

Universidad de Panamá
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica

Órgano informativo de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Universidad de Panamá



Anuario de Derecho N° 52

Año XLII, N° 52

Diciembre 2022 – Noviembre 2023

Universidad de Panamá
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Jurídica

Órgano informativo de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Panamá

Anuario de Derecho N° 52

Año XLII, N° 52
Diciembre 2022 – Noviembre 2023

ANUARIO DE DERECHO

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá
Año XLII, N° 52, Diciembre 2022 – Noviembre 2023
ISSN L - 2953-299X*

*Centro de Investigación Jurídica (CIJ)
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá
Mgr. Arellys Eliana Ureña Castillo, Directora de la Revista Anuario de Derecho*

Consejo Editorial:

Dr. Hernando Franco Muñoz, Universidad de Panamá. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Mgr. Arellys Eliana Ureña C., Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Directora del Centro de Investigación Jurídica

Dr. Jorge Giannareas, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Asesor en Política Social. Panamá.

Dra. Virginia Arango Durling, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Directora del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas.

Dra. Ana María Fernández, Universidad de Sevilla, España.

Dra. Adriana Dreyzin, Universidad de Córdoba, Argentina. Catedrática de Derecho Internacional,

Dr. José Carlos Fernández, Universidad Complutense de Madrid, España. Director del Departamento de Derecho Internacional

Dr. Carlos Salcedo, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador. Catedrático de Derecho Procesal.

Para correspondencia, canje y suscripción:

Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Centro de Investigación Jurídica (CIJ)

Estafeta Universitaria

Panamá, República de Panamá

Teléfono: (507) 523-6139

Correo electrónico: investigacion.juridica@up.ac.pa publicaciones.juridica@up.ac.pa

<http://www.up.ac.pa/PortalUp/CentroInvestigacionJuridica.aspx?menu=456>

Corrección de textos

Consejo Editorial

Asistente Consejo Editorial

Rodrigo de la Cruz Luna

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Asistente Técnico de Investigación

Diseño de Portada:

Imprenta Universitaria

Universidad de Panamá



Autoridades de la Universidad de Panamá

Dr. Eduardo Flores Castro
Rector

Dr. José Emilio Moreno
Vicerrector Académico

Dr. Jaime J. Gutiérrez
Vicerrector de Investigación y Postgrado

Mgtr. Arnold Muñoz
Vicerrector Administrativo

Mgtr. Ricardo Him Chi
Vicerrector de Extensión

Mgtr. Mayanín Rodríguez
Vicerrectora de Asuntos Estudiantiles

Mgtr. Ricardo A. Parker D.
Secretario General

Mgtr. José Luis Solís
Director General de los Centros Regionales y Extensiones Universitaria



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Dr. Hernando J. Franco Muñoz
Decano

Mgtr. Francisco F. Flores Villa
Vicedecano

Lic. Judith Loré
Secretaría Administrativa

Mgtr. Arelys Eliana Ureña C.
Directora del Centro de Investigación Jurídica

Profesor Aresio Valiente López
Sub-Director - Centro de Investigación Jurídica

Investigadores

Mgtr. Vanessa Campos Alvarado
Mgtr. Oziel De Gracia
Mgtr. Carmen Rosa Robles
Mgtr. Camilo Rodríguez
Mgtr. Wilfredo Gómez

Asistentes de Investigación

Rodrigo De La Cruz L.
Maybelline González
Dylan A. Hernández A.
Eyda Jazmín Saavedra H.

Hemeroteca

Lic. Marcial Guerrero

Secretaria

Mirna E. Arcia

CONTENIDO	Páginas
CONSEJO EDITORIAL	
PALABRAS DL EDITOR	
I. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES	
II. DOCTRINA	
A. DERECHO CIVIL	
ORTEGA DE LA CRUZ, NELSON. “La Responsabilidad Civil Del Fabricante o Proveedor en Materia de Protección al Consumidor por Defecto en Producto en Nuestra Legislación”	16-29
JIMÉNEZ M., CESIBEL DEL CARMEN. “COVID-19 y su Incidencia en el Derecho de Contratos”	30-39
ZAMORA S. DAVID E. "Los contratos por medios electrónicos"	40-68
TIMPSON L., CLAUDIO, “Responsabilidad Civil Derivada Del Acto Médico”	69-98
B. DERECHOS HUMANOS	
CAMPOS A., VANESSA M. “Equidad en el Derecho al Agua y La Convención de los Derechos del Niño.”	99-140
C. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
JAIME, MARGIE-LYS. “La Ejecución De Los Laudos Internacionales En Panamá”	141-156
D. DERECHO PENAL	
ARANGO DURLING, VIRGINIA. “Prostitución, y Nuevos Modelos De Explotación Sexual”	157-181
MUÑOZ ARANGO, CAMPO ELÍAS. “Privación Ilegal De La Libertad Frente A Las Detenciones Ilegales Y Secuestro”	182-199
E. DERECHO COMERCIAL	
FERNÁNDEZ AGUILAR, ELSA. “Los Datos Abiertos como Estrategia para el Fomento de la Reactivación Económica en Pandemia en la República de Panamá”	200-212

ZEBALLOS B., SARA C. “La Protección De Datos Personales En Base A La Ley No. 81 De 26 De marzo De 2019, “Sobre La Protección De Datos” 213-240

F. DERECHO MARÍTIMO

DE GRACIA, OZIEL. “Regulación De La Pesca Panameña” 241-52

G. DERECHO PROCESAL

PEÑALBA R, LUIS G. “La Prueba Pericial en el Proceso Penal Acusatorio Panameño” 253-266

H. CIENCIAS POLÍTICAS

BONILLA M., AMILCAR E. “Consideraciones geopolíticas del Canal de Panamá” 267-278

VARGAS V., OSCAR. “La Crisis Centroamericana, Panamá y La Iniciativa de Paz del Grupo de Contadora” 279-326

I. FILOSOFÍA DEL DERECHO

OW YOUNG, BRUNO. “Aspectos Éticos Y Legales De La Telemedicina En Panamá: Presente, Futuro E Inteligencia Artificial” 327-348

II. ARTÍCULOS INVITADOS

VALENCIA M., Alexander. “Función Del Notario En Las Voluntades Anticipadas Como manifestación De La Autonomía De La Persona Según La Ley 68 De 2003.” 3249-360

III. RECENSIONES

Asistentes de Investigación Jurídica

BARRIO G., Boris. “La Demanda Civil Ordinaria, construcción técnica del libelo de demanda y su emplazamiento”. 361
Por: Dylan Hernández

GONZÁLEZ M. Rigoberto. “Un Concepto de Derecho Constitucional. Problemática del Derecho Constitucional Convencional” 362
Por: Rodrigo De La Cruz L.

IV. LEGISLACIÓN

COMPILACION DE LEYES DE 2022. Camilo Rodríguez Q. 363-371

VII. CRITERIOS DE PUBLICACIÓN

PALABRAS DE LA DIRECTORA DEL CONSEJO EDITORIAL
Arelys Eliana Ureña Castillo / <https://orcid.org/0000-0002-0104-6006>

La Revista Anuario de Derecho, que como su nombre lo indica se publica anualmente por el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá. Es un espacio de convergencia de posturas jurídico científicas, que aspira a la integración transdisciplinar de los conocimientos y lograr la difusión de perspectivas científicamente planteadas sobre problemas y soluciones tanto en el campo del derecho nacional, como dentro del contexto del actual mundo globalizado.

La información es un ente dinámico que se transmite de forma inmediata, y el Derecho como objeto de estudio, y fuente inagotable de información, no escapa a este dinamismo, razón por la que es imperioso continuar de forma permanente la generación de conocimiento jurídico, el que ineludiblemente llegará a ser un insumo intrínsecamente valioso para las sociedades humanas del mundo.

Este número de la Revista Anuario de Derecho, es la publicación No.52, y cuenta con dieciséis artículos producto del riguroso trabajo de sus autores dados a la labor de la investigación científica y la hermenéutica jurídica, en los que se desarrollan temáticas diversas con importantes aportes.

Entre las valiosas contribuciones que se pueden apreciar en este número se desarrolla dentro del marco del derecho civil la responsabilidad tanto de un fabricante como la responsabilidad derivada del acto médico, los contratos realizados por medios electrónicos y la incidencia de la Covid-19 en el derecho de contratos, y en materia de derecho internacional privado la ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Panamá, y como corolario la función del notario en las voluntades anticipadas como manifestación de la autonomía de la persona según la Ley 68 De 2003. De extrema importancia y base de todo ordenamiento jurídico, en materia de Derechos Humanos se aborda la equidad en el derecho al agua y la Convención de los Derechos del Niño.

Los autores sensibilizados con sistema penal imperante y las situaciones jurídicas que motivan la puesta en acción del sistema y la aplicación de la ley penal han expuesto figuras como la prostitución, y nuevos modelos de explotación sexual, y la privación ilegal de la libertad frente a las detenciones ilegales y secuestro.

Las economías del mundo actualmente atraviesan retos para acomodarse a las súbitas situaciones que las obligan a transformarse y al mismo no dejar a nadie atrás, y desde esta perspectiva también se desarrolla el tópico de los datos abiertos como estrategia para el fomento de la reactivación económica en pandemia en la República de Panamá, y la

protección de datos personales en base a la ley no. 81 de 26 de marzo de 2019, “sobre la protección de datos, y en el comercio que se genera desde el mar regulación de la pesca panameña.

En Derecho procesal penal siempre es importante integrar todos aquellos elementos que redunden el perfeccionamiento del sistema, razón por la que tener en boga lo tocante a la prueba pericial en el proceso penal acusatorio panameño es de singular importancia para este número.

En materia de filosofía del derecho al exponer los aspectos éticos y legales de la telemedicina en Panamá: presente, futuro e inteligencia artificial, abre nuevas e importante debate en cuanto al tratamiento digno de los pacientes y la preponderancia de la bioética. Este Anuario de Derecho No. 52 cuenta también con una compilación de leyes aprobadas en el año 2021, aportes de jurisprudencia sobre acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, con tres recensiones que entregan valiosos comentarios al desarrollo de las obras de otros autores ajenos a esta revista.

El Anuario de Derecho No. 52 continúa siendo un aporte de temas tan diversos como innovadores, cumpliendo con el compromiso de abrir espacios para la ciencia y el pensamiento jurídico, y facilitar acceso al conocimiento multidisciplinar e integrador, continuando con la misión engrandecer el enriquecimiento del acervo jurídico y estar a la vanguardia de las propuestas del derecho del siglo XIX.

Mgtr. Arelys Eliana Ureña C.
Directora de la Revista Anuario de Derecho
Universidad de Panamá

I. DATOS BIOGRÁFICOS DE LOS AUTORES

Virginia Arango Durling <https://orcid.org/0000-0003-2947-0252>

Tiene experiencia en investigación y es autora de numerosas publicaciones, entre las que cuentan más de cincuenta obras en materia de Derecho Penal y Derechos Humanos, e investigaciones publicadas en revistas nacionales y extranjeras, y otros en medios de comunicación social. Entre sus publicaciones se puede mencionar Derecho Penal (Parte General), Introducción a los Derechos Humanos, Manual de Derechos Humanos, Las consecuencias jurídicas del delito, el Iter Criminis, entre otros.

Ha ocupado los cargos de *Investigadora* en el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1983-1993), Decana Encargada. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (1997) Universidad de Panamá, Profesora de Derechos Humanos en Universidad de Panamá, y ULACIT.

Actualmente es Catedrática de Derecho Penal y ocupa el cargo de Directora del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad de Panamá. Es miembro de la Academia Panameña de Derecho y Directora de la Revista virtual Boletín de Ciencias Penales, y de la página w.w.w. penjurpanamá, que contiene un aula virtual y material didáctico y bibliográfico en Derecho Penal y Derechos Humanos. Correo electrónico varangodurling@gmail.com

Vanessa Montserrat Campos Alvarado <https://orcid.org/0000-0003-4903-7501>

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, Postgrado de Especialista en Docencias Superior, Postgrado de Especialista en Investigación Social todos de la Universidad de Panamá. Postgrado en Gerencia Estratégica de Investigación Social de UDELAS y SENACYT Universidad de las Américas. Diplomada en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, Investigación en Nivel Superior, del Instituto de Estudios Nacionales Universidad de Panamá: Maestranda en Ciencias Sociales con Énfasis en Teorías y Métodos de Investigación. Fue Directora encargada del Centro de Investigación Jurídica. Directora del Boletín de Informaciones Jurídicas. Autora de Artículos en el Colegio Nacional de Abogados, Revista de Derecho de la UNAM, Anuario de Derecho, Conferencista en Congreso en la Universidad Benito Juárez de Oaxaca México, Centro Regional de Darién, y otros. Correo electrónico: vanecampsalva10@gmail.com

Oziel De Gracia <https://orcid.org/0000-0001-8474-2607>

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa María La Antigua, 2012. Máster en Gestión de Empresas Marítimo-Portuarias y Derecho Marítimo de la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Maestría en Derecho procesal de la Universidad Santa María la Antigua. Secretario Judicial del Juzgado Ejecutor de la Autoridad de los Recursos acuáticos 2013-2014. Abogado de la dirección de Inspección, Vigilancia y Control de la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá de 2014 hasta febrero de 2015. Abogado Independiente y asesorías a empresas de la localidad. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Panamá. Correo electrónico: odg_25@hotmail.com

Campo Elías Muñoz A. <https://orcid.org/0000-0003-2979-5153> Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales de la Universidad de Panamá; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2005-2006) Graduado 2011. XX Curso de Postgrado en Derecho en la especialidad de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España, curso de 60 horas, 2007. Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003), Graduado Tercer Puesto de Honor 2005, Capitulo Sigma Lambda. Universidad de Panamá; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Correo electrónico: campoema@gmail.com

Margie-Lys Jaime <https://orcid.org/0000-0003-2556-9597>
La autora es Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Paris II (Panathéon-Assas) donde también hizo su maestría en Derecho de las relaciones económicas internacionales. Asimismo, ha realizado estudios de Maestría en Arbitraje y Comercio Internacional en la Universidad de Versalles, Francia, y en Negocios Internacionales y Derecho Económico con un Certificado en Derecho de la OMC, en la Universidad de Georgetown, Washington, D.C. La Dra. Jaime es Fellow del *Chartered Institute of Arbitrators*, y ha sido admitida para ejercer el derecho en la República de Panamá, el Estado de Nueva York, EE. UU., y en Paris, Francia. Su práctica incluye litigios comerciales internacionales, arbitraje comercial y disputas inversionista-estado. Correo electrónico: margielys.jaime@up.ac.pa

Elsa Fernández Aguilar <https://orcid.org/0000-0001-9894-1586>
Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas con especialización en Mediación, Docencia Superior, al igual que, posee una maestría en Derecho Privado, entre otros cursos nacionales e internacionales y en este momento es doctoranda en Gestión Pública y Ciencias Empresariales del Instituto Centroamericano de Gestión Pública (ICAP) de Costa Rica. Actualmente, es directora general de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), Presidenta del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) y docente del Departamento de Derecho Privado, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá donde ha impartido asignaturas como Derecho Comercial I, Derecho de la Competencia, Derecho Civil (Bienes), entre otros. Asimismo, ha sido docente en la Facultad de Administración de Empresas y Contabilidad (FAECO), donde ha dado las clases de Derecho Comercial, Fiscal y Tributario, entre otros. Cuenta con dieciocho (18) años de experiencia profesional en el sector público, donde ha ocupado cargos como: Adjunta del Defensor del Pueblo, Diputada Suplente de la Asamblea Nacional del Circuito 8-7, Secretaria General de la Dirección General del Sistema Penitenciario y asesora legal en el Ministerio de Gobierno y Justicia. Correo electrónico: elsa.fernandez@up.ac.pa

Sara Cristina Zeballos Bethancourt <https://orcid.org/0000-0003-2644-0656>
Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Cuenta con Especialización en Docencia Superior de la Facultad de Educación de la Universidad de Panamá; Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Santa María La Antigua. Ha cursado Diplomados en el Sistema Penal Acusatorio, Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) y de Derecho Probatorio de la Universidad Latina de Panamá. También ha tomado Diplomado en TICS a Nivel

Superior, Diplomado en Tecnología Avanzada Web 2.0 aplicadas a la Docencia Superior y un Perfeccionamiento Académico a Nivel Superior del Instituto Centroamericano de Administración y Supervisión de la Educación (ICASE), todos estos de la Universidad de Panamá. Actualmente cursa estudios en el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) sobre Diplomado en Lavado de Activos. Profesionalmente, se ha desempeñado como abogada para promotoras de bienes raíces, en la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), actualmente es abogada de empresa internacional dedicada a la compra de cartera morosa de bancos. Correo electrónico: sara_07505@hotmail.com

Nelson Ortega De La Cruz <https://orcid.org/0000-0001-8043-3954>

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Panamá; Maestría en Derecho Privado con Énfasis en Derecho Comercial de la Universidad de Panamá. Especialización en Docencia Superior de la Universidad Latina de Panamá; Cursando Maestría en Derecho Privado con Énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá Miembro del Colegio Nacional de Abogados; Profesor Especial del Departamento de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá y Abogado Litigante. Correo electrónico: nelson-e.ortega@up.ac.pa

Amilcar Eliecer Bonilla Marín <https://orcid.org/0000-0001-7442-8366>

Doctorando en Derecho Administrativo en la Universidad Columbia, Paraguay, Magister en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Tributario, Magister en Docencia Superior, Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Panamá, músico y abogado litigante. Correo electrónico: amilcarebm@gmail.com

Oscar Vargas Velarde <https://orcid.org/0000-0002-5423-465X>

Abogado y docente, es profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, en donde también fue investigador jurídico en el Centro de Investigación Jurídica por más de treinta años. Fue director general de Política Exterior en dos oportunidades, secretario general, consultor del Ministro y viceministro a. i., en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Se desempeñó de embajador extraordinario y plenipotenciario en la República de Colombia y embajador en misión especial en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos. Además, se desempeñó como integrante del equipo de trabajo y plenipotenciario de la República de Panamá en las negociaciones del Grupo de Contadora para la búsqueda de la paz en Centroamérica. Correo electrónico: oscar_vargasvelarde@hotmail.com

Cesibel Del Carmen Jiménez Muñoz <https://orcid.org/0000-0001-8398-8867>

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, segundo puesto de honor de la promoción 2015-2016 de la Universidad de Panamá; capítulo de honor Sigma Lambda. Máster Universitario en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra, España. Curso de Verano en Comercio Exterior por el Centro de Formación Permanente de la Universidad de Salamanca. Doctoranda en Derecho Privado (Programa Interuniversitario: Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra, España). Experiencia profesional: Asistente de investigación jurídica (Centro

de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá); Galindo, Arias y López; Dirección de Asesoría legal, Ministerio de Seguridad Pública. Correo electrónico: cesibeljimenez3004@gmail.com.

Bruno Ow Young

<https://orcid.org/0000-0002-3080-6692>

Profesional en formación con experiencia en la gestión y desarrollo de proyectos para el desarrollo humano, en instrumentos de cooperación internacional, como docente en colegios de media y Premedia, y como emprendedor. Actualmente está realizando estudios de maestría en bioética en la Universidad de Panamá, y anteriormente culminó sus estudios de licenciatura en Humanidades con Especialización en Filosofía, Ética y Valores en la misma Universidad. Además, posee certificados de formación profesional en ética, inteligencia artificial y gestión estratégica de organizaciones sin fines de lucro, otorgados por la OMS, UNICEF, la OIT, la Universidad de Helsinki, entre otros. Cabe agregar, que desde que era adolescente ha sido voluntario en diversos proyectos de interés social y cultural. Correo electrónico: brunoowyoung@gmail.com

David E. Zamora-Smith

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

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá -Capítulo de Honor Sigma Lambda-, con Maestría en Derecho Privado en énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá - mención Sobresaliente Cum Laudem por el jurado calificador-, Especialidad en Docencia Superior de la Universidad de Panamá; estudiante de los Cursos Intensivos válidos para el Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Ha ocupado los cargos de Oficial Mayor, Secretario Judicial Interino y Asistente de Juez en los Juzgados de Circuito Civil y Seccional Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá. Abogado. Correo electrónico david_z_s@hotmail.com

Luis G. Peñalba R <https://orcid.org/0000-0002-5659-5619>

Magister en Sistema Penal Universidad Especializada de Las Américas, 2016, también posee otras maestrías, entre ellas Maestría en Derecho, Énfasis en Derecho Procesal. Centro Regional Universitario de Veraguas, 2017, Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal penal. INEJ 2019, Maestría en Derecho Penitenciario. INEJ, 2020, Maestría en Sistema Penal Acusatorio. ISAE, 2020, Maestría en Derecho Administrativo. INEJ, 2021. Maestría en Docencia Superior. Universidad Especializada de las Américas, 2019.

Actualmente es Doctorando en Ciencias Penales por la Universidad San Carlos de Guatemala en convenio con la Universidad de Valencia, España.

Previo a los estudios de maestría cursó estudios de postgrado, entre ellos Postgrado en Sistema Penal Acusatorio Universidad Especializada de Las Américas, 2016, Postgrado en Especialidad Acusatoria. ISAE, 2020, y Postgrado en Ejecución de Sentencia en el Sistema Penal Acusatorio. INEJ, 2019.

Correo electrónico: luchogp26@hotmail.com

Claudio Timpson L.

<https://orcid.org/0000-0003-2176-490X>

El Doctor Claudio Avelino Timpson Layne, es profesor regular de la Universidad de Panamá, Coordinador del programa de Maestría en el área de derecho civil, abogado litigante, socio principal de la firma forense Timpson & Asociados.

Es egresado de la Universidad de Panamá, entidad donde obtuvo los grados de Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, en 1982, Maestría en derecho con Énfasis en Derecho Civil y Mercantil en 1988, y Doctor en Derecho Civil, en el año 2018, además es especialista en docencia superior, grado también otorgado por la Universidad De Panamá.

Es autor de las siguientes obras: Conceptos, Fuentes y Clasificación de la Obligaciones, mayo de 2009, Efecto, Transmisión y Extinción de la Obligaciones; septiembre de 2011, Introducción al Estudio del Derecho Civil; mayo de 2013, Responsabilidad Civil; abril de 2014; Conceptos, Clasificación y Modalidades de la Propiedad; mayo de 2015, De los Modos de Adquirir el Dominio y Los Derechos Reales Sobre Cosa Ajena; Septiembre de 2015, Contratos Civiles; Especial; 2014 y Apuntes de Derecho Comercial abril de 2018.

He publicado numerosos artículos en prestigiosas revistas Jurídicas nacionales e internacionales, como la Revista Societas de la Universidad de Panamá, Anuarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, y ha dictado un sin número de conferencias en el ámbito nacional e internacional. Correo electrónico: fuerzatman@gmail.com

Alexander Valencia Moreno

<https://orcid.org/0000-0003-1659-4061>

Doctor en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología (ULACIT), con auspicio de la Universidad Complutense de Madrid España en el Programa Latinoamericano de Doctorado en Derecho (PROLADE), San José, Costa Rica, 1996. Post Grado en Docencia Superior, Universidad de Panamá 1999; obtuvo Maestría en Docencia Superior. Universidad de Cartago 2006, y posee Diplomado en Registro Público 2009. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá 1992. Ha publicado ocho libros, relacionados con temas de Derecho civil, y es autor de más de una docena de artículos publicados en la Revista *Lex* del Colegio Nacional de Abogados, entre otras; ha dictado más de cuarenta conferencias en seminarios y congresos nacionales. Miembro de la Academia panameña de Derecho. Es Profesor Titular III de la Universidad de Panamá. Actualmente es Notario Undécimo del circuito de Panamá. Recientemente, el Colegio Nacional de Abogados le otorgó la Medalla “Don Harmodio Aria Madrid”, por su dedicación a la formación de profesionales del Derecho y su contribución a la doctrina nacional. Correo electrónico: alexandervalencia9@hotmail.com

La Responsabilidad Civil del Fabricante o Proveedor en Materia de Protección al Consumidor por Defecto en Producto en Nuestra Legislación.

Nelson Enrique Ortega De La Cruz
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
País: Panamá
nelson-e.ortega@up.ac.pa
ORCID 0000-0001-8043-3954

Entregado: 25 de junio de 2022

Aprobado: 30 de julio de 2022

Resumen

Artículo desarrollado en atención a la interpretación de las leyes aplicables a la responsabilidad por producto del fabricante, agente económico, o proveedor de bienes y servicios, dentro de las relaciones con el consumidor, para el reconocimiento de los posibles daños y perjuicios que pueden sufrir los consumidores.

Palabras Claves: Consumidor, proveedor, bienes, producto, daños y responsabilidad.

Summary

Article developed in attention to the interpretation of the laws applicable to product liability of the manufacturer, economic agent, or supplier of assets and services, within the relations with the consumer, for the recognition of the possible damages that consumers may suffer.

Keywords: Consumer, provider, assets, product, damage and responsibility.

Índice: 1. Introducción 2. Los sujetos dentro de la relación de consumo 3. Deber general de que los bienes y servicios sean seguros 4. Responsabilidad Civil por Producto 5. Marco regulatorio en materia de Protección al Consumidor por Responsabilidad Civil por

Producto. 6. La Autoridad Administrativa y Jurisdicción Competente 7. Conclusiones 8. Bibliografía.

1. Introducción

Lo primero que debemos entender de las relaciones de consumo es que éstas se dan dentro de una relación de contratación privada, que se refiere al acuerdo o pacto entre particulares, sin distinción entre personas naturales o personas jurídicas, sino que la diferencia se centra si la relación contractual es entre personas de derecho público o de derecho privado; es decir que en esta relación contractual, presumiblemente (existen excepciones) no participan personas de derecho público (el Estado), mediante la cual una de las partes se compromete u obliga a la entrega de un bien o prestación de un servicio y la otra en contraprestación al pago generalmente en dinero.

Dicho lo anterior apreciamos que la participación de las personas de derecho público (el estado) dentro de la relación contractual privada de consumo no es de forma activa, puesto que no vende o presta servicios privados, ni tampoco es beneficiaria de éstos, sino que su vinculación es de orden regulatorio y protector de la parte más débil de la relación.

La protección para los consumidores se encuentra consagrada en nuestra Constitución Política y es de interés social, siendo desarrollada y ejecutada por el Estado, creando un marco legal; una entidad administrativa defensora y fiscalizadora (CLICLAC y luego la ACODECO) y una jurisdicción especial (Juzgados municipal y de circuito civil), mediante la cual, primero se establecen las reglas aplicables a las empresas o agentes económicos que se dediquen a la venta de bienes y prestación de servicios de este tipo de relaciones contractuales; segundo, le concede la facultad a la entidad administrativa de representar, fiscalizar y sancionar a los agentes económicos por incurrir en falta o violaciones a los derechos de los consumidores y, finalmente, los tribunales donde los consumidores, podrán promover igualmente acciones en contra de las empresas o agentes económicos y exigir el reconocimiento de los derechos consagrados en las leyes, Decretos y reglamentos.

En ese sentido, se hace necesario establecer cuándo entra en acción esta protección que desarrolló el Estado a favor de los consumidores cuando se configura algún tipo de responsabilidad por productos defectuosos, que generen en algún grado daños y perjuicios a los beneficiarios finales.

Al analizar la responsabilidad civil del fabricante en nuestro derecho positivo, debemos tomar en cuenta, la responsabilidad contractual, la responsabilidad civil extracontractual y la intervención de la culpa del fabricante.

En el caso bajo estudio se evaluó la responsabilidad civil por producto, específicamente respecto a una demanda promovida en contra de Coca Cola de Argentina S.A. y otras, argumentándose la configuración de daños y perjuicios, principalmente en lo que se refiere al daño moral, producido luego de que padre e hijo al intentar ingerir el contenido de una lata de soda Coca Cola, ésta les produjo una sensación desagradable además de vómitos, y que una vez analizado ese contenido resultó que no era apta para consumo por presentar olor y sabor a hidrocarburos.

2. Los sujetos dentro de la relación de consumo

Como hemos señalado anteriormente dentro de la relación de consumo participan activamente por regla general dos partes, una que se compromete u obliga a la entrega de un bien o prestación de un servicio y la otra en contraprestación al pago generalmente en dinero; no obstante, para los efectos de este trabajo, debemos incluir una participación adicional la cual consideramos llamar una participación pasiva ya que su intervención se materializa de forma posterior al perfeccionamiento de la relación de consumo y precisamente si se realiza algún reclamo por parte del consumidor por un mal funcionamiento o producto defectuoso.

En este sentido debemos establecer la conceptualización de estos términos o sujetos que forman parte de esta relación de consumo.

En España mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.(*BOE.es - Documento consolidado BOE-A-2007-20555*, s. f.)

En el ámbito del MERCOSUR la Resolución 123/96 del GMC28 ha definido consumidor en los siguientes términos: “es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipárense a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuario a aquel que sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de ser integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. (Piris, s. f.)

Por otro lado, en Chile, la Ley N°19.955, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de julio de 2004 introdujo importantes modificaciones a la Ley N°19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores, tales como las definiciones legales de consumidor y de proveedor.

Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

1. Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios.
2. Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente. (*Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, s. f.)

Nuestra normativa resulta muy amplia al fijar el alcance de los conceptos respecto a los sujetos dentro de esta relación de consumo cuando establece los siguiente:

1. *Proveedor*. Industrial, comerciante, profesional o cualquier otro agente económico que, a título oneroso o con un fin comercial, proporcione a otra persona un bien o servicio de manera profesional y habitual.
2. *Consumidor*. Persona natural o jurídica que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza. (*Ley N° 45 de 31 de octubre de 2007.pdf*, s. f.)

Como ya es sabido dentro de las relaciones de consumo participan de forma activa el fabricante, agente económico o proveedor de bienes y servicios y el beneficiario final o consumidor, éste último que adquiere el bien o servicio como destinatario final, para su propia utilización y satisfacción de sus necesidades, no con fines productivos o de generar ingresos, es decir como consumidor industrial, fabricante, profesional o revendedor.

Bajo esta perspectiva, surge la idea generalizada que la relación de consumo por regla general se materializa o perfecciona entre una gran empresa legalmente constituida y dedicada de manera habitual y que realiza la actividad como medio de generar ingresos, ya sea la venta o prestación de servicios, y por la otra un particular, generalmente una persona natural que adquiere éstos para su propio disfrute o satisfacer sus necesidades o las de su familia. Ahora bien, la venta de bienes y prestación de servicios es ofrecida a los consumidores, por distintos medios, pero bajo los parámetros del agente económico o proveedor y las características o especificaciones del producto o servicio.

3. Deber general de que los bienes y servicios sean seguros

La normativa y los principios regentes de esta materia especial de protección al consumidor imponen a el fabricante, agente económico o proveedor de bienes y servicios la obligación de ofrecer producto que reúnan unos requisitos mínimos de calidad e idoneidad.

Proporcionar respecto a sus productos o servicios información veraz, suficiente y precisa sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización principalmente si éstos pueden llegar a afectar su salud o seguridad.

Asimismo, en reconocimiento y ejercicio de la garantía, brindar el servicio de reparación integral, oportuna y adecuada a los bienes adquiridos.

Lo primordial es la obligación que impone la ley a los agentes económicos de no poner el comercio un producto o servicio defectuoso, con vicios de fabricación, diseño, información y desarrollo. Esto incluye la distinción que debemos realizar respecto a el producto o servicio defectuoso, que es el que presenta un vicio de seguridad, distinto del producto que no es idóneo para cumplir el fin para el cual se contrató; y del propiamente peligroso, ya que éste, por su propia naturaleza lleva implícito un riesgo por su uso.

4. Responsabilidad Civil por Producto

Previo a establecer la existencia de responsabilidad por producto, debemos delimitar o establecer que se entiende por producto y que es considerado producto defectuoso.

En ese orden, se considera producto a toda cosa natural o industrial destinada a la comercialización y en cuyo proceso de creación, desarrollo, transformación o preparación para consumo ha intervenido la actividad humana. Dicho de otro modo, el que resulta de un proceso de industrialización, que implica introducir en la materia prima transformaciones de alguna índole. (*Responsabilidad_por_daños_causados.pdf*, s. f.)

Ahora bien Un producto defectuoso es aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente su presentación, el uso previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. (*LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE BAJO EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VENDEDOR*, s. f.)

La determinación si un producto resultó defectuoso o no, se constituye en elemento determinante para poder establecer si la ocurrencia de daños generará o no una

responsabilidad a cargo del proveedor o fabricante, o en caso contrario se configura una exigente de responsabilidad por un uso inadecuado.

La responsabilidad del fabricante por producto defectuoso consiste en la obligación que tienen los miembros de la cadena de valor, específicamente los productores y/o proveedores, de responder a los consumidores por los daños ocasionados por los defectos de los bienes o servicios que comercializan. Es decir que esta especie de responsabilidad presupone un daño causado al consumidor o a sus bienes. (Villalba Cuéllar, 2013)

La obligación del fabricante de resarcir al consumidor final los daños causados por sus productos fue reconocida en la Ley 14 de 20 de febrero de 2018, misma que debe ser complementada por las normas contempladas en el Código Civil sobre responsabilidad extracontractual y contractual, respectivamente.

En ese orden surge requisito principal para el reconocimiento de un derecho de indemnización por defecto en el producto, que quien lo haya adquirido para su consumo al precisamente disponer su uso, haya sufrido realmente un daño tangible o verificable por causa directa del producto; es decir que, en dicho sentido se atribuye la carga de la prueba al perjudicado, que deberá probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos para obtener la reparación de los daños causados.

Si nos corresponde referirnos al reconocimiento de un daño moral para acceder a un resarcimiento económico, lo procedente es sustentar el reclamo de indemnización del daño moral fundamentado en que éste se materialice, se acredite como un daño cierto y actual, no puede sustentarse el mismo en sucesos que no han ocurrido o meras expectativas de su ocurrencia, de tal manera que es imperativo un daño concreto, no resulta viable para su reconocimiento un alegado daño potencial.

La responsabilidad Contractual

Cuando nos referimos a la Responsabilidad contractual en las relaciones de consumo, ésta surge como consecuencia del incumplimiento de la obligación primaria del agente económico o proveedor de bienes y servicios, es decir, en cuanto a realizar la entrega de un producto que no adolezca de vicios ocultos.

Ante esta situación surge entonces la posibilidad del consumidor amparado en las facultades concedidas en la ley, y el contrato de exigir por vía administrativa o en la mayoría de los casos por la vía jurisdiccional el cumplimiento forzoso del contrato, siendo en este caso, el reemplazo del bien adquirido por uno que no adolezca de vicio alguno y mantenga un funcionamiento acorde al fin para el cual fue fabricado. No obstante puede resultar que no exista la posibilidad de reemplazar el bien adquirido, resultando en dicho caso la facultad de exigir la resolución del contrato y requerir en dicho caso la devolución de las sumas pagadas por el bien; sin embargo, tal cual hemos advertido nuestro derecho positivo, a través de la modificación impuesta por la ley 14 de 2018, reconoció la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, y por daños causados per se por defecto del producto, ya que la norma no los excluye ni los limita o circunscribe.

La responsabilidad Extracontractual

Cuando nos referimos a este tipo de responsabilidad, lo principal y destacable es el hecho que no existe un vínculo negocial entre el consumidor y el agente económico o fabricante, por ende, se aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual, siendo en este caso que el factor de atribución del daño es objetivo con base en el riesgo creado o la posibilidad de que se genere un daño a causa de la venta de bienes defectuosos, resultado que la concurrencia del vicio es lo que crea la condición de peligro respecto al producto.

En cuanto a la legitimación pasiva respecto a este tipo de personalidad, es necesario considerar que ésta, incluye dentro de su espectro también la posibilidad de incluir al fabricante y demás integrantes de la cadena de comercialización. Es así, que podrán ser llamados a responder por los daños causados desde el productor como el fabricante, importador, distribuidor, proveedor, dueño de la marca y también el transportador, cuando no exista un vínculo contractual con éstos. Es decir, entre el consumidor afectado y alguno de estos actores.

5. Marco regulatorio en materia de Protección al Consumidor por Responsabilidad Civil por Producto.

Es necesario destacar que la venta de bienes y prestación de servicios es ofrecida a los consumidores, por distintos medios, pero bajo los parámetros del agente económico o proveedor, de allí que el consumidor entra en esta relación contractual bajo la figura o situación de “Lo tomas o Lo dejas”, los ya conocidos contratos de adhesión.

Es precisamente esta relación de dependencia para satisfacer las necesidades de los consumidores la que propiamente los coloca en una posición desventajosa frente a los comerciantes, empresas, agentes económicos o proveedores, los cuales ofrecen sus servicios abiertamente y de manera accesible a una multiplicidad de usuarios o consumidores, y por tal razón, éstos, a manera de agilizar o facilitar las transacciones evitan negociar de forma individual con cada adquiriente las condiciones de venta de sus bienes o la prestación de sus servicios, siendo que lo mínimamente “negociable” entre las partes, la mayoría de las veces se limita a precio y fecha de entrega o prestación del servicio.

Ante esta disparidad existente entre la empresa que tiene un poder económico superior y el consumidor que sólo busca satisfacer por sus propios medios sus necesidades, que surge a cargo del Estado como soberano y poder superior, brindarles la garantía y protección a los consumidores, de manera que éstos no sean objeto de abusos, prácticas monopolísticas o renuncia de derechos que afecten aún más la posición desventajosa en la que se encuentra.

Dentro del marco regulatorio que rige esta materia especial de protección al consumidor, advertimos que la misma se encuentra consagrada de nuestra Constitución Política de la República de Panamá, específicamente en su artículo 49, el cual dispone:

Artículo 49. El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos.

Sin embargo, dada la especialidad de esta materia, y la necesidad de la adecuada protección del consumidor surgió la necesidad crear normas especiales que permitan realmente cumplir aquel fin social. De allí la creación distintas normativas para regular esta relación de consumo, resaltando como normas principales la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, por la cual se dictan normas de protección al consumidor y defensa de la competencia, modificada por la Ley 29 de 2 de junio de 2008 y posteriormente por la Ley 14 de 20 de febrero de 2018.

Al respecto propiamente la Ley en su Artículo 34, le impone al Estado esa funcional social.

Artículo 34: Función estatal. Son funciones esenciales del Estado:

1. Velar por que los bienes que se venden y los servicios que se prestan en el mercado cumplan las normas de calidad, salud, seguridad y ambientales. *(Ley N°45 de 31 de octubre de 2007.pdf, s. f.)*

Asimismo, el Decreto ejecutivo 46 de 23 de junio de 2007, que se reglamenta el título II de protección al consumidor, el artículo 100, numeral 2 del título III de la autoridad de protección al consumidor y defensa de la competencia y el título V de procedimiento administrativo de la ley 45 de 31 de octubre de 2007.

