luego el amparo, resultaría evidente, por el tiempo del trámite del primer proceso, que el requisito de la **inminencia del daño** se desvanecía. ¿No se estaría negando el acceso a la justicia a los ciudadanos? Consideramos que si se da el supuesto del Código de Trabajo (1995), artículo 984 y el afectado ha interpuesto los recursos útiles, no se le debe exigir agotar los recursos extraordinarios como casación laboral y el propio proceso de nulidad. Reconocemos que sobre el tema hay distintas posturas.

Otra de las diferencias entre la Acción de Amparo y el Proceso de Nulidad, es que

el primero solo procede contra Ordenes de hacer o no hacer proferidas por una autoridad (no hay amparo contra particulares), y el segundo contra sentencias o autos definitivos, proferidos por autoridades que administran justicia en materia laboral.

Si en un proceso laboral se observa una causal de nulidad (Ver artículo 675) después de dictada la sentencia no resulta viable accionar en amparo sino interponer una solicitud en la sustentación respectiva para que se declare la nulidad de lo actuado con fundamento en una de las causales de nulidad.

Incluso debe recordarse que el Tribunal de Segunda Instancia de Oficio lo primero que examina es si se constata una nulidad o falta de actos procesales imperativos que produzcan indefensión. Esto nos dice que el legislador laboral fue extremadamente cuidadoso para subsanar las nulidades.

Se ha dicho que si en el proceso se incurre en una de las causales de nulidad (falta de competencia, ilegitimidad de personería, falta de traslado, etc.), la vía es pedir la nulidad por vía de incidente y como si fuera poco, al que no compareció a proceso por falta de notificación de la demanda, le diseñan un

proceso autónomo: el proceso de nulidad. Quedando latente el amparo tal como se ha explicado.

De lo anterior se colige, que el proponente de un proceso (declarativo, proceso de nulidad, incidente de nulidad, etc.), debe ser cuidadoso en la vía a seguir y el supuestos a invocar. Por eso no se admite, verbigracia, un proceso declarativo de nulidad de un proceso cuyo fundamento es la falta de notificación. Porque se debió accionar un incidente de nulidad antes de que la sentencia quede ejecutoriada.

Como corolario de lo expuesto podemos afirmar que si el proceso de nulidad tiene como causal uno de los supuestos del debido proceso Constitución Política (2004), artículo 32, se debe destacar que indirectamente este proceso contribuye a sostener la institución del Control Constitucional, creada por creatividad de los jueces (jurisprudencia) más concretamente en los Estados Unidos de América en el histórico fallo del Juez Marshall en 1903 en el caso *Madison vs Marbury*. En ese fallo el Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que si una norma de jerarquía inferior a la Constitución entraba en pugna con ésta el Órgano Judicial resolvería la cuestión.

Conclusiones

El proceso de nulidad posee características propias que lo identifican, es decir, que exista la falta de notificación de la demanda, de tal forma que se incurra en un vicio procesal y solo procede contra sentencias o autos definitivos, sin que se haya dado la notificación de la demanda; sin embargo, consideramos que se hace

necesario que el proceso de nulidad no se limite únicamente a la figura del demandado, sino que se incluya al resto de los sujetos procesales; por otro lado, es indispensable la implementación de otras causales, como las contempladas en el recurso de revisión, sin menoscabo de la acción de amparo de garantías constitucional.

Referencias Bibliográficas

Carnelutti, F. (1944). Sistemas de derecho procesal civil, Argentina. Editorial Hispano Americana.

Carrasco, J (2011) Nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno. Revista de derecho. Universidad Católica del Norte. (Chile).

Código de Trabajo, 1995. Ley 44, agosto, 12, 1995. 14 de agosto de 1995 (Panamá).

Código Judicial, 1917. Ley 50, marzo, 13, 1917, 22 de marzo de 1917 (Panamá)

Código Judicial, 2001. Ley 23, junio, 01, 2001, 10 de septiembre de 2001 (Panamá)

Constitución Política, (2004), Gaceta Oficial N° 25176 (Panamá)

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso Roberto Ramírez de Luca Vs. Panamerican Life Insurance Company. (M.P.Dvdimo Rvos Vásquez; abril 21 de 1995).

Hernández, J. (1995) La nueva regulación de la nulidad procesal. España. Editorial Forum.

Montoya, A. (1998) Curso de Procedimiento Laboral, España. Editoriales Tecnos, Madrid.

Molino, E. (1998) La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Panamá

Murgas, R. (2006) La Legitimidad Pasiva en el Amparo. Panamá.

Tribunal Superior de Trabajo de Veraguas. Proceso Inmobiliaria Arena y Sol, S.A. vs Proceso Laboral interpuesto por Francisco A. Caballero vs Edgardo Loo Berroa. (M.P. Rafael Murgas Torrazza; octubre, 19 de 2007).

Tribunal Superior de Trabajo de Veraguas. Proceso declarativo de nulidad propuesto por Inmobiliaria Arena y Sol, S.A. vs Proceso Laboral interpuesto por Francisco A. Caballero vs Edgardo Loo Berroa (M.P. Rafael Murgas Torrazza; agosto, 4 de 2003)

Mgtr. Roslyn Gracia Ruiz

Preparación académica:

Universidad Latina de Panamá, Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, Sede de Veraguas, Maestría en Derecho con Especialización en Derecho Procesal, 2010. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Master en Derecho Penal y derecho procesal penal, 2015. Universidad de Panamá, Magíster en Administración de Acceso a la Justicia, 2018, estudiante Sigma Lambda. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Master en Derecho penitenciario y ejecución de sentencia, 2020. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Postgrado en Derecho Procesal Penal, con mención en principios constitucionales que fundamentan el Sistema Acusatorio, 2014. Universidad Especializada de Las Américas,

Postgrado en Sistema Penal Acusatorio, 2015. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Especialista en Derecho Procesal Penal con mención en ejecución de la sentencia, 2020.

Experiencia:

Portera en el Juzgado Municipal Civil. Secretaria Juzgado Municipal de Calobre. Juez Municipal del Distrito de Calobre. Juez Municipal del Distrito de Atalaya (Encargada) Juez Segunda Suplente del Juzgado Primero de Circuito Civil de Veraguas. Juez Encargada en el Juzgado Primero de Circuito Civil de la provincia de Coclé. Juez Encargada en el Juzgado de Liquidación de causas penales. Juez de Cumplimiento de la provincia de Veraguas. Juez de Garantía de la provincia de Veraguas.



ANIVERSARIO DEL CÓDIGO AGRARIO DE PANAMÁ

SE PROMUEVE DIÁLOGO
LATINOAMERICANO PARA REFLEXIONAR
SOBRE DESAFÍOS DEL SECTOR

El Código Agrario de Panamá fue ratificado en la Asamblea Nacional de Panamá, mediante la Ley No. 55 de 2011, con la esperanza de que la actividad agraria, las empresas y los contratos agrarios, se regulasen con el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento sostenible del suelo y así determinar la organización de la Jurisdicción Agraria en base al fundamento constitucional establecido en el artículo 128 de nuestra Carta Magna.

Luego de 10 años de vigencia, y conmemorando el X aniversario de este instrumento de ley, nos encontramos en el momento de hacer una revisión y reflexión sobre si aquellos objetivos aprobados y confiados a dicho instrumento legal, hoy se materializan en una actividad agraria próspera y sostenible en el tiempo. Si se ha podido corregir el acaparamiento de tierras con finalidad ociosa o especulativa que limitaban el desarrollo y crecimiento de los hombres y mujeres de nuestro campo.

El pasado 24, 25 y 26 de mayo de 2021 se llevó a cabo el “Foro Internacional en conmemoración del X Aniversario del Código Agrario de Panamá”, coordinado por el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, por parte del Órgano Judicial de la República de Panamá; el Grupo Unificador por la Independencia del Abogado

(GUÍA Panamá) y la firma forense Panamá Property Law.

Algunos de los temas que se desarrollaron giraron en torno de: “Los retos y desafíos del Derecho y la Justicia Agraria en Panamá”; la “Agencia Panameña de Alimentos”, “La Contratación Agraria”, “La Cosa Juzgada en los procesos de oposición al título”, entre otros importantes temas.

Formaron parte de la plantilla de expositores, entre los más de 15 conferencistas nacionales e internacionales, el Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el Lic. Olmedo Arrocha y el Ex Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Dr. Ricardo Zeledón.

Este evento académico se realizó a través de las aplicaciones tecnológicas, Zoom, y Facebook, que el grupo GUÍA gestionó, para generar un espacio virtual que facilitará la experiencia latinoamericana, aprovechando las herramientas tecnológicas y promoviendo el análisis desde un enfoque académico.

Por. Hernando Abraham Carrasquilla
Presidente - Grupo GUÍA



Detención provisional o libertad bajo cautela Aproximación a un derecho garantista y utilitarista

Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Juez de Garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá,
San Miguelito

Órgano Judicial de la República de Panamá.
Correo electrónico: barraganjurista@gmail.com

Detención provisional o libertad bajo cautela Aproximación a un derecho garantista y utilitarista

Recibido: Febrero 2020

Aprobado: Abril 2021

Resumen

La detención provisional, ha sido a través de la historia uno de los temas más discutidos y atacados en el Derecho Procesal Penal. Mediante la utilización de esta medida instrumental las cárceles se han mantenido hinchadas de culpables y no culpables. En este conciso ensayo pretendemos proyectar que la privación de libertad no debe convertirse bajo ninguna circunstancia en una pena anticipada. Los embates que padece una persona en un centro penitenciario no tienen vuelta atrás. El juzgador, al momento de decidir sobre lo que argumenten las partes, debe avocarse a una justificada, proporcional e idónea detención provisional o una libertad con ciertas limitaciones. Por esto, la detención provisional es la última ratio, la última medida que se ha de aplicar para asegurar el proceso, a la víctima y la sociedad en general.

Abstract

Provisional detention has been throughout history one of the most discussed and attacked issues in Criminal Procedural Law. With this instrumental measure, the prisons have remained swollen with guilty and not guilty. In this concise essay, we intend to project that deprivation of liberty should not, under any circumstances, become an anticipated penalty. The attacks suffered by a person in a prison have no turning back. The judge, when deciding on what the parties argue, must advocate for a justified, proportional and suitable provisional detention or freedom with certain limitations. For this reason, provisional detention is the last ratio, the last measure to be applied to ensure the process, the victim and society in general.

Palabras Claves

Libertad, detención preventiva, detención provisional, medidas cautelares, juez de garantías.

Keywords

Freedom, preventive detention, provisional detention, precautionary measures, judge of guarantees.

Introducción. El Magistrado Saénz (1996), al hablar de la detención preventiva —*ahora detención provisional*—, nos explica que mediante los congresos y los debates entre jurisconsultos, desde hace décadas se ha exigido la modificación o imperiosa necesidad de transformar el proceso penal -como en efecto ha sucedido-. Esto para “evitar que la detención preventiva constituya una sanción adelantada, ocasione perjuicios innecesarios y se convierta en un instrumento de injusticia”. (p. 1). La idea central es aplicar este tipo de medida en delitos de máxima gravedad o cuando la vinculación material del imputado es sumamente fuerte, es decir, cuando los indicios recabados por el agente fiscal demuestren una alta probabilidad de condena, como lo serían los delitos en flagrancia, por ejemplo. Ahora bien, en esto se sustenta el debate que a continuación planteamos.

Antes de entrar en el grueso del asunto, debemos despejar algunas dudas con relación al tiempo que una persona puede estar aprehendida. Ya sea por agentes de la policía, el agente de investigación o por estar a órdenes del juez de garantías. Entre las preguntas que normalmente se hacen (sobre todo) los estudiantes de derecho están: son veinticuatro horas (la Constitución), cuarenta y ocho horas (la ley procesal), o se suman ambas y el término es de setenta y dos horas. El criterio dominante sobre los cuestionamientos trazados podemos detallarlos de la manera siguiente.

La Constitución Política de la República de Panamá (2004), en su artículo 21, dispone que:

Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente (. . .) El delincuente sorprendido in

fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad. Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente.

Veamos, la aprehensión puede darse por delito en flagrancia o por orden de autoridad competente (Fiscal o autoridad judicial). En el caso que un sujeto sea sorprendido en flagrancia, y es aprehendido por cualquier persona, o agentes de la Policía Nacional, debe ser puesto de manera **inmediata** ante el Ministerio Público. Luego, será la representación social quien **determinará** si es viable o no mantener esa aprehensión, es decir, si formulará o no la imputación. De considerarse que procede la formulación de cargos solicitará el agendamiento de las audiencias respectivas a través de la plataforma del Sistema Penal Acusatorio, la cual se encuentra implementada y en correcta ejecución desde el inicio del nuevo Código de Procedimiento Penal, lo que trae como consecuencia que el sujeto quede a órdenes del juez de garantías.

Cuando la Carta Magna señala en su artículo 21 que “Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas...”, dicho período de tiempo debe analizarse e interpretarse en conjunto (sistemáticamente) con el artículo 226 del Código Procesal Penal (2008), “Cuando el imputado esté privado de su libertad, el Juez fijará audiencia para decidir la aplicación de la medida cautelar personal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la privación de libertad...”, para decidir la legalización de la aprehensión, la imputación y la petición de la medida cautelar personal, de darse esta última.

De lo anterior, se puede deducir que el cómputo de las **primeras veinticuatro horas**

empieza desde el preciso momento en que el sujeto está privado de su libertad. Por tanto, el agente de investigación debe ponerlo a órdenes del juez de garantías antes que venza dicho plazo. Luego, la *Oficina Judicial*, encargada de la logística y el agendamiento de las audiencias —que de por sí, mantiene el cabal, ágil y responsable funcionamiento de todo el Sistema Penal Acusatorio (SPA) — debe fijar día y hora para la realización de esta **antes del cumplimiento de las cuarenta y ocho horas** que trata el artículo 226 *-ejusdem-*, partiendo *como lo hizo el Ministerio Público* desde el instante en que la persona es aprehendida.

Ante estas cuestiones, se puede concluir que al momento en que Oficina Judicial fije la audiencia concentrada, no necesariamente se debe tomar en cuenta la hora en que el Ministerio Fiscal puso al indiciado a disposición del juez de garantías. El punto de partida siempre ha de ser la hora en que el sujeto es aprehendido y entregado al agente de instrucción.

Oportuno es resaltar que en la práctica, el agente de investigación difícilmente hace uso de esas veinticuatro horas, de igual manera, la Oficina Judicial programa la audiencia en cuestión mucho antes de las cuarenta y ocho horas preestablecidas legalmente.

Si desfragmentamos las cuarenta y ocho horas ya señaladas se pueden avistar con claridad que dentro de esas (48hrs) están las 24hrs, establecidas constitucionalmente para el Ministerio Público. Es decir, si este utilizara veintitrés horas y cincuenta y nueve minutos (23:59), el juez de garantías (a través de Oficina Judicial) contaría con 24hrs más para el desahogo de la audiencia concentrada. Pongamos un ejemplo para ver esto con mayor claridad y no confundirnos.

Si el sujeto conocido como “Caco”, fue aprehendido a las seis de la tarde (6:00 pm) del día primero de enero de dos mil veintiuno (1/01/2021), el Ministerio Público tiene hasta las cinco y cincuenta y nueve de la tarde (5:59 pm) del día (2/01/2021) para desaprehender al sujeto o ponerlo a órdenes del juez de garantías. Si esto es así, la audiencia en sede de garantías debe realizarse antes de las seis de la tarde del día tres de enero de dicho año. Entonces, el agente de investigación cuenta con 24hrs, y el juez de garantías tiene 48hrs (dentro de las cuales están las 24hrs del Ministerio Público) para decidir. Recordemos que ambos tiempos parten del día y hora en que se da la aprehensión. Representemos esto visualmente para tener una perspectiva más amplia.

01/01/2021	6:00 p.m.	Comienza a correr el tiempo de 24hrs (aprehensión) entre la Policía Nacional y Ministerio Público (en conjunto).
02/01/2021	5:59 p.m.	El Ministerio Público pone a “Caco” a órdenes del juez de garantías antes del vencimiento de las primeras 24 hrs.
03/01/2021	5:59 p.m.	Día y hora para celebrar la audiencia ante el Juez de Garantías. Oficina Judicial agendó audiencia en sede de garantías antes del vencimiento de las 48 horas.

Aunque el ejemplo anterior es extremadamente exagerado, por no decir estrambótico, cumple con la función de establecer los términos de manera clara

y estricta. Utilicemos el mismo ejemplo trazando las situaciones o resultados que se dan normalmente.

01/01/2021	6:00 p.m.	Comienza a correr el tiempo de 24hrs (aprehensión) entre la Policía Nacional y Ministerio Público (en conjunto).
02/01/2021	8:00 a.m.	El Ministerio Público pone a “Caco” a órdenes del juez de garantías antes del vencimiento de las primeras 24 hrs.
02/01/2021	3:00 p.m.	Día y hora para celebrar la audiencia ante el Juez de Garantías. Oficina Judicial agendó audiencia en sede de garantías antes del vencimiento de las 48hrs.

01/01/2021	6:00 p.m.	Comienza a correr el tiempo de 24hrs (aprehensión) entre la Policía Nacional y Ministerio Público (en conjunto).
02/01/2021	3:00 p.m.	El Ministerio Público pone a “Caco” a órdenes del juez de garantías antes del vencimiento de las primeras 24 hrs.
03/01/2021	12:00 m.	Día y hora para celebrar la audiencia ante el Juez de Garantías. Oficina Judicial agendó audiencia en sede de garantías antes del vencimiento de las 48 horas.

Téngase presente que para fijar el día y hora, se debe llevar a cabo toda una logística por parte de Oficina Judicial, esto conlleva que las partes (el fiscal y la defensa -pública o privada-) no tengan otras audiencias el mismo día y a la misma hora, o no puedan delegar a otro agente de instrucción o abogado dicha tarea. De igual manera, se debe contar con un juez de garantías y una sala de audiencia -libre- para el desarrollo de la audiencia.

Marco legal. Resuelto lo anterior, pasemos al tema medular de esta empresa, la detención provisional. Como punto de partida tengamos presente que es el juez de garantías -juez natural- quien en primer término puede ordenar la detención provisional **a petición de parte (no de oficio)**. De esto resulta un proceso que garantiza los derechos humanos de las personas. De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José, Costa Rica (1996), “...persona es todo ser humano” (Art. 1, numeral 2). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; promulga que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (Art. 3). “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Art. 5). “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado” (Art. 9).

Como se observará, supraconstitucionalmente, la detención provisional es la **última ratio** -última razón- que debe aplicarse al momento de decidir sobre la situación jurídico penal de una persona a la cual se le ha imputado un delito determinado. Esto nos lleva de manera obligatoria a visualizar el principio de **mínima intervención** del derecho penal a través del derecho a investigar y penar por parte del Estado (*ius puniendi*).

Así las cosas, para efectos de comprender mejor lo indicado en el párrafo superior, se

tiene que la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en Pleno, para el día 26 de diciembre de (2019), entra a resolver acción de Amparo de Garantías Constitucionales, en grado de apelación, dentro del expediente No. 534-19, bajo la ponencia de la Magistrada María Eugenia López Arias. Nos ilustra la magistratura de la siguiente manera.

...La función interventora estatal a través de la pena (*ius puniendi*), [que] se debe dar bajo los límites propios del principio de estricta legalidad, de protección de bienes jurídicos, de **mínima intervención, proporcionalidad y de culpabilidad (principios que giran en torno a que el derecho penal sólo debe intervenir como *última ratio*)**”. Se trata, pues, de un principio destinado a “**que el derecho penal [sea] utilizado con un sentido mínimo, dado el carácter represivo y lesivo de esta vía**, donde sólo se recurra a su uso ante la inexistencia de otros mecanismos a la solución del conflicto social y se produzca una real afectación de los bienes jurídicos tutelados penalmente, en aras de garantizar el respeto a la dignidad humana.

Con relación al control judicial de afectación de derechos fundamentales, el artículo 12 (CPP) señala que las *medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales*. Por tanto, el juez de garantías antes de aplicar la detención provisional debe analizar y tomar como base los principios de ***excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad, proporcionalidad, temporalidad*** y el carácter ***humanitario*** de estos. Las Reglas de Tokio (1990), declaran con claridad que la prisión preventiva es el último recurso que deben utilizar los administradores de justicia. Veamos los

artículos más apropiados al tema en desarrollo.

6.1 En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La duración de la prisión preventiva no será superior a lo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 5.1 y se aplicará con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

Una vez planteado el marco legal, pasemos de manera directa a lo que nos atañe, la privación de libertad bajo el control del juez constitucional.

Detención Provisional. Como ya se observó -supra-, la detención provisional obedece a requisitos básicos, incuestionables e inmutables. En el caso de la ***excepcionalidad-ultima ratio***-, se resalta que la privación *temporal* de la libertad solo debe decretarse cuando las otras medidas cautelares dentro del catálogo establecido en el artículo 224 no son posibles (*subsidiariedad*), no son adecuadas (*idoneidad*), no son necesarias (*justificación*). Siempre teniendo en cuenta la dignidad del ser humano.

Lo anterior debe ser valorado por el juzgador al momento de decidir qué medida cautelar de carácter personal debe aplicar, o en

todo caso no aplicar medida cautelar alguna. Con la introducción de la oralidad a los juicios penales, la decisión del juzgador siempre dependerá de las habilidades de las partes. Es decir, el juez está sujeto a los argumentos de la fiscalía, la defensa y la víctima (ésta última, si desea hacer uso de la voz). En base a ello el juzgador determinará qué medida es más acorde al dilema penal planteado.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), resalta que la libertad personal es un derecho que tiene toda persona y nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas. En consecuencia, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, entre otros. Lo que señala la norma convencional es precisamente que toda detención debe estar sometida al control de la constitucionalidad y la convencionalidad. En efecto, el sistema acusatorio busca maximizar principios como la justicia en tiempo razonable, la tutela judicial efectiva, y el juez imparcial e independiente.

Del Ríos Labarthe (2014), al desarrollar este tema de manera magistral, nos explica que la prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal. De modo que, las decisiones que la impongan deben sustentarse en requisitos consustanciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, y jurisdiccionalidad, sin olvidar la adecuada y clara motivación. Las palabras del jurista son las siguientes:

...exige que cualquier limitación de derechos fundamentales debe ser **idónea** para alcanzar o favorecer el fin perseguido legítimamente por el

Estado; **necesaria** en la medida en que solo debe ser utilizada si su finalidad no puede ser alcanzada por otro medio menos gravoso (...) La **necesidad** de la prisión preventiva requiere evaluar que se está ante un instrumento que «**convive**» con otras medidas cautelares destinadas, también, a proteger el desarrollo y resultado del proceso penal (comparecencia simple y restringida, detención domiciliaria, impedimento de salida, suspensión preventiva de derechos). Por lo que siendo la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de **proporcionalidad** exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Debe ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el resultado y desarrollo del proceso penal (min. 47:40-49:00, 50:15-57:00). (La negrita es nuestra).

Se avista entonces, que todos estos principios están reconocidos a nivel nacional y supraestatal, por lo que, no pueden aislarse al momento de decidir. De hecho, el Tribunal Constitucional de la República del Perú (2002), expediente N° 1091-2020-HC/TC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa, M.P. Aguirre Roca, refiriéndose a la prisión preventiva como último recurso nos explica:

[...] Si bien la detención judicial preventiva **[prisión preventiva]** constituye una medida que limita la libertad física, **por sí misma, esta no es inconstitucional**. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella

siempre debe considerarse la **última ratio** a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de **dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales** y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. [...] [STC 1091-2002-HC de 2 de agosto «Caso Vicente Ignacio Silva Checa»]. (pág. 102-104) (Nuestro es el resaltado)

En definitiva, pueden verse los dos lados de una misma moneda. En una de sus caras puede darse que el Ministerio Público no acuse, pida el sobreseimiento, o se utilicen las salidas alternas. También, -en ocasiones-, está el hecho que el acusado (detenido) sea declarado no culpable en el juicio oral. Mientras que del otro lado, estas privaciones de libertad significativamente legales, necesarias e idóneas, y revestidas de motivación acaban en un acuerdo de pena (una sentencia condenatoria), o concluyen en una decisión de culpabilidad finalizado el debate oral y público. En estos casos, se reafirma claramente que la detención provisional estuvo plenamente justificada y se adecuó a derecho.

No siempre es aplicable una detención provisional. En los delitos de bagatela (v.gr. el hurto calamitoso, o de bienes con un valor social o moral con poca significancia), difícilmente está justificada, por no ser proporcionalidad al hecho. Por tanto, de ordenarse, puede caerse en la ambigüedad, por tacharse de innecesaria. En ocasiones se adelanta la estigmatización de culpabilidad contra el reo, bajo la premisa de una sociedad extremadamente crítica y parcializada, nublada por el etiquetamiento, propagandismo, y la desinformación. Entonces, se pueden estar

adelantando situaciones con resultados negativos en la situación jurídica penal y social del investigado, que muchas veces es irreparable.

De lo expuesto arriba, nuestra máxima corporación de justicia, en fallo del 07 de abril de 2009, entró a resolver acción de hábeas corpus en grado de apelación, dentro del expediente No. 098-09, siendo ponente el Magistrado Víctor L. Benavides P. En dicha jurisprudencia se puede apreciar el salvamento de voto del Magistrado Jerónimo Mejía E., en los siguientes términos.

... los entes encargados de la Administración de Justicia (entiéndase Órgano Judicial y Ministerio Público) deben **velar porque los procesos penales se surtan de la manera más rápida y eficiente** para evitar que ciudadanos, que estén siendo procesados, **no continúen detenidos preventivamente más allá del tiempo mínimo que prescribe la ley (. . .)**, con lo cual esta norma se convierte, para el Estado, en una especie de **sanción por su incapacidad de culminar los procesos penales en un término razonable** y, para el ciudadano, en una compensación por haber estado detenido preventivamente sin que su situación jurídica haya sido definida mediante una sentencia de fondo.

Importante análisis hace Correa (2011), al decir que uno de los puntos positivos en el sistema acusatorio, es que se señala el máximo de tiempo en que una persona puede estar detenida provisionalmente, “que si bien lo ideal es que no se tenga que alcanzar el mismo, aun así representa una fuerte presión para el sistema, en el cumplimiento de los plazos” (p. 36).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997), en su Informe No. 2-97, con relación a la duración excesiva de la prisión preventiva, puntualizó:

La situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia. Dentro de este contexto, será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso.

...

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (párrs. 13, 15)

El informe en cuestión resalta lo dispuesto en nuestra norma adjetiva penal, al decir de los requisitos para la aplicación de medidas cautelares (Art. 222 del CPP, 2008). Estos, podríamos enumerarlos de la siguiente manera: 1) el hecho delictivo y la vinculación (formal material y procesal) con

el imputado; 2) establecer que la medida es **necesaria** en cuanto al hecho concreto y los indicios recabados; 3) debe ser **proporcional** de acuerdo con la naturaleza del hecho y la posible sanción a imponer; 4) estar seguros que la afectación de los derechos del imputado/acusado está **justificada** por la naturaleza del caso; 5) tener presente que el **juez debe aplicar la detención preventiva como medida excepcional**.

Los requisitos expuestos deben analizarse en conjunto con los artículos 227 y el 237 *ejusdem* ya que allí se establecen los principios y reglas a tomar en cuenta. Así entonces, procede la aplicación de la medida restrictiva de la libertad (*o cualquier otra*) cuando: a) existan serios indicios de que el **imputado intente fugarse o desatender el proceso penal**, b) ante la posibilidad seria y fundada que el **imputado pueda destruir o afectar medios de prueba**, c) cuando se pueda inferir con claridad que el **imputado representa un peligro para la comunidad o la víctima**, porque pertenezca a organizaciones criminales, o por el **número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes**.

Cuando se dice que el imputado pretende darse a la fuga o desatender el proceso, es porque existen indicios sumamente sólidos en la incipiente investigación, sea porque el imputado no cuente con un **arraigo** familiar, laboral o domiciliario, o por ser extranjero; dicho en otros términos, que no hay nada, ni nadie que lo ate a la investigación o al territorio nacional. De igual manera procede cuando el delito imputado es grave y, por tanto, tiene una pena elevada. Cuando se habla de destrucción de prueba o medios de prueba, se trata de evidencias materiales o de influir en la víctima o posibles testigos a través de amenazas, emisarios, etc., que busquen la retractación de estos.

Con relación a que el imputado representa un peligro para la sociedad social por la cantidad de delitos imputados o por mantener sentencias condenatorias vigentes (aquellas que entren en el rango de los diez años posteriores a la condena —Art. 102 de la ley sustantiva—). Es nuestro criterio, por el momento, que la peligrosidad puede representarse de acuerdo con los tipos penales, como lo serían, el pertenecer a bandas o pandillas, posesión ilícita de arma de fuego, delitos de tráfico de drogas, contra la integridad e indemnidad sexual, violencia de género, etc., esto es, conductas reprochables con un gran impacto social.