Propiamente respecto a la Protección de los Derechos de los Consumidores en cuanto a la responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso, es necesario remitirnos a las normas del código civil que regulan la responsabilidad civil y la reparación de los daños causados.

Como lo es el artículo 1652 A del Código Civil, que a letra dice:

Artículo 1652 A: el fabricante de producto que el público consume responde por los daños y perjuicios ocasionados por sus productos, siempre que haya mediado dolo, culpa o negligencia.

Asimismo, es reconocible la posible existencia de daño material y el daño moral consagrada en los artículos 1644 y 1644-A, de la misma exerta legal, que a letra dice:

Artículo 1644: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados.

Artículo 1644-A: Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad contractual y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva, así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al Artículo 1645 del Código Civil.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación, o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

La ley 14 de 20 de febrero de 2018, al modificar el artículo 35 que contempla los derechos de los consumidores, reconoció como uno de sus derechos

7. Recibir indemnización efectiva o la reparación de los daños y perjuicios atribuibles a responsabilidades del proveedor o prestar el servicio de conformidad con los términos que señala la ley. (*Gaceta Oficial Digital*, 2018)

Si bien previamente mediante la Ley 45 de 2007, no estaba excluida la posibilidad o facultad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios dentro de la reclamaciones de consumo, era dado que los Tribunales de justicia se limitaran de hecho respecto a conceder a los consumidores este tipo de pretensiones adicionales a las ya consagradas en la ley; como el reemplazo del bien o devolución de las sumas pagadas; no obstante, con la incorporación de esta modificación en la Ley se brindado la apertura para el reconocimiento de este tipo de derechos e inclusive mayormente la responsabilidad por producto.

6. Autoridad Administrativa y Jurisdicción Competente

Nuestra normativa patria de protección al consumidor dispuso la creación de un ente administrativo autónomo inicialmente conocido como la CLICLAC, a saber, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, fue una Entidad Pública Descentralizada del Estado, con personería jurídica propias, autonomía en su régimen interno y creada por la Ley 29 de 1996.

Dicha entidad fue posteriormente reemplazada por la **ACODECO**, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, igualmente constituida en una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, autonomía en su régimen interno e independencia en el ejercicio de sus funciones, y adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias. La Autoridad está sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo a la Constitución y las leyes, creada mediante la ley N° 45 de 31 de octubre de 2007.

Estableciéndose dentro de sus objetivos principales "proteger y asegurar los Derechos del Consumidor y el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios para preservar el interés supremo del consumidor"

Asimismo, mediante la ley, se dispuso la creación de tribunales de justicia especializados en la jurisdicción de protección al consumidor y libre competencia, además de atribuir a los juzgados de la jurisdicción civil ordinaria la facultad de dirimir las controversias que surjan entre los consumidores y los agentes económicos, en aquellos distritos y circuitos judiciales donde no hayan sido creados estos tribunales especiales.

Resulta necesario destacar que tanto la Autoridad administrativa así como los tribunales especializados para dirimir las controversias que surja entre proveedores y consumidores, según lo establecido en nuestra normativa que rige esta materia, les fue establecida su competencia basada principalmente en el tipo de reclamación que se presenta y el monto, cuantía o costo del bien o servicio que se presta, máxime que con la última modificación a la ley fue reconocido el derecho a los consumidores de percibir indemnización por daños y perjuicios; no obstante sin entrar a profundizar si éstos surgen de la responsabilidad civil por producto defectuoso.

7. Conclusiones

Para acceder a un resarcimiento económico generado por la responsabilidad civil del fabricante o proveedor en materia de protección al consumidor por defecto en producto, las pruebas que se aporten deben cumplir con acreditar la existencia de un daño cierto y actual, siendo que sustentar el reclamo de un daño moral en un mero daño potencial que no alcanzó a producir un daño físico conlleva a concluir que el daño no se concretó.

Al analizar la responsabilidad civil del fabricante en nuestro derecho positivo, debemos tomar en cuenta, la responsabilidad contractual, la responsabilidad civil extracontractual y la intervención de la culpa del fabricante.

Es necesario se amplíe las normativas que rigen la materia de responsabilidad respecto a las relaciones de consumo con el objetivo de proteger adecuadamente al consumidor, lo que supone garantizar efectivamente sus derechos a la seguridad y la indemnización.

8. Bibliografía

- *Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.* (s. f.). Recuperado 15 de diciembre de 2020, de

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200002

- BOE.es—Documento consolidado BOE-A-2007-20555. (s. f.). Recuperado 15 de diciembre de 2020, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>
- Gaceta Oficial Digital. (2018). 7.
- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE BAJO EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VENDEDOR. (s. f.). Recuperado 15 de diciembre de 2020, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000100004
- Ley N°29 de 3 de febrero de 1996.pdf. (s. f.).
- Ley N°45 de 31 de octubre de 2007.pdf. (s. f.).
- Piris, C. R. A. (s. f.). LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL MERCOSUR. INTERNATIONAL LAW, 48.
- Responsabilidad_por_daños_causados.pdf. (s. f.). Recuperado 15 de diciembre de 2020, de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/163/Responsabilidad_por_da%C3%B1os_causados.pdf?sequence=1
- Villalba Cuéllar, J. C. (2013). La responsabilidad del productor por garantías de bienes y servicios en el derecho colombiano. Prolegómenos, 16(31), 45. <https://doi.org/10.18359/dere.718>

COVID-19 y su Incidencia en el Derecho de Contratos.

Cesibel Del Carmen Jiménez Muñoz
Universidad de Salamanca
Escuela de Doctorado: “STUDII SALAMANTINI”
País: España
cesibeljimenez3004@gmail.com
ORCID 0000-0001-8398-8867

Entregado: 4 octubre de 2022

Aprobado: 30 de octubre de 2022

1. Planteamiento del problema. 2. Remedios. 3. Tratamiento a la luz del Derecho comparado. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumen.

La pandemia de estos últimos años ha llegado para poner a prueba nuestra capacidad de adaptación frente a las circunstancias imprevisibles de las cuales no escapan las relaciones jurídicas constituidas en un escenario completamente distinto al que hoy enfrentamos. Siendo así, los efectos de esta crisis han generado una lluvia de interrogantes en relación con el cumplimiento de las obligaciones pactadas en un contexto anterior al latente cambio que ha conducido a la paralización de actividades económicas y a la transformación de muchas otras.

Diversas son las figuras defendidas y a la vez cuestionadas por distintos sectores que buscan dar respuesta a los conflictos ventilados en los tribunales desde la seguridad jurídica que otorgan algunos ordenamientos, o bien en el marco de una real incertidumbre por los vacíos propios de un Derecho de obligaciones y contratos carente de herramientas que de forma expresa sean un aliciente ante los cambios absolutamente imprevisibles.

Palabras Claves. Cambios imprevisibles, COVID-19, cumplimiento, fuerza mayor, teoría de la imprevisión.

Summary.

The pandemic of recent years has come to test our ability to adapt in the face of unforeseeable circumstances, from which legal relationships established in a completely different scenario than the one we face today do not escape. Thus, the effects of this crisis have generated a storm of questions in relation to compliance with the agreed obligations in the face of a latent change that has led to the paralysis of economic activities and the transformation of many others.

There are several figures defended and at the same time questioned by different sectors that seek to respond to the conflicts aired in the courts from the legal certainty that some legal systems grant, or in the framework of real uncertainty due to the gaps inherent in a Law of obligations and contracts lacking tools that are expressly a remedy in the face of absolutely unpredictable changes.

keywords. Unforeseeable changes, COVID-19, compliance, force majeure, theory of unpredictability.

1. Planteamiento del problema.

En la historia de la humanidad han sido múltiples los desafíos que marcan un antes y un después y en este sentido, la COVID-19 ha transformado incluso nuestros hábitos más cotidianos. Pero sin duda, sus efectos trascienden más allá de las graves consecuencias que han dejado al descubierto el talón de Aquiles de los sistemas sanitarios, viéndose muchos de ellos colapsados; sin olvidar las repercusiones en la economía de manera generalizada.

En este orden de ideas, dejando de lado las críticas que de una u otra manera podríamos hacer en relación con la gestión o manejo de la pandemia en los distintos sectores afectados que en muchas ocasiones son llevadas a la subjetividad, nos interesa abordar de forma muy particular los notorios efectos que trajo al vínculo cuya génesis está principalmente en los contratos que se prolongan en el tiempo.

Como era de esperar, el tema ha sido sometido a diversos estudios doctrinales y jurisprudenciales que buscan dar respuesta a *cuál es el mejor instrumento jurídico para mitigar las consecuencias de la COVID-19 cuando alguna de las partes de un contrato, se ve gravemente afectada, al punto de que la relación contractual se sumerge en un evidente desequilibrio, o en otras ocasiones, se trastoca la base del negocio jurídico, poniéndose en riesgo su cumplimiento al tenor de lo pactado; ante circunstancias totalmente distintas a las del momento en que lo suscribieron.*

Ante esta problemática se presenta con la firmeza que le caracteriza, una de las máximas del Derecho Civil, el principio *pacta sunt servanda*, el cual está contemplado en el artículo 976 de nuestro Código Civil estableciendo que: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”*.

De la disposición *a priori* señalada, la cual subraya que toda obligación contractual debe ser cumplida con rigor por las partes, nacen cuestiones como el hecho de que la parte afectada por la inobservancia de tal principio, estará facultada para hacer uso de los mecanismos jurídicos que le permitan exigir al deudor el cumplimiento, o bien la oportuna resolución del contrato con la consecuente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados; siempre que se trate de un incumplimiento por causas que le sean imputables a dicho deudor, es decir, que no intervengan situaciones de fuerza mayor, caso fortuito, pérdida o destrucción de la cosa debida, o la imposibilidad de cumplimiento.

Ahora bien, el presente trabajo está dirigido al incumplimiento que surge ante circunstancias sobrevenidas y que eran imprevisibles para las partes en el momento en el que decidieron obligarse, teniendo como efecto un desequilibrio o pérdida de la base económica que los motivó a llevar a cabo el negocio jurídico, pero sin llegar a ser imposible su cumplimiento.

Consideramos oportuna la aclaración anterior porque tal como ha sido el caso de algunos pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia, en un primer momento podríamos encausar estos supuestos por la vía de la fuerza mayor o del caso fortuito; sin embargo, queremos hacer énfasis en que nos estamos refiriendo a una forma de incumplimiento en el

que, si bien las causas no son atribuibles al deudor, no existe una imposibilidad *per se* para cumplir con la obligación. Suele ser este punto, objeto de confusión y uno de los principales obstáculos que encontramos al abordar el tema.

2. Tratamiento jurídico.

Tal como señalamos en el apartado anterior, el presente trabajo trata aquellos casos en los que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles afectan significativamente a alguna de las partes durante el lapso que existe entre la celebración del contrato y su ejecución o durante ella, sin que exista imposibilidad para el cumplimiento, pero sí una evidente ruptura de la economía negocial, como en los supuestos de un súbito incremento de materia prima.

Tras el planteamiento del problema que nos ocupa, encontramos oportuno abordar la denominada “teoría de la imprevisión”, figura que sin detenernos demasiado en sus antecedentes, tiene su origen más lejano en el Derecho Romano, con un notable desarrollo por los posglosadores; la cual logró mayor rigor en su reconocimiento y aplicación dentro de nuestro Derecho con la incorporación en el ordenamiento civil panameño, mediante la Ley N° 18 de 31 de julio de 1992, bajo la denominación de la “excesiva onerosidad”¹.

La norma antes descrita en su artículo 5, adiciona el Capítulo VI al Título II del Libro IV, incorporando los artículos 1161-A, 1161-B, 1161-C, los cuales se formulan de la siguiente manera:

“Artículo 1161-A. En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato.

No podrá pedirse la terminación, si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

¹ Ley 18/1992, de 31 de julio, “Por la cual se modifican y adicionan disposiciones del Código Civil”, G.O. 22094.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Artículo 1161-B. Si en los actos unilaterales la prestación llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el obligado podrá pedir una reducción de su prestación o una modificación en los términos que regulan su cumplimiento, suficiente para reducirla a la equidad.

Artículo 1161-C. Lo dispuesto en los dos artículos que preceden, no se aplica a los contratos aleatorios por su naturaleza o por la voluntad de las partes.”

En los postulados anteriores, apreciamos a la “excesiva onerosidad”, también denominada “teoría de la imprevisión”, como una figura que abre la puerta a la modificación o en ocasiones, a la terminación de los contratos cuando para alguna de las partes resulta excesivamente gravoso su cumplimiento al tenor de lo pactado, como consecuencia de circunstancias sobrevenidas.

Ahora bien, el Código Civil resalta algunos presupuestos y efectos de aplicabilidad. Lo primero a destacar es que ha de tratarse de un contrato de tracto sucesivo o sujeto a plazo, entendemos que ello obedece a que en estos casos aumentan las posibilidades de que ocurran hechos extraordinarios e imprevisibles por el evidente lapso de tiempo que va desde que las partes suscriben el contrato hasta que se da el cumplimiento o ejecución. Y de esta misma manera, excluye su aplicación a los contratos aleatorios al carecer de equivalencia en las prestaciones, lo cual se contrapone a la naturaleza y fin de esta figura.

Debemos subrayar el que se concedan distintos efectos o remedios según sean contratos bilaterales o unilaterales. En este sentido, se establece para los primeros la posibilidad de que la parte afectada por los cambios imprevisibles solicite poner fin a la relación contractual, salvo en aquellas ocasiones en las que el acontecimiento extraordinario se pueda considerar inmerso en el riesgo normal del contrato, es decir que sea inherente a

su propia naturaleza o que pudiera estar contemplado en el contenido del contrato. Esta vía admite que la parte a la cual se le demanda la ruptura de todo vínculo obligacional proponga la renegociación de las condiciones, adecuándolas a las nuevas circunstancias.

Para los contratos unilaterales, en cambio, la parte obligada y perjudicada por los hechos imprevisibles, podrá solicitar la modificación de las condiciones.

Recapitulados los puntos claves de este remedio en nuestra normativa, deseamos resaltar que independientemente de las denominaciones que recibe según se trate de un ordenamiento u otro, destacan tanto el principio de buena fe, la conservación de los contratos y la justicia conmutativa, como pilares fundamentales².

Ante la posibilidad de lograr la renegociación o la terminación del contrato y sin que parezca que abordamos aspectos más que evidentes, no olvidemos el gran valor de acompañar el ejercicio de esta facultad con suficientes medios de prueba que acrediten la incidencia real de las nuevas circunstancias que han tornado excesivamente gravoso el cumplimiento³.

No podemos ignorar que es indiscutible el avance que supuso el reconocimiento expreso de este instrumento jurídico dentro de nuestro ordenamiento civil, evitando así que su tratamiento permanezca sujeto al simple arbitrio de la doctrina y la jurisprudencia, como sigue siendo el caso de algunas legislaciones que *a posteriori* trataremos.

3. Tratamiento a la luz del Derecho comparado.

Al tratarse de una figura de antecedentes remotos, podríamos pensar que la excesiva onerosidad como excepción a la severidad con la que han de cumplirse los contratos, ha tenido una evolución consecuente con las necesidades propias de nuestros tiempos, respondiendo a la multiplicidad de inconvenientes que se presentan en el creciente tráfico jurídico.

² De Amunátegui, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, México, 2003, pág. 139.

³ Sentencia de 9 de octubre de 2006, Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Construcción Especializada de Panamá, S.A. y Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), Expediente: 188-03. Magistrado ponente: Alberto Cigarruista Cortez.

Sin embargo, no son pocos los ordenamientos que todavía no contemplan de forma expresa un remedio para las repercusiones de las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que afectan a los obligados contractualmente.

En este sentido, podemos destacar a España, donde la teoría de la imprevisión, o bien denominada *rebus sic stantibus*⁴, ha sido desarrollada al margen de la jurisprudencia y de múltiples trabajos doctrinales que frente a la avalancha de conflictos por la COVID-19, han resucitado en distintos sectores los pronunciamientos a favor de su incorporación al ordenamiento de obligaciones y contratos como tratamiento para los cambios imprevisibles; en aras de superar la etapa que atraviesa al tener una aplicación sometida al amplio margen discrecional de los tribunales.

Contrario a lo que ocurre en el ordenamiento español, está el Derecho francés con la teoría de la “imprévision” que sobresale por el amplio valor que le impone a la negociación de las partes antes de que puedan solicitar frente a los tribunales la revisión del contrato.

Por su moderno desarrollo, destacan los instrumentos armonizadores del Derecho de contratos europeo, como los PECL (Principles of European Contract Law o Principios del Derecho Contractual europeo)⁵, el DCFR (Draft Common Frame of Reference o Proyecto

⁴ Auto 159/2021 de 6 de septiembre de 2021, Sección 2, Audiencia Provincial de Santander (AAP S 910/2021) : “(...) Aunque no exista una definición legal en nuestro derecho del principio o regla “*rebus sic stantibus*”, parece razonable defender su integración en el art. 1258 CC, y busca que, sin dejar de considerar la regla “*pacta sunt servanda*” como general, pueda resultar de aplicación cuando de forma imprevista a las circunstancias que existían en el momento de la conclusión del contrato, sobrevenga una alteración grave y esencial de su base económica objetiva que haga muy oneroso el cumplimiento de la prestación, puedan incluso frustrar el contrato sin que exista el deber -por no existir una expresa previsión de la imputación de este riesgo- contractual o legal de soportarla. A partir de tales consideraciones, la regla busca la oportunidad de revisar, modificar o recomponer el contrato con el objetivo de volver a reequilibrar las prestaciones recíprocas bajo el principio de conmutatividad del comercio y la buena fe; y, solo cuando ello no fuera posible, podría producir la resolución del vínculo (...)” el subrayado es nuestro.

⁵ “(...) Artículo 6:111: Cambio de circunstancias (1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de

de Marco Común de Referencia), los cuales han acogido a esta figura jurídica bajo la denominación de “change of circumstances” o “cambio de circunstancias”, también recogida en el CESL (Common European Sale Law), en lo que sería un proyecto de reglamento de compraventa europea.

Del contenido de los PECL con referencia a “change of circumstances” o “cambio de circunstancias”, destaca el carácter subsidiario que tiene el Juez, procurando la renegociación entre las partes para lograr la conservación del contrato, tanto así que abre la puerta a la posibilidad de solicitar una reparación por el daño ocasionado ante la ausencia de buena fe en las negociaciones.

En este sentido, consideramos que si bien es cierto que, un reconocimiento legal de este instrumento otorga mayor seguridad jurídica, su aplicación deberá realizarse siempre con cuidadosa valoración del grado de afectación provocado por los cambios imprevisibles al caso concreto, procurando evitar que alguna de las partes obtenga un aprovechamiento injusto.

Conclusiones.

1. No existe margen de duda en cuanto a que los contratos deben ser cumplidos en los términos pactados; una regla general que otorga certeza jurídica a las partes; sin embargo, la rigurosidad del *pacta sunt servanda*, no puede permanecer inamovible frente a circunstancias que perturban las condiciones en las que originalmente se encontraban los contratantes.

Lo anterior, encuentra justificación en principios entre los que destaca la buena fe, mismo que se presume inmerso en toda relación contractual. De igual manera, no podemos ignorar que el Derecho regula las relaciones que se desarrollan dentro de la sociedad, sin olvidar su carácter constantemente cambiante, lo que demanda que las instituciones jurídicas que

circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura (...)” el subrayado es nuestro.

responden a sus necesidades también vayan a un ritmo que les permita dar las mejores soluciones, sin que queden sumergidas en la obsolescencia.

2. Variadas denominaciones ha recibido la “teoría de la imprevisión”, pero su esencia permanece en brindar una herramienta que permita lograr restablecer el equilibrio de las prestaciones dentro de la relación contractual, restaurando la economía negocial.

3. Con la incorporación expresa de la excesiva onerosidad a nuestro Código Civil, se evidencia el progreso en el ordenamiento de obligaciones y contratos, lo cual en comparación con algunos países, nos supone estar un paso más cerca de ofrecer a los problemas planteados, un tratamiento jurídico dotado de mayor eficacia.

Referencias bibliográficas.

Auto 159/2021 de 6 de septiembre de 2021, Sección 2, Audiencia Provincial de Santander (ROJ: AAP S 910/2021).

Código Civil de la República de Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, S.A. (SIJUSA), 2022.

DE AMUNÁTEGUI, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, México, 2003.

DE LAS CASAS, Víctor, “La Teoría de la Imprevisión en Código Civil Panameño”, *Revista Sapientia*, 11-1 (2020), págs. 6–16

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., “La ruptura de la economía negocial tras el Covid-19 (un análisis desde el moderno Derecho Europeo de contratos), *Actualidad Jurídica Iberoamérica*, número 12 bis (2020), págs. 326-339.

LANDO, Ole y BEALE Hugh, *Principios del Derecho Contractual Europeo*, Parte I y II, traducción al español de los Principles of European Contract Law, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, 2000.

Ley 18/1992, de 31 de julio, “Por la cual se modifican y adicionan disposiciones del Código Civil”, G.O. 22094.

PARRA LUCÀN, María A., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *Revista para el Anàlisis del Derecho (InDret)*, número 4 (2015), pàgs. 1-54.

PLAZA PENADÈS, Javier, “El change of circumstances o cambio de circunstancias, una visión de Derecho comparado”, en SÀNCHEZ GARCÌA, Jesús. y PÈREZ DAUDÌ, Vicente (Dir.), *Clàusula Rebus Sic Stantibus*, Vlex, Pamplona, 2021, pàgs. 7- 46.

Sentencia de 9 de octubre de 2006, Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Construcción Especializada de Panamá, S.A. y Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), Magistrado ponente: Alberto Cigarruista Cortez. Expediente: 188-03.

VAQUERO PINTO, María José, “Crisis sanitaria provocada por el Covid-19 y Derecho de contratos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, vol.8 (2020), pàgs. 218-222.

Los Contratos Por Medios Electrónicos

David E. Zamora Smith
Universidad de Buenos Aires
Doctorando
País: Argentina
david_z_s@hotmail.com
ORCID 0000-0002-8781-1222

Entregado: 19 de octubre de 2022

Aprobado: 30 de octubre de 2022

Resumen

En este ensayo se pretende abordar la temática de los contratos por medios electrónicos desde una perspectiva jurídica en el derecho panameño, con el propósito de examinar las técnicas empleadas para esta forma de contratación, determinar si las normas tradicionales han sido efectivas y suficientes para regular esta figura y sus particularidades. Todo ello con apoyo en la doctrina y el derecho comparado.

Palabras claves: contratación electrónica, contratos por medios electrónicos, contratos entre presentes a distancia, documento electrónico, firma electrónica, formalidad indirecta.

Abstract

This essay aims to address the issue of contracts by electronics means from a legal perspective in Panamanian law, with the purpose of examining the techniques used for this form of contracting, determine if the traditional norms have been effective and sufficient to regulate this figure and its features. All this with support in the doctrine and comparative law.

Keywords: *Electronic contracting, contracts by electronic means, distance contracts between presents, electronic document, electronic signature, indirect formality.*

Sumario: 1. Breves antecedentes. 2. Nociones de contratos por medios electrónicos. 2.1. Tipos de contratos por medios electrónicos 2.2. El documento electrónico. 2.3. La firma electrónica. 3. Formación, validez y perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos. 3.1. Oferta o invitación a la contratación. 3.2. Contratación entre presentes o ausentes. 3.3. Formalidad indirecta. 4. Utilidad práctica de la contratación por medios electrónicos. 5. El derecho tradicional 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Breves antecedentes

Los medios electrónicos, como instrumentos de comunicación, han sido objeto de una constante evolución y masificación⁶, a tal punto que son empleados en un sinnúmero de actividades de diferente índole, entre ellas la contratación, siendo posible adquirir bienes y servicios desde cualquier parte del mundo, evidenciado así el concepto de “Globalización” con la apertura de los mercados y comercio libre.

Los medios electrónicos agrupan una diversidad de equipos y canales electrónicos, dentro de los cuales, el de mayor interés es la “Internet”⁷ y, por consiguiente, los equipos que la receptan, debido a su gran alcance y acceso público universal.

Al respecto, los orígenes de *Internet* se remontan a los ensayos de comunicación militar de la Agencia de Proyecto de Investigación Avanzada (*DARPA: The Defense Advanced Research Projects Agency*), fundada en el año de 1957 por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, cuyo propósito era la lucha por el campo tecnológico, y su vez, buscar

⁶En ese sentido, la supresión de la distancia territorial ha sido cosa del pasado. Hoy en día la tecnología parece alcanzar todos los sectores de la sociedad. Según datos de Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), en Panamá (2018) tiene 2.9 millones de usuarios de Internet, de los cuales 2.4 millones son residenciales y 551 mil comerciales; a su vez existen 1.3 teléfonos conectados por persona y 5 millones 599 mil líneas de telefonía, todo esto en un país que para el 2018 mantenía una población total de 4.177 millones de habitantes, en *La Prensa*, por **HERNANDEZ, Reyna Katiuska**, *Más Móvil amplió red y liberó acceso clave*, 13 de abril de 2020 (En línea): <https://www.prensa.com/impresa/martes-financiero/mas-movil-amplio-red-y-libero-acceso-clave/>. “En enero de 2022 había 2,94 millones de usuarios de internet en Panamá” (En línea): <https://www.leonkadoch.net/estadisticas-de-redes-sociales-digitales-panama/>

Con respecto al crecimiento exponencial de computadoras “(...) más de 100 computadores conectados en el año 1980 a 1.000 computadores, en el año 1984, 10.000 en 1987, 100.000 en 1989, 1 millón en 1992, 10 millones en 1996, 100 millones en 1996, 100 millones en 2000 y cerca de 200 millones de computadores y 800 millones de usuarios en 2002”, en **ALONSO CONDE, Ana Belén**, *Comercio Electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, Editorial Dykison, S.L., Madrid, 2004, pág. 6.

⁷ “Internet y el comercio electrónico constituyen una de las pruebas más recientes y manifiestas de la globalización”, en **SCOTTI, Luciana Beatriz**, *Manual de derecho internacional privado*, 2da. edición, actualizada y ampliada, La Ley, Ciudad de Buenos Autónoma de Buenos Aires, 2019 pág. 46.

un mecanismo para mantener comunicaciones descentralizadas de un dispositivo con otros ordenadores⁸ ante un posible ataque nuclear de la evolutiva Unión Soviética durante la Guerra Fría, que ya había lanzado un reconocido avance tecnológico, el primer satélite artificial (*Sputnik 1*) en 1957.

En 1969 se crea la red informática con ordenadores localizados en sitios dispersos denominada *ARPA-Net*⁹, bajo la Dirección de Paul Varan¹⁰, consistente en nodos de comunicación denominados Procesadores de Mensajes de Interfaz (*IMP's: Interface Message Processors*), que tuvo aparición de uso doméstico en la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA), la Universidad de Santa Bárbara (USCB) y la Universidad de Utah (UTAH) y en centros de investigación en los Estados Unidos como el Instituto de Investigación de Stanford (*Stanford Research Institute*) con la intención de compartir información educativa y científica, mediante una red de comunicación independiente de la plataforma informática, y de asegurar la compatibilidad ante cualquier circunstancia¹¹.

Otro pase se dio en 1972, al lograr la comunicación con libertad entre ordenadores¹², expandiéndose a nodos de Europa y al resto del mundo dando nacimiento a la *WWW (World Wide Web: la Gran Telaraña Mundial o Tela de Araña Mundial)*¹³ a principios de los años 90; ahora utilizado por los particulares.

No es hasta 1992, que el entonces presidente de los Estados de Unidos de América, Bill Clinton, autorizó a las empresas entrar a la red¹⁴, ya que se vislumbraba como medio efectivo de comunicación comercial, momento que muchos marcan como antecedente

⁸ La teoría de interacción social mediante red (*Networking*) que hoy conocemos como *Internet* recibía el nombre de Red Galáctica (*Galactic Network*), contenida en los escritos de J.C.R. Licklider del *Massachusetts Institute of Technology*. Cfr. **PABLO REDONDO Rosana de**, *Negocio electrónico*, UNED – Universidad Nacional de Educación a distancia, 2012, pág. 68.

⁹ Por sus siglas en inglés: *The Advanced Research Projects Agency - Network*.

¹⁰ Cfr. **RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco**, *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Editorial J.M. Bosch Editor, España, 2018, pág. 49.

¹¹ Cfr. **PABLO REDONDO Rosana de**, *Ob. cit.* pág. 66.

¹² En 1977 se comprueba la fiabilidad de los protocolos TCP/IP entre redes gubernamentales de los Estados Unidos, que se formaliza en 1983 como síntesis de las palabras redes interconectadas (*Interconnected Networks: Inter-Net*), es decir, el sistema de conexión entre ordenadores para generar una red y con otras redes, Cfr. **RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco**, *Ob. cit.*, pág. 50.

¹³ Cfr. **KABA, Ibrahim**, *Elementos básico de comercio electrónico*, Editorial Universitaria, Ciudad de La Habana, 2008, pág. 3. En igual sentido **ALONSO CONDE, Ana Belén**, *Ob. cit.*, pág. 3, también **SCOTTI, Luciana Beatriz**, *Contratos Electrónicos: un estudio desde el derecho internacional privado argentino*, 1 a ed-, Eudeba, Buenos Aires: 2012, pág. 33.

¹⁴ Cfr. **SCOTTI, Luciana Beatriz**, *Ob. cit.*, 2012, pág. 33.

En Estados Unidos, ya desde 1999 se adoptaban normas referencias con respecto a la contratación electrónica, mediante la Conferencia Nación de Comisionados sobre Uniforme de Leyes Estatales, desarrollando dos actos de Estado para revestir de certeza a las transacciones electrónicas: *Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA) y *Uniform Electronic Transaction Act* (UETA). En el año 2000 el Congreso entró a analizar de forma la legislación sobre contratación electrónica por medio de la Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional (*E-Sgin*), norma de rango federal, según registra **KIERKEGAARD, Silvia**, *E-Contract Formation: U.S And EU Perspective*, 3 Shilder J.L Com. & Tech. 12, Feb. 14, 2007, pág. 3.

directo del comercio electrónico (*e-commerce*)¹⁵, generando así, actos y relaciones jurídicas por medios tecnológicos de comunicación de forma espontánea¹⁶ y, a su vez, se facilitó el intercambio de productos, información o servicios a cambio de un precio, una cosa o beneficio¹⁷.

En Latinoamérica se registraron las primeras conexiones a *Internet* en México (1989), Argentina, Brasil, Chile (1990) y en Panamá a mediados de 1994, masificado posteriormente con la creación de *Intered Panamá* en 1995, como parte de la creación de la Ley de Reestructuración del Instituto Nacional de Telecomunicaciones (INTEL).

Seguidamente, el 12 de junio de 1996, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁸ aprobó la Ley Modelo para el Comercio Electrónico¹⁹, marco normativo recomendado para la elaboración o modificación de leyes internas en la materia dirigida a los distintos Estados miembros²⁰, con una connotación de *Soft Law*²¹ para que se adoptaren medidas de desmaterialización de los documentos, de las firmas, y contemplar la expresión de voluntad por medios tecnológicos bajo el principio de la equivalencia funcional²² y de neutralidad tecnológica²³.

¹⁵ En Panamá, el numeral 2 del Artículo 5 de la Ley 51/2008 (modificada por la Ley 82/2012) define al comercio electrónico como: “*Toda forma de transacción o intercambio de información con fines comerciales en la que las partes interactúan utilizando internet, en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo*”.

¹⁶ Una de las primeras evidencias de los efectos del comercio electrónico a nivel global se da por medio de la empresa Cadabra, Inc., ahora Amazon.com, con la venta de libros en línea desde junio de 1995, un innegable punto de referencia para comenzar a organizar el comercio electrónico, tanto por lo ingenioso que podría llegar a ser como por la reducción de los costos y la atracción de mercados internacionales. No obstante, se constató que dicha actividad iba destinado a un mercado selectivo, ya que los potenciales clientes debían contar con *internet* y un ordenador.

¹⁷ “*El origen del comercio electrónico se dio en los años 70’s con la introducción de las transferencias electrónicas de fondos (Electronic Funds Transfer – EFT) entre los bancos para el mejor aprovechamiento de los recursos computacionales existentes en la época. Mediante redes privadas y seguras se optimizaron los pagos electrónicos. Se incluyeron servicios como puntos de venta (Points Of Sales – POS) en tiendas y almacenes para pagos con tarjetas de débito y pagos de la nómina a los empleados de las empresas utilizando cheques en sustitución de efectivo*”, en **KABA, Ibrhaim, Ob. cit.**, pág. 10.

¹⁸ *United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL*

¹⁹ El Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron varias Directivas, como por ejemplo la Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre de 1999 relacionada la firma electrónica y los servicios de certificaciones para autenticar las firmas en el territorio que formara parte de la Unión Europea. Ello no tardó en actualizarse en los países miembros de la Unión Europea, pero antes de su entrada en vigor, países como Alemania (1997), Portugal, España (1999), contaban con regulación relacionadas a la firma electrónica.

²⁰ La Ley Modelo podría situar su incipiente inicio en 1984, cuando se abordaron temas relacionados con los “*Aspectos jurídicos del proceso automático de datos*” (A/CN.9/254), respecto a la validez de la documentación informática, autenticación, condiciones generales, etc. Entre otros estudios relacionados, en 1990, la Comisión aborda el “*Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos*”, (A/CN.9/333), Cfr. **VEGA VEGA, José Antonio, Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores**, Edición Reus, S.A., Madrid, 2005, pág. 38-39.

²¹ Artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre contratación electrónica: Interpretación. “*(...) promover la uniformidad de su aplicación*”.

²² “*Consiste en identificar la función de la instrumentación sobre el papel y sus requisitos a efectos de reproducir la misma función en el mensaje de datos electrónicos y concederle los mismos efectos jurídicos. Se reproducen en el entorno desmaterializado las mismas situaciones jurídicas ya reguladas con relación al soporte o documento papel*”, en **CAMACHO CLAVIJO, Sandra, Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico**, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2005, pág. 45.

²³ “*Por el principio de neutralidad tecnológica, las normas ordenadoras del comercio electrónico no podrán excluir ninguna técnica de comunicación electrónica, deberán abarcar no sólo la tecnología existente en el momento en que sean formuladas sino también las tecnologías futuras. (...) Se trata de evitar que los avances tecnológicos provoquen la rápida obsolescencia de las normas*”, en **CAMACHO CLAVIJO, Sandra, Ob. cit.**, 2005, pág. 52.

Lo anterior dio lugar a que en Latinoamérica se adoptaran leyes relacionadas con el comercio electrónico, por ejemplo: Colombia (1999), Perú (2000) y Venezuela (2001)²⁴. Asimismo en Panamá, la cuestión se reguló mediante Ley 43 de 31 de julio de 2001, luego derogada por la Ley 51 de 22 de julio de 2008 (modificada por la Ley 82 de 9 de noviembre de 2012) “*Que regula los documentos electrónicos y las firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico*”²⁵, con la cual se promovió el desarrollo tecnológico, el intercambio de información, el mercadeo, la publicidad, transferencia de fondos, pagos y en especial la contratación por los medios tecnológicos

2. Nociones de contratos por medios electrónicos

Primeramente, es dable anotar que el Artículo 1105 del Código Civil panameño registra el concepto de contratos como: “*(...) un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”.

Como bien señala Valencia Moreno²⁶, el contrato es la voluntad de cada una de las partes que actúa en consideración a un interés opuesto o diferente del que impulsa al otro consorte, y precisamente se ponen de acuerdo para conseguirlo. Claro está, que todo contrato debe reportar en su contenido el consentimiento, el objeto (posible, lícito y determinado/determinable) y la causa, como bien establece el Artículo 112 del Código Civil panameño.

No está de más recordar que en los contratos las partes se obligan y regulan su relación en virtud del principio de la “*autonomía de la voluntad*”, lo que al mismo tiempo significa que: “*(...) toda persona puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera*”²⁷ y en este se fundamenta el empleo de las tecnologías en la relación contractual, sin más

²⁴ Cfr. SANTIAGO, J. Mora y PALAZZI, Pablo A., *Fintech: Aspectos Legales*, Tomo I, 1ª ed., CDYT Colección Derecho y Tecnología, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 123.

²⁵ Entre las características definitorias del comercio electrónico: las operaciones se realizan por vía electrónica o digital, se prescinde del lugar donde se encuentran las partes, que no quede registro en papel que se reemplaza por soportes electrónicos, en el comercio electrónico directo la importancia del bien no pasa por las aduanas, se reducen los intermediarios, las transacciones se realizan rápidamente y por todas estas características los intercambios tienden a internacionalizarse, de la reflexión de SCOTTI, Luciana Beatriz, *Ob. cit.*, 2012, pág. 55.

²⁶ Cfr. VALENCIA MORENO, Alexander, *Los principales contratos civiles*, cuarta edición, Editora Novo Art. S.A., Panamá, 2019, pág. 23.

²⁷ *Ibidem*, pág. 21.

limitaciones que las dictadas por la ley, por lo que el contrato será válido si las partes han querido comprometerse mediante estas facilidades, Lo que es conteste con el contenido del primer párrafo del Artículo 1109 del Código Civil: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, el uso y a la ley”* y el artículo 195 del Código de Comercio *“Los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formas especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse”*.

Y es que la voluntad tiene varias formas de manifestarse: escrita, oral, palabras o signos; empero: *“Lo más importante no es en qué forma se exprese, sino que es esencial que la voluntad dirigida a producir el efecto jurídico se exprese de forma comprensible por la persona a la que se dirige”*²⁸.

Ahora bien, los medios electrónicos, *“[son] aquellos instrumentos que hacen posible el envío de datos y su recepción por el destinatario mediante equipos de tratamiento (incluida la comprensión digital) y de almacenamiento de datos, y que se transmiten, canalizan y reciben enteramente por cables, radio, medios ópticos, medios inalámbricos o cualquier otro medio electromagnético”*²⁹, por lo que a nuestro juicio se incluye tanto al *hardware* como al *software*, ya que ciertamente son complementarios entre sí.

De este manera, la *“voluntad”* pasa a ser realmente un dato que puede ser llevado al otro consorte en diversas formas, un mensaje, una clave, un audio, un video, una figura, una firma, un código, el *click* o presionando un botón, etc., ya sea emitido por un teléfono, televisión³⁰, teléfono inteligente, ordenadores, *table*, fax, telefax, etc. y por diversas redes o protocolos de comunicación que posibilitan el cruce entre la oferta y la aceptación, y a su vez, ofrecen óptimos soportes para la trazabilidad que los convencionales medios orales, escritos o visuales, lo que quizás sin intención maximiza el concepto del consensualismo (las partes escogen la forma para exteriorizar la voluntad).