En la práctica el hecho que el fiscal imputa por más de un delito no significa que de manera automática o matemática se deba ordenar la detención provisional, *las causas penales son casuísticas*, cada caso es diferente. Si la detención provisional fuera una operación matemática tomando en cuenta las penas establecidas en nuestra ley sustantiva, con imputar por delito que tenga pena mínima de cuatro años de prisión o, por dos o más delitos cuya sumatoria superara esos cuatro años, sería suficiente para ordenar el encierro carcelario del imputado. Sin embargo, ese no es el sentido de este sistema penal.

Insistimos en que el control jurisdiccional de *afectación de derechos fundamentales* debe sustentarse en la excepcionalidad de las medidas de coerción restrictivas de la libertad personal. En consecuencia, *el juez de garantías al decretar alguna de estas, debe hacer un análisis exhaustivo del hecho y la posible vinculación material y formal del supuesto autor o partícipe*. Debe estudiar su ámbito social, el modo, tiempo y lugar en que el hecho presuntamente se ejecutó, y, por supuesto, de ser posible **escuchar el pensar de la víctima**, toda vez que en este sistema

adversarial y acusatorio, **la víctima adquiere un papel preponderante e innegable a través de todo el proceso**.

Parafraseando al jurista Nieva Fenoll (2012), al aplicar las medidas cautelares debemos partir de tres presupuestos básicos: “el fumus, el periculum y la pendencia” (pp. 160-161). El primero se basa en el **fumus delicti commissi**, es decir, existe una gran probabilidad que la sentencia concluya con una sentencia condenatoria. El segundo, el **periculum libertatis**, no es otra cosa que el peligro de libertad que representa el imputado para la sociedad. Esto es, que el encartado pueda de algún modo desatender el proceso, destruya las evidencias o pruebas, o por su habitualidad reitere las conductas delictivas. Por tercero y último, nos habla de la **pendencia**, lo que viene a representar que el agente fiscal concluirá con una acusación dirigida a obtener una condena.

Otro de los puntos discutidos en base a las decisiones del juez de garantías, está si este tiene la capacidad legal de aplicar una medida cautelar diferente a la pedida por las partes. Por ejemplo, si el fiscal pide detención provisional, y la defensa solicita no aplicar medida alguna. Ante esta disyuntiva, el juez tiene plena facultad para aplicar cualquier otra dentro del catálogo establecido en el Art. 224 del (CPP, 2008), siempre y cuando esta sea menos gravosa, v.gr, si se pide el numeral 10, el juez puede aplicar cualesquiera otra del numeral 9 hasta el primero. De no ser así, las decisiones del juez de garantías estarían atadas y limitadas. Por decirlo de otra manera, no tendría mayor discrecionalidad en la audiencia, esto, consideramos, es una errónea interpretación de la ley.

Lo que no debe hacer el juzgador es agravar la medida cautelar pedida, v.gr., si el

fiscal pide el depósito o arresto domiciliario y la defensa solicita la firma una vez al mes ante determinada autoridad investigativa, **mal puede el juez de garantías ordenar la detención provisional**, aquí estaría sobrepasando los límites, facultades y discrecionalidad que el legislador le ha otorgado.

Describe Benavente Chorres (2015), que “La naturaleza de la coerción es procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo; no es posible utilizarla como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza” (p. 314). Al respecto, nos presenta algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“... La presencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia...” Caso Palamara contra Chile.

“... No cumplir con estos requisitos equivale anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos...” Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay. Caso López Álvares contra Honduras. (P.p. 314-315)

Sobre la teoría del riesgo, el autor -supra- señala que es “la argumentación fáctica, probatoria y jurídica que permita, de manera razonada y fundada, prever o descartar un peligro de fuga, de obstrucción, o de riesgo contra la víctima y ofendido” (p. 316). Luego del ejercicio señalado, lo procedente

es “identificar la cautelar más proporcional al peligro invocado, a través de los test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto la cual está relacionada con el interés público” (p. 316).

Esto es así, porque no puede existir una tabla que defina de manera inequívoca cuando procede la medida privativa de la libertad y cuando no. Cada conducta, cada hecho, cada situación jurídico- penal tiene sus propios caracteres. Es en ese entonces que cada juez de garantías bajo las reglas de la sana crítica decidirá lo más adecuado a derecho. En ese análisis intelectual no solo se debe tener presente de manera singular los derechos del imputado y sus posibles peligros, también hay que prestar atención a lo que expresa la víctima o su representante.

Una vez ponderados los bienes jurídicos en debate, la decisión solo puede recaer en tres supuestos: a) la no aplicación de alguna medida cautelar (plena libertad); b) libertad condicionada (numerales del 1 al 8 del CPP, 2008), y, c) el depósito o arresto domiciliario, o la detención provisional en un centro carcelario.

Por otro lado, si el imputado incumple la medida impuesta el fiscal tiene plena facultad para solicitar audiencia en la cual exigirá la aplicación de otra más gravosa o anexas otras a la ya impuesta, v.gr., se ordenó el depósito domiciliario del imputado, y la prohibición de comunicarse con la víctima, pero, días después es aprehendido en la residencia o los predios de esta, o se comprueba que le ha mandado mensajes amenazantes mediante textos de Whatsapp o cualquier otra red social. Ante esto, lo más seguro es que se pida la detención provisional dado que no ha comprendido la gravedad del asunto y la responsabilidad que tiene de cumplir con lo

ordenado por el juzgador. Es decir, demostró el peligro que representa para la víctima, o simplemente no tiene respeto alguno para con la Administración de Justicia.

Otro asunto es la **revisión de la medida cautelar** (art. 240 del CPP, 2008). Allí se dispone que “**La persona detenida provisionalmente podrá solicitar la revisión de la medida** cuando estime que no se mantienen las circunstancias por las cuales se dispuso su aplicación. Al **revisar la detención provisional**, se tomará en consideración si el reemplazo de esta afecta los fines del proceso”.

Recurramos a Valadez (2018), para tener en cuenta la norma procesal de otras latitudes. El autor transcribe el artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

Artículo 161. **Revisión de la medida.** Cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, **las partes** podrán solicitar al Órgano Jurisdiccional, la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el Órgano Jurisdiccional citará a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso, de mantenerla y resolver en consecuencia. (p. 3) (nuestra es la negrita)

Como se apreciará el artículo en cuestión a diferencia del nuestro, recoge el hecho que tanto fiscal como imputado pueden pedir ante el juez de control que la medida impuesta sea examinada y reevaluada. Nos explica el escritor supra citado que: “Son revisables en todo momento siempre y cuando hayan variado objetivamente las condiciones que

motivaron su imposición y, por tanto, son objeto de revocación, cancelación, sustitución o modificación, dicha mutabilidad la doctrina la ha identificado bajo el principio ***rebus sic stantibus***...” (Valadez, 2018, p. 9).

La traducción del axioma ***rebus sic stantibus*** (estando o manteniéndose así las cosas) aplicada al derecho penal, quiere decir que si se mantienen las circunstancias que dieron origen a la detención provisional esta debe mantenerse, por el contrario, si las bases en que se sustentó la aplicación de dicha medida han variado, esta debe modificarse, dejarse sin efecto, o revocarse.

La República de El Salvador, a través de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro (2016) de San Salvador, en la causa No. 085-2016, para el día 05 de abril de 2016, hace referencia a la máxima arriba descrita.

La ***regla rebus sic stantibus*** se refiere a la dependencia de la vigencia de la medida cautelar en un proceso a la subsistencia o invariabilidad de las razones que constituyeron la base de su adopción; *si tales varían, la medida debe ser levantada (revocada) o acomodada a la nueva situación (sustituida)*, para el caso una modificación o sustitución por otra medida cautelar, siendo en este supuesto que el proceso penal seguiría su curso, aun cuando el imputado no estuviere sometido a medida cautelar alguna y que habría desaparecido o disminuido el peligro de fuga. (Nuestro es el énfasis)

Estimamos necesario reproducir el fallo supra citado y que fue dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997), en el sentido de su decisión con respecto a la

aplicación excesiva de la prisión anticipada, por lo que a ello nos remitimos.

En segundo lugar, la Corte IDH sostuvo que, si existe la justificación para la medida, debe entonces analizarse si las actuaciones fueron realizadas con la debida diligencia para que el plazo de privación de la libertad resultara razonable. Se requiere para ello que estos casos tengan prioridad en su resolución, porque una duración excesiva invierte el sentido de la presunción de inocencia y constituye entonces una pena anticipada; además, genera presión sobre el magistrado para que adecue la sentencia y el monto de la pena al tiempo de detención de la persona, para justificar la

medida, incluso aunque no existieran elementos de convicción suficientes. Asimismo, la CIDH mencionó que la razonabilidad del plazo debe basarse en una fundada apreciación judicial y no puede establecerse en abstracto (ver caso Stögmüller v. Austria del TEDH), y que una dilación en la resolución solo es válida si se demuestra que la demora tuvo causa fundamental en la conducta del detenido (ver caso Toch v. Austria del TEDU). En base a estas apreciaciones, la CIDH consideró que la Argentina con su accionar violaba el derecho a la libertad personal del art. 7.5 de la CADH y el derecho a ser oído en plazo razonable y el principio de inocencia del art 8.1 y 8.2, en relación con el 1.1 del mismo instrumento

Conclusiones

Las medidas cautelares de carácter personal, como lo es la detención provisional, es la última que debe aplicarse dentro del catálogo que establece la ley adjetiva. Entonces, en primer lugar se deben explorar el reporte periódico ante una autoridad correspondiente, la prohibición de no salir de un determinado lugar o región, el no acercarse o comunicarse con la víctima, o no frecuentar determinados lugares o personas. Una vez se establezca que no son idóneas las medidas cautelares que dan al imputado/acusado una libertad bajo ciertas reglas, solo resta la aplicación de la detención provisional.

El estudio que debe hacer el juzgador es la ponderación de bienes en conflicto, libertad vs peligro, privación de libertad contra principio de inocencia. Todo dependerá de cada caso, el derecho penal es casuístico, esto es, que los hechos narrados al juez por parte de la fiscalía y la defensa podrán ser parecidos, pero jamás serán iguales. De igual manera se debe estudiar la conducta del imputado ya sea por tener condenas vigentes, varias imputaciones, delitos de gravedad, etc. Decimos esto dado que, aun cuando nuestro derecho penal es de acto, no de autor, el legislador plasmó

en la ley la posibilidad de tomar este tipo de antecedentes al momento de decidir con relación a estas medidas instrumentales.

La detención provisional no puede declararse de manera simplista o con ligereza, recuérdese que estamos tratando con seres humanos a los cuales tan solo se le han imputado cargos, no se está juzgando como autor o partícipe de un hecho delictual, en consecuencia, el mantener a un inocente en el penal es mucho más dañino y peligroso que dejar en libertad a un presunto culpable.

Los daños que sufre una persona en prisión -provisional- en innumerables ocasiones son irreparables, así mismo somos del criterio que no siempre ha de decretarse una medida cautelar personal. Habrá casos en que no se justifica su aplicación. Esta, es una práctica que debemos desarrollar por la convivencia de una sociedad más pacífica, respetuosa de los derechos y garantías constitucionales. Es decir, valorar, resaltar y proteger los derechos de las personas contemplados en nuestra norma legal, la Carta Constitucional y los pactos, tratados y convenios internacionales a los cuales pertenecemos.

Referencias Bibliográficas

- Benavente Chorres, H. (2015). *La Audiencia Inicial, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*. México D. F.: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
- Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro. (5 de 4 de 2016). *Jurisprudencia de la República de El Salvador; San Salvador*. Recuperado el 27 de 01 de 2021, de rebus sic satantibus: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2010-2019/2016/04/BB3B8.PDF>
- Código Procesal Penal de la República de Panamá. (2008). *Ley 63 de 28 de agosto de 2008*. Panamá, República de Panamá.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Informe sobre prisión preventiva*. Argentina. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm#_ftn1
- Constitución Política de la República de Panamá. (2004). Panamá, República de Panamá: Sistemas Jurídicos, S. A.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). San José, Costa Rica: Rescatado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>.
- Correa, J. I. (3 de 2011). *Revista Sapientia*. Recuperado el 25 de 1 de 2021, de Órgano Judicial de la República de Panamá: <http://repositoriodigital.organojudicial.gob.pa/>
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. (26 de 12 de 2019). *Órgano Judicial de la República de Panamá*. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de <http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=65185&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ctodo&HitCount=6&hits=b3+b4+156e+156f+1591+1592+&SearchForm=c%3a%5cnetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Del Ríos Labarthe, G. (11 de 3 de 2014). *Aula Virtual del Poder Judicial*. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de Las Medidas de Coerción Personal: https://www.youtube.com/watch?v=U_D9EUoXo-g
- Nieva Fenoll, N. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Edisofer. S.L. & Editorial IBDeF.
- Reglas de Tokio*. (1990). Tokio: De: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2168716/13+-+Reglas+de+tokyo.pdf>.
- Saénz F, W. (junio de 1996). *Órgano Judicial de Panamá de la República de Panamá*. Recuperado el 5 de 2 de 2021, de Ponencia del XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal Penal: <http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=23&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ccorte%5cponencias&HitCount=6&hits=60+61+62+63+64+65+&SearchForm=c%3a%5cnetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml>
- Tribunal Constitucional de la República del Perú. (2002). Caso Vicente Ignacio Silva Checa. Recuperado el 5 de 2 de 2021.
- Valadez, M. (2018). *Medidas Cautelares*. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V.

Mgtr. Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

Es nombrado juez de garantías en la provincia de Colón, con la entrada en vigor del Sistema Penal Acusatorio en el distrito de Panamá. Actualmente se desempeña como juez de garantías del Segundo Circuito Judicial de Panamá. Inicia en el Órgano Judicial de Panamá en el 2004, ocupando desde entonces todas las posiciones del llamado escalafón de la otrora carrera judicial. Posee maestría en Docencia Superior; Sistema Penal; Derecho

Penal y Derecho Procesal Penal, entre otros. Ha publicado varios artículos en esta Revista Sapiencia. Obtuvo el 2do lugar en el primer concurso de ensayo jurídico de esta institución en el 2016. Autor de los libros: El Juez de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio. Un coloquio doctrinal y jurisprudencial autopoieticamente necesario e ineludible... (2020); y, Procesos Disciplinarios ante El Ministerio de Educación (2012).



Del proceso por cobro coactivo

Mgtr. Yareth N. Murillo Chavez

Juez Ejecutora de la Caja de Ahorros

República de Panamá.

Correo electrónico: yarethmurillo@hotmail.com

Del proceso por cobro coactivo

Recibido: Abril 2021

Aprobado: Mayo 2021

Resumen

Resulta interesante que, al momento de gestionar diversos tipos de procesos civiles, siempre lo relacionemos con los juzgados ordinarios, sin embargo, existe actualmente un tipo de proceso que se tramita mediante la jurisdicción coactiva, la cual permite el cobro de deudas que mantiene clientes o contribuyentes con el Estado, de una forma más expedita y eficiente.

El cobro coactivo del que hablamos generalmente está regulado por leyes especiales, en concordancia con lo dispuesto en los procesos de ejecución del Código judicial, ocasionando así, que no nos relacionemos con este tipo de ejecución a menos que mantengamos alguna deuda, morosa, con el Estado o tengamos un cliente que la posea.

Y quizás se preguntarán ¿Por qué es importante el cobro coactivo? O ¿Qué debo conocer del mismo?, la respuesta a estas interrogantes, son las que queremos compartir a través del presente escrito.

Abstract

It is interesting that, when managing various types of civil proceedings, we always relate it to ordinary courts, however, currently there is a type of procedure that is processed through coercive jurisdiction, which allows the collection of debts maintained by clients or taxpayers with the State, in a more expeditious and efficient way.

The coercive collection of which we speak is generally regulated by special laws, in accordance with the provisions of the judicial code execution processes, thus causing us not to relate to this type of execution unless we maintain a debt, arrears, with the State or we have a client who owns it.

Perhaps you will wonder why is the coercive collection important? Or why should we be interested in knowing about it? The answers to these questions will be addressed on this essay.

Palabras Claves

Cobro Coactivo, jurisdicción, ejecución, deuda

Keywords

Coercive collection, jurisdiction, execution, debt

Introducción

El Cobro Coactivo, gestionado a través de la jurisdicción coactiva, forma parte de los procesos de ejecución, regulados en nuestro código de procedimiento civil, no obstante, difiere de un proceso de ejecución común, toda vez que existen funcionarios, que por razón de un privilegio especial que la ley les atribuye, que pueden facilitar la cobranza de deudas, impuestos o tasas por servicios públicos.

El cobro de estos dineros es obligatorio, debido a que lo requiere el Estado para lograr los fines esenciales que siempre mantiene, esto con apoyo de un funcionario delegado para este ejercicio al que la norma denomina Juez Ejecutor.

De acuerdo con el artículo 1780 del Código Judicial, las apelaciones, incidentes, excepciones y tercerías las conoce a Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

El Código Judicial, a partir del artículo 1777 hasta el 1785, regula los conceptos y procedimientos básicos de este proceso.

Ahora bien, existen vacíos jurídicos en el procedimiento del cobro coactivo, pues como todo proceso civil, no siempre se tramita de forma mecánica. La falta de consolidación de un procedimiento único de cobro coactivo claro para los diferentes tipos de deudas genera la necesidad de que se proponga en algún momento una unificación en la normativa, para que dichos vacíos sean llenados.

La jurisdicción coactiva en Panamá

El proceso por cobro coactivo está regulado en la República de Panamá en el Código Judicial, libro segundo, parte II, de los artículos 1777 al 1785, en los que esencialmente se establece su concepto, quienes están facultados para ejercer el cobro

coactivo en favor del estado, documentos que prestan mérito ejecutivo, acciones a tomar en caso de incidencias, excepciones, apelaciones, tercerías y nulidades, así como reglas generales para la realización de los remates.

Ahora bien, para el cobro ejecutivo por cobro coactivo, al margen del sistema judicial las leyes, han conferido de facultad a ciertos servidores públicos para lograr que tales créditos no resulten ilusorios. Esta jurisdicción especial, está sujeta a procedimientos y leyes especiales de las instituciones estatales, con la finalidad del cobro de los impuestos, rentas y tasas sean nacionales, municipales, de instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades públicas del Estado, y aquellos vacíos en los procedimientos o leyes especiales se suplirán con las reglas que rigen el procedimiento ejecutivo del Código Judicial.

La Corte Constitucional Colombiana, (sentencia C-666, 2000), conceptualizó la jurisdicción coactiva como:

un privilegio exorbitante de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesiten con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales.

Ahora bien, tanto la legislación panameña, como la colombiana, le otorgan un carácter administrativo al ejercicio del proceso por cobro coactivo, siendo sujeto sus actos al control jurisdiccional de jueces que son nombrados por un miembro de la administración, sin embargo, en parte del

proceso, puede tener conocimiento del mismo la Sala de lo Contencioso Administrativo, dándole al proceso un trámite judicial; generando, así, un que está sujeto al control administrativo, inicialmente, pero que también genera procedimientos o actos judiciales.

¿Quiénes pueden ejercer el cobro coactivo?

Dentro de nuestro país, quienes conocen y tramitan el proceso ejecutivo por cobro coactivo son jueces ejecutores de cada institución. En las instituciones que ejercen este tipo de gestión, existen gerencias o secciones que tienen por función la ejecución de deudas o impuestos; como la Dirección General de Ingreso, Municipio de Panamá o Acodeco.

Si bien, en líneas anteriores hemos manifestado que la jurisdicción coactiva en nuestro país es aquella que pueden ejercer funcionarios, la facultad para gestionar este tipo de procesos está limitada solamente a ciertos delegados, el Código Judicial (2017), artículo 1777 señala que: “Son los funcionarios públicos, gerentes y directores de entidades autónomas o semiautónomas y demás entidades públicas del Estado a quienes **la ley atribuya** el ejercicio de cobro coactivo” (lo resaltado es nuestro).

De lo anterior se resalta que debe existir una ley especial que atribuya el ejercicio del cobro coactivo a un funcionario. En instituciones como Caja de Ahorros o Banco Nacional de Panamá, es el Gerente General quien posee esta facultad, no obstante, mediante una resolución este delega en un abogado el ejercicio del cobro coactivo, y este **último** a su vez, mediante una resolución designará un secretario del personal de la oficina. El secretario deberá notificarse de dicha providencia y tomará posesión del cargo ante el respectivo funcionario ejecutor tal como lo dispone el Código Judicial (2017), art.1778).

Se podría considerar que el abogado en quien el gerente o director de una institución delega el ejercicio de la jurisdicción coactiva, actuará solamente en beneficio de la parte actora del proceso ejecutivo por cobro coactivo o hipotecario, sin embargo, el juez ejecutor siempre debe ceñirse a la norma, manteniendo un balance de sus actuaciones, de manera objetiva y cumpliendo con las garantías procesales de ambas partes.

Señaló González (1974), que “esta dualidad de funciones, de juez y parte, no implica en manera alguna la quiebra de los principios fundamentales del derecho procesal civil”. (p. 17)

¿Cuáles documentos prestan mérito ejecutivo?

El cobro coactivo se caracteriza por ser un proceso de ejecución, debido a que persigue obligaciones de clientes o contribuyentes a favor del estado y en el cual la parte actora siempre será una institución y la pretensión de ésta son de carácter coactivo.

La norma es clara señalando los documentos que prestan mérito ejecutivo y los cuales podrán ser ventilados en la jurisdicción coactiva, por entidades que tengan obligaciones claras y exigibles a su favor y con la facilidad de recaudarlas sin necesidad de acudir a un juzgado ordinario

“Las obligaciones cuyo cobro forzado ha de someterse a la jurisdicción coactiva deben ser aquellas que se originen en favor de las entidades públicas, por razón o con ocasión del ejercicio de la función pública desarrollada en cada caso”. (Bejarano, 2011, p. 655). Es decir, no todas las obligaciones en favor de entidades públicas constituyen deudas, cuyo cobro pueda adelantarse mediante ejecución coactiva; recordemos que existirán procesos

que el Estado, a través de sus entidades deberán presentar ante los Juzgados del Órgano Judicial, haciendo uso de su departamento legal o mediante alguna contratación externa de abogados.

Es preciso resaltar dos disposiciones, para establecer los títulos ejecutivos posibles en el cobro coactivo, por un lado, el Código Judicial (2017), artículo 1613 y 1779 y por otro lado el Código Fiscal (2017), artículo 1747-B.

Aspectos Relevantes proceso ejecutivo para el cobro coactivo

El proceso ejecutivo para el cobro coactivo de obligaciones ya sean fiscales o deudas contraídas por clientes o contribuyentes es similar en muchos aspectos al llevado ante la vía ordinaria en los juzgados civiles del Órgano Judicial, no obstante, difiere en lo siguiente:

1. **Inexistencia de demanda:** Bejarano (2011), señaló que “la entidad ejecutora no presenta una demanda, como ocurre en cualquier proceso ejecutivo. En efecto, dado que el funcionario ejecutor pertenece a la entidad pública demandante, ante este no se presenta demanda por el mismo organismo” (p.659). Existe una oficina, dependencia o gerencia que previamente ha tramitado el caso, exigiendo al cliente/ contribuyente las sumas debidas, y habiendo agotado las gestiones de cobro, remite la documentación requerida- dependiendo de los procedimientos de cada institución-junto con el título ejecutivo respectivo, para que se libre mandamiento de pago.
2. **Mandamiento de Pago:** El Juez executor librará mandamiento de pago, exigiendo al demandado, que cancele la totalidad de lo adeudado, más los gastos e intereses en

que haya incurrido, sin perjuicio de los nuevos intereses y gastos de cobranzas que se ocasionen hasta la cancelación total de la obligación perseguida. Asimismo, se le comunica al demandado que deberá comparecer al Tribunal dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de la resolución, a fin de que cancele al contado la obligación aludida o declare bajo la gravedad de juramento si tiene o no bienes para la cancelación de lo que se le demanda; que las manifestaciones falsas darán lugar a la responsabilidad penal correspondiente, para lo cual se le enviará copia de la actuación al respectivo agente del Ministerio Público.

De igual forma, se citará a los herederos declarados del deudor, cuando sea necesario notificarle la existencia de título ejecutivo a cargo del causante, y a los deudores solidarios o garantes hipotecarios.

3. **Notificado el Demandado:** una vez se realiza la notificación de la demanda, pueden darse los siguientes supuestos:
 - a. Si el demandado no presenta excepciones: el juez executor seguirá adelante con la ejecución y el remate de los bienes embargados.
 - b. Si el demandado cumple con el pago de lo adeudado: el proceso culminará y si se hubiesen practicado medidas cautelares o de embargo estas se levantarán. También en cualquier etapa del proceso se podrá realizar acuerdos de pagos, en cuyo caso se suspenderá el proceso. Código Judicial (2017), Art. 1784.
 - c. Excepciones: En el proceso de jurisdicción coactiva las excepciones

deberán formularse dentro del término de 8 días luego de notificada la parte demandada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1682 del citado código. Es importante acotar que es la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, Contenciosa Administrativa, quien conocerá de las apelaciones, incidentes, excepciones, tercerías y nulidades que fueren presentadas en las ejecuciones por cobro coactivo correspondiéndole sustanciar y resolver los recursos, incidentes, excepciones o tercerías. El interesado presentará el escrito correspondiente ante el funcionario que dictó la resolución que se impugnará, tal como lo dispone el artículo 1780 del Código Judicial. En el proceso por cobro coactivo no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa. Código Judicial (2017), Art.1777.

4. **Medidas Cautelares:** Bejarano (2011), manifestó que “son procedentes las medidas de embargo o secuestro de bienes, las cuales se decretarán y practicarán de acuerdo con las reglas generales” (p. 655). Del Código judicial, salvo algunas excepciones. Es importante acotar que en las medidas cautelares de secuestro no se requiere la prestación de caución para que se decrete el secuestro, como ocurre en los juzgados civiles del país. El juez executor podrá decretar secuestro o embargo, una vez sea informado que el deudor mantiene algún bien a su nombre.
5. **Remate de bienes:** Las disposiciones que han de seguirse, para el remate de bienes que se hayan dado en garantías o embargado, serán aquellas reglas generales establecidas en el Código Judicial.

6. **Terminación del Proceso:** Se puede dar por pago total de la obligación, por revocatoria del título ejecutivo y por haber prosperado las excepciones o la apelación del mandamiento de pago.

Proceso por Cobro Coactivo Simple

Como explicamos previamente, durante el transcurso del proceso por cobro coactivo no existe libelo de demanda, en todo caso, una vez llega la documentación, que exija cada institución para iniciar el proceso, se libra mandamiento de pago y decreta secuestro, con la finalidad de ubicar bienes del deudor, y evitar que el proceso sea ilusorio en sus efectos.

Seguidamente, se realizan gestiones de notificación, y en caso de no ubicar al deudor en su domicilio residencial o laboral, se procede a emplazarlo por edicto, tal como lo dispone la norma. El deudor, en caso de notificación personal, posee el termino de 8 días para presentar las excepciones que a bien tenga, las cuales deberá pasar a resolver la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, y en caso de declararlas no probadas, o que la parte demandada no presentase escrito alguno en el término previamente indicado, podrá el Juzgado executor proceder a elevar a categoría de embargo el secuestro. En caso de:

- Dinero, se comunicará al banco que las haga llegar a la institución.
- Salario, se enviará nota dirigida al lugar de trabajo del deudor, indicando que los descuentos, producto de embargo, deberán enviarse a la institución
- Bienes Muebles/bienes Inmuebles: según sea el caso, se continuará con el procedimiento establecido para el remate.

Finalmente, una vez se haya cancelado la deuda se dicta resolución que culmina el proceso, se ordena el levantamiento de las medidas y archivo y cierre del expediente.

Proceso por Cobro Coactivo Hipotecario

Con relación al proceso por cobro coactivo hipotecario, se siguen similares directrices al proceso por cobro coactivo simple, en cuanto a la notificación, y en caso de presentación de excepciones.; sin embargo en este procedimiento, mismo que aplica principalmente en instituciones bancarias, como Caja de Ahorros, una vez se tenga la documentación para su inicio, se dicta resolución que libra mandamiento de pago y decreta embargo, medida que es comunicada al Registro Público de Panamá, quien la mantendrá hasta que se le dé aviso de su levantamiento, ya sea por cancelación de la morosidad o deuda, o por el remate e inscripción de la propiedad a nombre del adjudicatario.

Estos procesos suelen culminar por remate del bien dado en garantía, pero

también, existe la posibilidad de cancelación por parte del deudor de la totalidad de la deuda o por cancelación de la morosidad existente, en ambos casos se ordena el archivo y salida del expediente, si no queda saldo pendiente contra del cliente, en cuyo caso se mejorará la ejecución con embargo de otros bienes del deudor. Código Judicial (2017), Art.1724.

Algunas Instituciones en Panamá que ejercen la Jurisdicción Coactiva

En la República de Panamá, no existe Ley unificada que regule completamente el ejercicio de la jurisdicción coactiva. Dentro de las leyes de cada institución, se señala la forma de tramitación del cobro coactivo, esto en concordancia con lo establecido en el Código Judicial, capítulo del proceso por cobro coactivo, en adición con las normas generales de los procesos de ejecución.