²⁸ VALENCIA MORENO, Alexander, *Lecciones de Derecho Civil: Personalidad, personas y actos o negocios jurídicos*, Editora Novo Art, S.A., segunda edición ampliada, corregida y actualizada, Panamá, 2017, pág. 142.

²⁹ VEGA VEGA, José Antonio, *Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*, Edición Reus, S.A., Madrid, 2005, pág. 71.

³⁰ *Pay-per-view*: cambio de paquetes de canales por señal de televisión codificada a cambio de un precio.

No obstante, debido al constante desarrollo tecnológico, no podría contemplarse a ciencia cierta, todo aquello que se tilda de medio electrónico: “[p]or ello, medio electrónico ha de entenderse en sentido, amplio como todo aquel que permita una comunicación entre destinatarios ausentes basados en medios telemáticos”³¹.

Ahora bien, en palabras de Fernández Fernández los contratos por medios electrónicos se definen: “[...] como aquellos que se celebran sin la presencia física simultánea de las partes, las cuales a tal fin utilizan en medio de comunicación a distancia de índole tecnológica o con la intervención de redes de telecomunicación, tanto en las fases anteriores formativas como en la propia celebración del contrato”³².

Por su parte, Vega Vega anota que “se refiere a la posibilidad de realizar actos jurídicos o asumir una serie de obligaciones contractuales utilizando el medio electrónico”³³; y no de una institución jurídica *ex novo* en el mundo del Derecho, pues no se trata del contenido ni del soporte del contrato, sino del medio electrónico como herramienta a través de la cual se pacta³⁴.

A nivel normativo, el Artículo 76 del Código de Derecho Internacional Privado de Panamá, se refiere a los contratos electrónicos en su sentido estricto como: “los realizados en línea o Internet”.

En síntesis, la contratación por medio electrónico es aquella en que el consentimiento se forma, se exterioriza o se manifiesta a través de redes o canales electrónicos, incluyendo los equipos o los instrumentos inherentes al uso de redes o canales. Se trata pues de la transmisión de los mensajes de datos (“*Toda aquella información generada, enviada o recibida por medios electrónicos*”)³⁵ en lenguaje humano³⁶ y gracias a la operatividad electrónica. Así, el mensaje de datos que se reproduce por medio del soporte electrónico permite la representación electrónica y de esta forma la manifestación de voluntad con mayor pragmatismo.

³¹ *Ibidem*, pág. 59.

³² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo, *El contrato electrónico: Formación y cumplimiento*, Bosch Editor, España, 2013, pág. 42.

³³ VEGA VEGA, José Antonio, *Ob. cit.*, 2005 pág. 62.

³⁴ *Ibidem*, 2005, pág. 64.

³⁵ Numeral 44 del Artículo 2 de la Ley 51/2008 modificado por la Ley 82 de 2012.

El Artículo 2.a de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico define al “mensaje de datos” como “(...) la información generada enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o telefax”.

³⁶ Poco sentido tendría que las partes codificaran un mensaje que no pudiera demostrarse en juicio, el contenido de las obligaciones, mensajes secretos que ni los expertos podrían descifrar más que la interpretación de las propias partes. *Cfr.* Artículo 1107 del Código Civil.

Un vistazo a los Artículos 194 y 203 del Código de Comercio evidencia la posibilidad de contratación en formato electrónico. Esto es así, pues el Artículo 203 hace alusión a los contratos celebrados “*por medios electrónicos*” y, si bien, este código no regula los mismos de forma sistemática y pormenorizada, el Artículo 194 establece que, en cuanto a lo no regulado en materia de contratación mercantil, debe recurrirse a los usos del comercio generalmente aceptados en la plaza, abriendo el compás a dicha forma de contratación.

El Artículo 4 de la Ley 51/2008, no deja ninguna duda del empleo del sistema tecnológico para la contratación, pues estatuye que se le reconocerá validez, efectos jurídicos y fuerza obligatoria a la contratación mediante mensajería de datos, siempre que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta³⁷.

2.1. Tipos de contratos por medios electrónicos

Según la doctrina, los contratos por medios electrónicos se clasifican en varios tipos, atendiendo a diferentes criterios dentro de los cuales los más mencionados son:

- Por su forma de ejecución.

Contratos de comercio electrónico directos: aquellos en que la entrega es inmediata por tratarse de bienes inmateriales o servicios, que no requieren de algún envío físico, por ejemplo: la compra de videojuego descargable, libros electrónicos, el servicio de telecomunicaciones, soporte técnico, aula virtual, la compra de un *software*, el servicio de asesoría o consulta *online*, etc.

Contrato de comercio electrónico indirecto: requiere de la entrega física del objeto o de la ejecución del servicio (*off-line*), dado que se trata de bienes tangibles o servicios que no se pueden ejecutar a través de los medios electrónicos, y como es de suponer, su entrega va a depender de la distancia o la producción/ubicación del objeto, con previo conocimiento del comprador, como es el caso del transporte, compra de alimentos, ropa, medicamentos, etc.

Contrato de comercio electrónico mixto: existe la entrega del objeto es tanto inmaterial como material, como el envío electrónico de un manual de boxeo con la entrega de los guantes y el “*punching bag*” de forma física.

- Por la emisión de las declaraciones.

³⁷ Cfr. Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, artículos 5 y 11.

Contrato por medio electrónico puro: las manifestaciones de voluntad se hacen por medios electrónicos concertando así el consentimiento, por ejemplo: correos electrónicos, aceptación por medio de plataformas virtuales, etc.

Contrato por medio electrónico que genera una acción reactiva: exige de herramientas adicionales de comunicación para hacer valer la voluntad y concluir la contratación. Estos generalmente se utilizan como medios complementarios de seguridad, como es el caso de digitar códigos de confirmación, suscripción de servicios por medio de un mensaje de texto, etc.

Contrato por medio electrónico mixto: involucra el sistema tradicional con el electrónico, como la descarga de un documento completando los requerimientos solicitados y firmándolo manualmente para luego enviarlo de forma digital.

- Por la calidad de las partes.

De acuerdo a los sujetos intervinientes en la relación jurídica, los contratos electrónicos pueden ser entre empresas (*B2B*), empresa y consumidor (*B2C*), entre consumidores o contratos civiles (*C2C*), entre particulares y la administración (*C2G*), entre empresario y la administración (*B2G*), entre la administración (*G2G*) o entre máquinas programadas para ofertar y aceptar las ofertas (*M2M*), etc.

- De acuerdo a la interactividad entre las partes.

Los contratos vía electrónica de forma interactiva: donde la comunicación electrónica entre las partes se lleva a cabo de forma simultánea y en tiempo real durante la etapa de su formación, las situaciones más resaltadas por la doctrina son la videoconferencia, los mensajes instantáneos, el teléfono o voz a voz.

Los contratos vía electrónica no interactiva: formados por espacios de tiempo real entre la oferta y la aceptación, sin permitir la inmediata confrontación, entre ellas el correo electrónico.

Los contratos interactivos entre persona y ordenador: un medio que reproduce respuestas cerradas como la contratación por teléfono con una operadora programada con opciones múltiples cerradas.

- De acuerdo a la instrumentalización

Redes abiertas donde el contrato electrónico puede ser ofertado y aceptado por una vía abierta como el *internet*. Redes cerradas que requieren de un acceso exclusivo o una situación especial para contratar y de acuerdo a la operacionalización del medio electrónico que puede ser *online* u *off-line*, como la intranet o extranet.

Como se podrá observar, la contratación vía electrónica no pierde su cualidad si alguna de sus fases de ejecución, cumplimiento o pago, no son realizadas por este medio, ya que ello está supeditado muchas veces a la naturaleza del objeto y la finalidad de la causa, así como factores exógenos que no permiten realizar la contratación de forma plenamente electrónica.

2.2. El documento electrónico

La finalidad de todo documento es dar evidencia perceptible por los sentidos de algún contenido, por excelencia considerando al papel como el principal medio de documentación, incorporando seguidamente las cintas y las fotografías a medida que aparecían estos inventos, como el audio y los videos. En el caso que nos ocupa, se busca la evidencia de acuerdo entre las partes, acreditándose con archivos o soportes electrónicos como un mensaje de datos, maximizando la labor de documentación con su característica digital.

En ese sentido, el Artículo 4 de la Ley 15/2008, mediante la cual se adopta medidas para la informatización de los procesos judiciales, comprende como documento electrónico “[t]oda representación electrónica o recuperable por medios electrónicos que da testimonio de un hecho, una imagen o una idea”; mientras que, el numeral 17 del Artículo 2 de la Ley 51/2008, modificada por la Ley 82/2012 lo reconoce como documento electrónico “[t]oda representación electrónica que da testimonio de un hecho, una imagen, un sonido o una idea, con independencia del soporte utilizado para su fijación”.

Dicho esto tenemos que “El documento digital es básicamente un registro con cualquier tipo de información (texto, fotos, videos, sonido) que se caracteriza por ser efectuado a través del método llamado digitalización, el cual consiste en convertir todas esa

información en dígitos, es decir, valores numéricos, que es la única información que puede procesar una computadora”³⁸;

Hay que tener en cuenta que lo más importante de un documento no debería ser su soporte, sino que el mismo contenga información perceptible para el ser humano y que sea fidedigna, reproducible y accesible mediante herramientas informáticas que no sólo dependen de la tecnología, son en sí mismos tecnología que crea apariencia y funcionalidades (*look and feel*) que los humanos podemos comprender y utilizar³⁹.

2.3. La firma electrónica

Según la segunda acepción de la Real Academia Española (RAE), la firma es el “[r]asgo o conjunto de rasgos, realizados siempre de la misma manera, que identifican a una persona y sustituyen a su nombre y apellidos para aprobar o dar autenticidad a un documento”.

En términos generales, la firma electrónica es la asociación de datos que pretenden ser aplicados vía tecnológica a un documento electrónico⁴⁰, por ende, mantiene una función análoga con la firma manuscrita sin que tan siquiera sea necesariamente representada de la misma forma.

Es realmente un proceso electrónico de vinculación en el que una persona plasma un mensaje de datos como representación de su voluntad para así ser identificado por su receptor, por medio del almacenamiento en soportes magnéticos y electrónicos y que es de gran utilidad para manifestar el acuerdo en la contratación electrónica, específicamente como un medio de expresión.

Conviene entonces señalar que la firma electrónica simple puede ser el ingreso de claves, códigos o dígitos (PIN: *Personal Identification number*), el acceso pregunta-respuesta, la realizada por pluma digital en una pantalla digital, insertar imágenes de una firma manuscrita, una configuración que hace las veces de un membrete autorizado, la propia firma manuscrita digitalizada, la pulsación sobre iconos “*Acepto*”, “*sí*”, “*confirmar*” “*I Agree*” “*ok*” (*click-wrap agreement*), la generación del “*token digital*”, la digitación de una clave luego del procedimiento *onboarding*. En suma, la firma electrónica puede

³⁸ SANTIAGO, J. Mora y PALAZZI, Pablo A., *Ob. cit.*, Pág. 124.

³⁹ SERRA SERRA, Jordi, *Los documentos electrónicos. Qué son y cómo se tratan*, Ediciones Trea, S.L.: Madrid, 2008, pág. 15.

⁴⁰ Plaza Penenés registra que “*Las primeras iniciativas sobre firma electrónica surgen en Derecho norteamericano con la Utha Digital Signature Act de 1995. Posteriormente, en Italia, por la Ley de 15 de marzo de 1997, se autoriza al Gobierno a dictar un Reglamento para la regulación de la firma electrónica*”, en VEGA VEGA, *Ob. cit.*, 2005, pág. 124.

consistir en algo que “*tengo*” (un ordenador, un teléfono, una tarjeta), “*sé*”: (el segundo nombre de un pariente como pregunta secreta), o “*soy*”⁴¹ (la huella dactilar, la palma de la mano, el iris del ojo, la velocidad de escritura y la aceleración) todos estos que funcionan como firma electrónica y viajan en forma de mensaje de datos.

Según la Ley 51/2008, en su numeral 20 del artículo 2, la firma electrónica a la cual denominamos “*simple*” es el “[*m*]étodo técnico para identificar a una persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en un mensaje de datos o documento electrónico”. Por otro lado, está la firma electrónica “*calificada*” o avanzada, que se encuentra integrada a un sistema tecnológico verificable para otorgar valor legal a los documentos electrónicos firmados, y está regulada en el numeral 21, que la define como “[*f*]irma electrónica cuya validez es respaldada por un certificado electrónico calificado [...]”, esto último consiste en un “[*c*]ertificado electrónico expedido por el Registro de Panamá o por un prestador de servicios de certificación registrado ante el Registro Público, que cumple los requisitos establecidos en la Ley en cuanto a la comprobación de la identidad de los firmantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación ofrecidos por el prestador de servicios de certificación que lo genera”.

A decir que la diferencia que existe entre la firma electrónica simple y la firma electrónica calificada radica en las especificaciones que solo conlleva esta última: en cuanto a autenticación y trazabilidad “[*p*]ermite identificar al firmante y detectar cualquier cambio posterior de los datos firmados”; integridad y no repudio: “[*e*]stá vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere”; seguridad: “[*h*]a sido creado utilizando dispositivos seguros de creación de firmas electrónicas, los cuales mantiene el firmante bajo su control exclusivo” y “Ha sido creado a través de la infraestructura de un prestador de servicios de certificación registrada ante la Dirección Nacional de Firmas Electrónica”.

La ausencia de alguna de estas cualidades refiere a una firma electrónica simple⁴².

Una de las importancias de la *firma-e* calificada destaca en el numeral 6 del artículo 856 del Código Judicial, en materia probatoria, que erige a los documentos que la contengan como

⁴¹ Cfr. SANTIAGO, J. Mora y PALAZZI, Pablo A., *Ob. cit.*, pág. 128

⁴² De modo similar la ley argentina de firma digital, Ley 25.506 (modificada por la Ley 27.446), a tal efecto, mantiene una definición de firma electrónica algo más didáctica al anotar en su artículo 5 que: “se entiende (...) al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados a asociados de manera lógica a otros datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatarios como un medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital”.

un documento privado auténtico y, por lo tanto, con pleno valor probatorio: “*El documento privado es auténtico en los siguientes casos: [...] 6. Los documentos electrónicos que contengan la firma electrónica calificada del otorgante*”.

Por su parte, la doctrina sostiene que la firma electrónica calificada goza de tal seguridad, “*(...) tal como se le emplea, por ejemplo, para los test de ADN o de dopaje: una probabilidad de grado tan elevado que pueda razonablemente equipararse a la certeza*”⁴³, con una cualidad de irrefutable mayor a la propia firma ológrafa, con fe pública al instante y de pleno derecho⁴⁴.

Esto no quiere decir que la firma electrónica “*simple*” no goza de validez, pero ante la ausencia de un procedimiento legal previamente definido para su certificación, deberá ser acreditada como auténtica por los medios comunes de prueba.

Igualmente, es necesario advertir que la firma digital, término que se emplea en otras jurisdicciones para referir a la *firma-e* calificada⁴⁵, no debe confundirse con la firma digitalizada, que en nuestro medio consiste en aquella firma que se obtiene de la

⁴³ Ariel Provenzani en SANTIAGO, J. Mora y PALAZZI, Pablo A., *Ob. cit.*, pág. 149.

⁴⁴ Cfr. Art. 9 de la Ley 51/2008 “*Si una disposición legal requiere que una firma relacionada a un documento o a una transacción sea reconocida o hecha bajo la gravedad de juramento, dicho requisito será satisfecho en un documento electrónico si el otorgante utiliza la firma electrónica calificada*”.

⁴⁵ Es importante al menos tener una noción del funcionamiento de las firmas electrónicas calificadas encriptadas, que pueden ser simétricas o asimétricas. Es de nuestro interés las firmas asimétricas, las cuales son generadas a partir de un conjunto de claves criptográficas, mediante algoritmos definidos previamente por la autoridad respectiva, permitiendo vincular los datos de algoritmos con un sujeto determinado a través de claves de seguridad para realizar la firma.

Estas claves se reconocen como “*clave privada*” confidencial para el firmante y la “*clave pública*” asignada por el departamento electrónico de autenticación para posibilitar conocer la identificación del firmante; o como bien registra nuestra legislación, en el numeral 6 del artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 684 de 18 de octubre de 2013 en materia de firma electrónica, “*clave privada: “valor numérico utilizado conjuntamente con un procedimiento matemático conocido, que sirve para generar la firma electrónica calificada de un mensaje de datos”*”, mientras que el numeral 7 se dedica a la “*clave pública: “valor numérico utilizado para verificar que una firma electrónica calificada fue generada con la clave privada del iniciador y lo identifica con información pública que este ha proporcionado*”.

Dos elementos matemáticos distintos, en donde uno de ellos sería para encriptar (clave privada) y el otro para des-encriptar por los destinatarios de la firma (clave pública) a fin de conocer su autoría. En palabras más sencillas: la llave pública descifra la llave privada que mantiene exclusivamente el firmante.

La clave privada responde como firma, dado que en ella se encuentra el elemento diferenciador, pero a su vez es inseparable de la clave pública, demostrando dos valores identificables con las dos claves. De forma lúdica veremos el siguiente ejemplo: $12 \times 12 = 144$ ó $114 + 30 = 144$ ó $1440 / 10 = 144$, imaginemos que la clave pública sería 144, pero el procedimiento para llegar a esta respuesta puede variar según el algoritmo que la constituya (en este caso alguna de las 3 fórmulas matemáticas extensas). Únicamente con dicha ecuación es posible la generación de la clave pública específica, supongamos que la clave privada de Salvador sería 12×12 , al mismo tiempo contempla ambas claves, es decir 12×12 como clave privada que de forma sublime registra ese 144 como clave pública; es decir, la primera ecuación.

Dicho de forma más sencilla, no todos los 144 son producto de la misma ecuación (12×12 : clave privada) ya que a pesar que varias fórmulas pueden dar con la misma respuesta: 144, no todas las ecuaciones descomponen esta ecuación específica, por lo que depende de la necesaria inserción de la clave correcta. Evidentemente, la operación encriptada para lograr la firma electrónica es mucho más compleja para optimizar los niveles de seguridad, como por ejemplo ecuaciones que solo involucran números primos, pero adentrarnos en este tema excede los límites de nuestra investigación.

reproducción de una imagen (a través de un *scanner* y/o fotocopidora). No es una firma electrónica que se presume como prueba de pleno derecho⁴⁶.

3. Formación, validez y perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos

El artículo 1113 del Código Civil señala que: *“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”*, idea que comparte el artículo 76 del Código de Derecho Internacional Privado que señala que los contratos electrónicos *“se perfeccionan en el momento de la recepción de la aceptación de la oferta”*.

Por otra parte, la Ley 51/2008, modificada por la Ley 82/2012, en su artículo 7-A señala que la formación de un contrato vía electrónica, de no convenir las partes otra cosa, se tendrá por válida y con fuerza obligatoria desde su oferta y su aceptación expresados por mensaje de datos; el artículo 7-F de la Ley 51/2008 establece que se tendrán por expedidos los mensajes de datos cuando ingresen en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador. Normas que a la luz del Artículo 76 *Ut supra*, son coincidentes, puesto que la *“expedición”* del mensaje de datos en la Ley especial, para perfeccionar la validez del contrato electrónico, lo asimila con la recepción: *“cuando ingrese a un sistema distinto al del iniciador”*, es decir, que sea recibido.

En ese orden de ideas, el artículo 205-A del Código de Comercio panameño, modificado por la Ley 51/2008, dispone que: *“Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando la parte a la que se dirige puedan tener constancia de ello”*, sin la necesidad de confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando ninguno de ellos tenga la condición de consumidor.

De la redacción de estas normas se entiende que la aceptación se hará válida: *“cuando las partes (...) puedan tener constancia de ello”*, ¿de qué?, del *“recibido de la aceptación”*.

Todo esto parece coincidir con el contenido del Artículo 7-G de la Ley 51/2008 que señala que, en caso que las partes no pacten otra cosa, para determinar el momento de recepción de un mensaje de datos o documento electrónico se entenderá que: cuando el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción del mensaje de datos o documentos

⁴⁶ El numeral 43 de la Ley 51/2008, modificado por la Ley 82/2012 al definir el concepto de firma digitalizada o escaneada anota que *“Este tipo de firma no es en ningún caso una firma electrónica calificada”*.

electrónicos, el momento de la recepción será desde que “*ingresa*” el mensaje de datos al sistema designado. En el caso de ser enviado a un sistema de información no designado por el destinatario, la recepción comenzará a partir que el destinatario “*recupere*” el mensaje de datos o documento electrónico⁴⁷.

Naturalmente, al informar sobre la existencia de un sistema de recepción de mensaje de datos, ello implica la idea de alistarse para recibir una respuesta como destinatario.

Ahora bien, no podemos obviar que la reforma al Artículo 201 del Código de Comercio anota en su segundo párrafo que en los actos celebrados por medios de comunicación electrónicos, el que propusiera la oferta deberá informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca sobre los mecanismos que serán utilizados para “*consignar la fecha y la hora en que se perfeccionan el contrato o las transacciones a realizarse*”.

3.1. Oferta o invitación a la contratación

Recordemos que la oferta es: “*(...) la propuesta de concluir un contrato en las condiciones que el oferente establece con precisión*”, “*cuando el contrato puede quedar perfeccionado con la sola aceptación de la otra parte sin necesidad de una posterior declaración del que hizo la oferta*”⁴⁸, concepto que nos lleva a reflexionar en que las meras comunicaciones o invitaciones a una negociación no constituyen en realidad un contrato; esto, porque en el orden de las cosas, la oferta debe ser la primera declaración de voluntad que debe quedar intacta y perfecta para recibir la aceptación, sin más requisitos para que el contrato nazca a la vida jurídica.

En otros términos, en caso de que el oferente no tenga la intención de obligarse con el mensaje remitido, estaríamos ante una invitación de negociación, una dinámica muy común en los medios electrónicos. Y es que el consentimiento se perfecciona cuando se manifiesta la aceptación de la oferta, tal cual y como viene expuesta, sin renegociaciones, contraofertas o rechazos parciales, lo que es ratificado por el contenido del Artículo 209 del

⁴⁷ En el Common Law se contempla la teoría “*The post Office*”, “*Posting Rule*” o “*Mailbox Rule*” conocida también como la teoría de la recepción, en donde la oficina postal funciona como un agente neutral para ambas partes, y al demostrar el aceptante la llegada de la respuesta al buzón, de una forma razonable, la aceptación se haría efectiva, se tiene como publicada y de conocimiento del ofertante sin posibilidad de revocarla. La ventaja de esta teoría es que no permite extender el perfeccionamiento del contrato hasta el infinito, pero el problema de esta teoría es que existen normas que solicitan la recepción de “*la aceptación*” por temas de logística en el que la respuesta pudo simplemente no haber llegado y merece reenviar o confirmar su recibido. La teoría del correo postal recoge ciertos destellos del mensaje postal convencional, que no debería ser aplicados a un sistema electrónico que busca despertar la interacción y la respuesta instantánea que hacen posible la confirmación en tiempos razonablemente cortos a los del buzón convencional.

⁴⁸ VALENCIA MORENO, Alexander, *Ob. cit.*, 2019, pág. 54.

Código de Comercio: *“La aceptación condicional o las modificaciones a la oferta, se tendrán como nueva propuesta”*.

En el caso de Panamá, para el caso de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios equivalentes, se deberá incluir un aviso con la palabra *“publicidad”* o cualquier otro término que identifique claramente la intención de la comunicación, a fin de que el destinatario pueda tener conocimiento de su naturaleza, incluso antes de abrir o acceder al texto del mensaje⁴⁹.

Esto se debe a que con la imprecisión se invita a la negociación, como se infiere del Artículo 206 Código de Comercio: *“El autor de la oferta no quedará obligado si hubiera hecho respecto de ella reservas formales por palabras que lo indicaran con claridad, o si su intención de no comprometerse resultara de las circunstancias y de la naturaleza especial del negocio”*.

Asimismo, Camacho Clavijo considera por regla general que la oferta dirigida a persona indeterminada en *Internet* es una invitación a negociar, salvo que claramente quede constituida como oferta contractual luego de la aceptación. Precisa entonces que los anuncios no forman parte de una oferta, sino más bien una propuesta para llegar a la contratación (especialmente en materia de protección del consumidor).

Conforme con lo expuesto, se tiene evidencia en el Artículo 205-A del Código de Comercio, del cual, según su redacción, se infiere que en la contratación electrónica B2C, se requiere que la recepción de la aceptación sea confirmada⁵⁰, una carrera de relevo de tres recepciones (oferente a consumidor, consumidor aceptante a oferente y confirmación del oferente que ha recibido la aceptación del consumidor); o como bien lo contempla el Derecho Argentino en el Artículo del 1108 Código Civil y Comercial de la Nación: el oferente deberá confirmar la llegada de la aceptación, con la finalidad de precisar el momento de la recepción con la que se perfecciona el contrato, o bien, demostrar el momento en el cual se recuperó el mensaje de datos.

⁴⁹ Cfr. art. 85 Ley 51/2008.

⁵⁰ Como es de suponer, el tema de los consumidores recibe tratamiento especial, puesto que en las relaciones de consumo debe existir un deber de información precontractual adicional al objeto y a la causa del contrato; y en el caso de contratación electrónica, debe existir una información con respecto a la vía tecnológica como medio de manifestación de voluntad, es decir un inductivo de los trámites que debe seguir para celebrar el contrato, informar si se archivará y se tendrá acceso al documento electrónico que soporta el contrato, los medios para corregir los errores de introducción de datos, las lenguas del contrato, Cfr: VEGA VEGA, José Antonio, *Ob. cit.*, 2005, pág. 208.

Hay que tomar en cuenta que cierta parte de la doctrina, como Barral⁵¹, considera que el acuse de recibido de la aceptación que debe emitir el oferente no incide en la perfección del contrato y que ya está perfeccionado, pero otros autores, como Kierkegaard⁵², insisten en que la idea central del mensaje de confirmación de recibido de la aceptación cobra sentido al ofrecer protección al consumidor y conceder una segunda oportunidad para que este pueda revisar si realmente es el producto ordenado, conocer la identificación, los medios técnicos para corregir los errores en sus datos, pero al mismo tiempo, para que el oferente-anunciante revise si mantiene suficientes bienes/servicios en el inventario, si el bien ha sido ofrecido en el precio correcto o evitar inconvenientes⁵³.

El artículo 76 del Código de Derecho Internacional Privado panameño (CDIP) introduce en los contratos electrónicos internacionales la posibilidad de dejar sin efecto el contrato por medio del derecho de “retractación” si esta sobreviene en “tiempo razonable”, derecho concedido por la ley al destinatario de la oferta (En España se denomina “desistimiento”).

Argentina, por ejemplo, en el Artículo 1110 del CCCN, nomina esta facultad como “revocación”⁵⁴ de la aceptación del consumidor, con un plazo de 10 días contabilizados a partir del día que se recibe el bien, rescindiendo el contrato y con la posibilidad de solicitar la devolución del dinero, facultad que puede llevarse a cabo inclusive por los mismos medios electrónicos de contratación, respetando la paridad del método de contratación y con previa nulidad de alguna cláusula que contradiga estas facultades⁵⁵.

⁵¹ Cfr. BARRAL VIÑALS, Immaculada, *La Regulación del Comercio electrónico*, Dykinson, S.L.: Madrid, 2003, pág. 50 y 72.

⁵² KIERKEGAARD, Selina, *Ob. cit.*, 2007, pág. 9.

⁵³ En ese marco, el Artículo 1107 del Código Civil y Comercial de la Nación destacan lo siguiente: “Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”, en Código Civil y Comercial de la Nación.

Consideramos que todo consumidor debe informarse con respecto a la contratación que pretende llevar a cabo y que el servicio cumple con estándares mínimos, no solamente del medio electrónico en sí, sino del producto o servicios a adquirir, su verificación previa, la fiabilidad de las referencias (comentarios), las modalidades de pago, la existencia de periodos de prueba acorde con el producto; es decir, toda aquella información precontractual, tanto del medio telemático como del objeto o servicio de interés⁵³ (como bien recoge la disposición del 312 del BGB Alemán “obligación de información en beneficio del consumidor en las ventas a distancia”).

⁵⁴ “En la contratación a distancia el consumidor es sorprendida en actitud pasiva y aun cuando se considere que tiene tiempo para reflexionar antes de tomar la decisión de contratar, no podemos descartar del análisis la incidencia que ejerce sobre él, la publicidad, los materiales y los soportes técnicos empleados, los términos del mensaje, etc., además, el consumidor ve incrementado el riesgo respecto de otras modalidades de venta ya que, en primer lugar no existe una interacción directa entre las partes, y en segundo término asume un mayor riesgo a que el producto o servicio no se adecue a sus expectativas o necesidades, o bien que el mismo contenga fallas o defectos”, en GHERSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Cecilia, *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*, 3ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, pág. 640.

pág. 352.

⁵⁵ “Art. 1112. Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados conforme a lo dispuesto en el Artículo 1110”, en Código Civil y Comercial de la Nación. Huelga decir, que este Código opta por medidas más estrictas cuando requiere

Y es que, como opina Shina: *“Tratándose de sistemas de compleja tecnología, esta obligación aumenta porque se presume el mayor conocimiento del proveedor y la mayor vulnerabilidad del usuario-consumidor. Esa brecha agrava las obligaciones y la responsabilidad del proveedor, en concordancia con lo establecido en el art. 1725 del Cód. Civil y Comercial que aumenta las del proveedor experto”*⁵⁶.

3.2. Contratación electrónica entre presentes o ausentes

Cuando hablamos de contratos por medios electrónicos, es común que las partes estén ausentes (físicamente). Nuestros códigos con más de un siglo de vigencia asimilaban la ausencia entre contratantes con la distancia geográfica que involucraba la contratación por carta y otros medios, siendo necesario hacerse de ciertas teorías (declaración, emisión, recepción, cognición) para determinar el momento en que las partes quedaban obligadas. Así, el artículo 1113 del Código Civil establecía la teoría del *“conocimiento del oferente”* como el momento de perfeccionamiento de los contratos entre ausentes.

Autores como Fernández Fernández⁵⁷, consideran que la contratación electrónica constituye una especie *sui generis* de la contratación a distancia, en cuanto al entorno *web* o similares, es decir, aquellos en tiempo real, ofrecen una forma de *“contratación cuasipresencial”*. En ese orden de ideas Scotti considera que: *“(…) Internet elimina el tiempo y la distancia y, por ende, en el mundo virtual, ambos extremos casi perdieron importancia. En el ciberespacio, la nueva coordenada es la atemporalidad”*⁵⁸, y como comenta Kaba: *“Por ello el tiempo real y el espacio real son conceptos de base empírica que no pueden coincidir con el tiempo jurídico y el espacio jurídico, que son espacios normativos y no empíricos”*⁵⁹.

Se tiene entonces que los contratos a través de medios electrónicos -a *prima facie*- son contratos entre ausentes, pero debido a la inmediata comunicación en la mayoría de los casos y la posible confrontación entre las partes en tiempo real, es preferible determinarlos como una contratación a *“distancia”* y así distinguirlo de los efectos que produce la

al proveedor que la disposición que informa sobre el derecho de revocatoria se la inmediatamente anterior a la forma del consumidor o usuario, de lo contrario el derecho no se extingue si no ha sido informado.

⁵⁶ SHINA, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, 1ª ed., Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 422.

⁵⁷ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo, *Ob. cit.*, pág. 137.

⁵⁸ SCOTTI, Luciana Beatriz, *Ob. cit.*, 2012, pág. 34.

⁵⁹ KABA, Ibrhaim, *Ob. cit.*, pág. 146.

contratación entre ausentes. Entendido esto, el concepto entre ausentes descansaba en la distancia geográfica y el espacio de tiempo para lograr el acuerdo de voluntades, pero ahora se reduce al fenómeno de duración para la comunicación electrónica entre los contratantes, por lo cual es vital esta diferencia.

A pesar de ello, para que un contrato sea considerado entre presentes, se requiere una estricta simultaneidad entre el iniciador y el destinatario, a partir de esta idea habría que resolver la incógnita si el medio electrónico utilizado permite ser calificado como entre presentes o entre ausentes, cuestión tan versátil como la cantidad de medios electrónicos que pueden ser utilizados para la contratación. No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han hecho esfuerzos para contemplar en la contratación electrónica, una corriente entre presentes (Ej. videoconferencia, el uso del teléfono reconocido así desde 1948 por el Tribunal Supremo de España), y una entre ausentes (Ej. correo electrónico, etc.); pero lo cierto es que la modalidad de contratación electrónica mantiene, inclusive normativamente, un estigma y tratamiento de contratos entre ausentes, como se observa en el artículo 76 del CDIP.

Si bien la Ley 51/2008 realizó significativas modificaciones al Código de Comercio de la República de Panamá, entre ellos el Artículo 203, que adopta la facilidad de celebrar contratos por “teléfono” o “telex o por medios de comunicación electrónicos”, y que se “entenderá entre presentes si las partes o sus representantes o mandatarios han estado directamente en comunicación”, la contratación electrónica descansa en la premisa de ser una forma de contratación a distancia y sólo bajo confrontación inmediata será entre presentes.

Así, los contratos entre presentes no presentan mayor dificultad, ya que su perfeccionamiento se da durante la concertación de las partes; por otro lado, en cuanto a los contratos electrónicos entre ausentes, sugiere seguir con la idea de la recepción del mensaje de datos para poder hablar del perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos.

Desde una óptica social, en Latinoamérica donde existen cortes de energía y de las redes de comunicación de manera intempestiva, la comunicación por más dinámica que sea puede presentar interrupciones ajenas a los negociantes. Por tal razón, hay que afirmar que una videoconferencia, la comunicación por teléfono o la mensajería instantánea siempre serán

considerados intercambio de datos entre presentes sería replicar un *argumentum ad verecundiam*.

3.3. La formalidad indirecta

El medio como las partes manifiestan su voluntad, parece ser insertada de forma natural en los contratos electrónicos. No se trata “*per se*” de un requisito jurídico, sino de una forma propia del intercambio tecnológico. La facilidad al plasmar el contrato en un soporte tecnológico, posteriormente permitirá verificar el contenido contractual, funcionando como prueba para aquellos casos que requieren su demostración según las normas a continuación. El artículo 195 del Código de Comercio señala que los contratos de comercio no están sujetos para su validez a “*formas especiales*” (excluyendo a aquellos que requieran solemnidades), pero este indicativo sufre por un axioma un cambio si se utilizan los medios tecnológicos como vías de contratación, ya que su sola utilización implica la implementación de un soporte electrónico, siendo una forma especial.

Aunado a lo anterior, el artículo 245 del Código de Comercio, preceptúa que cuando la ley mercantil requiera como necesidad de forma del contrato conste por escrito, se tendrá como tal cuando se registre en formato físico o su equivalente electrónico, y en ese mismo orden de ideas, el artículo 873 del Código Judicial permite el formato electrónico original como medio de prueba, siempre y cuando se haya almacenado conforme a la ley⁶⁰.

Respecto a los contratos de consumo en análisis de la Ley 45 de 2007, conocida como “*Ley de Protección del Consumidor*”⁶¹, reglamentada por el Decreto Ejecutivo No. 46 de 2009, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia ha emitido opiniones con respecto a la contratación electrónica, que deberán entenderse como contratos escritos aquellos integrados en soporte electrónico.

Las normas expuestas, ilustran sobre una situación que debería ser aprovechada al máximo, no solo por la seguridad jurídica de los contratos, sino también para la promoción del método virtual con respecto a su certeza y conservación, que desde un punto de vista legal

⁶⁰ El artículo 286 del CCCN sostiene de forma más puntual que la expresión escrita: “*Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios electrónicos*”. El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1106, contempla que cuando la formalidad requerida en una relación contractual exija que sea conste por escrito, se admite como ello el soporte electrónico u otra tecnología similar⁶⁰; igual sentido tiene el artículo 284 de la Ley citada.

⁶¹ *Cfr.* artículo 3 establece que la Ley 51/2008 se rige por una interpretación con respeto al principio tuitivo de protección al consumidor.

resulta ser eficiente tanto como medio de consulta y medio de probanza del contenido contractual⁶²; adicional al efecto psico-social que esto crea entre los contratantes al permitir las posteriores consultas de su voluntad.

Esto no quiere decir que los contratos adoptados por medios electrónicos busquen el retroceso de los esfuerzos de Pothier de convertir a la mera voluntad entre las partes como el principio y espíritu de los contratos eliminando el excesivo formalismo romanista, sino que los mismos buscan el provecho del racionalismo jurídico-social del cual dispone el medio tecnológico que reporta una “*formalidad indirecta*” de manera espontánea y natural al almacenar datos de manera tecnológica.

4. Utilidad práctica de la contratación por medios electrónicos

Entre las utilidades de la contratación por medios electrónicos resaltamos: la tramitación contractual sin desplazamiento, la simultaneidad virtual entre distintos puntos geográficos, agilidad en el término de aceptación de los contratos, evita el deterioro del documentos en soporte papel, reduce costos (papel, tinta, envío, transporte, intermediarios, reduce el pago de aranceles), ahorra espacio en el archivo y agiliza su ubicación, minimiza el riesgo de suplantación de identidad o falsificación de firmas, permite el apertura del mercado, arremete contra los monopolios por las constantes ofertas, descuentos y promociones, ofrece en la mayoría de los casos la oportunidad de consulta y acceso a la información, puntos de contratación las 24 horas, celeridad en las relaciones comerciales, mayor trazabilidad, seguridad y ofrece valor probatorio.

5. El derecho tradicional

Los contratos en general contemplan un sentido económico o al menos social, estos que ahora se ilustran en la economía y pasan a agilizarse por los medios electrónicos y la reducción de costos que de forma inmediata perciben los contratantes, en una época donde cada vez es más difícil disociar las actividades del ser humano del uso de la tecnología.

⁶² Cfr. Art. 6 “Escrito” y 9 “Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos” de la Ley Modelo UNCITRAL.

Por su parte el Código de Comercio Federal de México, por ejemplo, recoge en su Artículo 1298-A, los mensajes de datos como prueba: “Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.”. En ese caso los mensajes son válidos para contratar, y recogen las características desde el hecho de recibir mensaje de datos por medio de aplicaciones o redes sociales como medios de prueba e inclusive se puede tener como un convenio por escrito.

A tal efecto, el empleo de un medio electrónico no elimina la aplicación de la teoría general del contrato: la autonomía de la voluntad de las partes, la buena fe contractual, requerir capacidad de los contratantes, el cruce de la oferta y la aceptación como perfeccionamiento en el contrato del consensual, su fuerza de ley entre las partes, el contenido sustancial del contrato particular, etc. Sin embargo, no podemos negar que debido a su entorno virtual se generan situaciones jurídicas que no resuelven las reglas del derecho común: el documento electrónico, la firma electrónica, la formación, validez y perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos, la dinámica de invitación a negociar, la contratación entre presentes a distancia, su formalidad indirecta y su deslocalización para reputarse en cualquier momento como un contrato internacional, etc.

No cabe duda, que los contratos por medios electrónicos requieren que las normas tradicionales sean interpretadas de acuerdo a las actuales formas de contratación, caracterizadas por el uso -cada vez más frecuente- de la tecnología, y de esta forma regular el tráfico económico conforme a los cambios con los que opera.

Con razón se ha dicho que: “[n]o nos referimos a la creación de un orden jurídico ex novo, sino que, como es usual en el campo del Derecho, la norma siempre va a la zaga de la realidad; si bien en tanto se perfila el precepto específico, deben aplicarse normas generales, como tales, no están pensadas para el caso concreto”⁶³.

En otras palabras, la adecuación de ciertos aspectos normativos relacionados con la contratación electrónica no implica que deban realizarse cambios sustanciales a las normas de contratación general. Y decimos esto porque el contenido del contrato celebrado por vía electrónica es el típico o común de los contratos celebrados por medio no electrónicos o en soporte papel; tal es el caso de un contrato de compraventa, que mantiene su esencia, pero que por su modalidad electrónica y las variaciones inherentes, requieren un tratamiento legal distinto para hacer valer los efectos legales que regularmente se esperan de un contrato adoptado por la vía convencional, y es que, los contratos electrónicos nacieron al margen de la existencia de las normas que regulan su utilización, requiriendo en el trayecto la adopción de un marco legal que les otorgara seguridad jurídica durante su tráfico⁶⁴,

⁶³ VEGA VEGA, Juan Antonio, *Ob. cit.*, 2005 pág. 39.

⁶⁴ RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Ob. cit.*, pág. 58-59.

puesto que son instrumentos que facilitan la creación de actos jurídicos mediante el acuerdo de voluntades.

Se trata más bien de un fenómeno social que demanda de los abogados que realicen alianzas con los ingenieros y especialistas capacitados en el campo tecnológico, como perfecta combinación del futuro para solucionar problemas. Antes de concluir, hacemos nuestras las palabras de la profesora, Dra., Luciana B. Scotti, cuando de forma precisa reflexiona sobre la problemática de los contratos por medios-E:

“Son aquellos acuerdos de voluntades celebrados a través de medios electrónicos. No tiene que ver con una cuestión que haga al objeto del contrato a la causa sino específicamente al medio, por ende esto debería facilitar aún más las cosas porque no implica una revolución jurídica significativa, solamente estamos hablando del medio a través del cual se celebra esta nueva modalidad de contratación; sin embargo es verdad que hay que hacer algunas distinciones o diferenciaciones, (...) porque no es lo mismo un contrato celebrado por medios electrónicos, como pueden ser los correos electrónicos (...) o directamente a través de una plataforma de internet, de una teleconferencia, de una videoconferencia, sí se trata de empresas, de empresarios (...) o si está participando un consumidor (...) no es lo mismo un contrato a nivel doméstico (...) o el contrato será internacional y se suscitan algunos problemas adicionales”.

6. Conclusiones

1. Los conceptos “*contratos electrónicos*” o “*contratos informáticos*” persiguen un objeto, bien o servicio electrónico, por lo que se sugiere el empleo de términos como contratación vía electrónica o por medios tecnológicos para referirse a la presente materia.
2. La contratación vía electrónica ofrece una serie de ventajas socioeconómicas, al eliminar las barreras territoriales y atenuar el concepto de distancia.
3. La contratación por medio electrónico se refiere a la vía que es utilizada para realizar un contrato, lo cual puede referirse tanto al equipo como al canal empleado para transmitir las voluntades de las partes. Esto se logra por medio del intercambio de mensaje de

- datos o documentos electrónicos a través de la operatividad electrónica, apoyado en el principio de neutralidad tecnológica que permite la implementación de nuevas formas tecnológicas y el principio de equivalencia funcional, sobre la validez legal que tienen estos mecanismos que permite equiparlos a los métodos tradicionales de contratación.
4. Adentrarnos al estudio de la contratación vía electrónica permite optar por decisiones informadas de forma preventiva y no reactiva al optar por estos medios.
 5. La finalidad de todo documento es informar o evidenciar un hecho o contenido de forma perceptible por los sentidos del hombre, función que cumple el documento electrónico, concepto que se expande a varios recursos (audio, imagen, documento, etc.).
 6. Dentro de los diversos conceptos que se introducen con la corriente tecnológica-contractual se encuentra la firma electrónica que comprende un proceso electrónico de vinculación en el que una persona plasma un mensaje de datos como representación de su voluntad para ser identificado por su receptor a través del almacenamiento en soportes magnéticos y electrónicos, de gran utilidad para manifestar el acuerdo en la contratación electrónica, la misma se subdivide en firma electrónica y firma electrónica calificada.
 7. Es necesario reflexionar sobre las comunicaciones o invitaciones a una negociación en los medios electrónicos.
 8. Los estándares aplicados para la interpretación de contratación electrónica B2B no son adoptados para las relaciones B2C, ya que en esta última existe una parte débil, el consumidor.
 9. La corriente mayoritaria ubica a la contratación electrónica como una relación entre ausentes, sin embargo, consideramos que goza de mayor utilidad y aproximación realista la aplicación del término contratos entre presentes a distancia, con una suerte de contrato cuasi-presencial debido al recorte de tiempo y distancia geográfica que ya no se identifica con la larga espera de las voluntades.
 10. Para efectos de la relación contractual por medios electrónicos, los mensajes de datos, conductores de las comunicaciones electrónicas, se entenderán por recibidos, por regla general, cuando las partes puedan tener constancia de ello. No obstante, las partes podrán acordar otra cosa.

11. La formalidad indirecta es insertada de manera espontánea en la contratación electrónicos, sin la necesidad de rebatir el espíritu de la consensualidad como premisa de la contratación, puesto que no se trata “*per se*” de un requisito jurídico, sino de una forma propia del intercambio tecnológico que no cuestiona la validez del contrato.
12. No cabe duda que las leyes tradicionales se mantienen en pie, pero la posibilidad de realizar contratos por vías tecnológicas, el documento electrónico y las firmas electrónicas, han traído consigo que las mismas sean interpretadas de acuerdo a la realidad social tecnológica y conforme a las normas promulgadas para tal efecto que permiten la facilidad de realizar actos jurídicos de forma remota; no obstante, se pudo evidenciar la necesidad de modificaciones normativas con relación a los mensajes de datos como transporte del consentimiento, el momento desde que se tiene aceptada la oferta en los medios electrónicos, el reconocimiento del documento electrónico como medio de prueba y soporte escrito y de la simultaneidad como si se tratara de una contratación entre presentes.

7. Bibliografía

- ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan**, *La prueba electrónica*, Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2011, págs. 480.
- ABRIL, Antonio**, *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Editorial Wolters Kluwer, España, 2017, págs. 696.
- ALONSO CONDE, Ana Belén**, *Comercio Electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, Editorial Dykison, S.L., Madrid, 2004, págs. 96.
- ÁLVAREZ DIDYME-DÔME, Manuel José**, *Contratos Mercantiles*, Universidad de Ibagué, Colombia, 2012, págs. 248.
- ARECHA, Martín**, *Las nuevas Tecnologías ante el Derecho Comercial*, 1ª ed., Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 260.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada**, *La Regulación del Comercio electrónico*, Dykinson, S.L., Madrid, 2003, págs. 207.
- CABRILLAC, Rémy**, *Derecho europeo de los contratos*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017, págs. 224.

- CAMACHO CLAVIJO, Sandra**, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2005, págs. 527.
- CANO MARTÍNEZ de VELASCO, José Ignacio**, *La decadencia del contrato, el derecho robot*, Editorial J.M. Bosch Editor: Barcelona, págs. 182.
- FALBO, Santiago y DI CATELNUOVO, Franco**, *Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial, actuaciones notariales en soporte digital, firma digital*, 1 ed. revisada, Di Lalla ediciones: Ciudad de Buenos Aires, págs. 177.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo**, *El contrato electrónico, Formación y cumplimiento*, Bosch Editor: España, 2013, págs. 342.
- HERNANDEZ, Reyna Katiuska**, *Más Móvil amplió red y liberó acceso clave*, **La Prensa**, 13 de abril de 2020 (En línea): <https://www.prensa.com/imprensa/martes-financiero/mas-movil-amplio-red-y-libero-acceso-clave/>.
- ILOBINSO, Ihuoma**, *Formation of Electronic Contracts: Melding the Traditional Contract Law with Contemporary Electronic Commerce*, Commercial and Industrial Law Review, 2016, págs. 50-63.
- GHERSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Cecilia**, *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*, 3ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, págs. 640.
- KABA, Ibrahim**, *Elementos básico de comercio electrónico*, Editorial Universitaria, Ciudad de La Habana, 2008, págs. 175.
- KIERKEGAARD, Silvia**, *E-Contract Formation: U.S And EU Perspective*, 3 Shilder J.L Com. & Tech. 12, Feb. 14, 2007 (En Línea): <http://www.lctjournal.washington.edu/Vol3/a012Kierkegaard.html>
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos**, *El contrato vía internet*, J.M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, 2005, págs. 444.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Medina**, *La responsabilidad en la era tecnológica*, Abeledo-Perrot S.A. E. e.l., Buenos Aires - Argentina, 1997, págs. 350.
- MILWARD, Samuel**, *Os Contratos Eletrônicos à luz do Código Civil Brasileiro*, Sexta-feira, 17 junho de 2016 (en línea):

<https://milward.jusbrasil.com.br/artigos/350889653/os-contratos-eletronicos-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro>

MIRANDA, Janete, *Contratos Electronicos – principios, condições e validade*, Jusbrasil, Terça-feira, 4 de novembro de 2014 (en línea):
<https://jan75.jusbrasil.com.br/artigos/149340567/contratos-eletronicos-principios-condicoes-e-validade>

NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (en línea):
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/infrastructure/>

PABLO REDONDO Rosana de, *Negocio electrónico*, UNED – Universidad Nacional de Educación a distancia, 2012, págs. 280.

PATARROYO BAQUERO, William, GARZON CAICEDO, John Fredy, y LEÓN ACUÑA, Nelson, *Documentos electrónicos de archivo y sistema de gestión de documentos electrónicos de archivo SGDEA: Conceptos básicos, buenas prácticas e ideas para avanzar*, Alcaldía de Bogotá, Dirección Distrital de Archivo de Bogotá, junio 2019, págs. 95.

PEÑA VALENZUELA, Daniel, *Conferencia: Del Contrato electrónico a los Smart Contracts*, Universidad Externado de Colombia, 17 de abril 2018 (en línea):
<https://www.youtube.com/watch?v=-ihaM9HKMvg>

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Editorial J.M. Bosch Editor, España, 2018, págs. 422.

SANTIAGO, J. Mora y PALAZZI, Pablo A., *Fintech: Aspectos Legales*, Tomo I, 1ª ed.-, CDYT Colección Derecho y Tecnóloga, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 430.

SANTIAGO, J. Mora y PALAZZI, Pablo A., *Fintech: Aspectos Legales*, Tomo II, 1ª ed.-, CDYT Colección Derecho y Tecnóloga, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 355.

SCOTTI, Luciana Beatriz, *Contratos Electrónicos: un estudio desde el derecho internacional privado argentino*, 1ª ed.-, Eudeba, Buenos Aires, 2012, págs. 384.

SCOTTI, Luciana Beatriz, *Manual de derecho internacional privado*, 2da. edición, actualizada y ampliada, Ciudad de Buenos Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019, págs. 1184.

SERRA SERRA, Jordi, *Los documentos electrónicos. Qué son y cómo se tratan*, Ediciones Trea, S.L., Madrid, 2008, págs. 187.

SHINA, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, 1ª ed., Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, págs. 480.

SHNIKAT, Morad, ALZUBI, Ali, ALJABER, Maher & ALNSOOR Ali, *The legal framework of electronic contract in the Jordanian legislation*, Global Journal of Politics and Law Research, vol. 5 No. 5: September 2017, págs. 46-62.

VALENCIA MORENO, Alexander, *Lecciones de Derecho Civil: Personalidad, personas y actos o negocios jurídicos*, Editora Novo Art, S.A., segunda edición ampliada, corregida y actualizada, Panamá, 2017, pág. 252.

VALENCIA MORENO, Alexander, *Los principales contratos civiles*, Editora Novo Art, S.A., cuarta edición, Panamá: 2019, págs. 583.

VEGA VEGA, José Antonio, *Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*, Edición Reus, S.A., Madrid, 2005, págs. 495.

VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho mercantil electrónico*, Editorial Reus, Madrid, 2015, págs. 488.

ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil y Comercial / Eduardo A. Zannoni, Marina M. de Vidal; Jorge Zunino-1ed*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, págs. 808.

Código de Comercio

G.O. 26090, Ley 51 de 22 de julio de 2008 “*Que define y regula los documentos electrónicos y las firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico*”.

G.O. 26291-A, Decreto Ejecutivo No 40 de 19 de mayo de 2009, “*Por medio del cual se reglamenta la Ley No. 51, de 22 de julio de 2008, que define y regula los documentos electrónicos y las firmas electrónica y la prestación de servicios de*

almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico”.

G.O. 27160, Ley 82 de 9 de noviembre de 2012 *“Que otorga al Registro Público de Panamá atribuciones de autoridad registradora y certificadora raíz de firma electrónica para la República de Panamá, modifica la Ley 51 de 2008 y adopta otras disposiciones”.*

G.O. 27401, Decreto Ejecutivo No, 84 de 18 de octubre de 2013, *“Que reglamenta la Ley 51 de 22 de julio de 2008 y la Ley 82 de 9 de noviembre de 2012”.*

G.O. 27885-A Ley 61 de 7 de octubre de 2015 *“Que subroga la Ley 7 de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá”.*

Ley 25.506 de 14 de noviembre de 2001, *“Firma Digital”* por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso.

Ley Modelo de CNUDMI, Sobre el Comercio Electrónico 1996, Naciones Unidas.

Responsabilidad Civil Derivada Del Acto Médico

Dr. Claudio Timpson Layne
Profesor de Derecho Civil y Comercial
Universidad de Panamá
País: Panamá
fuerzatman@gmail.com
ORCID 0000-0003-2176-490X

Entregado: 20 octubre 2022

Aprobado: 20 octubre 2022

Tabla de Contenido. 1. Aspectos Históricos, 2. La Medicina de Hoy. 3. La Responsabilidad Médica en General. 4. El Deber de Humanismo. 5. Deber de Asistencia 6. Deberes Sociales. 7. El Médico y la Responsabilidad Civil. 8. Contrato de Asistencia Médica. 9. Obligaciones del Médico. 10. Historia Clínica. 11. Asistencia Adecuada. 12. Diagnostico. 13. Deber de Tratamiento. 14. Deber de Información. 15. Derivación del Paciente. 16. Obligación de Reserva. 17. La Culpa Médica. 18. Casos específicos de culpa médica. 19. Impericia Médica. 20. Imprudencia Médica. 21. Negligencia Médica. 22. Inobservancia de Reglamentos y Deberes. Bibliografía.

Resumen.

Tema de la responsabilidad civil en general ha cobrado excepcional vigencia, no existe en la actualidad revista Jurídica que se edite en el derecho privado, donde no se consigne por lo menos un artículo que se refiera al derecho de daños. El arte de curar por su conexión con la vida y la salud, ha sido uno de los temas mayormente de interés en el sector jurídico. Y es que una tendencia generalizada a nivel nacional e internacional ha influido de manera tal, que la cuestión médica, ha dejado de considerarse exclusivamente dentro de los parámetros éticos y morales para ser considerados en sus consecuencias jurídicas. La doctrina y la jurisprudencia, al efecto han sido contestes en atribuir responsabilidad por

culpa médica e imponer a los galenos el deber de indemnizar, todo daño que le sea imputable.

Palabras Claves. Responsabilidad civil, reparación, daño, negligencia, impericia, imprudencia, relación médico-paciente, imputabilidad, acción civil, omisiones, reserva, deber.

Summary.

The subject of civil liability in general has gained exceptional validity, there is currently no Legal magazine that is edited in private law, where at least one article that refers to the right of damages is not recorded. The art of healing, due to its connection with life and health, has been one of the most interesting topics in the legal sector. And it is that a general trend at the national and international level has influenced in such a way that the medical issue is no longer considered exclusively within the ethical and moral parameters to be considered in its legal consequences. The doctrine and jurisprudence, to this effect, have been conclusive in attributing responsibility for medical fault and imposing on the doctors the duty to indemnify any damage that is attributable to them.

Keywords: Civil liability, repair, damage, negligence, inexperience, imprudence, doctor-patient relationship, accountability, civil Action, omissions, booking.

1. Aspectos Históricos

La ética médica tiene venerable y antigua tradición en el juramento hipocrático de los médicos Asclepiades, discípulos de Hipócrates en la Grecia clásica del siglo II antes de Cristo. En los primeros tiempos, en Grecia la medicina tuvo carácter sacerdotal, al igual que en los demás pueblos primitivos, sus asientos principales, lo constituyeron los sanatorios de los Asclepiades, lugares que hacían las veces de hospitales.

Luego, con el correr de los años se operó la independencia profesional, en el sentido de que los laicos pudieron ejercerla sin ningún vínculo con la clase sacerdotal. Las asociaciones laicas fundaron escuelas y allí, claro está, bajo auspicios de los dioses, enseñaban la

medicina. En cuanto a los requisitos indispensables para ejercer la medicina sobresale el Juramento Hipocrático, que, por regla general, era exigido a los que por algún derecho habían sido acreedores al permiso de ejercer, dicho juramento tenía un fondo moral de gran alcance, la ética profesional era su finalidad⁶⁵

El juramento, además, contenía varias y severas advertencias relativas a la manera de ejercer la medicina, éste es considerado en la actualidad de primera importancia, al punto que se utiliza como norma rectora de la conducta y deontología médica. Estas tradiciones éticas, junto con los conocimientos de esta escuela, se transmitieron a la medicina romana y bizantina, a la árabe, hebrea y cristiana del medievo.

En Europa se presentaron estas enseñanzas éticas en el renacimiento y los tiempos modernos en los siglos XV a XIX y hasta nuestra actualidad. A la vez, a través de la historia del derecho y de la medicina, la responsabilidad del médico ha sido jurídicamente regulada.

En la antigua Persia se autorizaba el ejercicio de la medicina, a quien hubiere tratado por lo menos a tres enfermos pobres que no debían morir, se cuenta que, en Persia, había tres clases de médicos los que curaban con hierbas, los que curaban con plegarias y los que recurrían a cruentas operaciones, existía también una gradación de honorarios, la cual se pagaba en especie.

El Código de Hammurabi condenaba a muerte al médico que, entre otras causas, no atendía con la prudencia y cuidados necesarios, ocasionando daño al paciente, o bien se le cortaban las manos.

En Egipto y Grecia, se formaron colegios secretos y actuando conforme a ciertas reglas no se incurría en responsabilidad, cualquiera fuera la suerte del paciente, si se apartaba de dichas reglas y sobrevénia un daño, entonces el médico era responsable y se le aplicaban en consecuencia, castigos severos. En Egipto también se menciona la existencia de colegios, con similares características de las señaladas.

⁶⁵ CARDONA HERNANDEZ. 1991 “a Responsabilidad Médica ante la Ley”. T I. Cuarta Edición. Propiedad del autor. Bogotá págs. 115.

La nota común de los pueblos antiguos, suscita en que la medicina se relaciona con fenómenos de carácter religioso, no obstante, Grecia la medicina apoyada en criterios naturales y racionales alcanzó un gran apogeo.

La cuestión en Roma, fue vista en lo jurídico como un contrato de arrendamiento de servicios, (*locatio operarum*) en el cual el arrendador presta al conductor, determinados servicios; sin embargo, no todos los servicios podían ser objeto de arrendamiento, excluyéndose de ellos, los que eran difíciles de determinar su costo en dinero. Entre éstos los *operae*, o sea, los servicios prestados por quienes ejercían profesiones liberales como médicos, abogados.

En determinada época del derecho romano terminó por concederse al médico y los demás profesionales liberales el derecho de percibir una remuneración denominado *honor*, y una cognitio extraordinaria para reclamarla, la sentencia se llamaba *decretum* y la condena en caso de daño injusto era pecuniaria o sustituida en especie asegurando el magistrado su cumplimiento en virtud del *imperium*⁶⁶.

Lo real es que la responsabilidad civil y penal del médico en Roma se hizo necesaria y se plasmó en normas de derecho en la legislación, no en los primeros tiempos y manifestaciones de la práctica médica, sino años después, ejemplo de ello tenemos las llamadas Leyes de Numa, en donde se encuentran descritos algunas operaciones quirúrgicas y otras relativas a la odontología. Las sanciones establecidas para los violadores de estas normas son muy explícitas y enérgicas⁶⁷

Como se advierte, el arte de curar en la antigüedad se presenta como un oficio liberal, limitado a ciertos sectores que poseían cierta destreza y habilidad al efecto. Los colegios a los que nos hemos referido no eran más que agrupaciones reguladoras de la actividad; mediante la adopción de reglas generales que debían seguir los galenos, la noción de clínica, hospital o centro no es relevante en la antigüedad, de ello resulta que los textos legales antiguos no se ocuparon de la responsabilidad de éstas.

⁶⁶ Yungano (1992; 29)

⁶⁷ Cardona (1991: 270)

2. La Medicina de Hoy.

Luego de este breve esbozo de la medicina en sus orígenes debemos señalar que la actualidad ha dejado atrás por completo los antiguos moldes en que se realizaba dicha actividad. La revolución tecnológica, la informática, los descubrimientos científicos, la invención de costosos pero efectivos y eficaces instrumentitos de prevención y curación han hecho del arte de curar la cuestión que rebasa las posibilidades del médico, individualmente considerado.

La medicina moderna es una de las ramas de la ciencia que ha tenido mayor desarrollo, las investigaciones de laboratorio, han desarrollado el campo de la patología con el descubrimiento de nuevas enfermedades, así como la precisa determinación de la etiología y con ello, la posibilidad de diagnósticos ciertos y terapéuticas adecuadas, mediante tratamientos clínicos o intervenciones quirúrgicas cada vez más audaces y delicadas.

Todo ello ha sugerido un aumento de los riesgos profesionales del médico, que puede incurrir en responsabilidad, pero también sugiere la necesaria intervención de entes capaces de sostener el prohibitivo valor patrimonial de un centro médico aun modestamente equipado.

La pequeña clínica del medioevo pasó al museo de la historia, junto con el arado manual y la televisión blanco y negro. Sin embargo, y a pesar del desarrollo tecnológico y los impresionantes descubrimientos científicos logrados, el arte de curar depende en gran medida de la actuación del médico, porque no hay hospital que funcione sin estos profesionales, por lo que antes de formalizar nuestra posición relativa a la responsabilidad de los centros debemos analizar la responsabilidad civil del médico, por cuanto que aquella, la de los centros, no es sino consecuencia de ésta.

Desde el punto de vista deontológico, ético y moral su regulación prácticamente ha sido sometido a una regulación mundial, con el remplazo del tradicional Juramento de Hipócrates, que por muchos años fue la más alta fuente de inspiración moral médica, por varios acuerdos o declaraciones internacionales. Se adoptan las siguientes La Declaración de Ginebra, sobre los postulados que los médicos prometen cumplir al momento de su

graduación; El Código Internacional de Ética Médica, llamado también Código de Londres, que regula los deberes de los médicos en general, sus obligaciones con sus pacientes y sus colegas; la Declaración de Helsinki, que establece normas para la experimentación o investigación clínica en seres humanos; la Declaración de Tokio, que prohíbe la participación activa de los médicos en la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo castigos y la Declaración de Hawái, que proscribe la utilización de la Psiquiatría para otros fines que no sean terapéuticos.

3. La Responsabilidad Médica en General

El tema médico supone varios aspectos éticos, civiles y penales, por lo que respecta a los primeros, estos se confunden con los deberes profesionales que resumen los instrumentos supra nacionales a los que nos hemos referido en el tema anterior, los segundos tienen su regulación en el derecho común, al igual que las transgresiones médicas constitutivas de delitos perseguidos por la ley penal.

Todo médico debe respetar las reglas éticas y los principios morales que inspiran la profesión, imponiendo reglas imperativas a todos los que ejercen la medicina, sea cual fuere la modalidad de su especialidad, veamos en consecuencia, algunos de los deberes específicos contenidos en dicho conjunto de normas.

4. Deber de Humanismo.

El médico tiene una misión eminentemente humanitaria, por lo cual el respeto a la vida, la preservación de la integridad individual y el bienestar de la colectividad, constituyen sus deberes primordiales. La defensa y promoción de la salud involucran un campo de acción mucho más amplio que el puramente asistencial y los médicos no pueden considerarse ajenos a las situaciones sociales, los progresos técnicos y las condiciones laborales o ecológicas que afectan la vida de los ciudadanos.

El ejercicio de la medicina tiene por objetivo producir, mantener o restablecer la salud individual y colectiva de las personas. La salud no es sólo la ausencia de enfermedad, sino también el conjunto de condiciones físicas, psíquicas y sociales que permiten al individuo desarrollar en forma autónoma la plenitud de sus capacidades.

5. Deber de Asistencia.

Este deber de forma particular impone a todo galeno, al encontrarse en presencia de un herido o enfermo la obligación de prestarle ayuda o asegurarse de que reciba cuidados necesarios. Reprime la competencia desleal entre colegas al erige como un derecho del paciente, la elección de su médico, lo cual reprime la piratería entre galenos.

6. Deberes Sociales.

Impone igualmente deberes sociales, como la de colaborar en políticas que tengan por objeto o finalidad asegurar a la colectividad el mejor grado de salud. Así, en lo ético y deontológico el médico está regulado por dicho conjunto de normas, cuya infracción supone un proceso que puede concluir en sanciones disciplinarias que no necesariamente desencadenen el nacimiento de acciones civiles. Para que esto suceda en menester que la falta ética además revista el carácter de ilícito.

7. El Médico y la Responsabilidad Civil.

Mucho se ha discutido, si el origen o naturaleza del servicio de asistencia médica proviene de un vínculo contractual, o si por el contrario es ajeno al contrato. Cuestión que determina el carácter contractual o extracontractual de la eventual responsabilidad civil del médico, en el supuesto de daños con ocasión al ejercicio de la profesión, dada las sabidas consecuencias, que en uno y otro sistema contempla la legislación vigente.

La ubicación de la responsabilidad médica ha sido cuestión históricamente discutida, se sostuvo que la responsabilidad civil del médico por daños al paciente gravita en la esfera extracontractual, ya que era el resultado de la infracción del deber genérico de no causar daño a las demás.

En la actualidad es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina considerar la responsabilidad emergente de la relación médico - paciente como de naturaleza contractual, esta conclusión se generalizó a partir de un célebre fallo dictado por la jurisprudencia

francesa, se trataba de una madre que reclama a la comuna la reparación de daños y perjuicios por la muerte de su hija que falleció por un error al aplicársele un medicamento.

La defensa del médico se basó en la excepción de prescripción ya que, según la tesis aún imperante, la responsabilidad del médico era de origen extracontractual y siendo ello así, la acción civil había prescrito. La ponencia del tribunal de instancia señaló que, sin perjuicio de la condena criminal a la enfermera, la municipalidad era responsable, pero en la esfera contractual, pues una relación de tal naturaleza se da cuando una persona se interna en un hospital, no obstante, la gratuidad de servicio.

Nuestra jurisprudencia ha mantenido un criterio ubicando la mal - praxis médica en la esfera de lo extracontractual. En fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia por dentro del proceso ordinario propuesto por Vidal Córdoba Sánchez, contra Claudio Moreno, el corte expreso lo siguiente;

"a esta altura del estudio cabe recordar dice la corte, que la culpa, sea grave, leve o levísima, conlleva, para que de ella pueda derivarse la obligación de indemnizar, daños y perjuicios según nuestra legislación (artículo 1644 del Código Civil) que la acción y omisión imputable al exigido, haya sido la motivante del perjuicio".

Por lo que respecta a este estudio es preciso concluir que, para nosotros la responsabilidad tendrá carácter contractual y ello es así, en razón de que la relación médico - paciente es el producto de un acuerdo o vínculo preexistente el cual se conceden derechos y obligaciones a ambas partes. El médico por el contrato tiene derecho a recibir honorarios y por ello mismo está obligado a prestar sus servicios, conforme a los medios a su alcance, siendo diligente y acucioso.

Existen supuestos muy específicos en que la conducta del médico puede generar responsabilidad civil de origen extra contractual v.g. el médico que se niega a socorrer a un accidentado que, por no ser atendido por el galeno, pudiendo hacerlo, muere. Por ello, consideramos que, si bien la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron pacíficamente a la

tesis contractual, existen no obstante supuestos excepcionales en que la responsabilidad civil del médico puede ser de origen extracontractual⁶⁸, en tal sentido será extracontractual la responsabilidad del médico, en los siguientes casos: Cuando los servicios médicos son requeridos por otra persona distinta al paciente, la responsabilidad del médico con el paciente rebasa el contrato, aunque sobre este tema habría que discutirse lo relativo a la estipulación a favor de terceros.

Cuando son prestados espontáneamente sin consentimiento del paciente, en caso de accidente callejero y el médico auxilia a la víctima. En nuestra opinión, es un caso típico de responsabilidad extracontractual, que su negativa de atención importa no sólo un delito civil, sino en el supuesto específico de responsabilidad penal.

Cuando los servicios son prestados en contra de la voluntad del paciente, como en el supuesto del suicida, que recibe auxilio médico.

Cuando comete voluntariamente un delito penal en relación a una persona sea o no cliente. Por ejemplo, si cometiera homicidio prescribiéndole una supuesta medicación que determine la muerte del enfermo⁶⁹

Además de los supuestos enumerados, algunos autores incluyen otros, como el de contrato nulo, la atención de incapaces, sin la autorización de su respectivo representante, cuando la intervención del médico es impuesta coercitivamente por una institución policiva, o reconocimiento médico para ingreso a la carrera militar y casos de naturaleza análoga Bueres⁷⁰

Así, cuando el médico presta sus servicios a alguien que se ha desmayado en la vía pública o ha sido atropellado y está en estado de inconciencia o de shock, el médico actúa en virtud de un deber legal fundado en su juramento profesional, lo que generaría una obligación *ex*

⁶⁸ Vásquez. 1945: 44

⁶⁹ Bustamante 1993 pág. 500.

⁷⁰ Citado por Vásquez 1995 pág. 47

lege, o bien mediante la voluntad tácitamente anticipada, según la cual, en caso de accidente, la persona aceptará los servicios del médico que ocasionalmente la asista⁷¹

En esta tesis de la voluntad tácita, incluyen los supuestos de los incapaces e incluso del suicida, lo que en nuestra opinión es forzar exageradamente en el sistema contractual a situaciones que de manera obvia no se compadecen de la estructura de libre manifestación de voluntad como elemento central y básico de la generación del vínculo contractual, llegar a concluir que existe contrato allí donde no ha habido consentimiento, resulta a todas luces desacertado.

Somos del criterio, que a pesar de que la regla general es, que la relación médico paciente, hace parte de la responsabilidad contractual, existen claros supuestos de responsabilidad médica extracontractual bien definibles ajenos a todo tipo de contrato.

Vale la pena antes de agotar este breve segmento sobre la ubicación de la responsabilidad médica, indicar que la misma importa no sólo para los efectos de la prescripción y de la extensión del deber de resarcir, pues desde la generalización de distinción en las obligaciones de hacer, en obligaciones de medio y de resultado, se ha generalizado también el criterio, que ubica la relación médico-paciente, generalmente como de medios y sólo excepcionalmente de resultado.

Así, el médico no garantiza el resultado de sanación de su paciente, sólo garantiza que empleará todo el cuidado, la diligencia y destreza que debe tener un médico en el cuidado de sus pacientes, por ello no se presume su culpa probada el resultado dañoso, pues el médico no se obliga a garantizar un resultado específico. La inejecución de la prestación o la prestación defectuosa del médico no se mide por el resultado dañoso, sino por la falta médica, o lo que es lo mismo la culpa médica, siendo así corresponde a la víctima, al paciente probar la culpa del deudor, idéntica situación que en la responsabilidad aquiliana.

No obstante, de esta regla general, existen supuestos en los que el médico se obliga a una prestación de resultado, puede mencionarse las intervenciones de medicina estética v.g., ya que en estos casos el médico, debe documentar lo acordado con el paciente y precisar el

⁷¹ Yungano. 1992 pag.35

resultado que se comprometió a obtener, el cual, de no producirse, constituye incumplimiento imputable y en consecuencia compromete su responsabilidad civil, salvo la prueba de causa extraña⁷²

8. Contrato de Asistencia Médica.

Entendemos por contrato de asistencia indica, aquel celebrado entre el médico y su paciente, tiene por objeto la prestación de asistencia curativa mediante el pago de precio, honorarios. Sobre la naturaleza jurídica de este contrato ha habido discrepancias importantes en la doctrina más autorizada, ya que no resulta fácil la inclusión dentro del ámbito de los contratos típicos la figura de este contrato en razón de sus particulares características.

El autor argentino Alfredo Achával, hace una interesante síntesis de las diversas tendencias que plantean posiciones relativas a la naturaleza jurídica de esta figura distinguiéndose las siguientes concepciones.

La llamada teoría del mandato, cuyos sostenedores, asimilan el contrato de asistencia médica al mandato, a ella se le critica su viabilidad, ya que como se sabe, el mandato se refiere a actos jurídicos⁷³ y el contrato de asistencia a un servicio específico sobre las personas.

Otros, ven en la relación médico paciente, una especie de contrato de locación de servicio, para llegar a dicha afirmación, consideran irrelevante la distinción entre trabajo físico y trabajo intelectual, y concluyen que entre médico y paciente se establece una locación de servicios, no obstante, entre las característica más sobresalientes de este contrato, resalta la dependencia jurídica del locador, frente a quienes contratan sus servicios y la obligación de cumplir sus tareas conforme a las indicaciones del empleador, situación que es ajean a la reacción médico-paciente.

⁷² Achával 1992 pág. 227

⁷³ Ver artículo 1400 y sig. del Código Civil.

Bustamante Alsina⁷⁴, considera que la tipificación correcta del contrato médico es la locación de obra, aunque muchos autores la consideren inapropiada, ya que quien ejecuta una obra promete un resultado, sin embargo, los sostenedores de esta opinión doctrinal entienden que no es necesario que, en la locación de obra, el deudor se obligue a un resultado específico.

Así, se ha sostenido que puede definirse el contrato médico o de asistencia médica como aquel que tiene por objeto una prestación facultativa, en orden a la promoción, prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud⁷⁵

Según parte importante de la doctrina, en el contrato de servicios médicos, encontramos una relación contractual multiforme, a los dichos de sus sostenedores, en la relación médico paciente, puede producirse una multiplicidad de hipótesis, cada situación, examinada a la luz de sus caracteres propios, podían configurar bien una locación de servicio, o bien una locación absorbida dentro del arrendamiento de servicios, puede considerarse como una subespecie, el de prestación médica, aunque tiene un encasillamiento único, pues a veces aparece enmascarado como contrato de trabajo y otros como contratos de obra o empresa, por ello, y dada su naturaleza polifacética, la innovación conduce a una atipicidad sui génesis⁷⁶

9. Obligaciones del Médico.

Resuelto el tema de la naturaleza jurídica del contrato médico, conviene precisar el alcance de las específicas obligaciones derivadas de dicha relación, con el entendimiento, de que la responsabilidad civil del médico, hace parte del ámbito de la responsabilidad contractual, es decir surge de la infracción de un deber específico, cuyo acreedor es el paciente, contra parte en el referido contrato.

En concreto, las principales obligaciones que adquiere médico en razón de este contrato en nuestra opinión son las siguientes, llevar la historia clínica, asistencia adecuada al paciente, diagnóstico, tratamiento e Información.

⁷⁴ Bustamante 1993: pág. 515.

⁷⁵ Fernández 1988: 65

⁷⁶ Fernández 1988: 65

10. Historia Clínica

El médico desde que entra en relación con un paciente tiene el deber de abrir un expediente en el cual debe hacer constar los tratamientos generales del paciente, medicación sugerida y todos los pormenores de la relación, es un documento legal el cual se le denomina cuadrícula o historia clínica. En el expediente (historia clínica) se detallan los resultados de exámenes y otras constancias que guarden relación que el paciente que puedan ser de utilidad en la preservación de su salud.

El diagnóstico del médico debe tener su fundamento en la hoja clínica, cuadrícula o historia clínica del paciente, puede ser conceptualizada como un legajo personalizado del paciente dado a identificación con los datos personales de él y en cuyas diversas secuencias integrantes se observa el seguimiento y registro de las distintas actuaciones profesionales que hubieren ido sucediendo en punto a la evolución del titular.

En este punto se anota la clara advertencia del doctor Liberman, en ponencia en el primer congreso si las historias clínicas estuvieran ordenadas, prácticamente la relación médico - paciente mejoraría vertiginosamente no haría falta que lleguen a los juzgados papeles con garabatos y consignas que nadie entiende cuando hay que hacer una pericia la primera imagen es deplorable⁷⁷ sobre el punto estudiado se puntualizó los elementos que deben constar en una correcta historia clínica, así;

- a) Los datos de conocimiento brindados por el propio paciente, suerte de verdadera declaración que él concreta sobre sus antecedentes y evolución;
- b) La expresión del facultativo de intervención en referencia a las motivaciones que llevaron al paciente a requerir de sus servicios profesionales, con indicación de todas y cada una de los estudios ordenados, y naturalmente, la referencia al diagnóstico establecido;
- c) La consignación de todos los tratamientos, intervenciones y demás terapéuticas ordenadas para el establecimiento o manutención de la salud del paciente;

⁷⁷ Congreso Interdisciplinario de mala praxis médica celebrado en la Capital Federal, Buenos Aires, 10 de junio de 1993

d) Si dentro de la labor profesional emprendida se han debido ordenar intervenciones quirúrgicas, dando gran importancia a la puntual expresión de los riesgos posibles.

e) Un completo detalle del pos operatorio completa el cuadro de situación.

f) Toda negativa o interrupción por parte del paciente a la terapia que le fuera ordenada debe quedar consignada en el instrumento que venimos estudiando, como la firma del interesado si fuere posible⁷⁸

11. Asistencia Adecuada

En la declaración de Ginebra de 1948, se señala entre otras cosas el juramento médico "*velar solícitamente y ante todas las cosas por la salud de mi paciente*", este juramento se convierte en prestación concreta a favor del paciente y sobre el médico al producirse el contrato de asistencia médica.