A continuación, se mencionarán algunas instituciones que gestionan el cobro coactivo a través de jueces ejecutores y la ley que los regula:

Nombre de la Institución	Ley que Regula su ejercicio
Caja de Ahorros	Ley 52, 2000, modificada por Ley 78, 2019. Que reorganiza la Caja de Ahorros, Gaceta No.24201, (Panamá)
Municipio de Panamá	• Ley 106, 1973, modificada por la Ley 52, 1984. Sobre régimen municipal. Gaceta No.17458 (Panamá) • Acuerdo No. 40, 2011: Por el cual se reorganiza y actualiza el sistema tributario del Municipio de Panamá. (Panamá)
Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia	Ley 45, 2007. Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición. Gaceta No. 25914. (Panamá)
Banco Nacional de Panamá	Decreto Ley 4 de 18 de enero de 2006, modificado por la Ley 24, 2017. (Banco Nacional de Panamá). Por el cual se subroga la Ley No. 20 de 22 de abril de 1975 y dicta otras disposiciones. Gaceta No. 28387-B. (Panamá)
Dirección General de Ingresos	Código Fiscal, 2017. Ley 8, enero 27, 1956. 29 de junio de 1956. (Panamá)
Caja de Seguro Social	Ley 51, 2005. Que reforma la Ley orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones. Gaceta 25453. (Panamá)

Conclusiones

El procedimiento del cobro coactivo ha servido al Estado para hacer efectivo el recaudo de impuestos, rentas y tasas sean nacionales, municipales, de instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades públicas del Estado. Estimamos que el ejercicio de la jurisdicción coactiva continuará apoyando en la agilización de este tipo de trámites, pues teniendo un funcionario que ejecuta, con todos los lineamientos previstos por la norma, obligaciones que se mantienen con el estado, dichas deudas se lograran recuperar en un alto porcentaje de una manera más eficaz y eficiente.

No cabe duda de que el principal atributo que posee el cobro coactivo es la celeridad para ejecutar estas obligaciones contraídas y que son a favor del Estado, pues, pueden, mediante las gestiones procedimentales del juez executor realizar cobranzas de manera más ágil y rápida, pero siempre cumpliendo con la norma. La recaudación de estos dineros resulta efectiva, pues en la mayoría de los casos son morosidades, que se tienen con bancos estatales, instituciones

o ministerios, los cuales eran considerados incobrables.

Y es que, aunque este procedimiento solamente aplica para aquellas entidades gubernamentales que así lo prevén por sus normas especiales siempre dispondrán de un funcionario, con todas las prerrogativas de un juez ordinario, que puede embargar o secuestrar bienes, y llevar el proceso hasta un remate judicial, o coaccionar al cliente o contribuyente a que llegue a algún tipo de arreglo de pago con el cual se saciará la deuda.

Finalmente, es importante resaltar que las decisiones que toma el juez executor, que habrá quienes consideren son arbitrarias y en beneficio exclusivo del Estado, no son definitivas, pues, estas serán severamente analizadas y juzgadas por los magistrados de la Sala Tercera, con la opinión legal de la Procuraduría de la Administración, quienes velaran porque siempre se cumpla con la norma.

Referencias Bibliográficas

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-666. (Dr. José Gregorio Hernández Galindo; junio 8 de 2000).
- Darío González Tobón. (1974). Jurisdicción Coactiva: ejecución para el cobro de deudas fiscales. Editorial Gamma.
- Ramiro Bejarano Guzmán. (2011). Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales. Editorial Temis.
- Código Judicial, 2017. Ley 25 enero 27, 1937. (Panamá) Código Fiscal, 2017. Ley 8, enero 27, 1956. 29 de junio de 1956. (Panamá).
- Ley 52, 2000, modificada por Ley 78, 2019. Que reorganiza la Caja de Ahorros. Gaceta No.24201, (Panamá)
- Ley 106, 1973, modificada por la Ley 52, 1984. Sobre régimen municipal. Gaceta No.17458 (Panamá)
- Acuerdo No. 40, 2011: Por el cual se reorganiza y actualiza el sistema tributario del Municipio de Panamá. (Panamá)
- Ley 45, 2007. Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición. Gaceta No. 25914. (Panamá)
- Decreto Ley 4 de 18 de enero de 2006, modificado por la Ley 24, 2017. (Banco Nacional de Panamá). Por el cual se subroga la Ley No. 20 de 22 de abril de 1975 y dicta otras disposiciones. Gaceta No. 28387-B. (Panamá)
- Ley 51, 2005. Que reforma la Ley orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones. Gaceta 25453. (Panamá)

Mgtr. Yareth Murillo Chávez

Panameña. Nació en la Provincia de Panamá en 1990, graduada como Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología (ULACIT), posee una Especialización en Docencia Superior y además Maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Santa María La Antigua. Se ha desempeñado

en diversos cargos en la Jurisdicción Civil como Oficial Mayor I y II, y Asistente de Juez en los Juzgados Primero Municipal Civil, Decimosexto y Séptimo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. Actualmente funge como Juez Ejecutora en la Caja de Ahorros.



La simulación en los negocios jurídicos

Mgtr. Antonio E. Moreno Correa

Abogado

Panamá, República de Panamá

Correo electrónico: anmorenoc@gmail.com

La simulación en los negocios jurídicos

Resumen

Recibido: Abril 2021

Aprobado: Mayo 2021

En el presente artículo se delinearán los elementos de la simulación, a partir de los cuales se esboza un concepto de la misma y se exponen sucintamente los efectos del negocio simulado, del acuerdo simulatorio y del negocio disimulado -cuando existe-, perfilando en forma sumaria las principales similitudes y diferencias entre el instituto examinado y los otros supuestos de discrepancia entre la declaración y la voluntad.

Abstract

In this article the elements of simulation are outlined, from which a concept of the same is defined and the effects of the simulated business, the simulatory agreement and the disguised business -when it exists- are summarily indicated, abridging the main similarities and differences between the examined institute and other cases of discrepancy between the declaration and the true intent.

Palabras Claves

Simulación, negocio simulado, acuerdo simulatorio, negocio disimulado.

Keywords

Simulation, simulated business, simulated contract, disguised business.

Introducción

Normalmente, la manifestación de voluntad, es decir, la voluntad declarada, es conforme con el querer interno del o los declarantes; no obstante, es posible que por razones voluntarias o involuntarias no haya tal concordancia entre una y otra.

Cuando el contenido de la voluntad declarada es distinto de aquello que el declarante quiso verdaderamente en su fuero interno, se dice que hay una discrepancia entre la declaración y la voluntad.

La voluntad declarada es aquella que

“constituye el espíritu de esta declaración” (Albaladejo, 1958, p.151) y no solo se circunscribe a su contenido literal; mientras que la voluntad interna es la que, a pesar de haber trascendido al exterior, no repercute en el negocio jurídico, puesto que para el derecho no tiene relevancia un acto que queda confinado exclusivamente a la esfera del pensamiento, sin que se revele en forma sensible al mundo exterior.

Precisamente, aquí se estudiará la simulación vista como un supuesto de discordancia consciente entre la voluntad expresada y la realmente querida, examinando

su concepto, elementos, efectos y diferencias con otras figuras afines, tales como el fraude a la ley, el error obstativo, la reserva mental y la declaración no hecha en serio.

El propósito de este trabajo, es el de poner en relieve ciertos aspectos de la simulación, figura que, por su complejidad e importancia, amerita, de suyo, estudios de mayor profundidad.

A. Soluciones doctrinales a la discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna

Diversas teorías se han elaborado para dar respuesta a la cuestión suscitada en caso de discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna. Entre las más conocidas destacan: la teoría volitiva, la de la declaración de la voluntad y, las teorías intermedias, constituyendo estas últimas, en realidad, un conjunto variopinto de cinco construcciones doctrinales. Seguidamente analizaré brevemente cada una de ellas.

1. Teoría volitiva

La teoría volitiva, cuyo principal exponente es Federico de Savigny, se fundamenta en el principio de la soberanía de la voluntad humana. Plantea que el negocio jurídico que no se corresponde fielmente a la voluntad interna del o los declarantes carece de eficacia. En otras palabras, propone que, en caso de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, la preeminencia corresponde a la primera y, por lo tanto, el negocio jurídico es nulo.

2. Teoría de la declaración de la voluntad

De la necesidad de un tráfico mercantil más expedito, de mayor seguridad jurídica en las transacciones, así como de proteger la buena fe de aquellos contratantes que, por atender a la voluntad declarada, quedan expuestos a sufrir

perjuicios por la invalidez del negocio jurídico que no es conforme a la voluntad interna de alguna de las partes, surge la teoría de la declaración de la voluntad, como reacción en contra de la teoría volitiva.

Según esta teoría, como el Derecho solo reconoce eficacia a la voluntad exteriorizada y no al querer interno, es la manifestación de voluntad destinada a producir un efecto jurídico la única que el Derecho toma en cuenta en orden a determinar la validez del negocio y sus consecuencias jurídicas. (Suarez, 1993, p.183).

3. Teorías intermedias

Las dos teorías expuestas previamente tienen un carácter radical y ambas conducen a resultados que en la práctica resultan inconvenientes. Esto lleva a algunos partidarios de la teoría volitiva y de la declaración de la voluntad, a hacerse concesiones recíprocas, de las cuales nacen las teorías intermedias. Estas, a su vez, consisten en cinco construcciones doctrinales, a saber: la de la índole del negocio jurídico; del compromiso tácito de garantía; de la culpa; de la confianza y de la responsabilidad. (Suarez, 1993, p. 184).

Explicar cada una de las teorías intermedias excedería el límite del presente trabajo e importaría acaso hacerlo demasiado extenso. Basta señalar que las mismas son desarrolladas a partir de los errores endilgados a la teoría volitiva y de la declaración de voluntad, ya que estas no consideran los dos elementos de la voluntad, es decir, el volitivo y el de la declaración, sino que toman partido por uno u otro, soslayando el hecho de que en materia jurídica no es factible escindirlos, pues ambos elementos se complementan recíprocamente y son constitutivos de la voluntad real.

Es factible sostener que el derecho panameño recepta la teoría volitiva, tal como

se infiere de lo dispuesto en los artículos 707 y 1132 del Estatuto Civil. El primero, al referirse a la interpretación del testamento, señala que en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento; el segundo, dispone que cuando los términos de un contrato parecen contrarios a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellos. En el mismo sentido, el artículo 214 del Código de Comercio señala que los contratos de comercio se ejecutarán de buena fe, según los términos convenidos, atendiendo a la verdadera intención de los contratantes más que a la letra de los pactos.

B. Elementos de la simulación

Antes de entrar a definir la simulación como negocio jurídico, es oportuno explicar la estructura de la misma.

La doctrina científica plantea la unidad del proceso simulatorio, de suerte que el negocio simulado, el acuerdo simulatorio y el negocio disimulado (cuando exista) no pueden ser apreciados como actos autónomos, independientes unos de otros, sino que deben ser interpretados teniendo en cuenta el fin o propósito final que persiguen los otorgantes. Dicho esto, paso a explicar en breves líneas, los elementos estructurales antes indicados.

1. Un negocio simulado

Consiste en el acuerdo de voluntades de las partes otorgantes o la declaración de voluntad con destinatario determinado, según se trate de un negocio jurídico bilateral o unilateral, respectivamente, en el cual se declara, deliberadamente, una causa aparente que no es realmente querida por las partes o por el declarante.

Es necesario indicar, sin embargo, que el negocio jurídico simulado puede ser de

carácter unilateral siempre que tenga un destinatario determinado, es decir, que se trate de un negocio de carácter recepticio, lo cual importa que la declaración de voluntad sea recibida por el sujeto a quien va dirigida para que el negocio sea eficaz.

Aspecto esencial del negocio simulado, es que no solo persigue un propósito de ocultamiento de la verdadera voluntad de las partes o del autor de la declaración de voluntad, sino el de crear frente a los terceros, una apariencia, para un fin determinado, que puede ser lícito o ilícito; que puede dirigirse o no a otro negocio (disimulado), según se trate de una simulación absoluta o relativa.

En principio, mientras no sea destruida su apariencia mediante la prueba de la simulación, el negocio simulado surtirá provisionalmente sus efectos, al menos frente a los terceros de buena fe. Por esta razón, al analizar la eficacia del negocio simulado, es conveniente distinguir entre los efectos que este surte frente a sus otorgantes y con respecto a los terceros de buena fe.

a) Efecto frente a los terceros

Mientras no se destruya la apariencia creada por el negocio simulado, acreditando que la causa expresada en él no existe o es distinta de la realmente querida por las partes que lo celebraron o por el declarante, el mismo surtirá sus efectos frente a los terceros de buena fe, al menos provisionalmente, hasta tanto no se haya dictado la sentencia judicial que lo declara nulo.

En este punto, es oportuno señalar que el derecho panameño no receptó la teoría de la inexistencia del negocio jurídico, sino la de la nulidad, que con arreglo a lo normado en los artículos 1141 (numeral 1), 1142 (numeral 1), 1151 y 1154 del Código Civil, puede ser

absoluta o relativa. Precisamente, una de las características de la nulidad, es que por regla general el negocio jurídico nulo, puede producir sus efectos hasta que se declare la nulidad mediante sentencia judicial, ya que no opera de pleno derecho. Una vez declarada judicialmente la nulidad, las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del negocio jurídico, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo las excepciones previstas para los terceros de buena fe, según lo dispuesto en los artículos 1159, 1161, 1762 y 1763 del Estatuto Civil.

Los terceros de buena fe son aquellas personas que no han intervenido como parte en el negocio simulado ni conocen del acuerdo de simulación, pues en fin de cuentas, a ellos va dirigida la apariencia que se crea con este. Ello es consecuencia, sin duda, del carácter oculto del acuerdo de simulación y del negocio disimulado (en caso de simulación relativa) y también del hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico los actos nulos pueden surtir efectos jurídicos, hasta tanto no se haya declarado judicialmente la nulidad.

Ahora bien, si los terceros sabían que el negocio aparente era simulado, entonces el mismo no surte efecto frente a ellos, pues el ordenamiento jurídico le otorga validez a dicho negocio simulado para proteger la buena fe de los que desconocen la simulación.

b) Frente a los otorgantes del negocio simulado

Cosa distinta acontece respecto a las partes del negocio simulado, pues ellas deberán regirse por el acuerdo de simulación y/o el acuerdo disimulado (en caso de simulación relativa), en virtud del cual se destruye, hace ineficaz o modifica el negocio simulado (Ripert, 1964,). Ello es que sea lógico suponer que, conociendo perfectamente las partes que

la causa expresada en el negocio simulado no es la querida realmente por ellas, las mismas no deseen hacer valer los efectos de dicho acto, por no corresponder su causa a su voluntad real. En todo caso, aun en el evento de que una de ellas pretendiera hacer cumplir el negocio simulado, la otra podría invocar la existencia del acuerdo simulatorio o del negocio disimulado si este último se hubiera celebrado.