En razón de ello, todo galeno asume la obligación de velar por la recuperación de su paciente mientras dure la relación, mediante una sucesión de prestaciones, auxilios y/o socorros, en la medida de las necesidades del específico paciente y su dolencia en particular.

La principal obligación del médico es la prestación de los servicios médicos con la debida diligencia y la exigible eficacia.

Esta obligación es asumida, como consecuencia de la propia naturaleza del arte de curar, afirmándose que la obligación primaria médico es la de prestar asistencia al paciente y no su curación.

Hemos dicho que la prestación médica se ubica dentro de las obligaciones de medio, por ello el médico no se obliga a obtener para el enfermo la curación a ultranza, ni siquiera el alivio o la mejoría de su mal; no garantiza la eficacia del tratamiento o de la operación que se emprende; puede incluso su meta sea evitar la enfermedad aún no contraída, pues gran

⁷⁸ Zuccherino 1994

parte de la actividad médica se dirige no tanto o no sólo a curar, sino también a prevenir la enfermedad para evitarla, intensificando las prácticas de higiene y profilaxis⁷⁹

12. Diagnostico.

Es la formulación que hace el médico de la causa o posible causa de la dolencia del paciente, esto debe estar apoyado con elementos científicos y técnicos confiables según la conciencia y la mejor ciencia del médico.

El médico se obliga a realizar el mejor diagnostico posible, dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestan los servicios, para ello debe estar en permanente actualización sobre las nuevas patologías descubiertas por la ciencia, para así realizar, el mejor diagnostico posible.

Por ello, tomará en cuenta la historia clínica del paciente, sus sentidos actuales y precisa comprobar mediante pruebas alternas la corrección o no de dicho diagnóstico, que inicialmente podrá ser Provisional o probable.

Es evidente que la práctica de la medicina es demasiado aleatoria, pues el diagnostico, aun siendo un paso o diligencia lógica, con un margen de error escasísimo en muchos casos, en otros, sin embargo, se parte de sus hipótesis posibles que pueden desembocar en un grado muy alto de alea o suerte.

Por otro lado, la terapéutica comporta una extensión muy amplia en su aplicación, en particular por los efectos secundarios de los medicamentos o de las técnicas a emplear con sus múltiples complicaciones que la hacen ineficaz para la curación del paciente en ocasiones; la índole o carácter de la propia enfermedad⁸⁰

Por ello al igual que todas las obligaciones asumidas por el médico se deben analizar en función de la diligencia empleada en su formulación.

⁷⁹ Fernández 1988 pag.202

⁸⁰ Fernández 1988 pág. 205

Así, el médico, dice Yungano, al formular el diagnóstico debe contestarse las siguientes preguntas: 1) Por qué o sobre la base de qué elementos afirmo yo este diagnóstico? y 2) Suponiendo que este sea incorrecto con hechos comprobados y comprobables⁸¹.

El diagnóstico puede ser de urgencia, cuando las circunstancias lo exijan ante la gravedad del caso y la imposibilidad de medios auxiliares; terapéutico, cuando solo se actúe de acuerdo con la sintomatología o definido, sobre la base de los enfoques etiológico, semiológico y patogénico, con la inclusión de los medios auxiliares⁸².

13. Deber del Tratamiento.

En el juramento hipocrático de los médicos se lee, de los sistemas de vida, alimentación y demás me valdré solamente para beneficios de la salud de los enfermos, según mis conocimientos y juicios, me apartaré de todo método que pueda ser dañoso o ilegal.

Este enunciado ético moral de la actividad médica se desarrolla jurídicamente en el deber de tratamiento, que significa traer hacia sí, un acto o una serie de actos que constituyen la materialización de la asistencia médica.

El médico puede escoger a quién prestarle sus servicios, excepto en casos de urgencia, pero, una vez que se ha iniciado la atención médica a un paciente, el profesional de la medicina no puede abandonarlo o descuidarlo, a menos que el paciente haya sido dado de alta en regla, haya incumplido groseramente el tratamiento prescrito o sea referido a una instancia adecuada.

En cualquier caso, el médico debe explicar claramente al paciente la razón de la negativa asistencial. Además, no empleará procedimientos ni prescribirá medicinas con las cuales no esté debidamente familiarizado y que no estén basadas en la evidencia científica o en la eficacia clínica, aunque el paciente lo consienta.

⁸¹ Yungano 1992. pág. 118.

⁸² Ibidem

Por tanto, no deberá extralimitarse en cuanto a emitir diagnóstico, al igual que el tratamiento respectivo que deba utilizar si este no encaja en las aceptadas por Instituciones científicas y técnicas legalmente reconocidas desde todo punto de vista profesional médico.

De lo expresado en las normas citadas podemos concluir que el tratamiento debe reunir los siguientes requisitos; haber sido autorizado o admitido por instituciones científicas y técnicas médicos legalmente reconocidas; ser adecuado al enfermo y la enfermedad y tener la calidad o propiedad tal, que produzca o deba producir un efecto curativo en el enfermo.

Por ello, el médico además debe hacer un seguimiento de la evolución del estado del paciente y su reacción ante el tratamiento, para readecuar el tratamiento, de no obtenerse el resultado esperado.

Como ya se dijo, los tratamientos en medicina, no tienen siempre el mismo resultado favorable, el hecho de que funcione en un paciente en situación similar, no es garantía de que el mismo tratamiento específico, produzca el mismo resultado favorable con otros pacientes, por ello el carácter aleatorio del ejercicio de la medicina, justifica que se considere como una obligación de medios.

El médico que descuida el deber de seguimiento específico del tratamiento ordenado al paciente, es susceptible de incurrir en responsabilidad, si la evolución de la enfermedad causare empeoramiento en su salud como consecuencia de tal descuido.

14. Deber de Información

El secreto profesional es un deber inherente a la esencia misma de la profesión médica y constituye una salvaguarda y un derecho de la relación médico paciente.

El secreto profesional se refiere a toda información privativa de un paciente, quien la revela sólo por la necesidad de lograr un tratamiento apropiado. El médico está obligado a mantener este secreto y a exigir a sus colaboradores sanitarios y no sanitarios la más absoluta discreción.

Existe también el secreto natural que se refiere a la información obtenida accidentalmente por la proximidad de la relación, pero que no es relevante ni necesaria al caso. Los principios de ética también proscriben su divulgación. Es indecoroso que un facultativo se dedique a propagar rumores perjudiciales al paciente o a su familia.

El médico en consecuencia tiene el deber de informar al paciente su diagnóstico, pronóstico y posibilidades del tratamiento, de manera clara, leal, verdadera y al alcance de la comprensión del paciente, atendiendo a su condición personal, su estado de salud y demás elementos particulares del caso mismo.

El deber de información que pesa sobre el profesional y que se exhibe como un auténtico derecho correlativo del paciente, tanto que sobre este último se asienta su consentimiento, figura que en los últimos tiempos viene siendo propugnada por un sector de la doctrina en crecimiento como consentimiento informado⁸³

15. Derivación del Paciente

Como queda dicho, el médico no debe extralimitarse señalando diagnóstico sin la completa seguridad de su eficiencia, pues " *el médico ayuda con lo que sabe, no con lo que ignora*".

Si bien es cierto, todo médico que se encuentra en presencia de un enfermo o herido deberá prestarle su ayuda o asegurarse de que reciba los cuidados necesarios, esta obligación se limita a los cuidados de urgencia o impostergables, es deber del médico referir al paciente a un especialista si la dolencia o padecimiento tuviere mejor atención y mayores posibilidades de curación en manos de otro profesional, de especialidad distinta.

16. Obligación de Reserva

El secreto médico no es sino una especie del género del secreto profesional, en razón de ello lo establecido a propósito del secreto profesional, es válido con relación al secreto médico.

⁸³ Zuccherino 1994 pág. 124

En efecto, el secreto puede ser impuesto de manera natural, cuando por la naturaleza del hecho o en mérito de cualidades o efectos personales se impone, por tener sentido su reserva.

Puede ser exigible cuando alguien se obliga libremente a mantenerlo en virtud de un contrato, o derivado de la naturaleza misma del negocio como el médico, abogado o banquero con su paciente o cliente.

Estos profesionales están obligados guardar secreto, como una garantía social, por ser un deber inherente a su condición profesional, ya que ésta se impone en razón del interés del cliente.

Por ello se dice que una de las principales bases sobre las que se asienta la relación contractual entre el médico y el paciente para la prestación de los servicios médicos es la relación de confianza que se deben mutuamente.

De allí deriva como una obligación del médico en el ejercicio de sus funciones, el deber del secreto profesional y que se remonta a los orígenes mismos de la medicina como necesidad de asegurar las confidencias que el médico recibía⁸⁴

En otra arista, si bien se permite el uso de la historia clínica de los pacientes para fines educativos, este uso supone la salvaguarda de los detalles que pudiesen permitir la identificación del enfermo por parte de terceras personas.

Finalmente, el secreto médico es de carácter relativo, debe ceder ante circunstancias que se fundamenten en el interés general como la represión al delito, o la prevención de epidemias.

17. La Culpa Médica.

La cuestión de la responsabilidad civil del médico por daños a los pacientes no ha sido, una cuestión pacífica, existen concepciones que niegan la responsabilidad en supuestos de mala praxis médica, limitando la responsabilidad de los galenos, a casos de dolo penal.

⁸⁴ Fernández 1988 pág. 216

Según los sostenedores de esta tesis, la profesión del médico no puede implicar responsabilidad en su ejercicio, porque a pesar de los innumerables progresos adquiridos, ella no constituye ni responde a nada que pueda llamarse ciencia y menos, ciencia exacta.

La prueba de ello, dicen, la encuentran en que la medicina no se basa en fundamentos científicos correspondientes a las enfermedades en general o grupos; sino que ella se refiere sólo al tratamiento médico en presencia de casos concretos, ante enfermos y no frente a las enfermedades⁸⁵

Lo cierto es que estas no han, tenido mayores ecos en la sociedad, que ha optado, por lo contrario, exigir responsabilidad civil, ante cualquier daño, incluso los causados por los profesionales, entre éstos los médicos. Mas aún, hoy se vive en la época de la fiebre de la responsabilidad civil médica; basta con pasar revista a las colecciones jurisprudenciales y verificar la gran cantidad de juicios por mala práctica médica, que se atienden actualmente, para darse cuenta de tal hecho.

No cabe duda, que el médico al igual que todo profesional, debe ser responsable por los daños que cause, interviniendo culpa, en su actividad, por ello afirmamos que la culpa médica, corresponde al presupuesto de la responsabilidad médica, la cual no es distinta de la culpa en general, simplemente resulta ser, una subespecie de la culpa profesional.

La culpa profesional será fuente de responsabilidad si se han contravenido reglas propias de la actividad, o sea si hubo falta de idoneidad, imprudencia, negligencia o impericia, los que determinarán la existencia de la culpa.

Hemos dicho que el médico y el paciente se relacionan mediante el contrato de asistencia médica, que genera con relación al deudor médico, una obligación de actividad, por lo que su responsabilidad vendrá determinada por el empleo sincero y total de la actividad curativa específica.

⁸⁵ Cardona. pág. 287

Se ha pasado revista de los principales deberes del médico en razón del contrato, estos deberes son en esencia el contenido de la prestación debida por el galeno, así, en cuanto el médico omita alguno de estos deberes verá comprometida su responsabilidad.

Esto pues como se sabe, la responsabilidad civil dimanada del ejercicio de una actividad profesional tiene origen en el quebrantamiento de las reglas propias de la ciencia o arte del que se trata.

Siendo así, la responsabilidad surge del quebrantamiento de las reglas propias de la medicina, por ello el médico deberá emplear toda la diligencia necesaria para no omitir el cumplimiento de dichas reglas, de lo contrario incurrirá en responsabilidad directa en caso de daños al paciente.

Al efecto, el artículo 989 del Código Civil señala que, por culpa, debe entenderse la falta u omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar.

Como los deberes de las personas no son siempre idénticos, en ocasiones exigen una diligencia especial en su cumplimiento, es el caso de las prestaciones sanitarias, en los cuales la más mínima culpa que se cometa, en comparación a las relaciones comunes, compromete el orden público, por ello será considerada más grave, que, si afectare, un simple interés privado⁸⁶.

Se ha sostenido que cuando está en juego la vida del hombre, el descuido o la negligencia más leve, adquiere una dimensión especial que les confiere una singular gravedad.⁸⁷

Así habrá que definir, si la culpa médica como factor de atribución es distinta de la culpa del deudor en general.

Según el criterio la imperante (artículo 989), la falta de diligencia del deudor, se determina en abstracto, conforme a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas del lugar y del tiempo, por ello habrá en cada caso concreto de precisar, el contenido de la

⁸⁶ Rezzonico en Yungano Ob cit; 150

⁸⁷ Ibidem

prestación en abstracto, así como las circunstancias de la persona, ubicando en ella a un médico de conocimiento medio dentro de una etapa específica de avance de la medicina, y de las posibilidades atinentes al lugar en que se produce la ejecución del acto médico.

De ello resultará la diligencia media exigible a cualquier médico en general, establecido ello, debe confrontarse la conducta reprochada con la descrita en el párrafo anterior.

Si de dicha confrontación resulta que el médico incumplió, entonces tal incumplimiento es relevante para el efecto de determinar la culpa médica.

De otro modo, si el médico medio, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar hubiere actuado en forma similar, produciéndose el mismo resultado, no habrá lugar a atribuirle culpa al médico concreto.

De ello debemos concluir que no existe una culpa médica distinta a la culpa en general, solo que ella viene determinada específicamente por la naturaleza de la prestación debida y las circunstancias de su cumplimiento.

La culpa médica, no obstante, no es fácil de determinar puesto que, comúnmente la víctima es desconocedora de las reglas relativas a la práctica médica, por cuanto la actividad se desarrolla en un medio científico alejado del conocimiento de los usuarios del sistema de salud.

Por lo general, el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas o estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de la mismas, muchas veces hasta desconoce su diagnóstico y sumado a esto la masificación de los servicios médicos, los aparatos sofisticados, en otras circunstancias, hacen que entre el médico y el paciente se dé una relación, de un experto frente a un profano⁸⁸

Ante esta situación y dado el carácter de obligación de medios, que como hemos explicado, es características de contrato de asistencia médica, resulta que corresponde a la víctima, demostrar la culpa en la ejecución del contrato, lo cual es sumamente, sino imposible en ciertos casos.

⁸⁸ Vásquez Ob cit; 104

Una mal entendida solidaridad entre médicos, impide que los demás realicen pericias, que comprometan a otros, y siendo el juez profano en medicina, debe ante la ausencia de evidencias liberar al médico acusado de mala praxis.

Ante esta situación, se ha producido una tendencia jurisprudencial, de admitir una presunción de culpa contra el médico, en algunos supuestos, invirtiendo la carga de la prueba, por razones de equidad, ante la evidente desproporción entre las partes en los procesos de responsabilidad médica.

Conforme a este novedoso criterio, establecido que, un determinado tratamiento, que regularmente conduce normal y regularmente al mejoramiento de la salud del paciente, si acreditado que la demandante víctima, fue diagnosticado igual al paciente anterior, y sometido a los mismos tratamientos, su salud no mejora o muere, se presume que tal hecho, se debió a culpa del médico, quien deberá probar que dicho resultado no le es imputable.

Así la jurisprudencia italiana, admitió este principio en sentencia de casación de 21 de diciembre de 1978, según esta sentencia, cuando se trata de operaciones de fácil ejecución, en que lo normal es que a la intervención médica siga la curación del paciente, la prueba dada por éste del tipo de operación, de su fácil ejecución y del daño consiguiente, permite al juez presumir la culpa del médico, correspondiendo en este caso, al profesional la prueba de su diligencia.⁸⁹

Igual, dentro de la doctrina francesa Jordano Fraga ha comentado, “el juez estima (presume) la existencia de la culpa - negligencia, cuando por las circunstancias, en que el daño se ha producido, este no se puede explicar según la común experiencia, sino por la existencia de una falta médica. Y ello, sin analizar la conducta del facultativo, sin que la culpa resulte directa (ciertamente) de las pruebas aportadas”⁹⁰

Somos del criterio que ante los hechos narrados no cabe la menor duda que es viable y equitativo en estos casos, invertir la carga de la prueba, imponiendo al médico, quien, por

⁸⁹ Vásquez pág. 110)

⁹⁰ Jordano Fraga 1985: 79

su situación especial, tiene facilidad para ello, el deber de procurar y producir la prueba liberatoria, presumiendo su culpa *juris tantum*.

18. Casos Específicos de Culpa Médica.

Los supuestos de culpa médica, pueden sintetizarse según su origen en alguna de las Formas siguientes; impericia, imprudencia, negligencia e inobservancia de reglamentos y deberes.

19. Impericia Médica.

Por pericia entendemos conocimiento, habilidad, destreza, idoneidad, por impericia será entonces la falta de conocimiento, habilidad, destreza, idoneidad, para los efectos de este estudio, entenderemos como impericia, la falta de habilidad, destreza o capacidad, idoneidad profesional, o conocimiento, para realizar una operación, tratamiento o actividad profesional en la práctica médica.

Si derivado de alguno de los anteriores supuestos se frustra la obtención de un resultado positivo, y en su lugar se produce un evento dañoso previsto o previsible, el médico al igual que todo profesional, compromete su responsabilidad.

El profesional de la salud, al igual que todo profesional, tiene además de las específicas obligaciones adquiridas con su particular cliente, deberes especiales que atañen a la colectividad y que gravitan sobre él, como consecuencia de su posición, el abogado debe estar actualizado en materia jurídica, el médico en el arte de curar.

Ello se convierte en un presupuesto de hecho, que toma el paciente como verdadero y real, la idoneidad profesional del médico, su capacidad específica para satisfacer el contenido de la prestación, se presupone que los médicos son expertos en el arte de curar.

En efecto, el médico que por falta de capacidad incurre en error al llevar a cabo su práctica, es responsable del daño que dicha conducta genera, pues ello supone la omisión del deber de poseer los conocimientos técnicos necesarios para el cabal ejercicio de la actividad.

La impericia médica puede presentarse de diversas formas, antes, durante, y aún después de la asistencia.

Hay terapéutica peligrosa antes, en el supuesto que, sin tener los conocimientos necesarios, en lugar de derivarlo a un idóneo decide atender a un enfermo, siendo que la terapéutica que requiere el paciente sugiere una destreza especial y el médico lo sabe y aun sabiéndolo realiza el tratamiento e intervención riesgosa, causando con ello un daño en el paciente.

El hecho de asumir el tratamiento riesgoso que supone la pericia extrema, genera en el médico que lo ejecuta el deber de emplear esta destreza especial que se presupone posee al asumir compromiso, por ello si se frustrase la cirugía o terapéutica específica por impericia, considerado como la falta de aquella habilidad y destreza del experto, deberá el médico infractor responder por impericia.

El médico que asume la terapéutica peligrosa, garantiza tener la destreza y suficiente preparación profesional, para que el medio empleado no resulte más dañino que el mal que se procura curar.

Puede producirse actos y decisiones carentes de pericia en las cirugías. Como se sabe, la intervención quirúrgica de una persona presupone la valoración previa, por parte del médico de una serie de cuestiones, el riesgo operatorio y sus posibilidades de éxitos, el diagnóstico y su justificación, la técnica utilizada y el equipo con que se cuenta, las condiciones preexistentes en el paciente, como coagulación de sangre, nivel de hemoglobina, los cuidados post - operatorio, entre otros.

La omisión de la debida constatación de todos y cada uno de esos elementos, puede ser causante de responsabilidad en caso de daño en el paciente, así el médico que opera a un paciente que tiene problemas de coagulación sanguínea, sin percatarse de ello y por consiguiente sin tomar las medidas del caso, causándosele la muerte por hemorragia, incurrirá en responsabilidad civil.

Esta clase impericia es común en la aplicación de anestésicos, que, en dosis inadecuadas o dirigidas contra músculos sensitivos del paciente, pueden generar daños físicos o cerebrales irreparables, situación que compromete al médico que ordena la anestesia.

El error puede tratarse de un diagnóstico equivocado, es el caso del médico que confunde una enfermedad con otra y en razón del mal diagnóstico aplica tratamientos que llevan a agravar o dañar al paciente.

En la práctica los errores de diagnóstico además de impericia, importan negligencia, pues el médico sin hacer los exámenes y pruebas que la prudencia ordena, concluye diagnosticando mal y a la ligera.

Puede, no obstante, darse error en el diagnóstico producto de la incapacidad del médico que teniendo todos los exámenes y antecedentes del archivo clínico se equivoca por desconocimiento.

El error puede también darse en el tratamiento, a pesar de haberse identificado correctamente la dolencia de paciente, se recetan medicamentos contraindicados o que no guarden la debida relación con el diagnóstico, en este supuesto puede también haber impericia.

20. Imprudencia Médica.

La responsabilidad del médico en ocasiones puede verse comprometida no por impericia, entendida en la forma en que acabamos de expresar, sino por imprudencia, descuido, la persona es capaz profesionalmente, pero descuida los deberes propios de su investidura y en razón de ese descuido se produce un resultado dañoso, entonces la falta, no es de pericia, sino de prudencia.

La imprudencia se manifiesta como la omisión de los cuidados que debe tenerse con el paciente, habida cuenta que la salud y la vida de las personas son expuestas a daños en razón de la asistencia médica.

Es muy constante, que en intervenciones quirúrgicas se dejen por descuido, dentro del paciente pinzas, gasas y otros elementos extraños, esta es una forma de imprudencia.

Es igualmente imprudente, el médico que por descuido no se percata de que los instrumentos, no han sido adecuadamente esterilizados y que por ello infecta al paciente, que muere de tétanos.

En la práctica pueden darse casos de imprudencia y negligencia coetáneamente y derivados del mismo hecho, lo cierto es que la imprudencia es una cara de la misma moneda de la negligencia.

Así es imprudente, someter a un paciente alérgico a la penicilina a medicamentos que contengan dicha sustancia, y además negligente, no haber realizado los exámenes previos para determinar los posibles efectos de dicha sustancia en el paciente.

21. Negligencia Médica.

La imprudencia no obstante supone hacer algo sin tomar debidas precauciones, en tanto la negligencia, puede consistir en una omisión, el olvido de hacer la prueba de reacción ante la penicilina.

En el caso de la demanda interpuesta por José Terán, Gloria C. de Terán y Melissa Terán Pino contra la doctora Britania Rodaniche, el Juzgado Primero de Circuito Civil de Panamá se basó en la negligencia de la demandada al no realizar como obstetra las diligencias necesarias, para garantizar condiciones mínimas de viabilidad y evitar con ello que la niña Melissa Terán Pino recibiera daños en el período de parto por falta de oxígeno, el texto de fallo en lo pertinente es del tenor siguiente.

"Las pruebas dentro del expediente acreditan que los obstetras responsables no realizaron las diligencias requeridas para que la niña Melissa Terán no recibiera durante el periodo de parto, la concentración de oxígeno requerida, y que esa falta u omisión constituye la negligencia que los hace responsables."

La responsabilidad médica puede verse comprometida en caso de alergias, producidas por ciertos medicamentos, el médico debe constatar si el paciente es alérgico o no a los medicamentos que contienen sustancias que comúnmente generan alergias peligrosas, la omisión en hacer las averiguaciones o las pruebas correspondientes constituyen un acto de negligencia.

Otro supuesto de negligencia puede darse si el médico omite su deber de anotar en la historia clínica del paciente datos importantes, pues llegado el momento, dichos datos pueden ser determinantes en el desenlace de una crisis de salud del paciente. Si vinculada a tal omisión la salud actual o futura del paciente se viere comprometida, no cabe duda, el médico omiso será responsable por negligente.

Finalmente, es negligente el médico que abandona a su paciente antes de que el mismo esté en condiciones estables, sin ser sustituido por otro galeno, es el caso de un recién operado que está en recuperación y es descuidado por el médico, antes de la restitución de sus signos vitales en este caso también, habrá negligencia del médico.

22. Inobservancia de Reglamentos y Deberes.

Al enumerar los deberes del médico, hicimos alusión de algunos que no se refieren específicamente al acto médico propiamente tal, sino a otros deberes como, el deber de guardar reserva sobre los hechos, y padecimientos del paciente por cuanto su divulgación, fuera de los supuestos admitidos por la ley, constituye la violación al secreto profesional, de la falta de cumplimiento de esta obligación, puede emanar, daño al paciente en su vida pública o privada. Pueden también darse otros casos, como no informar al paciente debiendo hacerlo; realizar intervenciones y tratamientos que requieran autorización del paciente o su representante sin contar con ella y otros supuestos de naturaleza análoga.

Bibliografía

ACHAVAL, A. 1992. La Responsabilidad Civil del Médico, Abeledo Perrot, Buenos Aires. págs 270.

ALTERINI, A.A., 1987. Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Alres. 98 págs.

BASILE, A. 1994. Aspectos Médicos Legales. Editorial Universidad. Buenos Aires. 404 págs.

BUSTAMANTE ALSINA, J., 1993. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 737 págs.

CARDONA HERNANDEZ, 1991. “La Responsabilidad Médica ante la Ley T. I., Cuarta Edición, Propiedad del Autor, Bogotá. págs. 580.

FERNANDEZ CÁTALES. 1988. El Contrato de Servicios Médicos, Edit. Civitas, S.A., Madrid. Págs.252.

GHERSI, CA. 1994. Contrato de Medicina Prepaga, Editorial Astrea, Buenos Aires. 260 págs.

GIFFORD AGUIRRE A. 1993. El Médico y su Responsabilidad, Edit. Temis, S.A., Bogotá. 145 págs.

JORDANO FRAGA F. — 1985. Las Reglas Particulares de la Responsabilidad Contractual. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, No.568 Madrid.

MARTINEZ RAVE, G. 1993. Responsabilidad Civil extracontractual en Colombia Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 661 págs.

SERPA FLORES, R. 1995. Etica Médica y Responsabilidad Civil del Médico, Edit. Temis, S.A., Bogotá, págs. 38.

VASQUEZ FERREYRA, R.A. 1993. Responsabilidad por Daños (Elementos). Editorial Depalma, Buenos Aires. 289 págs.

VASQUEZ FERREYRA, R.A 1995. Prueba de la Culpa Médica, Ira. Edit, Biblioteca Jurídica DIKE Medellín, 386 págs.

YUNGANO F. 1992. Responsabilidad Profesional de los Médicos, 2da. Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 369 págs.

ZANNONI, EA. 1993. El Daño en la Responsabilidad Civil 2da. Edición Editorial ASTREA, Buenos Aires. 471 págs.

ZUCCHERINO, R.M. 1994. La Praxis Médica en la actualidad. Editorial Depalma, Buenos Aires, 206 págs.

Legislación Consultada

Código Civil Colombiano, Ediciones Ecoe Rogelio Enrique Peña, Santa Fe Bogotá.

Código Civil de la República Dominicana, Edición corregida y actualizada Editorial Tiempo, S.A., Santo Domingo, 1989.

Código Civil de la República de Panamá. Edición Publicada por Jose Martin Moreno Pujol. Editorial Mizrachi y Pujol Bogota Colombia,1993.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda la República en Materia Federal. Ediciones Delma Naucalpan, México, 1991.

Equidad En El Derecho Al Agua Y La Convención De Los Derechos Del Niño.

Vanessa M. Campos Alvarado
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
País: Panamá
vanessa.camposa@up.ac.pa / vanecampsalva10@gmail.com
ORCID 0000-0003-4903-7501

Entregado: 14 octubre 2022

Aprobado: 30 de octubre de 2022

“El acceso al agua apta para el consumo es una necesidad humana fundamental y, en consecuencia, un derecho humano básico”. Kofi Annam (Ex Secretario General de ONU.)

Introducción. I. La Convención de los derechos del niño. II. El derecho al agua. III. ¿El porqué de la conservación del agua? IV. El derecho al agua de la niñez panameña y la Convención de los derechos del niño. V. Los objetivos de desarrollo y el acceso al agua VI. La equidad en el acceso a agua. VII. Los objetivos de desarrollo y el acceso al agua. VIII. Jurisprudencia. IX Reflexiones finales.

Resumen:

El Derecho natural contiene un conjunto de reglas que ha servido de sustento al Derecho Positivo a nivel nacional e internacional. Estas reglas colaboran en la convivencia de los grupos humanos.

La equidad es una de las bases indispensables inmersa en el Derecho Natural e indispensable para la convivencia en armonía. A través de ella se busca un equilibrio mediante el cual procura darse a cada individuo, según su condición o bien méritos lo que les corresponde. Desde esta perspectiva el agua es un recurso vital para todos y al cual todos debemos tener acceso y que es impostergable para el desarrollo y la salud.

La Convención de los Derechos del Niño Tutela el Derecho al agua de estos en este instrumento Internacional que Panamá reconoce y adopta. Por su condición de seres

vulnerables deben tener prelación en su acceso. No obstante, y aun cuando es de obligatorio cumplimiento dicha Convención, que protege el derecho al agua de la niñez, hay deficiencias en su disponibilidad, calidad que afectan la equidad en el acceso a este recurso necesario para el desarrollo humano.

Palabras claves: Derecho al agua, saneamiento, consumo humano, derechos humanos, desarrollo sostenible, equidad. Calidad del agua, derecho del niño.

Summary:

Natural Law contains a set of rules that has supported Positive Law at the national and international level. These rules collaborate in the coexistence of human groups.

Equity is one of the essential bases immersed in Natural Law and essential for coexistence in harmony. Through it, a balance is sought through which it tries to give each individual, according to their condition or merits, what corresponds to them. From this perspective, water is a vital resource for all and to which we must all have access and that cannot be postponed for development and health.

The Convention on the Rights of the Child Protects their right to water in this international instrument that Panama recognizes and adopts. Due to their condition as vulnerable beings, they must have priority in their access. However, and even though compliance with said Convention, which protects children's right to water, is mandatory, there are deficiencies in its availability and quality that affect equity in access to this resource necessary for human development.

Keywords: Right to water, sanitation, human consumption, human rights, sustainable development, equity. Water quality, children's right.

Introducción

El Derecho al agua ha sido reconocido como un elemento indispensable para la vida. También para el desarrollo de múltiples actividades tanto económicas como para el desarrollo humano.

Aun cuando el agua se ha reconocido como un derecho existe desigualdad en el acceso a ella. Si, resulta contradictorio cuando se observa el desarrollo de las ciudades, las tecnologías empleadas para dotar de muchas facilidades a los habitantes. Pero esta tecnología y facilidades no llega de forma equitativa y no es canalizada hacia las necesidades más importantes de las poblaciones como lo es el derecho al agua.

En aquellos lugares donde existe alto índice de pobreza no se cuenta con agua apta para el consumo humano. Y no solo esto sino que, la que existe, se encuentra en ocasiones a una gran distancia de aquellos que la necesitan.

En algunos sectores el agua llega habitantes que residen en viviendas de mayores niveles adquisitivos. Esto deja un malestar pues se palpa la desigualdad independientemente de ser todos seres humanos. La condición económica ha resultado un condicionante de algo tan esencial como el agua recurso fundamental para el desarrollo humano indispensable para su calidad de vida.

El acceso a este recurso influye en la vida de seres humanos y sobretodo en su desarrollo pues el acceso a ella de forma cercana evita los desgastes propios de realizar grandes recorridos para obtenerla y riesgos a la vida.

Debido a esta proximidad puede evitarse riesgo a personas tales como niños y mujeres grupos vulnerables.

El problema del acceso al agua está vinculado a los problemas ambientales tales como el cambio climático que influye en los niveles de este recurso y en la escasez de este vital líquido.

El panorama de nuestras ciudades es contrastante. Por una parte grandes edificios que dispone de todas las tecnologías y ventajas y por otros poblados en donde esta no llega o bien su calidad no es apta para el consumo humano.

Ciudades amuralladas que marcan la diferencia entre aquellos que poseen todo y aquellos que sobreviven con lo que pueden obtener.

Hoy, la urbanización de las ciudades es un reto para la equidad pues en el afán de dar todas las ventajas a quienes obtienen viviendas en sectores residenciales cuyos costos son superiores, se hacen en ocasiones diseños que pueden impactar negativamente el derecho de aquellos con mayores carencias.

Por otra parte falta adecuar las infraestructuras que permiten el acceso al agua y su capacidad para brindar este servicio. En caso contrario podemos tener una ciudad en apariencia moderna pero con un caos espacial e inequidad en la distribución de los recursos afectando aquellos sectores con mayores falencias.

En estas desigualdades los grupos más vulnerables suelen ser los niños, los ancianos, las mujeres embarazadas. Algunos por su falta de madurez física y por el desgaste propio del organismo debido a la edad, insuficiencia de recursos, condiciones físicas entre otros aspectos. Se trata de personas que como se observa a simple vista sus condiciones físicas presentan limitaciones de movilidad y capacidad para trasladar grandes cantidades de agua lo cual puede representar riesgo para su propia salud y seguridad.

Todo esto repercute en la calidad de vida y por supuesto en la disponibilidad del recurso. . El Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales de Panamá se ha manifestado en torno a los grupos más afectados por no disponer del vital líquido. Estos son aquellos que: “...se ubican en las periferias urbanas tales como en el área Oeste y Este de la Provincia de Panamá y las áreas ubicadas en las periferias de los Centros Urbanos del Interior de la República⁹¹”

Las causas de la falta de desabastecimiento de este líquido están vinculadas según personal del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales a las debidas adecuaciones y mantenimiento que debe brindárseles a las infraestructuras.

El problema económico presupuestario a instituciones encargadas del mantenimiento de las infraestructuras tiene una consecuencia que se refleja en la calidad del servicio y abastecimiento debido a :”...la falta de inversión en infraestructuras para la producción y

⁹¹ PINTO, Alberto. “Falta de inversión agrava problemas de agua potable “Diario Panamamerica. Publicado el 3 de marzo de 2022. <https://www.panamaamerica.com.pa/sociedad/falta-de-inversion-agrava-problemas-de-agua-potable-1203011>.

distribución, el ordenamiento territorial, una planificación alineada con las demandas del crecimiento urbano, tanto formal como informal, en áreas tales como en el área oeste y este de la ciudad de Panamá, han causado que la demanda supere a la oferta del suministro⁹²”.

La situación actual del suministro de agua debe ser la brújula que oriente la inversión presupuestaria para solucionar las desigualdades existentes. Esta desigualdad ocasionada tiene un impacto directo en el cumplimiento en la Convención de los Derechos Del Niño de la cual es signataria la República de Panamá.

I. LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención de los Derechos del Niño nace en reconocimiento de la prelación que tienen sus derechos por tratarse de un grupo humano que por sus características físicas y psicológicas está expuesto a sufrir daños. Es un ser que no ha alcanzado su madurez y que por tanto no tiene aún las condiciones suficientes para su propia defensa.

Debido a este estado en que se encuentra la niñez requiere de una protección especial hasta que sea capaz de valerse por sí mismo.

También debe tenerse muy presente el papel que tiene la niñez toda vez que estos constituyen el relevo de las sociedades y naciones quienes tendrán en sus manos el futuro y desarrollo de los Estados.

La Convención de los Derechos del Niño se constituye en un ordenamiento internacional en defensa de los Derechos Humanos que nace el 20 de noviembre de 1989.

Su objetivo es resguardar todos aquellos derechos que son indispensables para el desarrollo de la niñez tanto física como mentalmente.

Por mucho tiempo el padre o la madre constituyeron la voz del niño. En esta Convención su expresión es parte fundamental de sus derechos valorando sus opiniones.

Este instrumento legal internacional orienta a las sociedades a constituir pautas que deben seguirse para el desarrollo integral del niño que tendrán una repercusión en el medio en el cual este se forma. Todo aquel Estado que es signatario de Esta Convención está obligado a cumplirla

El propósito de estos lineamientos es la construcción de una sociedad más justa y equitativa en pro de los derechos del niño que por tratarse de un grupo vulnerable ha sido objeto de múltiples violaciones de sus derechos. Por tanto es un deber restablecer estos derechos y crear los mecanismos para su cumplimiento.

Desde este punto de vista, que involucra la obligatoriedad de la Convención *¿Qué esfuerzos se están realizando para la protección de sus derechos?*

Si bien en virtud de esta Convención se han creado instancias especiales para la protección de sus derechos que involucran tribunales especiales para las causas en que estos son parte, procedimiento especial cuando se trata de menores infractores y procedimientos para sus entrevistas e interrogatorios cuando son testigos.

Hay uno de entre tantos de sus derechos que preocupa profundamente pues se trata de un derecho esencial que repercute directamente en la calidad de la salud. Se trata del Derecho al agua.

Nuestra sociedad ha tenido avances en el reconocimiento de estos derechos no obstante, el derecho al agua parece haberse postergado e incluso supeditado a intereses de los sectores de poder en actividades inmobiliarias.

Aun cuando en esta Convención se haya abogado por una educación igualitaria, por la eliminación de la discriminación ya sea por sexo o raza, por mejorar la calidad de la salud. Un elemento indispensable de esta es el acceso al agua el cual no se está cumpliendo.

Una iniciativa respecto a la disponibilidad del agua presentó en la Asamblea legislativa por uno de sus Diputados la cual se titula: “Que garantiza la disponibilidad del agua y su gestión sostenible en Panamá”.

En su parte motiva plasma el impacto de su insuficiencia en la calidad de vida de niños lo cual expresa:

“...el problema del agua llega a ser tan grave que ocasiona un sin número de muertes por enfermedades relacionadas, cada año aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años de edad y por la pérdida anual de 443 millones de días de asistencia escolar a causa de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento⁹³”.

La idea de crear un ordenamiento legal que es señala la directrices aplicable a una situación se espera que este se cumpla con un interés superior acatarlo cuando se trata una iniciativa que se origina para brindar condiciones de vida a aquellos que serán los relevos generacionales como la niñez.

EL Derecho al agua ha sido objeto de proyectos de regulaciones en la Asamblea Nacional, que tiene como fin que el recurso vital tenga las condiciones, el acceso y la equidad como parte fundamental para el desarrollo humano que incide directamente en la calidad de la salud.

Elevar el agua a un derecho significa que el Estado, en virtud de promover un bienestar general debe comprometerse a través de sus acciones sean estos programas, proyectos o bien políticas públicas, para el cumplimiento efectivo del Derecho al agua.

Una de las iniciativas presentadas para hacer efecto este derecho es un anteproyecto de ley 261 del 17 de marzo de 2022 que lleva el título: “Que garantiza la disponibilidad del agua y su gestión sostenible en Panamá”.

La creación de un proyecto en este sentido parte de la necesidad de un instrumento legal que rija en todo el país tendiente a lograr la equidad en el acceso a este recurso tan importante ya que como señala la propia exposición de motivos del anteproyecto: “... 884

⁹³ Anteproyecto de Ley 261.” que garantiza la disponibilidad del agua y su gestión sostenible en Panamá”. Presentado el 17 de marzo de 2022. Proponentes: Honorables Diputados Rolando Rodríguez, Aydee de Vásquez y Emile García. Comisión de Población ambiente y desarrollo .Asamblea Nacional Secretaria General.

millones de personas no tienen acceso a fuentes de agua mejorada y de que más de 2.600 Millones de personas no tengan acceso a mejores servicios de saneamiento...⁹⁴.

Es parte de este problema, que hay que visualizar con luces medias, por tanto la iniciativa de los Estados a nivel internacional es indispensable. Recordemos que existen problemas ambientales que pueden agravar el estado de escasez del agua que afectan diversas regiones mundiales por tanto es de rigor las iniciativas que los Estados puedan brindar en ese sentido en materia de cooperación, tecnologías, conocimientos con tal de que la crisis no se agrave.

Además de las Convenciones Internacionales, los Estados han creado ordenamientos jurídicos internos para anticiparse a las crisis de escasez del recurso que pueda sobrevenir.

Las iniciativas en este sentido de acceso al agua parten del reconocimiento precisamente de estas realidades ambientales, del crecimiento poblacional cada vez más demandante del recurso, las limitaciones en el volumen de agua por la contaminación de estas y el no procesamiento de los cuerpos de agua por ausencias de tecnologías o bien recursos.

Es una cuestión de justicia social concretar acciones para tener acceso al agua para que alcance a todos. Es a su vez parte de los llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible en la búsqueda de la equidad en el desarrollo humano brindando las condiciones para ello en un plano igualitario.

Debemos tener presente que las iniciativas legislativas deben partir de una realidad social y ser oportunas en su nacimiento para ser un aporte a la búsqueda de soluciones.

Hasta el momento el anteproyecto en comento no ha salido a la vida legislativa. Se mantiene en su estado .

Lo que repercute directamente y agrava el problema pues no se cumple la Convención de los Derechos de Los Niños. Se tiene consciencia que solo la promulgación de una Ley no es suficiente. Hay que crear las estructuras y mecanismos que la hagan operativa.

Mientras tanto el problema de la escasez sigue latente pero en algún momento esta se hará manifiesta de una forma inconmensurable. Para evitar o mitigar una crisis en ese sentido, hay que anticiparse.

Hay que considerar que al no existir agua potable el consumo no saneada origina repercusiones a la salud de los grupos más vulnerables personas enfermas, adultos mayores y niños.

II. DERECHO AL AGUA

El Derecho al agua por su carácter fundamental para la vida consiste en la obligación de cada Estado de garantizar este recurso a todos los habitantes.

Esta agua debe tener condiciones especiales como su calidad que debe ser apta para consumo humano. Esto significa que debe ser potable ya que este líquido será empleado para preparación de alimentos, aseo personal .

Es deber de cada Estado cumplir con este derecho en las proporciones suficientes para el bienestar dela población.

Los usos que se dan al recurso agua son diversos e indispensables por tanto deben ser lo suficiente para la satisfacción de necesidades de carácter personal además de la utilidad doméstica.

La importancia de este recurso ha sido la motivación de los Estados para resguardar su disponibilidad, acceso y sobretodo su calidad.

Los Estados han creado instrumentos internacionales para garantizar el derecho al agua definiendo el volumen necesario para la satisfacción de las necesidades.

Una de las reuniones de carácter internacional en la que se desarrolla el tema del agua fue la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua. Esta actividad se produjo en Argentina en el año 1977.Su propósito era crear ordenamientos sobre los recursos hídricos y sensibilizar sobre la necesidad de proteger este recurso considerando lo indispensable que

es para los seres humanos, los vínculos que existen entre el agua y la alimentación pues se trata de un elemento indispensable para la producción de estos.

En Esta Conferencia de Argentina sobre el Agua, se destaca la necesidad de preservar las condiciones del ambiente para la conservación del agua y la relación íntima entre la calidad del ambiente y su influencia en la dotación de este líquido. El hecho de proteger el recurso agua se encuentra concatenado a otros derechos especialmente los derechos humanos. Pues de que dependerá el derecho a la salud pues el agua debe ser apta para el consumo humano de lo contrario esto puede ser perjudicial especialmente a grupos vulnerables como la niñez.

Es fundamental para la producción de alimentos ya que se requiere en los regadíos y sembrados. Todos estos derechos conforman uno aún más abarcados como lo el derecho al desarrollo humano. Por ende al derecho a la vida.

La Convención tenía una visión futura de la existencia del agua y las medidas necesarias para mantener el suministro y evitar su carencia debido a las repercusiones que esto originaría en la población: calidad de vida salud.

Por tanto el fin fundamental de la Conferencia fue:

“... adoptar políticas para el futuro desarrollo y utilización eficiente del agua, con el propósito esencial de proporcionar el necesario nivel de preparación para evitar una crisis mundial del agua en las próximas décadas⁹⁵”.

III. ¿EI PORQUÉ DE LA CONSERVACIÓN DEL AGUA?

Se ha expuesto la importancia de este recurso para la vida humana sin la cual no sería posibles muchos procesos que contribuyen al desarrollo humano desde su alimentación hasta aseo personal, y actividades productivas. Pero su importancia también trasciende a lo económico como recurso para producir. En la medida que se tenga disponibilidad de este recurso más independiente es el Estado en su desarrollo económico. Por tanto depender de

⁹⁵ DEL CASTILLO, Lilian. Foros del Agua. De Mar del Plata a Estambul 1977-2009. Documentos de Trabajo No. 86. Agosto 2009. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. (CARI). Buenos Aires, Argentina.2009.p.44.

otros Estados o bien sectores económicos limita este desarrollo. Y puede ser utilizado este poder sobre el recurso como un medio de control político.

De allí que sea necesario crear mecanismos que garanticen su disponibilidad y equidad en uso y distribución. Para permitir un desarrollo en plano de igualdad cada ser humano debe disponer libremente de este recurso. Y estas fueron parte de la motivaciones de la Conferencia del Agua de 1977 en Argentina. Igualmente fue base para estas conferencias el aprovechamiento desmedido de los recursos ambientales especialmente el agua y la pérdida de su calidad debido a la contaminación que genera la producción industrializada.

Muchos temas fueron abordados en esta Conferencia para plantear el tema del agua como un derecho. Entre ellos se encuentran: "... *Instrumentos para mejorar la eficiencia en la utilización del agua, Medición y proyecciones de la demanda de agua, Sistemas públicos de suministro de agua y eliminación de desechos.*⁹⁶". La idea era crear acciones concretas a través de políticas para la conservación de este recurso que contribuyeron a Consolidar el Derecho al agua. Haciendo énfasis en controles y regulaciones que pudieran afectar calidad y disponibilidad sobre todo cuando se trate de actividades que fomenten la contaminación y pérdidas de esos recursos.

Actualmente existen países con escasez de agua. Es urgente una organización y toma de conciencia sobre la disponibilidad, acceso y equidad en esto. Bien lo sostuvo hace algunos años el extinto biólogo de la Universidad de Panamá al referirse al principio de sustentabilidad: "... ninguna especie, incluida la humana puede excederse en el uso de sus recursos básicos y agotarlo, ya que provocaría su propia destrucción⁹⁷".

Esto significa una toma de conciencia sobre nuestras actuaciones y autorregular el comportamiento respecto a la utilización de los recursos del ambiente y como mayor ahínco tratándose de un o tan sensible como el agua.

- **¿Cómo abastecer las necesidades del vital líquido ante este despilfarro de recursos?**

⁹⁶ Ibídem.

⁹⁷ DAMES, Abdiel. "El desarrollo sustentable". Diario La Prensa, domingo 25 de mayo de 1997, p.47ª. República de Panamá.

- **¿Qué sucederá con las generaciones venideras ante la explotación de los recursos ambientales ¿Podrán hacer valer sus derechos a un ambiente sano o su derecho al agua?**

Consideremos que el consumo de las personas diarias según la organización Mundial de la Salud corresponde a cincuenta (50) y cien (100) litros de agua por persona al día para cubrir la mayoría de las necesidades básicas y evitar la mayor parte de los problemas de salud.⁹⁸ Ante la incertidumbre del ejercicio de estos derechos a un ambiente sano y el derecho al Agua, como lo indica la Carta Fundamental en el Régimen Ecológico Constitucional de Panamá, el crecimiento poblacional, el crecimiento de las industrias contaminantes, el crecimiento desordenado de nuestras ciudades acompañado de la falta de mantenimiento de las infraestructuras de servicios públicos de los recursos, nos queda retomar aquel planteamiento que invita a la planificación que expresara el conocido biólogo marino ya fallecido Jacques Yves Cousteau: *“Comenzar a organizarse desde ahora en la previsión de los 10 millones de individuos por venir para que la tierra siga siendo la tierra”*⁹⁹.

Esta reflexión del célebre Biólogo Marino Jacques Cousteau, invita a tener una visión del futuro para garantizar los recursos para las generaciones venideras lo cual debe materializarse mediante acciones concretas como planes y programas para sanear y garantizar el acceso. Invertir en tecnología e infraestructuras adecuadas.

En las generaciones que están por venir se encuentran niños, personas con discapacidad, mujeres quienes además de tener acceso a estos recursos especialmente al agua en forma constante también deben tener proximidad a ella considerando el consumo necesario por día.

Resultaría sumamente desgastante y peligroso tener que trasladarse grandes distancias para conseguir el vital líquido. Considerando que en muchas comunidades las mujeres permanecen solas pues sus parejas deben trasladarse para conseguir el sustento quedando a cargo del hogar. Esto puede representar un riesgo para la vida tanto de la mujer que se

⁹⁸ Op. cit. DEL CASTILLO, Lilian .p.48.

⁹⁹ COUSTEAU, Jacques Yves, citado por DEL ROSARIO, Agustín. “Su muerte constituye un duro golpe para la ecología mundial”. Boletín Mensual Ámbito comercial. Panamá, año 1º, 1 de julio de 1997, p.15.

traslada para buscar el agua como para sus hijos o hijas encargados de esta misión. Por esta razón es tan importante el acceso a poca distancia de este recurso.

La concentración de tiempo en algo que debe desarrollarse de forma sencilla como el abastecimiento del agua trastoca el espacio que la familia requiere para la atención de otras necesidades e incluso interfiere con actividades culturales necesarias para los individuos. Es también perder tiempo de calidad con la familia.

Es importantísima la calidad del agua pues de ella dependerá la salud de los infantes. En cuanto a las necesidades de consumo se ha indicado por esta Institución que:

“El acceso a 20-25 litros por persona al día representa el mínimo, pero esta cantidad suscita preocupaciones sanitarias, porque no basta para cubrir las necesidades básicas de higiene y consumo¹⁰⁰”.

Por otra parte las necesidades de cada sector son variantes debido a condiciones especiales que a su vez pueden hacer a esta población vulnerable. Entre estos casos se encuentran .:” Las madres lactantes, las mujeres embarazadas y las personas que viven con el VIH/SIDA necesitarán más de 50 a 100 litros de agua al día¹⁰¹”.

Además de la creación del Estado de instrumentos que contribuyan al desarrollo de políticas que busquen la equidad para aquellos que no cuentan con este vital líquido es necesarios para el acceso a este recurso y su calidad, e indispensable que algunos grupos humanos se desprenden de sentimientos personales que constituyen un sesgo para alcanzar este acceso como por ejemplo la discriminación.

No puede interrumpirse los servicios de acueducto sin que exista una justificación válida para dejar a los ciudadanos sin tal importante recurso. Este es parte del compromiso de cada Estado y con mayor obligación tratándose de Convenciones Internacionales que ha suscrito Panamá en las cuales este Estado se compromete a dotar a la población de este importante recurso. Como es el caso de la Convención de los Derecho del Niño adoptada por Panamá

¹⁰⁰ Ministerio de desarrollo Agropecuario y Riego, Autoridad nacional del Agua. ¿Qué es el agua?.
<https://www.ana.gob.pe/contenido/que-es-el-derecho-al-agua>.

¹⁰¹ Ibidem.

que constituye una norma de Derecho Internacional y en virtud de la Carta Fundamental debe acatarse (art. 4 C.N.).

En la ciudad de Panamá ha ocurrido en varias ocasiones que sectores del país pierden el acceso a este líquido por fallas de las infraestructuras que obedecen a que las capacidades de estas son insuficientes o bien requieren mantenimiento. Es necesario invertir en estas infraestructuras para garantizar el cumplimiento de este derecho.

Tanto la disponibilidad del recurso como su calidad son indispensables para un desarrollo sano de la población. En esencia parte fundamental de “... asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales”, como lo dicta la Constitución Política de la República en su artículo 17. En idéntico sentido la Constitución de la República señala el deber del Estado de proteger “... la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho a la alimentación” en su artículo 56 Capítulo 2º. De la familia.

En este mismo artículo se consagra la protección a sectores vulnerables de la población como ancianos, enfermos desvalidos, menores de edad y las mujeres embarazadas. Esta protección involucra ineludiblemente, el acceso al agua de cada uno de los seres mencionados no obstante Panamá no cumple este precepto totalmente debido a la deficiencia de agua en sectores del país lo cual afecta a integrantes de este grupo de personas vulnerables.

IV. EL DERECHO AL AGUA DE LA NIÑEZ PANAMEÑA Y LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

En Panamá la Ley 15 de 16 de mayo de 1990. Tutela los derechos de la niñez en miras a lograr un mejor desarrollo de la niñez. No obstante, aun cuando existen esta Convención de los derechos de la Niñez del País en torno a su derecho al agua no se cumple a cabalidad.

En Panamá existe el Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (ODENA) que fiscaliza el cumplimiento del Estado Panameño de las normas de carácter nacional de esta población. También da aportes a Comités de la Organización de Naciones Unidas en

torno a el cumplimiento de los Derechos de los Niños para el Estado al que se le brinda asesoramiento y recomendaciones que como se mencionó supervisa el Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

En este sentido es preocupante el incumplimiento de derechos fundamentales como el agua. Ante este evento ¿cómo puede lograr el Estado Panameño el acatamiento de la norma internacional en comento? Persiste la situación de agua de mala calidad o bien no hay disponibilidad del recurso.

La Convención de los derechos del Niño adoptada por Panamá mediante la Ley 15 de 6 de noviembre de 1990 y publicada en la Gaceta Oficial del 16 de diciembre de 1990 señala:

Artículo 24:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzaran por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de estos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes aseguraran la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptaran las medidas para:

...

...

c). Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del ambiente .

Existen graves deficiencias respecto al cumplimiento de esta Convención sobre todo en un recurso de tal trascendencia para el desarrollo humano.

La falta del agua provoca desigualdades en el desarrollo y en las oportunidades de superación. La falta de calidad del agua impacta negativamente en la salud de la niñez la cual debe ser protegida en todos sus derechos considerando su estado de vulnerabilidad

debido a encontrarse en etapa de desarrollo y por qué el agua contaminada puede ocasionarla pérdida de la salud y de la vida.

Recordemos que en manos de los que en este momento son niños estará el futuro del país y por tanto es indispensable procurar que ese relevo generacional tenga las mejores condiciones de vida para tener un adulto con capacidad física y mental para los desafíos que las sociedades futuras le demandaran.

Al continuar poniendo en riesgo la salud de los niños por la calidad del agua no habrá cambios en sentido positivo en torno a la expresión de UNICEF:

“Cerca de 1.000 niños mueren todos los días a causa de enfermedades diarreicas asociadas con el agua potable contaminada, saneamiento deficiente o las prácticas de higiene¹⁰²”.

Las condiciones del agua ameritan seguimiento ya que existe una tarea de mantenimiento del agua. Esto significa vigilar que esta no pierda su calidad para el consumo humano. Para ello los Estados deben invertir todos los recursos necesarios e intercambiar y cooperar unos con otros tecnologías y recursos.

En países del continente Africano en donde existen sectores de gran escasez de agua que se dirige a espacios que permiten albergarla que ya tienen agua pero poca. Este sistema es **la captura de la lluvia**. En países como Chile se utiliza la captura de **agua de niebla** otra alternativa contra la escasez. “De hecho, este país es pionero en el aprovechamiento del agua atmosférica, y ha innovado la forma de acceder al recurso¹⁰³”.

¹⁰²

UNICEF. Día Mundial del Agua: 1.000 niños mueren al día por su falta <https://www.unicef.es/noticia/dia-mundial-del-agua-1000-ninos-mueren-cada-dia-por-falta-de-agua-potable#:~:text=Cerca%20de%201.000%20ni%C3%B1os%20mueren,problemas%20para%20acceder%20al%20agua.> Consultado el 26 de septiembre de 2022.

¹⁰³

BAUTISTAS-OLIVA, Ana Laura, MENDOZA CARIÑO, Mayra y otros. Potencial de captura de agua atmosférica en el Noroeste de México. Revista Interciencia. Volumen 43, Número 10, 2018. <https://www.redalyc.org/journal/339/33957861007/html/>.

Algunas de las enfermedades que se relacionan con la calidad del agua se encuentran en La Tabla 2¹⁰⁴ que se expone a continuación. Aunque el estudio fue realizado en Perú apoyan el planteamiento desarrollado y algunas son igualmente de aparición en la República.

Tabla 2. Clasificación de las enfermedades infecciosas relacionadas con el agua

Clasificación	Mecanismo	Ejemplos
Portadas o transportadas por el agua	Contaminación fecal	Cólera, tifoidea, enteropatógenos, VHA, VHE, enterovirus, parasitosis intestinal
Soportados por el agua	Organismos que parte de su ciclo de vida pasan en el agua	Fasciolosis, paragonimiosis, leptospirosis.
Vinculados con el agua	Vectores biológicos que parte importante de su ciclo de vida se da en el agua	Malaria, dengue, zika, fiebre amarilla, chikungunya
Lavadas por el agua	Relacionados a pobre higiene personal y al contacto con agua contaminada	Pediculosis, rickettsiosis
Dispersadas por el agua	Organismos que proliferan en el agua y entran por el tracto respiratorio	Legionelosis

VHA: virus de la hepatitis A; VHE: virus de la hepatitis E.
Fuente: Adaptado de Yang et al. ¹⁰⁴.

En Panamá existen muchos lugares donde el agua no llega. Esto significa que no se está cumpliendo con este derecho consagrado en la Convención de los Derechos del Niño. Existe una desigualdad en el suministro del agua. Por otra parte las acciones del Estado no favorecen el cumplimiento de la Convención lo cual perjudica el desarrollo de la niñez panameña y su salud. Existen lugares donde al no tener suministro del agua, los pobladores entre estos niños y otros grupos vulnerable están consumiendo agua que no ha pasado por un proceso de saneamiento. Además de incumplirse los derechos de la niñez de la Convención mencionada se violenta los derechos humanos. Esta inequidad debe ser subsanada a través de políticas públicas que concreten proyectos a corto plazo para tener mejores infraestructuras para el abastecimiento del agua ya que nuestra ciudad así como la población está creciendo. Esto significa una planificación con luces largas del Panamá que

¹⁰⁴ Yang K, LeJeune J, Alsdorf D, Lu B, Shum CK, Liang S. Global distribution of outbreaks of water-associated infectious diseases. *PLoS Negl Trop Dis*. 2012;6(2):e1483. Citado por Cbezás Sánchez, César. Enfermedades infecciosas relacionadas con el agua en el Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y salud Pública*. Vol.35 no.2 Lima abr./jun. 2018

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342018000200020.

Consultada el 27 de septiembre de 2022.

tendremos en algunos años y la extensión de la ciudad que demandará mayor recursos así como el crecimiento poblacional.

La población necesita volúmenes suficientes de los recursos que se caractericen por su aptitud para el consumo humano y su continuidad. De lo contrario estaremos desgastando a la población en la búsqueda del vital líquido y exponiendo a posibles riesgos de peligros al tener que desplazarse a regiones lejanas para obtenerlo.

No garantizar el saneamiento del agua puede significar la vida o la muerte de un niño. Pues al ingerir aguas contaminadas se expone su vida.

V. ¿QUÉ SIGNIFICA CALIDAD Y EL ACCESO AL AGUA?

Tener acceso al agua se traduce en poder tener el servicio de abastecimiento del este líquido vital. Que debe ser lo suficiente para poder ser empleado por los ciudadanos para satisfacer ya que recordemos que muchos procesos del organismo humano se desarrollan gracias al agua.

Esta agua para el consumo de los ciudadanos también requiere un proceso de saneamiento. Tradicionalmente los Estados han tomado las medidas necesarias para el abastecimiento del agua, pero en virtud de la gobernanza es necesaria una mayor participación de la comunidad en el proceso de toma de decisiones ya que este es un recurso indispensable para todos por tanto es importante que se involucren en las decisiones que tengan como objetivo este recurso.

El suministro de agua debe, para ser equitativo, tener ciertas condiciones que constituyen parte fundamental del acceso a la misma. En primer lugar el servicio debe ofrecerse de forma que tenga continuidad. Esto significa que a cualquier hora o lugar debe poder disponerse de ella. Además debe ser lo suficiente para que los asentamientos humanos realicen sus necesidades básicas desde el aseo hasta la alimentación.

El agua en su composición debe tener también ciertas cualidades que permiten su consumo por los seres humanos. Condición esta que es sinequanon toda vez que de ello dependerá la calidad de la salud de los que la consumen.

En primer lugar el agua a primera vista no debe tener color ni ningún tipo de olor. Esto redundaría en que los que la ingieren puedan otra por no consumirla y buscar otros reservorios que pueden no tener las condiciones de salubridad necesarias para su consumo. No debe contener agentes patógenos que pueden provocar afecciones digestivas a la salud de quienes la consumen. Se conoce que al existir agentes que provocan enfermedades como bacterias, protozoarios, helmintos entre otros estos pueden ser los causantes de pérdidas de vidas sobre todo en los grupos etarios de la infancia. Cualquiera que sea la fuente de agua para consumo humano debe tener las condiciones descritas y estar libre de cualquier microorganismo fuentes de contaminación e incluso radiación.

Por otra parte debe tenerse presente que los suministradores de servicios de agua deben garantizar la calidad de esta. Por esto es necesario que cumplan con las normativas del país sobre exámenes periódicos y monitoreo.

En cada lugar que los seres humanos realicen actividades deben tener acceso a la misma ya sea en Centros Hospitalarios, centros comerciales, colegios, áreas de recreación, restaurantes, viviendas, urbanizaciones y otros. También es necesario que en aquellos lugares que constituyan asilos, orfanatorios, refugios para migrantes, centros penitenciarios entre otros se dote de agua permanente.

Recordemos estos últimos lugares congregan a personas que tienen limitaciones de movilidad ya sea por su edad, por enfermedad o bien por estar a la custodia de las autoridades del país por tanto no tiene la suficiente movilidad para procurárselas por sí misma. De allí que el Estado deba velar por la vida y honra de estas personas como parte de un trato digno.

Debe velarse por que el acceso significa que aquellas personas que pudieran tener alguna limitación física para acceder al agua debe hacerse las adecuaciones necesarias para que

también puedan disponer de ella. Ya que esta es una forma de evitar la exclusión y desigualdad social si se limita el acceso al agua a personas con discapacidad.

“Según la OMS, para tener un acceso básico a 20 litros de agua por día la fuente debe estar a no más de 1.000 m del hogar y el tiempo necesario para ir a buscar agua no debe exceder de 30 minutos”.

La Organización Mundial de la Salud ha expresado cuanto es la cantidad mínima necesaria para los seres humanos del recurso agua:

“...que se disponga de por lo menos 100 litros por persona al día. A este respecto, el PNUD confirma en su Informe sobre Desarrollo Humano 2006 que el abastecimiento regular de agua corriente limpia en el hogar es la forma óptima de suministro para el desarrollo humano¹⁰⁵”

El sentido de bienestar de los grupos humanos con respecto al recurso hídrico conlleva una adecuada política de saneamiento y monitoreo del agua y el establecimiento de acueductos de agua potable en sectores rurales.

En las ciudades estas políticas de seguimiento debe comprender a las autoridades que supervisan obras que requieren suministro de agua.

Se conoce de casos en las ciudades, donde existen barriadas con habitantes de ciertos niveles económicos versus los de las clases de menores ingresos donde se disminuye sus derechos teniendo los primeros mayores y mejores garantías para ejercer su derecho al agua frente aquellos de sectores sociales con mayores carencias.

La práctica de los Estudios de Impacto Ambiental en los sectores que se están urbanizando permite reconocer de forma anticipada los eventos que pueden presentarse que impacten negativamente el derecho al agua de los ciudadanos.

En este sentido al hacer una edificación, construcción o proyecto urbanístico es posible prever situaciones de fallas de recurso hídrico por las autoridades que revisan estos

¹⁰⁵

¿Qué es el derecho al agua? Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego de Perú.

<https://www.ana.gob.pe/contenido/que-es-el-derecho-al-agua>. Consultado el 1 de octubre de 2022.,

proyectos. Deben hacer las recomendaciones o negación de los proyectos para que los que financien estas obras o bien los reformen o bien desistir de ellos si es lo que amerita. Aunque se tiene presente que ante una inversión de capital de estas magnitudes del sector inmobiliario es difícil aceptar pérdidas; por tanto, se requieren profesionales éticos y un monitoreo de quienes supervisan y aprueban proyectos ya que podría ocurrir que se realicen aun cuando las consecuencias no sean positivas para los que ya existían o vivían en el área del proyecto previamente. Esto conduce a la valoración de los aportes de la participación ciudadana y sus experiencias ante la posibilidad de la aparición de estos impactos negativos. De allí que su participación debe ser un elemento vital para la toma de decisiones y no limitarse a un requisito que se cumple según una lista de cotejo y como algo impuesto por la ley sin que se tome en consideración la trascendencia de los aportes propuestas o sugerencias de los ciudadanos.

Esto significa que debe existir una consulta con la ciudadanía ante obras o bien proyectos que de alguna forma tengan incidencia en este recurso.

También habría que hacer un análisis más exhaustivo en aquellos casos en que se realizan cambios de zonificación pues el uso de los suelos y su variación puede traer consigo algunos inconvenientes sobre los recursos que existen en las áreas de proyectos. Ya que los cambios de zonificación pueden originar que proyectos más demandantes de recursos entre estos el agua, o bien aumento la densidad de población y no se adecuen las infraestructuras que se utilizan para hacer llegar el recurso hídrico a las antiguas edificaciones y las nuevas que se construirán pudiendo afectarse el suministro.

Al no considerar todos estos elementos estaríamos contribuyendo a la construcción de ciudades donde la equidad ha sido desplazada por los interés del poder económico lo que a la postre trae desigualdades. Y especialmente si estas recaen sobre derechos esenciales como el del agua.

VI. LA EQUIDAD EN EL ACCESO A AGUA

Crear una desigualdad en el suministro del agua por intereses económicos es una forma de exclusión y es una violación a la Carta Fundamental del País en Materia de Garantías Fundamentales de los ciudadanos.

La Constitución Política de la República de Panamá, define en su Capítulo III Derechos y Deberes Individuales y Sociales en su capítulo I de Garantías fundamentales.

En primer lugar el concepto de Garantía significa tener la seguridad o certeza de que algo va suceder en este sentido y por extensión al papel de las autoridades del Estado, se entiende al tenor del artículo 17 de la Carta Fundamental de la República que la protección de los derechos de los ciudadanos nacionales y extranjeros en el país se va a materializar o concretar.

Este mismo artículo indica que el Estado tiene el deber de hacer eficaces esos derechos fundamentales. Partiendo de esta premisa, el Estado debe satisfacer las necesidades esenciales de los gobernados. Y sus acciones deben dirigirse al logro de estos propósitos. En tal sentido, siendo que el agua es un derecho fundamental, el Estado debe cumplir con esta obligación de garantizar este derecho que se concreta en su acceso permanente y con la calidad apta para el consumo humano.

De acuerdo a los elementos planteados con anterioridad, actualmente existen dificultades para que este derecho pueda ser ejercido a plenitud. Lo más preocupante es el grado de afectación que esta dificultad incide en los derechos de los niños grupo vulnerable y el incumplimiento de la convención de sus derechos lo que ha representado pérdidas de vida el derecho más trascendental.

La Autoridad Rectora en el país en materia de acueductos es el Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN) que ha advertido sobre la necesidad de hacer las adecuaciones necesarias y actualizaciones al sistema de estructuras para el abastecimiento del agua:

“El tema del abastecimiento del agua, o el acceso al agua, es un tema de Estado, que implica la planificación urbana, el ordenamiento territorial y la responsabilidad de realizar las inversiones priorizadas y en tiempo oportuno, para garantizar el crecimiento y

*desarrollo de la infraestructura de servicio, la densificación y el desarrollo de las viviendas, comercios e industrias y el espacio urbano*¹⁰⁶”.

De esta forma el Estado contribuye al logro de la eficacia de los derechos especialmente el Derecho al agua con el mejoramiento de las infraestructuras para estos fines además de un adecuado uso de suelo, anticipar las condiciones futuras con respecto a este recurso a través de elementos de investigación tal vez como la prospectiva a considerando el crecimiento poblacional, la extensión de las ciudades y un uso adecuado del suelo.

Lo que se observa en este artículo es la inversión que debe hacer el Estado para poder cumplir con la satisfacción de las necesidades poblacionales del recurso hídrico que no pueden seguir siendo postergadas ya que esto va mermando la calidad de vida por las deficiencias en el abastecimiento de este líquido vital. Si bien el Estado, realiza mega obras como la Cinta costera, como el Metro de Panamá, actualmente se trabaja en el Hospital del Niño, todas estas obras después de cierto tiempo requiere un presupuesto de mantenimiento no se puede seguir actuando como el conocido dicho popular “*te visto pero no te mantengo*”. Lo que significa construyo la obra que en primera instancia va mostrar su mejor faceta por ser nueva y recién estrenada. Pero cuando comience a demandar sus necesidades de mantenimiento y reparación entonces no se le brinda lo que implica uso de mejores infraestructuras o incluso cambios de tecnologías que pueden ser más o menos costosas.

Se suma a lo anterior la colisión de intereses que sobreviniente por una parte del sector de poder económico versus el interés de las clases menos favorecidas. Los cuales se ejercitan ante la realización de un proyecto que interesa a los primero y el desgano de los segundos por considerar otras necesidades como prioritarias.

Favorecer a un sector social para que goce de todos los servicios o proyectos debido a su poder económico en detrimento de otros cuya condición social y monetaria denota carencias y sin validar la posición de los segundos en la toma de decisiones puede

¹⁰⁶

PINTO, Alberto. Falta de inversión agrava problemas de agua potable.

<https://www.panamaamerica.com.pa/sociedad/falta-de-inversion-agrava-problemas-de-agua-potable-1203011>. Consultado el 3 de octubre de 2022.

provocar un detrimento en las condiciones de vida y hacer más marcadas las desigualdades y dificultando la movilidad social que es una forma de desarrollo humano.

En ordenamientos internacionales se ha dictado Convenciones Internacionales con el propósito de respetar los derechos humanos y eliminar cualquier forma de discriminación ya sea por origen económico social u otros criterios.

El abastecimiento del recurso agua debe ser constante y saneada. Pero se conoce que no es de esta forma que se está produciendo por las quejas de la ciudadanía .Al advertir los ciudadanos que la construcción de un proyecto puede hacer que colapse el suministro del agua por la saturación del suelo y aun se realiza se desconoce su participación. No son considerados en la toma de decisiones. Y, al ocurrir el evento que habían señalado provocando deficiencia en el servicio de agua, se crea una desigualdad en el abastecimiento y por ende en su derecho al agua.

Es entonces que se señala que el sector económico inmobiliario ha prevalecido sobre el interés general. Y que la participación ciudadana en este sentido ha sido un mero requisito que se ha cumplido sin validar adecuadamente los aportes de esta participación ciudadana. Es así que quedara entonces sin efecto una Convención suscrita por el Estado Panameño que de acuerdo a la Constitución Política de la República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional en su artículo 4.

De esta forma se violenta una Convención Internacional acogida por la República de Panamá mediante Ley 13 de 28 de octubre de 1977, Por la cual se aprueba la Convención Americana sobre derechos humanos, promulgada en la Gaceta Oficial 18468 de 30 de noviembre de 1977. Dicha convención en su Parte I de Deberes de los Estados y Derechos protegidos, Capítulo I- Enumeración de Deberes expresa:

Artículo 1.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Cualquier forma de discriminación que pueda originarse y que obstaculice el desarrollo humano debe ser evitada sobre todo si de ella emana desigualdades que obstaculizan el desarrollo humano. Es un asunto obligatorio por parte de los Estados firmantes evitar cualquier forma de discriminación y como autoridad debe ser el primero en impedir la aparición de cualquier forma de discriminación. De lo contrario está violentando este ordenamiento internacional y afectando los derechos humanos.

Por otra parte, este mismo ordenamiento, señala la obligación de crear las regulaciones internas que hagan factible la aplicación de la Convención citada. Es por esto que es oportuno referirse a la Ley de Procedimiento Administrativo de la República que contiene inmerso ese propósito que debe cumplir todo Estado de velar por el interés general de los gobernados.

La Ley de Procedimiento Administrativo No 38 de 31 de julio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial 24,109 de 2 de agosto de 2000” Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento Administrativo General, y se dictan disposiciones especiales” al referirse al término de Administración Pública le atribuye ciertas Facultades que se ramifican en actividades que realiza el Estado para lograr este bienestar general e instituciones. En el primer casos las actividades que debe desarrollar el Estado para el bienestar general deben comprender al tenor del artículo 202 numeral 8 de la Ley en comento, “...son la prestación de servicios públicos medidas de estímulos de actividades y medidas de freno a dacias actividades”.

En la otra ramificación del concepto administración pública se encuentran las instituciones que van hacer posibles las actividades para el logro del bienestar general en este caso es, al tenor del artículo 202 numeral 8, que expresa: “... es el conjunto organismos o dependencias estatales que forman parte del Órgano Ejecutivo cuya actividad está encaminada al lograr el bienestar social”.

De lo anterior se desprende los recursos y acciones que debe invertir el Estado para este bienestar general. Y si es general evidentemente no deben existir discriminaciones en este logro. Pero obviamente deben existir confrontaciones en esta materia porque lo que da bienestar a unos no se lo produce a otros. Y es aquí donde el Estado debe ser sabio y beneficiar a aquellos que se encuentran con mayores desventajas para alcanzar una vida digna.

En definitiva deben existir actividades para estos fines e Instituciones encargadas de dirigir las acciones y suministrar los recursos para esto. De esta forma el Estado debe a través de sus ordenamientos e instituciones garantizar el ejercicio de los Derechos que plantea a nivel constitucional y que adopta mediante Convenciones Internacionales.

Cuando los Estados adopten medidas relativas al abastecimiento del recurso o que puedan influir en esto debe ser cauteloso toda vez que pudieran contener elementos que obstaculice la equidad en su acceso y llevarlo a aprobar ordenamientos jurídicos que sean un obstáculo en el ejercicio del derecho al agua.

Esto también puede ocurrir si al tomar decisiones en la consulta pública u otras formas de participación, los aportes, recomendaciones o propuestas en esta materia no sean valoradas y por tanto tomar decisiones que resulten en proyectos o acciones excluyentes de los derechos para las mayorías y que mermen el bienestar general específicamente en materia de proyectos relacionados al uso de suelos en los que interviene el poder económico del sector inmobiliario y esta posición tiene un peso específico por las ventajas que generan “en empleos”, tributaciones y otros que se presentan como grandes oportunidades de desarrollo por el mejoramiento de la cara de la ciudad en su modernización, en la generación de empleo, en materia comercial para proveedores, impuestos etc. Que aunque suene frío la posición del sector económico brinda mayores beneficios al país que el bienestar general que tanto se pregona y defiende pero que como derecho humano, es necesario proteger.

El recurso humano es el que verdaderamente empuja el desarrollo de un país, porque es el motor que mueve la educación, el comercio, la industria, la salud y el futuro del país pues de este recurso se originan los futuros gobernantes y líderes de una nación. He aquí la

justificación de reconocer y proteger el recurso humano y brindar todo aquello que permita la efectividad de sus derechos.

VII. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO Y EL ACCESO AL AGUA

En el año 2015 la República de Panamá acoge los Objetivos de Desarrollo Sostenible mediante Decreto Ejecutivo No 393 de 14 de septiembre de 2015 que emitió el Ministerio de Relaciones Exteriores y por el cual se adopta los Objetivos de Desarrollo sostenible (ODS) y se dictan otras disposiciones. Este Decreto fue promulgado en la Gaceta oficial 27870-B de 17 de septiembre de 2015.

Se preguntaran ¿cuál es la importancia de la adopción de los ODS como se les conoce también a los Objetivos de Desarrollo Sostenible?

Ha sido un tema de conversación constante entre particulares, profesionales y Cumbres Internacionales el tema de la igualdad, la equidad y la distribución de los recursos para un desarrollo humano. Panamá, en su Plan Estratégico de Gobierno del año 2019 al que denominó “Un solo país” asume estas directrices de los ODS.

Panamá, como miembro de la Organización de Naciones Unidas (ONU) acoge la iniciativa de esta en la que también apoyan Organizaciones no Gubernamentales en presentar y promover los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

El documento creado presenta 17 Objetivos para el desarrollo Sostenible. Impulsa en sus objetivos tres aspectos fundamentales la parte social, ambiental y económica.

El propósito de estos objetivos de Desarrollo Sostenible consiste en acordar las diferencias existentes que ponen en desventaja a territorios y lo social lo cual evidentemente afecta la calidad de vida del ser humano.

Constituyen una forma de orientar las políticas y acciones internas de los Estados para el logro de una mejor calidad de vida y por supuesto en aquellas acciones que tienen que ver con el desarrollo económico.

A la luz de la exposición de motivos del Decreto Ejecutivo que adopta los ODS, estos forman un medio orientador de las políticas de desarrollo nacional.