2. Un acuerdo simulatorio

La doctrina científica ha venido sosteniendo, casi unánimemente, que el acuerdo simulatorio es un elemento esencial para el instituto de la simulación, que permite distinguirla de otras anomalías de negocios jurídicos.

El acuerdo simulatorio es la convención en virtud de la cual las partes del negocio jurídico bilateral simulado o, el declarante y el destinatario determinado de la voluntad del negocio jurídico simulado unilateral, acuerdan que la voluntad manifestada en el negocio simulado o aparente no es la realmente querida, ya sea total o parcialmente, ora porque persigan un fin divergente de la causa típica reconocida o porque este fin sea contrario a la existencia misma de la causa expresada en el negocio aparente.

Por su lado, Albaladejo (1958), explica que el acuerdo simulatorio es aquel en virtud del cual “se determina que lo declarado no es realmente querido” (p.170), ya sea que dicha divergencia sea total.

Si el negocio simulado es bilateral, el acuerdo simulatorio lo celebran las partes que intervienen en aquél; si es unilateral, en cambio, intervienen el declarante del negocio simulado y el destinatario determinado de la voluntad declarada, ya que, como hemos indicado,

la simulación puede darse en los negocios jurídicos unilaterales de carácter recepticio, en los que se requiere que la declaración de voluntad llegue al conocimiento del destinatario para que produzca efectos jurídicos.

3. Negocio Disimulado

Puede darse el caso de que además del negocio simulado, en virtud del cual se crea, de manera consciente, para un fin determinado, la apariencia frente a terceros de un negocio jurídico que no es querido realmente por las partes que lo celebraron, exista otro negocio que las partes han querido celebrar verdaderamente y al mismo tiempo mantener oculto frente a terceros. Este último es el negocio jurídico disimulado o encubierto, que se celebra en los casos de simulación relativa.

Tal como lo señala la jurisprudencia y la doctrina científica, para que el negocio disimulado sea válido y pueda desplegar sus efectos, es menester que en él concurran todos los elementos exigidos por la ley. De Castro y Bravo (1997), anotan que para determinar la validez del negocio disimulado debe tomarse en cuenta el fin perseguido con el acuerdo simulatorio, pues, si este fue ilícito “el negocio disimulado queda contagiado de ilicitud, al incorporarse la causa simulationis a la causa del negocio disimulado.” (p. 353).

Así, probada la simulación, el negocio jurídico disimulado queda expuesto a la luz pública y, como indicamos en el párrafo anterior, es necesario verificar que reúna los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que sea válido y eficaz. En este caso, se produce una inversión de la presunción de la existencia de la causa del negocio, prevista en el artículo 1128 del Código Civil -que corresponde al artículo 1277 del Código Civil español-, de suerte que habrá que acreditar que dicho negocio tiene una causa lícita.

C. Concepto de simulación

1. Aspectos generales

La relevancia de la simulación en un ordenamiento jurídico determinado dependerá del menor o mayor alcance que se le otorgue a la autonomía de la voluntad, así como a la prominencia que le otorgue a la causa en cuanto requisito de existencia de los negocios jurídicos.

En este sentido, algunos autores fundamentan la licitud de la simulación en el derecho de disimular, es decir, en el derecho reconocido de celebrar actos secretos. (De Castro y Bravo, 1997).

Por otra parte, la simulación carece de relevancia a la luz de la teoría de la declaración, a la cual me referí al ocuparme de las posiciones planteadas por la doctrina científica frente a la discrepancia entre la voluntad declarada y la interna.

Al respecto, me limitaré a señalar que no es extraño que la simulación resulte superflua en un sistema jurídico en que la única voluntad a la que el derecho reconoce eficacia es la exteriorizada -sin que haya necesidad de indagar sobre el querer verdadero de las partes que celebran el negocio jurídico- puesto que una de las notas características de la simulación es precisamente la discrepancia entre la voluntad declarada (manifestada en el negocio simulado que tiene por objeto crear una apariencia, un engaño frente a los terceros, en tanto que su causa no es la querida por las partes) y la voluntad real expresada en el acuerdo simulatorio.

Luego, el interés de la simulación queda restringido allí donde se admiten la teoría volitiva y las teorías intermedias que fueron examinadas previamente.

2. Definición

No es fácil definir la simulación, ya que

según la concepción que sobre su naturaleza jurídica y su estructura se tenga, los autores y tratadistas e incluso algunos códigos formulan conceptos distintos.

Desde el punto de vista etimológico simular viene de *simulare* que significa fingir, es decir, dar a entender algo que no es cierto o dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene.

Ossorio (1994), se refiere a la simulación de los actos jurídicos al señalar que “tiene lugar cuando se descubre uno con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.” (p. 894).

De acuerdo con De Castro y Bravo (1997), la simulación negocial “existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico formal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a la existencia misma (simulación objetiva), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa).” (p.338).

En la doctrina italiana Ferrara (1953), define la simulación como: “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.” (p.74).

Por mi parte, considero que la simulación es la convención en virtud de la cual se acuerda que la voluntad declarada en forma consciente, y para fines de producir frente a terceros de buena fe una apariencia de un negocio jurídico con un propósito

determinado, no es querida por la o las personas que celebraron dicho negocio, ora porque existe una causa distinta (negocio disimulado) o porque la expresada no existe (simulación absoluta).

Algunos códigos civiles modernos definen la simulación. A guisa de ejemplo, el Código Civil y Comercial argentino, señala en su artículo 333 que: La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

A diferencia de otros códigos civiles, el nuestro no regula la simulación de manera sistemática e integral, es más, ni siquiera la regula con este nombre. Huelga decir que tampoco la define. Se ocupa de ella en ciertos artículos sobre la donación (artículo 949); el testamento (artículo 640) y, la causa falsa (artículo 1127).

D. Dificultad de la prueba de la simulación

Uno de los aspectos más difíciles de la simulación es el de su prueba, especialmente cuando se trata de actos simulados que constan en documentos públicos. En este sentido, la Sala Primera, de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que en tales casos, la simulación puede acreditarse por: 1) otro documento público, denominado contraescritura o contradocumento; 2) La confesión y 3) Un principio de prueba por escrito, complementado por testimonios, indicios o medios de convicción semejantes. (Consúltase al respecto, entre otras, las sentencias de 2 de diciembre de 1971 y de 13

de diciembre de 2001).

La sentencia de 2 de diciembre de 1971, proferida por la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, constituye otro ejemplo del criterio restrictivo que ha mantenido dicho Colegiado Jurisdiccional con relación a la prueba de la simulación. En su parte medular dice así:

Quien alega la simulación debe probarla. **Si se trata de destruir entre los contratantes una convención que consta en documento público, la prueba no podría ser otra que el contradocumento.** “Si admitiéramos la prueba libre de la simulación entre las partes, sería mejor retirar del ordenamiento civil la serie de artículos que amparan la eficacia de los instrumentos, para que queden expuestos al capricho de la voluntad humana”, dice Cámara, (op. cit. 183). Otra cosa es que exista un principio de prueba por escrito o una confesión de parte, pues entonces se admite la prueba libre, según lo tiene resuelto la Corte. Ha dicho ésta: “Tratándose de simulación de contratos en que rara vez, por no decir nunca, es posible producir prueba directa de los hechos constitutivos de la simulación en estos casos, hay que recurrir necesariamente a la prueba circunstancial o de indicios, **y a las conjeturas que emanan de la correlación de ciertos hechos ejecutados por las partes con el fin visible de librarse del cumplimiento de obligaciones legítimas.**” (Herrera Lara, N°479, Tomo 2°, p.96).”(Luis Gervasio Velásquez, recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue a Secundina Castillo Ortega de Pineda y José Inés Ortega o José Luis Castillo) (Lo destacado y subrayado es nuestro).

En la práctica, las partes del negocio simulado se esfuerzan por eliminar cualquier rastro del acuerdo simulatorio y, por lo tanto,

es común que no existan contradocumentos. A esta dificultad consustancial a la simulación, se suma que el demandante debe lidiar con una contraparte inescrupulosa y desleal y con testigos instruidos y preparados que restan utilidad a las pruebas testimoniales y de declaración de parte.

Así, es natural que el actor, colocado en el trance de soportar la carga de la prueba de la existencia de la simulación, no pueda valerse más que de indicios. De allí que la doctrina destaque la extraordinaria fuerza probatoria e importancia del indicio en los supuestos de negocios simulados.

Picó Junoy (2020), en cuanto a los indicios en la prueba de simulación contractual, refiere los más utilizados por el Tribunal Supremo Español (2014 a 2016) y por las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona (2010-2016), como prueba de la simulación contractual, siendo ellos los siguientes: Causa simulandi, falta de pago o de cobro del precio pactado, precio vil, familiaridad/parentesco/amistad, no entrega o uso del objeto o bien contratado (falta de traditio o uso), informalidad del contrato (o contratación bajo condiciones o circunstancias infrecuentes o poco habituales en la materia objeto del contrato), inexistencia del precio, tiempo sospechoso del negocio, conducta procesal de la parte (indicios endoprocerales), doble pago cruzado, sociedades ficticias, silencio de datos, inidoneidad de una de las partes para la actividad simulada, inexistencia (o no aportación) del contrato, intervención en el contrato de personas ajenas a la relación contractual simulada, o ausencia de personas directamente afectadas por el negocio simulado y la falta de reclamación judicial o extrajudicial frente al incumplimiento contractual.

Las reglas de la experiencia y del correcto entendimiento humano enseñan que

el contradocumento e incluso el principio de prueba por escrito, pueden no siempre estar al alcance del demandante, máxime, cuando este es un tercero respecto al negocio simulado y al acuerdo simulatorio.

En estas circunstancias, negar que el actor se sirva de la prueba de indicios como medio para acreditar la simulación, no solo podría frustrar su pretensión, sino dar pie a que se perciba como insustancial el principio consagrado en el artículo 215, numeral 2, de la Constitución Política, a cuyo tenor, el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial.

E. Clases de simulación

Por razones de espacio, me limito a examinar las dos clasificaciones de la simulación que juzgo de mayor importancia, sin perjuicio de que la doctrina científica e incluso el derecho comparado admitan otras.

La primera atiende a si la voluntad real de las partes o del declarante en los negocios jurídicos unilaterales recepticios, es solo la de crear la apariencia de un negocio que en realidad no han querido celebrar (conservando idéntica la relación negocial previa a la celebración de dicho negocio) o bien la de crear la apariencia de un negocio que oculta la existencia de otro distinto que es el querido en verdad. Así se habla, en el primer caso de simulación absoluta y, en el segundo, de simulación relativa.

La segunda clasificación de la que me ocuparé dice relación con el carácter lícito o ilícito del fin perseguido con la simulación. Así, la simulación será lícita o ilícita, según se trate de uno u otro supuesto.

1. Simulación absoluta y relativa

a. Simulación absoluta

En esta clase de simulación no hay en

realidad ningún negocio jurídico, sino tan solo la apariencia de uno.

En efecto, en la simulación absoluta, que constituye la forma más simple de simulación, el negocio jurídico simulado no esconde otro negocio que se haya querido celebrar, es decir, que las partes celebrantes del negocio aparente se limitan a pactar que no quieren el negocio simulado, sin pretender esconder otro negocio (disimulado) distinto total o parcialmente.

O sea, que con la simulación absoluta se persigue únicamente crear frente a terceros de buena fe la apariencia de un negocio jurídico, al tiempo que se conserva secretamente la relación negocial, tal como existía antes de la celebración del negocio aparente.

Con relación al concepto de simulación absoluta, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 24 de abril de 2013, señala lo siguiente:

“Puede considerarse que en los casos en que **existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia hace referencia a la “causa ilícita” se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente justamente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación.** Dado que pueden existir móviles determinantes de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales (la jactancia, la discreción, la confianza), pueden distinguirse simulaciones absolutas con causa lícita y con causa ilícita, por más que la simulación absoluta sea siempre una patología determinante de la nulidad absoluta del negocio, pues “los contratos sin causa... no producen efecto alguno” según prevé el Art. 1275 del Código Civil.” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

Un ejemplo de simulación absoluta sería el siguiente: Juan se entera que Pedro ha interpuesto en su contra un proceso ejecutivo por haber desatendido el pagaré emitido a la orden del ejecutante. Así, para evadir el embargo y posterior venta judicial de su biblioteca personal, Juan acuerda enajenar todos sus libros a X, en concepto de dación en pago de una deuda que no existe, conviniendo secretamente con éste que en verdad los libros seguirán siendo de él y que los podrá retirar y utilizar cuando quiera.

En este caso se aprecia que existe: a) Un negocio jurídico aparente o simulado (la dación en pago) que no es querido por las partes, que carece de causa y que tiene el propósito de crear una apariencia de una enajenación frente a los terceros de buena fe, especialmente, frente al acreedor del enajenante; b) Un acuerdo simulatorio, en virtud del cual Juan y X acuerdan que la dación en pago no es válida ni eficaz. Evidentemente, dado que las partes en el negocio simulado simplemente no quieren la dación en pago y, por lo tanto, este no oculta otro negocio jurídico distinto, nos encontramos frente a un supuesto de simulación absoluta, con una finalidad ilícita, resultando nulo de nulidad absoluta el negocio jurídico aparente, por carecer de causa.

En definitiva, en la simulación absoluta la intención real de las partes, es la de no celebrar ningún negocio jurídico, sino tan solo crear la apariencia que produce el negocio aparente. Por lo tanto, en caso de simulación absoluta, no hay ningún negocio disimulado.

b. Simulación relativa

Cuando detrás del negocio simulado se oculta un negocio jurídico distinto -total o parcialmente-, llamado negocio disimulado, nos encontramos frente a la simulación relativa.

El Código Civil peruano se refiere a la simulación relativa en su artículo 191, que dice así: “Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.”

Al referirse a la simulación relativa, El Tribunal Supremo Español, en sentencia de 29 de diciembre de 2011, sostuvo el criterio siguiente:

La simulación relativa (“*simulatio non nuda*”) constituye un supuesto de anomalía de la causa; es decir, comporta la expresión de una causa falsa cuando en realidad el resultado contractual querido y ocultado se funda en otra causa verdadera, suficiente y lícita (artículo 1276 del Código Civil), de modo que, descubierta la simulación, cambia la efectividad de la presunción sobre la causa, pues ya no se presume su existencia y licitud ni recae sobre el deudor la carga de probar su inexistencia (artículo 1277). En tal caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1276 del Código Civil, demostrada la simulación, ésta se presume absoluta y frente a dicha presunción legal habrá de probarse la existencia del negocio disimulado y que su causa es verdadera y lícita.