Lo que plantea este Decreto 393 de 14 de septiembre de 2015 que adopta los ODS es que una vez acogidos estos, en cada acto, política deben estar inmersos. Es decir impregnados de ellos. Los Estados deben trabajar arduamente en metas e indicadores que impulsen la agenda de desarrollo post 2015.

Esto significa que el Estado Panameño debe adecuar cada acción, proyecto o política a estos lineamientos de los ODS. Para verificar que esto se materialice, señala el Decreto Ejecutivo en comento, debe originarse una Comisión Interinstitucional y en la cual forma parte la Sociedad Civil para dar continuidad y eficacia a los ODS.

Los ODS llamados también Objetivos Globales pretenden la conservación del ambiente, terminar con la pobreza. Se aspira a tener una sociedad en donde se garantizan los recursos para las generaciones presentes y futuras y una mejor distribución de los recursos puede alcanzarse una sociedad en la que impere la armonía, el bienestar social y sobre todo la concordia.

Los Objetivos de Desarrollo sostenible visualizan que cada acto que se realice tiene una repercusión que afecta a factores, que aunque corresponden a diversos ámbitos, por su conexión pueden igualmente impactarse. Así por ejemplo si tenemos un daño ambiental en una región que impide la producción agrícola de la cual dependen muchos grupos humanos, esto a su vez va en detrimento de la calidad de vida y de los factores de producción y a su vez esto redundaría en lo económico. Por esto las medidas que se tomen para el Desarrollo sostenible deben ser integrales y debe anteponerse el avance de aquellos Estados que se encuentran en un nivel de desarrollo económico inferior para que tengan una movilidad ascendente.

Son parte esencial de los ODS la erradicación de la discriminación cualquiera sea su origen, que fomenta la desigualdad y la exclusión, además de la eliminación de la pobreza que obstaculiza el desarrollo humano.

Plantean que los Estados deben emplear todos los recursos que tengan a su alcance para cumplir con los Objetivos de Desarrollo sostenible: desde económicos, hasta tecnología.

El ser humano es un ser con mucha capacidad y sabiduría que también es parte de estos recursos para el desarrollo sostenible que son medios para alcanzarlos.

En el caso particular del recurso hídrico existe una relación innegable entre los objetivos de Desarrollo sostenible y el Derecho al Agua a los que nos referiremos brevemente.

Ahora bien si Panamá se obliga acatar estos Objetivos ¿porque aún existen carencias evidentes del recurso hídrico? ¿Porque aún existen colegios donde la niñez aun cuando se firma una Convención de los derechos del niño no disponen de agua para tomar o bien para efectos sanitarios?

En la actualidad, estamos en una etapa post Covid 19 que ocasionó una fuerte crisis sanitaria debido a esta enfermedad respiratoria que provocó mortalidad a nivel mundial, una de las medidas que deben adoptarse es el aseo frecuente de manos para evitar el contacto con este virus o cualquier otro que afecte la salud. Siendo así ¿porque entonces existen colegios y comunidades que no tiene acceso permanente al agua apta para el consumo humano?

Uno de los Objetivos de Desarrollo sostenible se relaciona directamente con el acceso al agua y su saneamiento. También existe un objetivo de Desarrollo Sostenible que está vinculado con la equidad. Equidad para el desarrollo, para la salud, sin embargo no contamos con esa equidad en este recurso.

Los Objetivos de Desarrollo sostenible directamente vinculados con el tema del Acceso al Agua son:

1. Reducción de la desigualdad
2. Agua limpia y saneamiento
3. Salud y bienestar

Aunque hacemos la salvedad que en la medida en que estos se coordinen y se cumplan uno impactara al otro pues existe una interrelación entre ellos para el alcance de los objetivos de desarrollo.

Se hará referencia a cada uno de los hechos y su vinculación con el Derecho al agua:

1. Salud y Bienestar

En esta materia hay que reconocer que el hombre mediante su intelecto y los avances tecnológicos en materia de la salud han hecho grandes aportes.

Muchas enfermedades que en tiempos anteriores eran consideradas incurables hoy ya no lo son. Los avances de las ciencias médicas han tenido una repercusión positiva permitiendo que las expectativas de vida sean mayores para todos los sectores poblacionales de la e inclusive de aquellas enfermedades que no se le conocía cura existen tratamientos que permiten a aquellos que padecen de enfermedades crónicas tener una mejor calidad de vida.

La calidad de la salud de los habitantes de un Estado es un tesoro valioso pues de ella dependen el desarrollo de un país. En esta materia los ODS establecen una vinculación directa entre salud y desarrollo por tanto es parte esencial de la Agenda 2030.

En este sentido la pobreza incide directamente en la calidad de la salud de la población ya que la atención de la satisfacción de necesidades básicas, lleva prelación sobre la misma salud. El individuo se encuentra en ocasiones ante una disyuntiva entre: comer o bien comprar un medicamento.

Los pocos recursos que recaban los destinan a necesidades básicas más que en su propia salud. En ocasiones ni la alimentación que tiene coadyuva a que tenga una mejor salud.

Las limitaciones económicas repercuten directamente en su salud y al final hacen más marcadas las diferencias entre los que poseen mayores ventajas económicas sobre los que tiene que entrar en un debate entre su salud y las necesidades básicas.

Pero no es únicamente el recurso económico el que puede afectar el bienestar humano. Existen otros factores como por ejemplo las condiciones climáticas que provocan grandes

desastre naturales y que originan pérdidas que sumen aún más en la pobreza a aquellos que ya se encuentran golpeados por las carencias económicas.

Se trata de una lucha constante por sobrevivir, por tener una mejor vida en la que la salud se encuentra en riesgo.

Si al panorama anterior se le adiciona la desatención del abastecimiento del recurso agua y las condiciones apta para su consumo estaremos agravando la situación de la salud y el bienestar general.

Corresponde al Estado garantizar las políticas, recursos y tecnología adecuada para que la disponibilidad del agua sea la suficiente para satisfacer las necesidades humanas. Su descuido puede tener un alto costo en vidas humanas ya que es un hecho comprobado que el agua no saneada puede ocasionar enfermedades que aumentaría la tasa de mortalidad. El grupo más susceptible es la niñez y personas con enfermedades crónicas y ancianos. La situación expuesta subraya eliminar las desigualdades que existen en la población ante el abastecimiento de este importante líquido que además debe gozar de saneamiento.

Si bien parte fundamental de este objetivo es evitar enfermedades las que pueden prevenirse mediante campañas de profilaxis como las vacunaciones también es parte de la prevención vigilar por la calidad del agua para que se conserve en condiciones aptas para la salud.

En ese mismo sentido, también debe adecuarse las formas de atención de la salud aunque existan marcadas diferencias entre Estados lo que se evidencia con las mejores tecnologías en unos en tanto que tanto que otras se encuentran en niveles muy básicos que hay que mejorar.

Igualmente puede ocurrir con el abastecimiento del agua: lugares con la mejor tecnología para la distribución y monitoreo de su calidad en tanto otras carentes de los recursos y tecnologías para darle mantenimiento. De este dependerá la calidad de la salud de la población pues sino cuenta con el debido saneamiento se provocará la proliferación de enfermedades y mortalidad.

Por las razones anteriores es uno de los objetivos del milenio el agua y su saneamiento pues existe un nexo muy directo entre la calidad del agua y la salud.

Estas diferencias existentes en el tratamiento del agua originan desigualdades en la calidad de vida y salud de la población que requieren que los Estados se enfoquen hacia estos tanto para la salud como para ejercer controles que garanticen la calidad del agua.

2. Reducción de las desigualdades:

Cuando se habla en materia de ODS de la eliminación de las desigualdades se enfoca en parte a los ingresos que pueda tener la población para la satisfacción de sus necesidades

Esto significativamente condiciona la calidad de vida. Los ODS promueven la eliminación de estas desigualdades para que se produzca una inclusión económica sin que se vea imposibilitada la inclusión por otros factores de índoles racial, social, religioso u otros.

Para frenar este aumento de las disparidades, se requiere la adaptación de políticas sólidas que empoderen a las personas de bajos ingresos y promuevan la inclusión económica de todos y todas, independientemente de su género, raza o etnia.

Hay que considerar que las limitaciones que existen entre los grupos que originan las desigualdades no siempre son económicas. Existen también desigualdades que se origina del acceso a recursos en este caso ese sería el agua.

Crear mecanismos por el Estado que permitan el acceso al agua a todas las poblaciones es una forma de eliminar las desigualdades. Pues sin este recurso se dificulta el desarrollo de la vida, la salud, e incluso el tiempo dedicado a otras actividades que requieren una atención prioritaria como compartir con la familia.

Las políticas de Estado deben tender a evitar las desigualdades por cuestiones de acceso a recursos. Que al permitir la carencia de este recurso hídrico en las poblaciones y en otros sectores se tiene disponibilidad todo el día se está dando un trato desigual lo que es visto como una forma de discriminación.

Es un compromiso del Estado adoptar las medidas ya sea a través de políticas o bien legislaciones tendientes a tutelar este derecho lo que sería en una forma de protección social pues se brindaría este insumo necesario para el desarrollo humano y para garantizar la salud de la población.

No se trata únicamente de enunciar este derecho al agua y hablar de las desigualdades que produce esta adecuada distribución y acceso al recurso sino también vigilar que se tomen las medidas concernientes al logro de este propósito de reducir las desigualdades.

2. Agua Limpia y saneamiento

Panamá ha desarrollado a través del Ministerio de Comercio e Industria normas referentes a la calidad del agua para que sea apta para el consumo humano. Existen controles al respecto en lugares de la ciudad no obstante en aquellos rurales ¿cómo se supervisa el debido cumplimiento de estas normas?

En estas políticas incorporarse controles en los agroquímicos que contaminan cuerpos de aguas. La contaminación se produce en la parte urbana de las ciudades y en el área rural de lo cual se depende que las garantías para tener un agua de calidad deben extenderse a ambos lugares. Así mismo deben ser objeto de evaluación periódica en ambos sectores.

También debe aplicarse la vigilancia y monitoreo del agua.

La equidad debe imperar en ambos en materia de sanidad y acceso. Hoy nuestras ciudades padecen por el desabastecimiento del agua en muchos sectores, la aparición de sedimentos e incluso de agentes patógenos biológicos como protozoos y helmintos que deben ser erradicados afectando a la niñez con enfermedades que producen deshidratación por diarrea y en algunos casos la muerte.

La adopción de los ODS tienen como norte ejercer controles mediante las políticas y legislación que contrarresten todo aquello que afecte la calidad del agua y su adecuada distribución.

VIII. JURISPRUDENCIA

En la República de Panamá se produjo la contaminación del Río La Villa con Vinaza sustancia que se utiliza en la producción de bebidas alcohólicas por la Empresa Campos de Pesé.

Debido a la contaminación la población dejó de percibir agua afectando la calidad del agua y la disponibilidad lo cual violentaría a la luz de la Convención de los Derechos del Niño este derecho al vital líquido. Rescatamos este extracto del fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

La Corte Suprema de Justicia en cuanto al daño ocasionado al ambiente manifiesta:

IX. DECISIÓN DE LA SALA.

“Una vez cumplidos los trámites previstos para estos procesos, corresponde a los integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia pasar a dirimir el fondo del presente litigio.

En primer lugar, observa la Sala que la disconformidad del demandante radica en la multa por la suma de Cincuenta Mil Balboas con 00/100 (B/. 50,000.00) impuesta por la Autoridad Nacional del Ambiente a la empresa VARELA HERMANOS, S.A., por razón de la contaminación de las fuentes de agua de la Quebrada de Pesé y el Río La Villa, localizadas en el Corregimiento y Distrito de Pesé, Provincia de Herrera. Esta sanción fue impuesta mediante la Resolución N° AG-0206-2000 de 7 de agosto de 2000, confirmada a través de la Resolución N° 0321-2000 de 6 de noviembre de 2000.

La Corte, al adentrarse en el análisis de los cargos de ilegalidad imputados, observa que los mismos no prosperan en base a las consideraciones que detallamos en las líneas siguientes.

Del examen de las piezas procesales aportadas al caso bajo análisis, se observa que el día 27 de octubre de 1999, en las instalaciones de la empresa VARELA HERMANOS, S.A.

ubicada en el Distrito de Pesé, Provincia de Herrera, se produjo un colapso de uno de los muros de la tina N° 2, la cual contenía vinaza -residuo proveniente del procesamiento de la caña de azúcar-, para su oxidación, como parte del proceso industrial. El volumen del líquido contenido en la tina era de aproximadamente 10 millones de galones.

El contenido de la tina se esparció inmediatamente en la Quebrada Pesé y el Río La Villa, motivo por el cual, las autoridades ambientales procedieron a tomar ciertas medidas de seguridad tendientes a proteger las comunidades aledañas, a fin de evitar cualquier problema de salud pública.

Ahora bien, el intento del apoderado judicial de la parte actora de argumentar la violación de las normas legales citadas, en un hecho de la naturaleza que califica como acto fortuito, pretende desconocer la obligación que le compete a la empresa VARELA HERMANOS, S.A., como consecuencia de las actividades relativas a la producción de bebidas alcohólicas, misma que consiste en tomar las medidas necesarias, a fin de prevenir cualquier daño al ambiente. Para hacer efectivo el derecho a un ambiente sano y por su medio a un entorno que permita el desarrollo de los seres humanos con salud y bienestar y la protección de los recursos naturales y públicos, debe procurar el fabricante -quien crea el riesgo de contaminación-, la prevención de cualquier hecho dañoso que pudiera sobrevenir del manejo de sustancias contaminantes.

Es con respecto a las medidas de prevención de este tipo de contingencias, que la Administración indica que la empresa demandante no cumplió, a tal punto que, incluso no diseñó la capacidad de las tinas de oxidación considerando distintas variables, entre las que se encuentra la intensidad de las lluvias anuales, contraviniendo así las disposiciones legales en materia ambiental. Si bien la empresa demandante, se vio afectada por las intensas lluvias ocurridas en el área donde se mantienen las tinas de oxidación, no podemos obviar el hecho de que debieron tomarse las previsiones necesarias para evitar que ocurriera un derrame de vinaza, a causa del exceso de líquido contenido en las tinas.

En cuanto a lo anterior, tenemos que el estudio de impacto ambiental que presentó la propia empresa demandante, para la aprobación de la Autoridad Nacional del Ambiente, advierte la necesidad de adecuación de la actividad y de las estructuras que funcionan

como depósito de vinaza, por lo que concluimos que las tinas que estaban siendo utilizadas al momento del suceso, no eran adecuadas, ni contaban con la capacidad y estructura suficientemente apta que permitiera prevenir riesgos como el acaecido.

Constan en autos, pruebas testimoniales aportadas por la demandante, consistentes en las declaraciones de dos trabajadores de la empresa, las cuales apreciadas según las reglas de la sana crítica, tienen un valor relativo, toda vez que son testigos considerados como sospechosos, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 909 del Código Judicial. Ello aunado a la existencia probatoria de elementos técnicos que desvirtúan los testimonios rendidos por lo trabajadores de la parte demandante.

Según lo establece el artículo 784 del Código Judicial, "incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...", lo que implica que la demandante poseía la carga probatoria de demostrar que las tinas se encontraban en condiciones aptas para almacenar la vinaza, hecho que a juicio de esta Superioridad, no fue debidamente acreditado en el presente proceso.

Por el contrario, estima esta Sala que los elementos probatorios obrantes en autos, corroboran que la parte demandante fue negligente, ya que antes de suscitarse el incidente tuvo conocimiento sobre las limitaciones de capacidad de almacenamiento de sus tinas de oxidación, lo cual obviamente implicaba un riesgo de derrame que conllevaría a una afectación ambiental. Argumentar que era improcedente dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en un estudio de impacto ambiental que fue presentado ante la Autoridad Nacional del Ambiente para su aprobación, es a nuestro juicio un sustento carente de validez, ya que a sabiendas de la imperiosa necesidad que existía de tomar las medidas tendientes a evitar un desastre ambiental, la empresa Varela Hermanos, S.A. debió extremar las medidas de seguridad, mediante una adecuación ambiental, que de conformidad con el artículo 2 de la Ley General de Ambiente de la República de Panamá, no es más que la serie de acciones de manejo o corrección destinadas a hacer compatible una actividad, obra o proyecto con el ambiente.

En cuanto a las manifestaciones periodísticas que surgieron en días subsiguientes al evento, mismas a las que hace referencia el demandante con la finalidad de desvirtuar una

posible culpa o negligencia y atribuir el desastre ambiental ocasionado a hechos de la naturaleza, constitutivos de un caso fortuito, estimamos que estas deben ser evaluadas conjuntamente con el restante material probatorio obrante en autos.

Con relación a lo expuesto en el párrafo anterior, dichos recortes de periódico no acreditan el extremo decisivo, alegado por la demandante, ya que luego de un análisis valorativo de las pruebas aportadas, concluimos que el accidente ocurrió porque las tinajas contentivas de la vinaza no se encontraban en condiciones óptimas para resistir e impedir un derrame como el acaecido, riesgo ambiental que generó daños tales como la muerte de toda la fauna acuática en la Quebrada Pesé y se convirtió en un peligro latente de gran magnitud en contra del ambiente y de la salud poblacional, al punto que conllevó a una paralización del suministro de agua potable.

Como consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, el IDAAN dejó de recibir en concepto de servicio de agua, la suma de aproximadamente B/.5,200.00 y la comunidad dejó de percibir aproximadamente 6,000.000 de galones de agua potable, ascendiendo a B/.3,223.39 el costo de tratamiento requerido para normalizar el agua y generando acciones de contingencia consistentes en el suministro de agua embotellada a los barrios populares del Distrito de Chitré, por el monto de B/.423.53.

Considerando las infracciones que alega la demandante surgen de la Resolución AG-206-2000 impugnada, es menester efectuar las siguientes observaciones:

Con relación a la violación del artículo 107 de la Ley N° 41 de 1998, es indudable que efectivamente se dio una afectación de las aguas de las comunidades aledañas a la empresa demandante, lo cual se tradujo en un daño ambiental, tal y como lo demuestran los estudios realizados. Por tanto, intentar ampararse, como lo hace el demandante, en el supuesto de que la resolución impugnada no estableció cuales eran los "límites permisibles" a los que hace mención el artículo referido de la ley ambiental, no habiendo surgido, por tanto, responsabilidad civil, administrativa o penal, carece de todo fundamento ya que en el presente proceso ha quedado evidenciado el surgimiento de una contaminación producida por la infracción de normas, procesos y mecanismos de

prevención, control, seguimiento y evaluación; supuestos que contempla la excerta legal para atribuir al infractor responsabilidad.

El artículo 108 de la Ley N° 41 de 1998, es claro al exigir al causante de un daño ambiental o a la salud humana, que surja como consecuencia del aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de una actividad, el resarcimiento del perjuicio o daño, obligándolo, no solo a reparar el daño causado, sino a adoptar las medidas preventivas y de mitigación de los efectos dañosos y a asumir los costos que ello demande.

Dado que ha quedado demostrado que el demandante ha causado con su negligencia, daños que se encuentran debidamente acreditados en el proceso, siéndole aplicable lo establecido en el artículo 108 y consecuentemente la sanción que trata el artículo 112 de la Ley N° 41 de 1998, carece de fundamento argumentar que la resolución dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente ha infringido las precitadas excertas legales.

Con relación a la infracción que manifiesta la empresa demandante se ha cometido en contra del artículo 109 de la Ley N° 41 de 1998; esta Sala considera que la misma no tiene asidero jurídico, toda vez que la resolución de la ANAM señala claramente cuáles fueron los perjuicios que surgieron como consecuencia directa del hecho acaecido el día 27 de octubre de 1999.

En el presente asunto, nos encontramos ante un hecho que originó responsabilidad objetiva por parte de la empresa Varela Hermanos, S.A., misma que de conformidad con la Ley Ambiental, es la "obligación del que cause daño o contamine, directa o indirectamente, a las personas, al medio natural, o a las cosas, de resarcir el daño y perjuicios causados"; resarcimiento que la Entidad Estatal, luego de comprobar la ocurrencia del accidente o suceso y de identificar al sujeto activo del hecho sancionable, determinó en la resolución impugnada, mediante las sanciones que en ella fueron impuestas de conformidad con el artículo 114 de la Ley 41 de 1998.

Resulta importante destacar que los daños provocados con la acción negligente de la empresa demandante, fueron evaluados y determinados por las autoridades ambientales, previamente a la imposición de las referidas sanciones, lo cual se corrobora con los

informes confeccionados con posterioridad a las inspecciones oculares realizadas (ver expediente administrativo).

Ante las circunstancias que preceden, esta Corporación de Justicia concluye, que no le asiste la razón a la recurrente, pues la ANAM en el ejercicio del poder sancionatorio de la administración ambiental, y ante la infracción de los preceptos protectores del ambiente, está investida de la facultad de imponer, a quien produzca daños al ambiente o a la salud humana, cualesquiera de las sanciones previstas en el artículo 114 de la ley N° 41 de 1° de julio de 1998, siendo improcedente por tanto, argumentar la violación de dicha norma legal.

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL, la Resolución N° AG-0206-2000 de 7 de agosto de 2000, expedida por el Administrador General de la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) y NIEGA las demás declaraciones pedidas por la parte demandante, VARELA HERMANOS, S.A.¹⁰⁷”

X. REFLEXIÓN FINAL

Existen sectores en el país donde el agua no llega de forma frecuente y en algunos otros presenta sedimentos y agentes biológicos que afectan su calidad. En estos lugares habitan todo tipo de personas entre ellos niños y algunos con enfermedades que son por su condición grupos vulnerables. Al ser Panamá signataria de la Convención de los Derechos del Niño tiene el deber de dar cumplimiento a la misma. Pero con las situaciones descritas evidentemente este derecho no se está cumpliendo plenamente. Se ha observado que la entidad rectora del agua señala causas que interfieren con la disponibilidad frecuente del

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia de Panamá DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA FORENSE ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA, EN REPRESENTACIÓN DE VARELA HERMANOS, S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N° AG-206-2000 DE 7 DE AGOSTO DE 2000, DICTADA POR EL ADMINISTRADOR GENERAL DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AMBIENTE, EL ACTO CONFIRMATORIO, Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES.

PONENTE: Adán Arnulfo Arjona .

Fallo de fecha: 14 de mayo de 2004.

<http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>. Consultado el 13 de octubre de 2022.

agua y su calidad. Por estas razones el gobierno central debe asignar los recursos correspondiente para el mejoramiento de las infraestructuras para el abastecimiento del líquido vital y para que estas tengan la capacidad suficiente para llegar a todos los sectores del país puesto que se produce la falta de equidad en el acceso al agua lo que provoca condiciones de desventaja para los pobladores y obstaculiza su desarrollo personal y a la vez afecta su salud. También amerita una mayor vigilancia al momento de revisar proyectos por parte del Ministerio de Salud en los que se encuentra involucrada el recurso hídrico para resguardar los derechos de los ciudadanos y evitar actos de corrupción.

Las circunstancias expuestas ameritan un cambio en las infraestructuras de acceso al agua en la planificación y organización de las ciudades para tener un mejor acceso. Por otra parte también debe tenerse presente los aportes de la ciudadanía en la toma de decisiones ya que algunos proyectos urbanísticos y de centros comerciales están afectando la calidad del agua y disponibilidad. La participación ciudadana en la toma de decisiones es valiosa y contribuye a la conformación de un Estado democrático que desarrolla una buena gobernanza. Resguardemos los derechos de la niñez y grupos vulnerables permitiendo el debido ejercicio de su derecho al agua amparado por una Convención Internacional de la cual Panamá es signataria y que está obligada a su cumplimiento.

Referencias Bibliográficas.

Legislación Consultada

Constitución Política de la República de Panamá.1972-2004. Texto Único. Segunda Edición Escolar. 2015.Librería y Editora Interamericana, S.A.

Ley 15 de 6 de noviembre de 1990 . Gaceta Oficial 21667 de 17 de noviembre de 1990.

Ley 13 de 28 de octubre de 1977. Gaceta Oficial No. 18468 de 30 de noviembre de 1977.

Ley 38 de 31 de julio de 2000. Gaceta Oficial 24109 de 2 de agosto de 2000.

Decreto Ejecutivo NO. 393 de 14 de septiembre de 2016. Gaceta Oficial 27870 de 15 de septiembre de 2015.

Asamblea Nacional de la República de Panamá. Anteproyecto de Ley 261.”Que garantiza la disponibilidad del agua y su gestión sostenible en Panamá”. Presentado el 17 de marzo de 2022. Proponentes: Honorables Diputados Rolando Rodríguez, Aydee de Vásquez y Emile García. Comisión de Población ambiente y desarrollo .Asamblea Nacional Secretaria General

DEL CASTILLO, Lilian. Foros del Agua. De Mar del Plata a Estambul 1977-2009. Documentos de Trabajo No. 86. Agosto 2009. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. (CARI). Buenos Aires, Argentina.2009.p.44. *Ibíd.*

DAMES, Abdiel. “El desarrollo sustentable”. Diario La Prensa, domingo 25 de mayo de 1997, p.47ª. República de Panamá.

COUSTEAU, Jacques Yves, citado por DEL ROSARIO, Agustín. “Su muerte constituye un duro golpe para la ecología mundial”. Boletín Mensual *Ámbito comercial.* Panamá, año1º, 1 de julio de 1997

UNICEF. Día Mundial del Agua: 1.000 niños mueren al día por su falta de agua potable#:~:text=Cerca%20de%201.000%20ni%C3%B1os%20mueren,problemas%20para%20acceder%20al%20agua. Consultado el 26 de septiembre de 2022.

BAUTISTAS-OLIVA, Ana Laura, MENDOZA CARIÑO, Mayra y otros. Potencial de captura de agua atmosférica en el Noroeste de México. *Revista Interciencia.* Volumen 43, Número 10, 2018. <https://www.redalyc.org/journal/339/33957861007/html/>.

Yang K, LeJeune J, Alsdorf D, Lu B, Shum CK, Liang S. Global distribution of outbreaks of water-associated infectious diseases. *PLoS Negl Trop Dis.* 2012;6(2):e1483. Citado por Cbezas Sánchez, César. Enfermedades infecciosas relacionadas con el agua en el Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y salud Pública.* Vol.35 no.2 Lima

abr./jun. 2018 http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342018000200020.

Ministerio de Desarrollo y Riego de Perú ¿Qué es el derecho al agua?.
<https://www.ana.gob.pe/contenido/que-es-el-derecho-al-agua>.

PINTO, Alberto. Falta de inversión agrava problemas de agua potable. Publicado el 3 de marzo de 2022. <https://www.panamaamerica.com.pa/sociedad/falta-de-inversion-agrava-problemas-de-agua-potable-1203011>

Corte Suprema de Justicia de Panamá DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA FORENSE ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA, EN REPRESENTACIÓN DE VARELA HERMANOS, S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N° AG-206-2000 DE 7 DE AGOSTO DE 2000, DICTADA POR EL ADMINISTRADOR GENERAL DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AMBIENTE, EL ACTO CONFIRMATORIO, Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES.

PONENTE: Adán Arnulfo Arjona **.Fallo de fecha:** 14 de mayo de 2004

www.organojudicial.gob.pa. Consultado el 14 de octubre de 2022.

La Ejecución De Los Laudos Internacionales En Panamá

Margie-Lys JAIME
Doctoranda, Universidad de Paris II
País: Francia
margielys.jaime@up.ac.pa
ORCID 0000-0003-2556-9597

Entregado: 15 de mayo de 2022

Aprobado el día: 30 de agosto 2022

RESUMEN

El reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales es fundamental para la legitimidad del sistema arbitral. De nada vale tener un laudo favorable si este luego no puede ser reconocido y ejecutado. Este artículo abarca el desarrollo reciente de la legislación y jurisprudencia panameña en la materia, examinando los principales desafíos para el reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales en Panamá.

Palabras Clave: laudos internacionales, exequátur, reconocimiento y ejecución, orden público

ABSTRACT

The recognition and enforcement of international arbitral awards are fundamental to the legitimacy of the arbitration system. There is no point in having a favorable award if it cannot be later recognized and enforced. This article covers the recent development of Panamanian legislation and jurisprudence on the matter, examining the main challenges to the recognition and enforcement of international awards in Panama.

Key Words: international awards, exequatur, recognition and execution, public order

I. INTRODUCCIÓN

Emmanuel Gaillard, a quien tuve el honor de conocer y trabajar durante mis años en París, creía en la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral, por medio del cual los árbitros aplican reglas transnacionales y en donde el laudo no está integrado al ordenamiento

jurídico sede del arbitraje.¹⁰⁸ De hecho, esta perspectiva es la que ha permitido el reconocimiento de laudos anulados en el lugar de la sede.¹⁰⁹ En este sentido, la Corte de Casación francesa señaló en el caso *Hilmarton*:

“[un] laudo proferido en Suiza es un laudo internacional que no está integrado en el ordenamiento jurídico de ese Estado, de manera que continúa existiendo si es anulado y su reconocimiento en Francia no es contrario al ordenamiento jurídico internacional”.¹¹⁰

En esta misma línea, la Corte de Casación francesa, en el fallo *Putrabali*, afirmó el reconocimiento de un ordenamiento jurídico arbitral de la siguiente manera:

“el laudo internacional, que no está conectado a ningún ordenamiento jurídico nacional, es una decisión de justicia internacional cuya regularidad es examinada bajo a las reglas aplicables en el país donde se solicita su reconocimiento y ejecución.”¹¹¹

La decisión de la Corte es importante, pues no solamente reconoce que el laudo no estaba integrado en el ordenamiento jurídico de la sede, si no que afirma que este no está conectado a ningún ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, no es menos cierto que también reconoce que el laudo está sujeto al control de los tribunales del lugar del reconocimiento y ejecución del laudo. Como bien manifestó Bruno Oppetit sobre el arbitraje:

“esta no es una institución suspendida en un espacio indeterminado, desmaterializado y desjuridizado que escape a toda heteronomía y que no esté regido más que por sus propias contingencias y a su mera discreción.”

Lo cierto es que de nada le vale a las partes contar con una decisión que resuelva la controversia si luego esta decisión no puede ser ejecutada.

¹⁰⁸ GAILLARD, Emmanuel. *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, Thomson Reuters, Paraguay, 2010, p. 61 y siguientes.

¹⁰⁹ JAIME, Margie-Lys. “El reconocimiento de los laudos anulados en el lugar de la sede”, *Revista Panameña de Derecho Internacional Privada*, ADIPCOP, febrero 2021, pp. 271-294.

¹¹⁰ *Société Hilmarton Ltd. c. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Corte de Casación, Primera Cámara Civil, 23 de marzo de 1994, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007032023/>.

¹¹¹ *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*, Corte de Casación, Primera Cámara Civil, 29 de junio de 2007, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017897325/>.

Ahora bien, debemos distinguir entre el reconocimiento de los laudos expedidos en el extranjero, denominado *exequátur*, en virtud del cual se otorga eficacia a la decisión arbitral y, de acuerdo con algunos autores, “el laudo que la contiene es incorporado al ordenamiento nacional”;¹¹² y el procedimiento de ejecución, que tiene por objeto cumplir con lo decidido en el laudo arbitral. Este procedimiento, tal y como veremos, responde al ordenamiento jurídico del lugar de reconocimiento.

En este escrito, primero abarcaremos el marco constitucional y legal del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional en la República de Panamá (II), para luego analizar la aplicación de la Convención de Nueva York en Panamá (III), y examinar los desafíos en el reconocimiento y ejecución de laudos en Panamá (IV).

II. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El arbitraje en Panamá ha evolucionado mucho desde la primera ley de arbitraje.¹¹³ El Decreto Ley No. 5 de 1999 fue un gran avance en comparación con la regulación del arbitraje en el Código de procedimiento civil de Panamá a inicios del siglo XX.¹¹⁴ Es más, podemos afirmar que durante la vigencia del Decreto Ley No. 5 el arbitraje en Panamá tuvo un desarrollo importante, aunque hubo ciertas manifestaciones en contra del arbitraje internacional. En efecto, los practicantes del arbitraje hemos sido testigos de los altibajos que ha sufrido la legislación del arbitraje en Panamá desde 1999. Concretamente, nos referimos a las demandas de inconstitucionalidad que dieron lugar a la derogación de los artículos 7,¹¹⁵ 17¹¹⁶ y 36¹¹⁷ del Decreto Ley No. 5 de 1999. Quizás el hecho más grave fue

¹¹² GUZMÁN GALINDO, Julio César. “Procedimiento para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Perú”, *Arbitraje PUCP*, p. 96.

¹¹³ Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, por la cual se establece el Régimen general de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación, <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Panam%C3%A1-Ley%20de%20julio%20de%201999.pdf>.

¹¹⁴ Ver Ley 15 de 9 de julio de 1991 vigente hasta la entrada en vigencia del Decreto Ley No. 5 de 1999. Gaceta Oficial 21,829 de 15 de julio de 1991.

¹¹⁵ El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 11 de junio de 2003 declaró inconstitucional la frase “El convenio arbitral así establecido tenderá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación”, por ser violatorio del numeral 4 del Artículo 195 y del Artículo 203 de la Constitución. Acción de inconstitucionalidad, fallo de 11 de junio de 2003. M.P. Arturo Hoyos. Registro Judicial junio de 2003.

¹¹⁶ El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 13 de diciembre de 2001 declaró inconstitucional los párrafos primero y tercero del Artículo 17 de Decreto Ley No. 5 de 1999, por ser contrarios al artículo 32 de la Constitución Política.

¹¹⁷ El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 7 de octubre de 2005 declaró la inconstitucionalidad del Artículo 36 del Decreto Ley No. 5 de 1999 el cual disponía que, si el arbitraje era

la derogación¹¹⁸ del Artículo 17 que consagraba el principio de *Kompétenz-Kompétenz* por medio del cual se reconoce la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, incluso en casos de invalidez, inexistencia o eficacia del convenio arbitral. No fue sino hasta las reformas constitucionales del 2004, que este principio fue reestablecido.¹¹⁹

En el 2013, después de casi 15 años después de la vigencia del Decreto Ley No. 5 de 1999, entró en vigencia la nueva ley de arbitraje en Panamá.¹²⁰ La Ley 131 de 2013 sigue en gran medida la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Por otro lado, puede decirse que modernización de la ley de arbitraje panameña es un reflejo de la constitucionalización del arbitraje que ha sufrido nuestro país desde la reforma de la Constitución en 2004. A través de las reformas constitucionales del 2004, la República de Panamá decidió incluir al arbitraje dentro de las normas sobre el Poder judicial, como una forma alternativa a la jurisdicción ordinaria para la solución de controversias. Este fenómeno conocido como “constitucionalización del arbitraje” consagra el reconocimiento del arbitraje dentro de nuestra Carta Magna.¹²¹

Pero incluso mucho antes del Decreto Ley No. 5, la República de Panamá ha aplicado la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, desde 1984.¹²² Adicionalmente, Panamá es parte de la Convención Interamericana sobre

comercial internacional, “las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación”, por supuesta violación al artículo 32 de la Constitución Política.

¹¹⁸ El nuevo Artículo 202 de la Constitución estableció expresamente: “La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.” Acto legislativo No. 1 de 2004 Que reforma la constitución política de la República de Panamá de 1972 reformada por los actos reformativos de 1978, por el acto constitucional de 1983 y los actos legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994. Gaceta Oficial No. 25176 de 15 de noviembre de 2004.

¹¹⁹ A raíz de la reforma constitucional, la Ley 15 de 22 de mayo de 2006 restableció la vigencia del Artículo 17 de la Ley de Arbitraje. Gaceta Oficial No. 25,551 de 24 de mayo de 2006.

¹²⁰ Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el Arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá [Ley 131 de 2013]. Gaceta Oficial No. 2,449-C de 8 de enero de 2014.

¹²¹ JAIME, Margie-Lys. “La Constitucionalización del Arbitraje en Panamá: ¿Paradigma o Paradoja? Estudio desde la perspectiva del derecho panameño y latinoamericano”, Revista panameña de política, No. 21, enero-junio 2016, pp. 49-81.

¹²² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, ratificado mediante Ley 5 de 25 de octubre de 1983, Gaceta Oficial 20079 de 15 de junio de 1984, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/5-de-1983-jun-15-1984.pdf>.

Arbitraje Comercial Internacional de 1975 desde sus inicios.¹²³ Como en el caso de la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá establece criterios específicos para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros.

Más recientemente, el Código de Derecho Internacional Privado (CDIP), ha venido a consagrar las mismas causales dentro del ordenamiento jurídico panameño.¹²⁴ En efecto, el Artículo 159 del CDIP dispone que a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte prueba:

- a. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o
- b. Que la parte contra la cual se invoca el aludo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido por cualquiera razón, hacer valer sus derechos; o
- c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso o de la clausura compromisoria; no obstante, si las disposiciones del aludo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
- d. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
- e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, conforme a cuyo Derecho, ha sido dictado ese laudo; o

Si la Sala Cuarta de Negocios Generales comprueba:

¹²³ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, Convención de Panamá, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_convenciones_interamericanas_version_2014.pdf.

¹²⁴ Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015 Que subroga la Ley No. 7 del 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, Gaceta Oficial 27885-A, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27885_A/GacetaNo_27885a_20151008.pdf.

- a. Que, según el Derecho panameño, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- b. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional de la República de Panamá.

La normativa plasmada en el CDIP no es distinta de la Ley de arbitraje panameña, en donde el Artículo 72, a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI, establece los mismos motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral internacional.

Es importante mencionar que los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede de arbitraje sea la República de Panamá no están sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados sin necesidad de este. En otras palabras, los arbitrajes con sede en Panamá, aunque internacionales, no requieren pasar por el trámite del exequátur para poder ser ejecutados dentro de la República de Panamá. La lógica detrás de esto es que no se dé un doble control del laudo. En efecto, los laudos con sede en Panamá estarán sujetos al recurso de anulación, como única vía de impugnación en contra del laudo.

El Artículo 69 de la Ley 131 de 2013 establece que el laudo arbitral nacional será objeto de ejecución por un juez de circuito civil competente por el procedimiento establecido para sentencias judiciales en firme. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

“La norma citada, desarrolla una serie de aspectos relativos a la ejecución de los laudos arbitrales, estableciéndose claramente en este contexto, que se reconoce la figura de la ejecución de los laudos. Por tanto, se parte de la premisa que la ley reconoce esta fase del proceso; además, el juez que conozca de una petición de ejecución del laudo, no puede desconocer su “existencia” a través de una decisión de rechazar o negar la petición. Ello es así, ya que dicha norma no señala en ninguna parte de su contenido, que el Juez, al momento de recibir la solicitud de ejecución del laudo arbitral y existir una oposición de las partes contrarias, deba ‘rechazar o negar’ lo pedido.”¹²⁵

En otras palabras, el juez de circuito civil está obligado a decretar la ejecución del laudo una vez que cumpla con las formalidades legales establecidas en la ley de arbitraje, y solo

¹²⁵ Amparo de Garantías Constitucionales contra el Auto No. 806-12 de 8 de mayo de 2012, Corte suprema de Justicia, 9 de octubre de 2015, Registro Judicial, octubre 2015, pp. 484-490, https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2015/06/rj2015-10.pdf.

podrá rechazar su ejecución, si la parte que se opone a la ejecución presenta un recurso de anulación.