En esta clase de simulación, el propósito del negocio simulado o aparente es el de ocultar el negocio disimulado, de manera que los efectos frente a terceros sean percibidos como dimanantes del negocio aparente y no del querido realmente por el o los otorgantes. Es decir, que se aparenta frente a los terceros de buena fe, o sea aquellos que son ajenos al acuerdo simulatorio, la celebración de un negocio jurídico que no se quiere en realidad, con el propósito de encubrir el negocio jurídico que sí es querido.

En la simulación relativa, que es mucho más compleja que la absoluta, se debe tomar en cuenta, no solo el acuerdo simulado y el acuerdo simulatorio, sino también el negocio disimulado. Ello importa tener presente la influencia que puede ejercer el fin perseguido por el acuerdo simulatorio sobre el negocio disimulado, así como el papel que puede desempeñar el negocio aparente o simulado en orden a la interpretación del negocio oculto o disimulado.

A partir de las consideraciones antes expuestas, se pueden coleccionar las siguientes notas distintivas de la simulación relativa:

- El negocio jurídico aparente -que no es deseado por el o los otorgantes- encubre un negocio que sí es querido, llamado negocio jurídico disimulado.
- Además de la celebración de un acuerdo simulatorio, en el cual las partes del negocio jurídico simulado o el declarante y el destinatario de la voluntad (en los negocios jurídicos unilaterales recepticios) convienen que la voluntad declarada en el negocio aparente no es la querida, es preciso que se celebre el negocio disimulado, que como se verá más adelante, puede tratarse de una especie de negocio distinta del negocio aparente (por ejemplo, Padre e Hijo celebran una compraventa de bien inmueble determinado por un precio cierto, cuando en realidad lo que quieren celebrar es una donación) o bien, diferir del negocio simulado solo parcialmente o en alguno de sus elementos, verbigracia, en la compraventa mencionada en el ejemplo anterior se estipula que el precio de venta es de diez mil

balboas (B/.10,000.00), cuando en realidad, el precio de la compraventa verdaderamente querido es de cien mil balboas (B/.100,000.00), o puede que tenga por objeto el mismo bien y precio, pero que el comprador sea realmente otro de los hijos del vendedor.

- Para que el negocio jurídico disimulado sea válido, es menester que cumpla con todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo una causa lícita.

Según que el negocio disimulado sea de una especie distinta de la del negocio jurídico aparente o simulado, o que solo difiera respecto de este último parcialmente, es decir, en alguno de sus elementos, se dice que existe una simulación relativa total o parcial.

2. Simulación lícita e ilícita

Nos encontraremos frente a una simulación lícita o ilícita, según está persiga o no una finalidad digna de tutela jurídica por el ordenamiento jurídico.

F. Efectos de la simulación

1. Efectos de la simulación absoluta

Como se ha señalado, el negocio jurídico simulado es nulo de nulidad absoluta, no obstante, mientras no se declare judicialmente dicha nulidad se le considera válido y eficaz y, por lo tanto, surtirá sus efectos provisionalmente, al menos frente a terceros. Por esta razón, se estudiará el efecto de la simulación absoluta antes de la declaratoria de nulidad del negocio aparente y, con posterioridad a ella.

a. Antes de la declaratoria de nulidad absoluta

a.1. Frente a terceros

Mientras se mantenga la apariencia del negocio jurídico simulado, este surtirá sus efectos frente a los terceros de buena fe, es decir, aquellas personas que no tienen participación ni conocimiento del mismo.

a.2. Entre las partes

Camacho (1992), enseña que en la simulación absoluta “se crea la apariencia de haber celebrado un negocio jurídico que las partes no han querido celebrar.” (p. 319).

Como la voluntad declarada en el negocio jurídico simulado no es la querida por las partes celebrantes o por el declarante en los negocios unilaterales recepticios, prevalece respecto a ellos lo convenido en el acuerdo simulatorio, en el cual se establece que no han querido celebrar el negocio jurídico simulado, sino tan solo crear su apariencia y, por lo tanto, este último no surte ningún efecto frente a ellas.

b. Nulidad absoluta del negocio simulado

El negocio jurídico simulado, reitero, adolece de nulidad absoluta, ya que se trata de una declaración de voluntad fingida, que carece de causa e incluso de consentimiento, con arreglo a lo previsto en los artículos 1112 (numerales 1 y 3), 1113, 1125, 1126 y 1141 (numeral 1) del Código Civil, toda vez que las partes, con sujeción al acuerdo simulatorio, no lo han querido celebrar y solo desean mantener su apariencia frente a terceros.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 20 de octubre de

2005, señala lo siguiente:

“Tampoco es baldío recordar el concepto y el tratamiento jurisprudencial de la simulación absoluta. El negocio jurídico carente de causa es el simulado con simulación absoluta, que al estar falto de aquel elemento esencial es inexistente, aunque doctrinal y jurisprudencialmente se habla con frecuencia de nulidad ya que los efectos de aquélla y ésta son coincidentes. Hay negocio aparente y acuerdo simulatorio por el que las partes coinciden en la inexistencia de aquél; lo cual difícilmente se acredita por prueba directa, siendo necesaria la prueba de presunciones.” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

Con todo, la nulidad absoluta del negocio simulado puede ser saneada mediante la ratificación de las partes, de acuerdo con lo normado en el Artículo 1143 del Código Civil, siempre que la causal de nulidad no consista en tener objeto o causa ilícita.

El artículo 1154 del Código Civil consagra la regla general sobre los efectos de la nulidad absoluta, al disponer que una vez declarada las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, teniendo en cuenta lo normado en los Artículos 1156, 1157 y 1159 del Estatuto Civil. (Véase al respecto, la sentencia de 12 de julio de 2005, del Tribunal Supremo Español).

c. De la validez del acuerdo simulatorio

En principio, el acuerdo simulatorio es un acto válido, que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y en el reconocimiento que la doctrina moderna hace al derecho de celebrar actos secretos.

Ahora bien, su validez dependerá de la licitud o ilicitud del fin o propósito jurídico

económico que persigan las partes al momento de celebrar el acuerdo simulatorio, es decir, si la causa de dicha convención es o no lícita.

Cuestión interesante es la que se plantea respecto a si la declaratoria de nulidad del acuerdo simulatorio provoca o no que el negocio simulado adquiera validez definitiva y no solo meramente provisional. Me inclino por una respuesta negativa, ya que, como señalé en líneas superiores, tanto el negocio simulado como el acuerdo simulatorio y el negocio disimulado (en la simulación relativa) deben ser vistos siempre como la “parcelación documental de un único y mismo proceso negocial” (De Castro y Bravo, 1997, p. 338), de manera que no se puede plantear simple y llanamente la validez del negocio aparente al margen de la finalidad perseguida o el propósito negocial consignado en el acuerdo simulatorio y, de otra parte, porque la voluntad manifestada en el negocio simulado -en la simulación absoluta- no es real, pues los sujetos solo quieren crear la apariencia del negocio simulado.

2. Efectos de la simulación relativa

Por ser más compleja la simulación relativa que la absoluta, ya que la primera oculta un negocio jurídico disimulado que es realmente el querido, es menester que me refiera particularmente a los efectos del negocio disimulado y su relación con el negocio aparente.

a. Efectos del negocio disimulado entre las partes

Es claro que, al no ser querida la voluntad declarada en el negocio simulado, con arreglo a lo convenido en el acuerdo simulatorio, el negocio que realmente quieren celebrar las partes o el declarante en los casos de negocios jurídicos unilaterales recepticios -y que permanece oculto frente a los terceros de buena fe-,

es el negocio disimulado, el cual, por lo tanto, será el que rija la relación jurídica de sus otorgantes.

Evidentemente, para que el negocio disimulado sea válido y eficaz, es indispensable que reúna todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo una causa verdadera y lícita.

b. Efectos del negocio disimulado frente a terceros

Generalmente, en la simulación relativa el negocio disimulado permanece oculto, pues mediante el negocio simulado -que en realidad no quisieron celebrar- los sujetos encubren el negocio verdaderamente querido.

Luego, resulta palmario que en tanto se mantenga la apariencia creada por el negocio simulado, el disimulado no surtirá efectos frente a los terceros que desconocen su existencia, quedando circunscrita su eficacia a los celebrantes.

Ahora bien, al probarse la simulación relativa (es decir, la existencia de un convenio válido -distinto del negocio aparente- que es el realmente querido por las partes y que se mantuvo encubierto hasta ese momento por la apariencia creada por el negocio aparente) y declararse consiguientemente la nulidad absoluta del negocio simulado, el negocio disimulado también surtirá efecto frente a los terceros, dejando a salvo a los terceros de buena fe a que se refieren los Artículos 1159 y 1762 y 1763 del Código Civil.

Con relación a este último aspecto, el artículo 194 del Código Civil peruano dispone que la simulación no puede ser

opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos de titular aparente.

G. Diferencia entre la simulación y otras figuras jurídicas

A fin de esclarecer más el concepto de la simulación, seguidamente realizo una breve comparación entre ella y otras figuras jurídicas afines.

1. Simulación y reserva mental

En efecto, como señalan Díez Picazo y Gullón (1982), la reserva mental “supone una divergencia consciente entre el querer interno y la manifestación de ese querer”, mediante la declaración de voluntad o la realización de un comportamiento negocial. (p.62).

La reserva mental, explica Arturo Alessandri (1994), consiste “en querer en realidad una cosa diversa de la que se declara, de modo que el contratante hace deliberadamente una declaración disconforme con su verdadera voluntad.” (p.67).

Es evidente que el fin perseguido en el caso de la reserva mental, “es el de engañar al destinatario” de la voluntad declarada o, “en general, a quienes tengan conocimiento de aquella” -por razones o motivos que pueden ser lícitos o ilícitos- puesto que el declarante carece de voluntad negocial. (Albaladejo, 1958, p.164).

Así, se advierte que ambas figuras, simulación y reserva mental, constituyen supuestos de divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, en ambos casos, con el fin de producir un engaño que no necesariamente tiene carácter ilícito.

A partir de las definiciones antes

transcritas, se pueden colegir diferencias entre la simulación y la reserva mental, a saber:

- a. La reserva mental se mantiene exclusivamente en el ámbito del fuero interno del declarante, es decir, no trasciende al mundo exterior ni afecta en principio al negocio jurídico; en cambio, en la simulación, la divergencia entre la voluntad real de las partes y la declarada en el negocio simulado se exterioriza de manera consciente, esto es, trasciende al mundo material mediante el acuerdo simulatorio.
- b. La simulación supone la existencia de un negocio jurídico que se celebra solo para crear una apariencia, ya que en realidad las partes no quieren celebrarlo; en tanto, en la reserva mental, la persona a la cual va dirigida la voluntad fingida no tiene conocimiento de ella.
- c. La simulación relativa encubre un negocio jurídico (disimulado) que es el que las partes realmente quieren celebrar; por el contrario, en la reserva mental solo existe el negocio celebrado con arreglo a la voluntad declarada, ya que la otra parte, al no tener conocimiento de la reserva mental, no puede consentir sobre ella.
- d. Si la reserva mental llega a ser conocida por la otra parte el negocio jurídico es nulo, habida cuenta que no hay voluntad seria (artículos 1112, numeral 1, y 1141, numeral 1, del Código Civil, entre otras disposiciones); por el contrario, en la simulación, las partes tienen pleno conocimiento que la voluntad que están declarando en el negocio simulado no es la querida por ellas y el acto es válido y eficaz -respecto de terceros- al menos provisionalmente.

2. Simulación y declaraciones informales

La voluntad seria es aquella que va dirigida a alcanzar “un fin jurídico”. (Alessandri, 1994, p.67). Por el contrario, si se declara sin intención de producir una relación jurídica, ora por broma, por complacencia, por razones didácticas, en las que es ostensible que no hay intención de obligarse, entonces nos encontramos frente a un supuesto de declaración informal.

Se trata de un supuesto de divergencia consciente entre lo manifestado y lo querido, ya que el declarante emite una voluntad pero que no es seria, debido a que no tiene intención de obligarse. La voluntad que no es seria no puede originar ningún negocio jurídico.

Nuevamente, el común denominador de ambas figuras es la discordancia entre la voluntad real y la declarada, no obstante, entre ellas existen las diferencias siguientes:

- a. En la simulación hay la intención de crear la apariencia de un negocio jurídico que o bien no es querido, o encubre otro negocio jurídico distinto (simulado) que es el que verdaderamente se quiere; en la declaración informal de voluntad, por el contrario, no existe intención de crear apariencia jurídica, ya que la voluntad no se emite para alcanzar un fin jurídico y, por tanto, no es seria.
- b. En la simulación relativa existe un negocio jurídico oculto (disimulado) que es el que realmente se quiere; en la declaración informal de voluntad no hay ningún negocio jurídico, puesto que no hay consentimiento.

3. Simulación y Fraude a la Ley

a. Concepto de Fraude a la Ley

El artículo 6 (numeral 4) del Código Civil español, se refiere al fraude a la ley al indicar que: “los actos realizados al amparo del texto de una norma que

persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude a la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

En sentencia de 27 de julio de 2010, el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, se refiere al fraude a la ley en los términos siguientes:

“Tampoco puede prosperar el recurso desde la perspectiva sustantiva ya que, como afirma la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, la institución del fraude de ley tiene por objetivo deshacer la apariencia de protección que un acto recibe de la “Ley de cobertura”, a fin de someterlo al imperio de aquella que se trató de eludir, por lo que, como sostiene la sentencia número 232/2008, de 18 de marzo, reproduciendo la de 9 de marzo de 2006, se precisa la presencia de dos normas: la conocida, denominada “de cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada “eludible o soslayable”. (...) Es decir, para que concurra fraude de ley no basta con denunciar la infracción más o menos grosera de la norma defraudada, también es preciso identificar la norma de cobertura utilizada instrumentalmente para eludir la norma defraudada...” (Lo destacado y subrayado es nuestro).

El fraude, importa un mecanismo, un

subterfugio que permite a un sujeto alcanzar un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, eludiendo, el cumplimiento de una regla de conducta imperativa (que prohíbe u ordena algo) a la cual estaba obligado a someterse, sin infringirla de manera frontal. (Diez Picazo y Gullón, 2020).

Por su parte, De Castro y Bravo (1997), concibe el negocio en fraude a la ley como una manifestación especial del fraude a la ley, que consiste en “utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio; aquel precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica.” (p. 370).

El fraude a la ley viene a ser un mecanismo, procedimiento, subterfugio, en virtud del cual un sujeto, valiéndose del amparo de una disposición legal (llamada norma de cobertura), evade el cumplimiento de un mandato legal imperativo al cual estaba obligado a someterse, a fin de realizar una conducta prohibida o bien abstenerse de realizar un determinado comportamiento.

Nota característica de esta figura es la vulneración de una norma imperativa, no de manera frontal, sino mediante un artificio jurídico. En otras palabras, en el fraude a la ley una persona se vale de un negocio permitido por el ordenamiento jurídico para lograr un resultado prohibido por una norma de carácter imperativo que estaba obligado a cumplir.

b. Semejanzas entre el fraude a la ley y la simulación

Se advierte, pues, que tanto el fraude a la ley como la simulación se valen de la apariencia; la primera del negocio jurídico

protegido por la ley que es utilizado como subterfugio para eludir el cumplimiento de una disposición de carácter imperativo; la segunda, del negocio simulado.

En ambas instituciones existe un engaño para alcanzar un propósito. En el fraude a la ley, el engaño consiste en hacer creer que el acto fraudulento se basa en una disposición de cobertura, lo cual constituye en realidad un ardid para burlar una prohibición o un mandato de una norma de carácter imperativo, haciendo lo que esta prohíbe o no haciendo lo que ordena. En la simulación el engaño se realiza por conducto del negocio jurídico simulado que crea la apariencia, de manera consciente, de un negocio que no se quiere en lo absoluto o bien esconde a otro negocio distinto que es el realmente querido por las partes.

Tanto el fraude a la ley como el negocio simulado son nulos de nulidad absoluta, en el primer caso por tener una causa ilícita y, en el segundo, por carecer de ella.

c. Diferencias entre el fraude a la ley y la simulación

c.1. El fraude a la ley se caracteriza por la vulneración de una norma jurídica imperativa a la cual está obligado a someterse el sujeto que celebra el acto fraudulento con el fin de evadir su cumplimiento; en la simulación no necesariamente hay una violación de una disposición legal, ya que esta puede tener un fin lícito o ilícito.

c.2. En la simulación hay un acuerdo simulatorio en el cual se establece que la voluntad declarada en el negocio simulado no es la querida; en el fraude a la ley no hay necesidad de convenir que el

negocio celebrado no se quiere, ya que de lo que se trata precisamente es de evadir el cumplimiento de una disposición de carácter imperativo mediante un acuerdo fraudulento que se celebra empleando una norma de cobertura.

4. Simulación y error en la causa

Existe error en la causa, por ejemplo, cuando una persona se cree obligada a pagar una cantidad que en realidad estaba pagada. En este caso la obligación es nula por carecer de causa.

El error en la causa “importa generalmente la ausencia de causa”. (Alessandri, 1994, p. 169). Por consiguiente, la nulidad se origina precisamente por carecer de causa el negocio jurídico en el cual tuvo lugar el error en la causa.

Habrà error en la causa cuando alguien tuviera como motivo o “causa principal” algo que no existe. (De Castro y Bravo, 1997, p.110).

Entre las principales diferencias entre el error en la causa y la simulación se encuentran las siguientes:

- a. Cuando alguien incurre en un error en la causa, declara algo que de haber sabido la verdad no hubiera declarado; en el negocio simulado, en cambio, se declara de manera consciente una voluntad que no es querida por las partes.
- b. En la simulación existe el propósito de engaño; en tanto que en el error en la causa no existe tal propósito.
- c. El acuerdo simulatorio constituye una convención en virtud de la cual se estipula que el negocio simulado no es querido

por las partes; el error en la causa, por el contrario, es producto de una de las partes.

Negocios jurídicos no susceptibles de simulación

Aunque la simulación es una figura que se refiere al negocio jurídico, sin embargo, no todos los negocios jurídicos son susceptibles de simulación.

Dado que un elemento estructural esencial en la simulación es el acuerdo simulatorio, que comporta un acuerdo de voluntades, la simulación no puede darse en los negocios jurídicos unilaterales no recepticios, que se caracterizan por no estar dirigidos a una determinada persona y que producen efectos, con independencia de que sean comunicados a una persona.

En vista de la relevancia que tiene la causa en la figura de la simulación, esta última no tiene lugar en los negocios jurídicos abstractos, es decir, aquellos que son válidos y eficaces aunque no concurra una causa, a diferencia de los negocios causales que sí requieren una causa verdadera y lícita como requisito de validez y constituyen la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, según lo previsto en el artículo 1112 (numeral 3), 1125 y 1126 del Código Civil.

Se discute en la doctrina científica si es factible la admisión de la figura de la simulación en negocios de Derecho de Familia, tales como el matrimonio, la adopción y el reconocimiento de hijo, entre otros. (De Castro y Bravo, 1997).

Al respecto, es necesario señalar que las normas del Código de la Familia, de acuerdo con lo establecido en su artículo 3, tienen carácter de orden público e interés social. Por ende, dichas disposiciones son imperativas

y no pueden ser alteradas o variadas por la voluntad de los particulares. Corolario de lo anterior es que es nulo el acuerdo simulatorio

mediante el cual se convenga secretamente destruir o modificar un negocio jurídico como los mencionados en el párrafo anterior.

Conclusiones

Diversas teorías tratan de dar respuesta a la cuestión suscitada en caso de discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, a saber: la teoría volitiva, de la declaración de la voluntad y las teorías intermedias.

De acuerdo con la teoría volitiva en caso de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, el Derecho le otorga preeminencia a la primera y, por lo tanto, el negocio jurídico resulta nulo.

Según la teoría de la declaración de voluntad el derecho solo reconoce eficacia a la voluntad exteriorizada y no al querer interno. Es la manifestación de voluntad destinada a producir un efecto jurídico la única que el Derecho toma en cuenta en orden a determinar la validez del negocio y sus consecuencias jurídicas.

Las teorías intermedias consisten en cinco construcciones doctrinales, a saber: la índole del negocio jurídico; el compromiso tácito de garantía; de la culpa; la confianza y la responsabilidad. Son desarrolladas a partir de los errores endilgados a la teoría volitiva y de la declaración de voluntad, al soslayar que los elementos constitutivos de la voluntad son el volitivo y el de la declaración, los cuales se complementan recíprocamente y no pueden ser escindidos.

La simulación constituye un supuesto de discrepancia entre la voluntad y la declaración, que viene a ser la convención en

virtud de la cual se acuerda que la voluntad declarada en forma consciente y para fines de producir frente a terceros de buena fe una apariencia de un negocio jurídico con un propósito determinado, no es querida por el o las personas que celebraron dicho negocio, ora porque existe una causa distinta o porque la expresada no existe.

Producir una prueba directa de los hechos constitutivos de la simulación reviste gran dificultad, máxime, cuando el negocio simulado consta en un documento público, pues generalmente, ni el contradocumento ni el principio de prueba por escrito se encuentran al alcance del actor, quien frecuentemente tampoco es parte del negocio simulado ni del acuerdo simulatorio. De allí que la doctrina científica reconozca la importancia del indicio como medio de prueba de la simulación.

En la estructura del proceso simulatorio, se pueden distinguir tres elementos: el negocio simulado o aparente, el acuerdo simulatorio y el negocio disimulado (en caso de simulación relativa), los cuales no pueden ser apreciados como actos autónomos e independientes, sino que deben ser interpretados teniendo en cuenta el fin o propósito final que persiguen los otorgantes y la unidad del proceso simulatorio.

El negocio simulado consiste en el acuerdo de voluntades de las partes otorgantes o la declaración de voluntad con destinatario determinado, según se trate de un negocio jurídico bilateral o unilateral, respectivamente, en el cual se declara deliberadamente una

causa aparente que no es realmente querida por las partes o por el declarante.

Mientras no se destruya la apariencia creada por el negocio simulado, acreditando que la causa expresada en él no existe o es distinta de la realmente querida por las partes que lo celebraron o por el declarante, el mismo surtirá sus efectos frente a los terceros de buena fe, hasta que se dicte la sentencia judicial que lo declara nulo.

Las partes del negocio simulado deberán regirse por el acuerdo de simulación y/o el acuerdo disimulado (en caso de simulación relativa), en virtud del cual se destruye, hace ineficaz o modifica el negocio simulado.

El acuerdo simulatorio es la convención en virtud de la cual las partes del negocio jurídico bilateral simulado o, el declarante y el destinatario determinado de la voluntad del negocio jurídico simulado unilateral, acuerdan que la voluntad manifestada en el negocio simulado o aparente no es la realmente querida, ya sea total o parcialmente, ora porque persigan un fin divergente de la causa típica reconocida o porque este fin sea contrario a la existencia misma de la causa expresada en el negocio aparente.

En la simulación relativa, además del negocio simulado, en virtud del cual se crea de manera consciente, para un fin determinado, la apariencia frente a terceros de un negocio jurídico que no es querido realmente por las partes que lo celebraron, existe otro negocio que las partes han querido celebrar verdaderamente y al mismo tiempo mantener oculto frente a terceros. Este último es el negocio jurídico disimulado o encubierto.

Según la voluntad real de las partes o, del declarante en los negocios jurídicos unilaterales

recepticios, sea solo la de crear la apariencia de un negocio que en realidad no han querido celebrar o bien la de crear la apariencia de un negocio que oculta la existencia de otro distinto que es el querido en verdad, nos encontraremos frente a la simulación absoluta o relativa, respectivamente.

La simulación relativa será total o parcial, respectivamente, si el negocio disimulado es de una especie distinta de la del negocio jurídico aparente o simulado, o solo difiere respecto de este último parcialmente, es decir, en alguno de sus elementos.

La simulación también puede ser lícita o ilícita, según el fin perseguido con ella.

Las notas distintivas de la simulación relativa son las siguientes:

- El negocio jurídico aparente -que no es deseado por el o los otorgantes- encubre un negocio que sí es querido, llamado negocio jurídico disimulado.
- Además de la celebración de un acuerdo simulatorio, en el que se conviene que la voluntad declarada en el negocio aparente no es la querida, es preciso que se celebre el negocio disimulado que puede tratarse de una especie de negocio distinta del negocio aparente o bien, diferir del negocio simulado solo parcialmente.
- Para que el negocio disimulado sea válido, debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo una causa lícita.

A diferencia de otros códigos civiles, el nuestro no regula la simulación de manera sistemática e integral, es más, ni siquiera la regula con este nombre. Se ocupa de ella en

ciertos artículos sobre la donación (artículo 949); el testamento (artículo 640) y la causa falsa (artículo 1127).

El negocio jurídico simulado adolece de nulidad absoluta, ya que carece de causa e incluso de consentimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 1112 (numerales 1 y 3), 1113, 1125, 1126 y 1141 (numeral 1) del Código Civil, pues se trata de una declaración de voluntad fingida, habida cuenta que las partes, conforme al acuerdo simulatorio, no lo han querido celebrar y solo desean mantener su apariencia frente a terceros.

La validez del acuerdo simulatorio dependerá de la licitud o ilicitud del fin o propósito jurídico económico que persigan las partes al momento de celebrarlo, es decir, de si la causa de dicha convención es o no lícita.

En tanto se mantenga la apariencia creada por el negocio simulado, el disimulado no surtirá efectos frente a los terceros que desconocen su existencia, quedando circunscrita su eficacia a los celebrantes. Una vez destruida la apariencia del negocio simulado, por haberse probado la simulación relativa, es decir, la

existencia de un convenio válido, distinto del negocio aparente, el negocio disimulado surtirá también efecto frente a los terceros, dejando a salvo a los terceros de buena fe a que se refieren los Artículos 1159 y 1762 y 1763 del Código Civil.

Existen similitudes y diferencias entre la simulación y otras figuras jurídicas afines tales como la reserva mental, la declaración de voluntad no seria, el fraude a la ley y el error en la causa.

La simulación no puede darse en los negocios jurídicos unilaterales no recepticios, caracterizados por no estar dirigidos a una determinada persona y por producir sus efectos con independencia de que sean comunicados a esta. De igual forma, en virtud del carácter de orden público e interés social que tienen las normas del Código de la Familia, según lo expresado en el artículo 3 del precitado cuerpo de ley, son nulos los acuerdos simulatorios que versen sobre negocios jurídicos de Derecho de Familia, pues estos se encuentran regulados por normas imperativas que no pueden ser variadas por la voluntad de las partes.

Recomendaciones

Es precisa que, de lege ferenda, la figura de la simulación sea regulada de manera integral y sistemática, tal como lo hacen los modernos estatutos civiles, por ejemplo, el de Argentina y Perú.

En razón de la notoria dificultad de producir

una prueba directa de los hechos constitutivos de la simulación, debe admitirse el indicio como medio de prueba en los casos de simulación, con independencia de que exista o no contradocumento o principio de prueba por escrito.

Referencias Bibliográficas

- Albaladejo, Manuel. (1958). *El Negocio Jurídico*. Editorial Bosch, S.L.
- Alessandri Rodríguez, A. (1994). *De los Contratos*. Editorial Jurídica de Chile.
- Arroyo Camacho, D. (1992). *Estudios Jurídicos Tomo IV*. Primera Edición. Litho Impresora Panamá, S.A.
- Betti, E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Código Civil, 2019. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916, (Panamá).
- Código Civil y Comercial de la Nación, 2020. Ley 26,994 octubre 1, 2014. 7 de octubre de 2014, (Argentina).
- Código Civil Español, 2018. Ley de Bases mayo 11, 1888. 24 de julio de 1889, (España).
- Código Civil Peruano. Decreto Legislativo 295, 1984 24 de julio de 1984, (Perú).
- Código de Comercio, 2019. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916, (Panamá).
- Código de la Familia, 2019. Ley 3 mayo 17, 1994. 1 de agosto de 1994, (Panamá).
- De Castro y Bravo, Federico. (1997). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas, S.A.
- Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1982). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1. Editorial Tecno, S.A.
- Diez Picazo, L. y Gullón, A. (2020, 20 de junio), El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. Obtenido de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15338/15799>
- Ferrara, Federico. (1953). *La simulación de los Negocios Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ossorio, M. (1994). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta S.R.L.
- Picó Junoy, Joan. (2020, 21 de junio). Los indicios en la prueba de la simulación contractual. Barcelona: InDret Revista para el Análisis del Derecho Obtenido de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1328.pdf>
- Puig Brutau, J. (1978). *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo 2. Editorial Bosch, S.A.
- Ripert, G. (1964). *Tratado de Derecho Civil. Las Obligaciones*. Editorial La Ley.
- Suarez M., H. (1993). *Simulación en el Derecho Civil y Mercantil*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Zimmermann, R. (2008). *El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones*. Editorial Bosch.

Mgtr. Antonio E. Moreno Correa

El autor es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Obtuvo el título de Magíster en Derecho Privado en el mismo centro de educación superior. Tiene un Postgrado en Docencia Superior de la Universidad Tecnológica de Panamá y actualmente cursa estudios de Doctorado en

Derecho con especialización en Derecho Civil en la Universidad de Panamá. Como docente ha dictado las asignaturas de Práctica Forense, Derecho de Obligaciones e Instituciones de Crédito en la Universidad Americana, la Universidad Santa María La Antigua y la Universidad de Panamá, respectivamente.