La perspectiva, aunque similar, era diferente en el marco del antiguo Decreto Ley No. 5 de 1999 en donde el Artículo 36 disponía: “*Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad el presente Decreto Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista en el artículo anterior.*”

Esta posibilidad fue reconocida por la CSJ en *Curacao Eximport Enterprises*, donde se rechazó la anulación de un laudo arbitral afirmando que el presente recurso no es viable ya que:

“...las partes en conflicto acordaron someter sus diferencias, y en efecto lo hicieron, a un proceso arbitral internacional regido por el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, de marzo de 2000, renunciando legalmente de esta manera a interponer el recurso de anulación que por esta vía pretende el Banco Disa, S.A. La situación planteada, como es obvio, produce el rechazo de la anulación solicitada e impide a la Sala atender y pronunciarse sobre las otras consideraciones alegadas por el proponente del recurso de anulación”.¹²⁶

Sin embargo, esta norma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, considerando que existía una falta de conformidad de la disposición de la norma con el Artículo 32 de la Constitución Política.¹²⁷ En realidad, esta renuncia era permitida dentro de la perspectiva de que al tratarse de un laudo internacional este aún estaba sujeto al procedimiento de exequátur para su reconocimiento y ejecución.

III. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK APLICADA EN PANAMÁ

La Convención de Nueva York de 1958, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional,¹²⁸ fue concebida para los arbitrajes

¹²⁶ *Curacao Eximport Enterprises, Co., N.V., contra Banco Disa, S.A.*, Sentencia CSJ Sala Cuarta de Negocios Generales, de 5 de mayo de 2003. Ver, asimismo, ARAÚZ, Juan Carlos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Editorial Mizrachi & Pujol, 2015, p. 249.

¹²⁷ De acuerdo con la CSJ, el artículo 36 instituía “un mecanismo para hacer irrecurrible y por tanto definitivo, en abstracto, un laudo arbitral aún no pronunciado, haciendo nugatorio el único medio de impugnación que la ley pone al alcance de las partes, con carácter excepcional, para obtener la reparación de agravios en extremo graves, que escapan del marco normal de la decisión de fondo de un tribunal arbitral”. Resolución 1 de 2005, https://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2000/2005/2005_546_2254.pdf.

¹²⁸ Naciones Unidas. Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, 20 de mayo a 10 de junio de 1958, <https://undocs.org/es/E/CONF.26/8/Rev.1>.

comerciales internacionales, aunque luego haya quedado el término de “sentencias extranjeras” en lugar de “sentencias internacionales”, quizás al considerarse el término “internacional” muy progresista para la época.¹²⁹

Actualmente, la discusión en la mayoría de las legislaciones se centra en la existencia de elementos de extranjería para determinar la internacionalidad del arbitraje. En este sentido, la Ley Modelo de la CNUDMI, señala que un arbitraje es internacional si:

- a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.¹³⁰

La Ley de arbitraje panameña retoma estos mismos presupuestos, agregando además que el arbitraje será internacional cuando “la materia objeto del arbitraje implica prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales”.¹³¹ Es decir que un arbitraje puede tener como sede la República de Panamá y aun ser considerado como un arbitraje internacional, dependiendo de la naturaleza misma del objeto del arbitraje.

Así las cosas, resulta más conveniente hablar de arbitrajes internacionales que de arbitrajes extranjeros, ya que como hemos apuntado, hay ocasiones en las cuales podemos estar frente a un arbitraje con sede en Panamá, y aun así ser considerado internacional, ya sea por alguno de los factores de extranjería o por la materia objeto de la controversia.

¹²⁹ SANDERS, P. (1999) The Making of the Convention. En United Nations, *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*, p. 3.

¹³⁰ Artículo 1(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

¹³¹ Artículo 2 de la Ley 131 de 2013.

Doctrinalmente, también se habla de laudos “a-nacionales” para destacar el hecho de que un laudo internacional carece de nacionalidad. Es decir, un laudo internacional con sede en Panamá no puede considerarse como un laudo panameño.

En este orden de ideas, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la corte Suprema, reconoció y declaró ejecutable un laudo arbitral internacional con sede en Panamá emitido por la Corte de Arbitraje Deportivo.¹³² De acuerdo con la Sala Cuarta:

“De este modo, al no ser probada, ninguna de las causales establecidas en el numeral 1 del artículo 72 de la Ley 131 de diciembre de 2013 citado, pasamos a verificar de oficio, si se configura alguno de los supuestos para que esta Sala no reconozca y ejecute el arbitraje Internacional, contenidos en el numeral 2 del citado artículo, y que guardan relación con el hecho de si el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje y si el reconocimiento del laudo arbitral es contrario al orden público.

...

Por otra parte, es importante recordar que el arbitraje es una de las formas de administrar justicia que reconoce y establece el artículo 202 de la Constitución Política, sin mencionar los tratados internacionales en esta materia que ha ratificado nuestro país, y la Corte debe intervenir mínimamente solo cuando se acreditan aquellas causales que taxativamente establece la Ley para la denegación o la ejecución del laudo internacional, y que éste no es el caso.

...

Así las cosas, luego de examinadas las piezas que conforman el expediente, la solicitud y los documentos que la acompañan, manifestamos que cumple con los requisitos exigidos por la ley panameña, por tanto, no vemos objeción, para que sea reconocido el Laudo Arbitral y se de su ejecución en nuestro territorio.”¹³³

La Corte también confirmó la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 al laudo proferido por la Corte de Arbitraje Deportivo, al tratarse de un laudo internacional, considerando la definición amplia que tiene la Ley 131 de 2013 del laudo arbitral internacional.

IV. DESAFIOS EN EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

¹³² CAS 2013/A/3052 de 14 de febrero de 2014, Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, M.P. Abel Augusto Zamorano, Fallo del 3 de marzo de 2016, Registro Judicial, marzo 2016, pp. 707-805.

¹³³ *Ibid*, pp. 803-805, https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2016/01/rj2016-03.pdf.

En esta sección analizaremos 3 desafíos concretos: (A) Recursos contra la validez del acuerdo en los contratos de adhesión o de proforma; (B) Recursos de Amparo contra el laudo; (C) Abuso procesal y Orden Público.

A. Recursos contra la validez del Acuerdo Arbitral

El Artículo 72 de la Ley 131 de 2013, a la luz del Artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, establece la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo internacional si (i) una de las partes en el acuerdo estaba afectada por alguna incapacidad; (ii) dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

Esta disposición guarda relación también con el Artículo II(3) de la Convención de Nueva York según el cual el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes al arbitraje, “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. A su vez, esta disposición está intrínsecamente relacionada con el principio *Kompétenz-Kompétenz*, o “competencia de la competencia” que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia. Al respecto, el Artículo 30 desarrolla este principio, señalando que esta facultad se da incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Asimismo, consagra el principio de independencia del acuerdo de arbitraje al establecer que: (i) una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, y (ii) la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

En este mismo orden de ideas, el Artículo 17 de la Ley 131 define como efecto procesal del acuerdo de arbitraje:

“la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor del tribunal arbitral y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral. El juez o tribunal ante quien se presenta una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolverse mediante arbitraje se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje.”

Vale la pena aclarar que el principio de competencia de la competencia no equivale a una renuncia de la potestad de examinar la existencia o validez de un acuerdo de arbitraje una vez concluido el proceso arbitral; es decir una vez el tribunal haya dictado el laudo.

B. Recursos de Amparo

Uno de los grandes desafíos para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales en Panamá ha sido el recurso del Amparo de garantías constitucionales en contra del laudo. Podría decirse que hasta en cierta medida esto ha quedado subsanado por el Artículo 66 de la Ley 131 de 2013 que señala que el recurso de anulación del laudo “es la única vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”.

La acción de Amparo es una institución de garantía, cuyo objetivo es obtener la revocatoria de una orden de hacer o no hacer. En efecto, de acuerdo con el artículo 54 de la Constitución, “*toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona*”.

Al respecto, Edgardo Molino Mola ha subrayado que en la República de Panamá no caben las acciones de amparo contra los actos de particulares.¹³⁴ Por consiguiente, en principio, el amparo no podría aplicarse a las actuaciones de los árbitros aunque éstos gocen gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia: (i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, con efecto vinculante para las partes; (ii) el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; y (iii) en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia.¹³⁵ No obstante, el carácter jurisdiccional del arbitraje parece haber despertado cierta hesitación ante la Corte Suprema de Justicia de Panamá en relación con la posibilidad de someter el laudo arbitral a un recurso de Amparo.¹³⁶

¹³⁴ MOLINA MOLA, Edgardo. *La Jurisdicción constitucional en Panamá*, Biblioteca Jurídica, 1998, p. 568.

¹³⁵ JAIME, Margie-Lys. “La Constitucionalización del Arbitraje en Panamá: ¿Paradigma o Paradoja? Estudio desde la perspectiva del derecho panameño y latinoamericano”, *Revista panameña de política*, No. 21, enero-junio 2016, p. 68.

¹³⁶ Cf. ARAUZ RAMOS, Juan Carlos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Editorial Mizrachi & Pujol, Panamá, 2015, 289-292.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha destacado la reiterada jurisprudencia en la materia haciendo énfasis en dos puntos fundamentales. En primer lugar, el objeto de la demanda de amparo debe tratarse de una orden de hacer o de no hacer susceptible de ser impugnada a través del recurso de amparo. En segundo lugar, la Corte ha destacado la necesidad del agotamiento de los medios de impugnación posibles.¹³⁷ Este último punto es importante ya que como sabemos el laudo arbitral tiene sus propios medios de impugnación, a saber, el recurso de anulación.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, ante un amparo de garantías constitucionales promovido contra laudo arbitral de 24 de febrero de 2001, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Considerando que sobre la naturaleza jurídica del tribunal arbitral existen diversas posiciones, sería apresurado concluir de inmediato que la iniciativa constitucional presentada es inadmisibile, por afirmar que los árbitros no son servidores públicos. En este caso, la no viabilidad de la iniciativa deriva del hecho de que la acción subjetiva se dirige contra un laudo arbitral, decisión contra la cual la ley prevé un mecanismo de censura que brinda, precisamente, la respuesta jurisdiccional requerida por la actora, cual es el recurso de anulación contemplado en el artículo 34 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, del Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación; medio de impugnación que dicho sea de paso fue empleado por la demandante y conocido y decidido por la Sala Cuarta de Negocios Generales de esta Corporación de Justicia, mediante resolución judicial calendada 25 de septiembre de 2001, que denegó la petición de anulación del laudo arbitral.”¹³⁸

Como podemos observar, el hecho de que el árbitro pueda ser considerado como “un servidor público” para el ejercicio de la administración de justicia, o de que la Acción de Amparo pueda aplicarse bajo ciertas circunstancias a particulares, deja de tener relevancia. Lo primordial resulta del hecho que haya o no un recurso para hacer valer las garantías fundamentales de las partes. Este recurso, como sabemos, es el recurso de anulación, que

¹³⁷ Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 3 de diciembre de 2004, M.P. Alberto Cigarruista. En el presente caso se estimó que las disposiciones impugnadas del laudo no contenían un mandato dirigido al afectado o que deba cumplir o ejecutar alguna autoridad pública y que de ese acto se derivara un desconocimiento de derechos fundamentales subjetivos del amparista. Asimismo, no se admitió la Acción de Amparo sobre la base de no haber cumplido con los requisitos legales y jurisprudenciales que comandan el agotamiento previo de los remedios posibles. Registro Judicial diciembre 2004, pp. 37-40, <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2019/07/406/registro-judicial-diciembre-2004.pdf>.

¹³⁸ Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 13 de marzo de 2002, M.P. César Pereira Burgos, Registro Judicial marzo 2002, p. 40, <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2019/07/406/registro-judicial-marzo-2002.pdf>.

incluye entre sus causales, la posibilidad de anular un laudo si una parte no ha podido hacer valer sus medios de defensa.¹³⁹ Lo mismo aplica en el marco del reconocimiento y ejecución de un laudo internacional bajo la Convención de Nueva York, en donde el Artículo V(1)(b) contempla la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución si la parte contra la cual se invoca el laudo “*no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*”. Concretamente, esta causal implica que las partes deben haber tenido la oportunidad de ser oídas respecto de sus pretensiones, pruebas y defensas.¹⁴⁰

C. Abuso Procesal y Orden Público

El Orden Público ha sido definido como “la autodefensa o excepción o reserva que tiene todo ordenamiento jurídico para rechazar la aplicación de una ley extranjera normalmente competente, cuya aplicación en el derecho internacional del foro infringe o viola u ofenda, principios fundamentales del sistema”.¹⁴¹ En esta misma línea, el CDIP de Panamá define el Orden Público Internacional como:

“[L]a reserva o poder del juez de la causa de poder rechazar, en virtud de esta excepción, la aplicabilidad de una norma jurídica extranjera o tratado extranjero cuya aplicación de una norma jurídica extranjera o tratado extranjero cuya aplicación dentro de una determinada causa conduciría al juez a violar principios o normas fundamentales de su orden positivo”.

El CDIP distingue además entre el Orden Público Internacional del Orden Público panameño, abarcando este último “las normas imperativas de la legislación panameña que las partes no pueden desatender.”¹⁴²

En la práctica, el Orden Público ha sido frecuentemente utilizado como una causal para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero. Su efectividad, sin embargo, dependerá de las pruebas que aporten las partes sobre la violación de normas fundamentales para el

¹³⁹ El Artículo 67 de la Ley 131 de 2013 señala que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (2) “Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.”

¹⁴⁰ CNUDMI, Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 2016, p. 176, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/2016_guide_on_the_convention.pdf.

¹⁴¹ Gilberto Boutin, “La Noción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado”, *Anuario de Derecho*, Año XXV, 1999, No. 28, p. 223, p. 225.

¹⁴² Art. 160 del Código de Derecho Internacional Privado.

ordenamiento jurídico panameño, aunque en teoría sea una causal que el juez panameño pudiera aplicar de oficio.

En el caso de *Parianti c. ATTT*, interpuesto sobre la base del Tratado Bilateral de Inversión entre Panamá y Francia, la Corte Suprema de Justicia anuló el laudo dictado, entre otras cosas, por tratarse de un laudo contrario al orden público panameño.¹⁴³ Específicamente, quedó demostrado que únicamente la ATTT participó del procedimiento arbitral y que el Estado, a través del Ministerio Público, no había sido notificado de la demanda. Por consiguiente, se fundamentó que el Estado no había podido interponer sus defensas, lo que es contrario al orden público procesal internacional, más aún cuando se trataba de un caso que tenía como fundamento un tratado internacional de inversiones.¹⁴⁴

Parianti, por su parte, adelantó una solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en Francia, logrando que el Tribunal de Grande Instance de París reconociera el laudo arbitral anulado por la Corte Suprema de Justicia panameña.¹⁴⁵ Sin duda, un laudo anulado en el lugar de la sede puede aun ser reconocido y ejecutado dentro de otra jurisdicción.¹⁴⁶ Sin embargo, no puede pretenderse que la decisión judicial que reconozca el laudo arbitral que ha sido anulado en el lugar de la sede sea luego reconocido en la jurisdicción que anuló el laudo. En efecto, esto sería contrario al orden público del Estado puesto que no puede haber dos decisiones contradictorias sobre un mismo caso, envolviendo a las mismas partes, objeto y causa. Asimismo, desde nuestro punto de vista, intentar esto constituiría un abuso procesal que no debería ser permitido. En otras palabras, aunque en principio, las jurisdicciones deben tener una legislación y normativa favorable al reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales, esto no significa que esto se vaya a realizar en contradicción a las normas fundamentales y orden público del Estado del lugar del reconocimiento y donde se pretende ejecutar el laudo.

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia, *Jean Marc Parianti c. Autoridad del Transporte del Tránsito y Transporte Terrestre (ATTT)*, 20 de septiembre 2006, Registro Judicial, <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2019/07/406/registro-judicial-septiembre-2006.pdf>.

¹⁴⁴ JAIME, Margie-Lys. *El Arbitraje sin Lazo Contractual. La disyuntiva entre la protección de las inversiones internacionales y el respeto del orden público panameño*, Cultural Portobelo, 2010.

¹⁴⁵ Tribunal de Grande Instance de París, mandato de exequatur de 19 de septiembre de 2007, notificado el 5 de octubre de 2007. Plazo de apelación expirado el 7 de enero de 2008.

¹⁴⁶ JAIME, Margie-Lys. “El reconocimiento de los laudos anulados en el lugar de la sede”, *Revista Panameña de Derecho Internacional Privada*, ADIPCOP, febrero 2021, pp. 271.

V. CONCLUSIÓN

El reconocimiento y la ejecución de laudos internacionales está en la esencia del arbitraje internacional. De nada valdría tener una decisión que dirima la controversia si luego esta no puede ser ejecutada en o los países donde la parte deudora tiene bienes susceptibles de ejecución. Este es parte del espíritu de la Convención de Nueva York que favorece el reconocimiento y ejecución de laudos, aun cuando estos hayan podido ser anulados en el lugar de la sede arbitral.

Como hemos podido constatar, la legislación y jurisprudencia panameña brindan un régimen favorable para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. La situación no ha sido siempre la misma en la historia del arbitraje en Panamá, teniendo el país que superar algunos desafíos en cuanto a la interpretación de la norma y el posible abuso procesal que pueda presentarse en un determinado caso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAÚZ, Juan Carlos. *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Editorial Mizrachi & Pujol, Panamá, 2015.
- APARICIO, Raúl. “El exequátur en el Código de Derecho Internacional Privado”, *Revista Panameña de Derecho Internacional Privada*, ADIPCOP, octubre 2020, pp. 7-24.
- CASTAÑEDAS, Dayra. “La eficacia del laudo con apego a la ley que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá”, *Revista Panameña de Derecho Internacional Privada*, ADIPCOP, febrero 2021, pp. 239-269.
- ELLIS, Marisol. “Motivos que impiden el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista de la Comisión de Arbitraje*, Panamá, 2019, pp. 119-135.
- GAILLARD, Emmanuel. *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, Thomson Reuters, Paraguay, 2010.
- GUZMÁN GALINDO, Julio César. “Procedimiento para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Perú”, *Arbitraje PUCP*, Perú, pp. 96-104.

- JAIME, Margie-Lys. *El Arbitraje sin Lazo Contractual. La disyuntiva entre la protección de las inversiones internacionales y el respeto del orden público panameño*, Cultural Portobelo, 2010.
- JAIME, Margie-Lys. “La Constitucionalización del Arbitraje en Panamá: ¿Paradigma o Paradoja? Estudio desde la perspectiva del derecho panameño y latinoamericano”, *Revista panameña de política*, No. 21, enero-junio 2016, pp. 49-81.
- JAIME, Margie-Lys. *El Arbitraje en Panamá. Análisis y comentarios a la norma que rige el arbitraje nacional e internacional*, Cultural Portobelo, Panamá, 2019.
- JAIME, Margie-Lys. “El reconocimiento de los laudos anulados en el lugar de la sede”, *Revista Panameña de Derecho Internacional Privada*, ADIPCOP, febrero 2021, pp. 271-294.
- LÓPEZ, Esteban. “El laudo arbitral conforme a la ley panameña”, *Revista de la Comisión de Arbitraje*, Panamá, 2019, pp. 223-235.
- MOLINA MOLA, Edgardo *La Jurisdicción constitucional en Panamá*, Biblioteca Jurídica, 1998, p. 568.
- OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*, Legis Editores, Colombia, 2006.

Prostitución, Y Nuevos Modelos De Explotación Sexual

Virginia Arango Durling
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
País: Panamá
virginia.arango@up.ac.pa / varangodurling@gmail.com
ORCID 0000-0003-2947-0252

Entregado: 28 de septiembre de 2022

Aprobado: 28 de octubre de 2022

RESUMEN

En este ensayo se aborda en el plano dogmático jurídico los delitos de explotación sexual el proxenetismo, el rufianismo, así como la corrupción de menores con fines de explotación sexual, hechos que están relacionados con la prostitución y se reflexiona sobre el derecho a la libertad sexual y los riesgos que conllevan los nuevos modelos de explotación sexual, que promueven la prostitución, evaluando en este último supuesto lo que significa su posible regulación desde la perspectiva de la violencia de género.

ABSTRACT

This essay addresses the crimes of sexual exploitation, pimping, ruffianism, as well as the corruption of minors for the purpose of sexual exploitation, facts that are related to prostitution, and reflects on the right to sexual freedom, and the risks involved in the new models of sexual exploitation, which promote prostitution, evaluating in the latter case what its possible regulation means from the perspective of gender violence.

PALABRAS CLAVES: explotación sexual, rufianismo, proxenetismo, libertad sexual, prostitución digital.

KEY WORDS: sexual exploitation, ruffianism, pimping, sexual freedom, digital prostitution

Sumario: 1. Determinaciones previas. 2. Bien jurídico protegido. 3. Facilitación, reclutamiento y otras formas de explotación sexual con ánimo de lucro (Proxenetismo interno) 4. El Delito de Rufianismo en su modalidad de servidumbre sexual 5. Contribución al proxenetismo de menores. 6. Libertad sexual y los nuevos modelos de prostitución y explotación sexual 7. Conclusiones.

1. Determinaciones previas

Los delitos de explotación sexual tienen antecedentes en el Código Penal de 1982 (2004), tienen por objeto sancionar todas las posibles formas y etapas de la *explotación sexual*, pues es evidente que atentan contra la libertad e integridad personal, en la que predomina un interés de beneficiarse de la prostitución ajena, aunque algunas formas de explotación sexual, han sido ubicadas a partir de la Ley 79 de 2011, como delitos contra la trata de personas, en el Título XVII Delitos contra la Humanidad.

Estos delitos están vinculados a la prostitución, “lacra social tan vieja como la humanidad y que hasta ahora no ha podido totalmente ser abolida, pese a muchos intentos de prohibición que han existido y existen en muchas ocasiones as o menos oficialmente se admite y tolera dentro de ciertos límites, aunque incluso a escala internacional existen acuerdos para reducirla al máximo y castigar algunas conductas concomitantes a la prostitución”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 206.

En esa línea, la incriminación de algunas de las figuras delictivas comprendidas en el código penal responden a directrices internacionales consagradas en instrumentos internacionales, en la que se recomienda a los Estados la adopción de medidas para prevenir, reprimir y sancionar la explotación sexual y la trata de personas con fines de prostitución.

En efecto, el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, de las Naciones Unidas, establece que los Estados se comprometen a castigar a toda persona que para satisfacer las pasiones de otra: a) concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con el objeto de prostituirla, aun con el consentimiento de tal persona, b) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona. Igualmente, los Estados se comprometen a castigar a toda persona que a) mantuviere una casa de prostitución, la administre o a sabiendas la sostuviere o participe en su funcionamiento, b) diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio o local, o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución ajena, la trata y el tráfico de personas.

No cabe la menor duda, entonces, que el legislador patrio tipifica algunos delitos relativos a la prostitución, en la que la explotación sexual con ánimo de lucro, no es más que manifestaciones de lo que se conoce comúnmente como Proxenetismo (art. 180) que se concreta en diversas acciones de promoción de la prostitución, y por otro lado, en la figura del rufianismo (art. 182), aunque en concreto otras (arts. 181 y 183) que guardan relación con éstas, en sí con la trata de personas, se regulan en los artículos 456A.B.C.,D.-E del Título XV.

Ahora bien, por lo que respecta a los términos *prostitución* y *lenocinio* no son sinónimos¹⁴⁸ en el primer caso la prostituta o meretriz hace del comercio sexual de su cuerpo, su modo de vida, mientras que, en el segundo supuesto, no se sanciona a la prostituta, sino al rufián o proxeneta que explota a la persona mediante el comercio sexual de su cuerpo para obtener

¹⁴⁸ MARTINEZ ROARO, M., *Delitos sexuales*, Editorial Porrúa, México, 1975, p.165.

de ello un lucro, en tanto se induce se facilita los medios para dicho comercio, aunque no se obtenga un lucro.

Así pues, proxeneta es el *alcahuete*, es la persona que solicita o sonsaca a otra generalmente una mujer-para que realice actos lascivos con otro sujeto, viene a ser el mediador en las relaciones sexuales irregulares o su encubridor, pero la prostitución en sí no se castiga, sino las actividades relacionadas a ella realizadas por los proxenetes. Por su parte, el rufián, se diferencia del proxeneta, en que no se favorece de la prostitución, sino solamente se disfruta del ejercicio de la misma¹⁴⁹, aunque ambos constituyen formas de explotación sexual porque las personas se convierten en objetos de explotación sexual.

De manera tal, que el problema de la explotación sexual, incluyendo la prostitución es una lacra social, de ayer y de hoy, en la literatura está representada en Margarita, una cortesana en “La Dama de las Camelias”, miseria humana que amenaza a los jóvenes de cualquier sexo que los convierte en un objeto sexual.

Pero, existe, hoy, un mundo glamoroso y atrayente en internet y en las redes sociales para los jóvenes, especialmente mujeres (Sugar baby), estudiantes universitarias que incita a un estilo de vida “sugar”, de apoyo económico, regalos, viajes costosos y demás lujos, que son pagados, en general, a cambio de favores sexuales con hombres (Sugar Daddy), casados mayores de 50 años de edad, con recursos económicos, que establecen un acuerdo en términos y condiciones, en la que, independientemente del derecho a la libertad sexual, es un paso a la prostitución, tema que abordaremos más adelante, y que si bien es un fenómeno atrayentes para jóvenes mayores de edad nada impiden que también acudan a estos sitios los menores de edad poniendo en riesgo su libertad sexual.

A continuación, en este en este breve ensayo nos referiremos a los modelos tradicionales de explotación sexual, así como también a otro nuevo modelo de explotación sexual, que constituye un riesgo no solo para la libertad sexual, sino también para la vida y la integridad personal.

2. Bien jurídico protegido

¹⁴⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES, L.A./ GARCÍA CANTIZANO, M. del C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial San Marcos; Lima, 1997, p.265.

En la doctrina no existe unanimidad de criterios en cuanto al bien jurídico protegido en los delitos de explotación sexual, en estos hechos que históricamente han predominado: la moral pública, las buenas costumbres, entre otros, y para algunos resulta discutible que la prostitución institucionalizada, con sus funestas consecuencias: rufianismo y proxenetismo, constituya un ataque a las buenas costumbres ¹⁵⁰.

Para otros, la tutela de la libertad sexual, entendida como la posibilidad de decisión de cada uno de disponer de su propio sexo, ante sí y ante los demás, queda en concreto prevista en los delitos de Rufianismo y Proxenetismo, sin embargo, no puede obviarse que estamos ante delitos contra la dignidad humana porque la persona se convierte en un objeto para el proxeneta y el rufián.

Pero lo cierto, es que los hechos relativos a la explotación sexual de personas merecen la intervención del Estado pues encierran ataques contra la integridad y libertad sexual de las personas, que son sometidas a servidumbre sexual remunerada (art. 177- 178-179- 180).

Las normas según veremos no castigan en sí la prostitución, sino tienen en mente reprimir todos aquellos actos que consistan en promover o facilitar la prostitución, es decir, en general, la explotación sexual, y tiende pues a proteger la libertad sexual del sujeto pasivo que se ve afectada por los diversos comportamientos de explotación sexual.

No obstante, existe hoy en día una preocupación por los organismos de derechos humanos respecto a un fenómeno cultural Sugar Daddy, que promueve sutilmente la explotación sexual, y en que la Comisión de investigación de malos tratos a mujeres en España que forma parte de Plataforma Cedas-Estambul-Beijing (CEB) ha denunciado que con esto “se trata de normalizar el trato sexista, los roles y los estereotipos de género, es una prostitución encubierta, y la plataforma de estas páginas suponen una captación para las redes proxenetas y perpetúan la visión de las mujeres como objetos de compra y venta, colaborando a engrosar la actividad criminal del sistema prostitucional”, por lo que en

¹⁵⁰ MARTINEZ ROARO, M., Op. cit. p.167.

algunos países como España, se han empezado con campañas Diaconia, para sensibilizar a los jóvenes sobre este fenómeno.

3. **Facilitación, reclutamiento y otras formas de explotación sexual con ánimo de lucro (Proxenetismo interno).**

3.1 Introducción

Previamente a la Ley 79 de 2011, se distinguía dos formas de explotación sexual (L26/2008) una que se realizaba a nivel interno del país, Proxenetismo interno (art.180) y la otra con connotaciones internacionales, Proxenetismo internacional (art.181), aunque más tarde esta última se traslada a los Delitos contra la Humanidad, como trata de personas.

Hay que partir de la diferenciación de proxenetismo que consiste en organizar, promover, reclutar, entre otros, a personas para la explotación sexual con ánimo de lucro, mientras que en la trata de personas se promueve o facilita la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución, y aunque en la última estamos ante una explotación sexual, tiene un carácter transnacional y entraña la participación de un grupo delictivo organizado (art.4o), tal como lo indica el párrafo 2 del artículo 3 de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

Una particularidad del proxenetismo es que estamos ante un acto en virtud del cual con ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer deseos ajenos, se promueve o facilita la prostitución, hecho que desde su acepción antigua, ha sido considerado, como la “acción de solicitar a una mujer para usos lascivos con un hombre o encubriendo o concertando o permitiendo en su casa esta ilícita comunicación”¹⁵¹, en ese sentido el ejercicio voluntario de la prostitución no es delictivo, salvo aquellos ordenamientos jurídicos que no lo permiten.

Cabe resaltar, que hay diversas modalidades, de promoción y de facilitación de la prostitución de personas mayores de edad, para que otros se sirvan sexualmente de ellas, y

¹⁵¹ ARBOLEDA VALLEJO, Mario/ RUIZ SALAZAR, José Armando, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Leyer, Bogotá, 2001, p.228.

tiene en mente tutelar “la normalidad y rectitud del trato sexual de personas mayores de 18 años en cuanto a los motivos generadores de la relación de que se trata”¹⁵².

Ahora bien, si es fundamental señalar, que el legislador incluye a partir de la reforma penal del 2008, la conducta de *instigar* a la explotación sexual, que difiere con respecto a la disposición que le sigue, hecho que a nuestro modo de ver es innecesario, ya que de por sí ésta forma de participación criminal, ya está castigada.

Finalmente, el artículo 180 del Código Penal del 2007 tras la reforma penal mediante Ley 21 de 2018, que castiga el delito bajo estudio dice lo siguiente:

“Quien, con ánimo de lucro, facilite, instigue reclute u organice de cualquier forma la explotación sexual de personas de uno u otro sexo, será sancionado con prisión de siete a nueve años y con doscientos a trescientos días multa.

La sanción será de diez a doce años de prisión, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias siguientes:

1. La víctima sea una persona menor de edad,
2. La víctima sea una persona con discapacidad,
3. La víctima estuviera en una situación de vulnerabilidad que impida o inhiba su voluntad,
4. El hecho sea ejecutado por medio de engaño, fuerza, fraude, abuso de autoridad, abuso de confianza, violencia o cualquier otro medio de intimidación o coerción de la víctima,
5. El autor sea pariente de la víctima por consanguinidad, por afinidad o por adopción o su tutor o cualquier persona que interviene en el proceso de su educación formación y desarrollo integral, o en su dirección, guarda o custodia. En este caso, el autor perderá el

¹⁵² GAVIER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Córdoba, Marcos Lerner Editorial, Córdoba, 2000,p.96.

derecho a la patria potestad, la tutela o la custodia, y quedara inhabilitado en el ejercicio de sus funciones, si estas están vinculadas a la situación de desarrollo integral de la víctima, según corresponda.

6. El autor contagie a la víctima con una enfermedad de transmisión sexual,
7. La víctima resulte embarazada.

3.2 Análisis de la figura delictiva

3.2.1. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sujeto activo es cualquiera persona, hombre o mujer, por lo que se trata de un delito común, e históricamente ha recaído en la figura *del proxeneta, lenon o alcahuete*, siendo realizado no individualmente sino por grupos organizados a nivel nacional, aunque no por ello puedan ser otras personas vinculadas a la víctima.

El proxeneta o lenón, no solo promueve la prostitución sino también se beneficia de ella de acuerdo con la RAE, mientras que el rufián es un sujeto que vive y disfruta de las ganancias obtenidas por la prostitución.

Sujeto pasivo, igualmente puede ser hombre o mujer de cualquier edad, agravándose la pena cuando sea un menor de edad.

La *acción* castigada viene descrita de manera alternativa por diversos verbos rectores *facilitar, instigar reclutar u organizar* cualquier forma de explotación sexual de personas de uno u otro sexo. Con lo anterior se pretende castigar todas las etapas de explotación del comercio carnal siguiendo directrices internacionales, en la que, a nuestro modo de ver, estaríamos ante una actividad realizada en mayor o menor escala con fines de reclutamiento, organización, promoción o facilitación de la prostitución. En efecto, las acciones indicadas, deben ser ejecutadas por el agente con el ánimo de lucro, para obtener

una ganancia o provecho material (no moral) consistente en dinero, sea grande o pequeño, es decir un beneficio¹⁵³.

Por *facilitar* “debe entenderse poner a disposición la oportunidad o los medios, haciendo el hecho posible¹⁵⁴, que no es más que una cooperación, una ayuda o auxilio, mientras que *reclutar*, significa alistar, inscribir, matricular. Por su parte, *organizar* implica que el agente, arregla, estructura, planea o prepara el hecho delictivo, mientras que *instigar*, es determinar a otros a realizar la explotación sexual.”

En el *tipo subjetivo*, el delito es doloso se realiza con ánimo de lucro, con fines de explotación sexual, de reclutar, organizar, promover o facilitar la corrupción, y no la de obtener un disfrute directo de la prostituta, como sucede con el rufián.

La conducta no es castigada a título de culpa.

3.2.1. Formas de aparición delictiva

Los delitos se consuman de manera inmediata cuando se facilita, recluta, instiga u organiza cualquier forma de explotación sexual de personas con ánimo de lucro, y no se requiere que se haya concretado la relación sexual, siendo posible la tentativa en todos los supuestos, salvo en la conducta de instigación.

La autoría y participación criminal se rige por las reglas generales, salvo en el caso de la conducta de instigar o facilitar que no es admisible porque son formas de complicidad e instigación elevadas a categoría de autoría.

3.2.2 Consecuencias jurídicas

La sanción para este delito es de siete a nueve años de prisión y doscientos a trescientos días multa, y se aumenta la pena, respectivamente, de diez a doce años prisión, en los supuestos contemplados en los numerales uno al siete del mismo precepto previsto con exagerado casuismo. En el numeral 7º es desaconsejable por tratarse de la ya criticada

¹⁵³ Véase: NÚÑEZ Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ediciones Lerner Buenos Aires, 1978, p.351.

¹⁵⁴ MUÑOZ RUBIO, C. E./ GONZÁLEZ FERRER, C. E, Op. Cit.108.

responsabilidad objetiva, en otro caso, porque impide la aplicación del concurso de delitos (numeral 6o)

En caso contrario, de que se trate de algunos de los actos previstos en el artículo 456A, que impliquen la realización de hechos realizados por delincuencia organizada, se aplicaran tales disposiciones.

4. El Delito de Rufianismo en su modalidad de servidumbre sexual.

4.1. Introducción y bien jurídico protegido

El artículo 182 del Código Penal del 2007, tras la reforma penal mediante Ley 21 de 2018, dice lo siguiente:

“Quien mediante amenaza o violencia se haga mantener, aunque sea parcialmente, por una persona sometida a servidumbre sexual será sancionada con prisión de cinco a diez años”.

En la doctrina nacional ha sido una trayectoria histórica distinguir entre el rufián y el proxeneta, sin embargo, aunque en la actual legislación advierte ACEVEDO¹⁵⁵, “que no está del todo claro porque la Comisión Codificadora discriminó el rufianismo, partiendo de la tesis, de que, si la prostitución no es delito, como explicar una sanción a alguien que tan solo vive de ese ejercicio sin obligar a la persona a prostituirse para beneficiarse económicamente”.

Por supuesto que esos planteamientos son inaceptables, porque tanto el proxeneta como el rufián (chulo) forman parte de la cadena de explotación sexual, y ambos explotación sexualmente a las víctimas de estos delitos.

Con toda razón, entonces, en fechas más recientes, se ha entendido conceptualmente que “el rufián es aquel que explota las ganancias de una persona que ejerce la prostitución, entendiendo por “explotación la obtención de una utilidad o provecho económico, ya sea en

¹⁵⁵ ACEVEDO, José Rigoberto, *Derecho Penal, Parte General y Especial. Comentarios al Código Penal*, Imprenta Taller Senda., Panamá, 2009, p.210.

dinero o bienes”¹⁵⁶, hecho que ha dado lugar a un debate doctrinal, en cuanto si se trata de una figura típica de rufianismo o de proxenetismo¹⁵⁷.

En todo caso, lo cierto, es “que la expresión “mantenerse”, ha estado vinculada a la explotación de las ganancias provenientes de esa actividad, por lo que la fórmula legal debe ser interpretada, en el sentido de que el sujeto (el rufián) disfruta del ejercicio de la prostitución “¹⁵⁸, y con ello¹⁵⁹”acentúa la acción perversa del sujeto que se hace mantener por una persona que ejerce la prostitución”.

En consecuencia, a nuestro modo de ver la figura introducida por el legislador no está alejada ni del proxenetismo ni del rufianismo, sino que simplemente es una forma de explotación sexual siguiendo los convenios internacionales, aunque se necesario para efectos legales nuestro concretarla como un Rufianismo sui generis, en la modalidad de servidumbre sexual.

En cuanto al bien jurídico protegido es la libertad e integridad sexual de la persona, de acuerdo a nuestra legislación vigente, pero también directamente afecta la sociedad por las actuaciones del rufián que a través de su comportamiento se hace mantener de las ganancias obtenidas por el sujeto pasivo de este delito.¹⁶⁰

4.2 Análisis de la figura delictiva

4.2.1 Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sujeto activo es cualquiera persona siendo indiferente su edad y sexo, y en general se conoce como el rufián, mientras que el sujeto pasivo, es la persona que ejerce la

¹⁵⁶ EDWARDS, C., *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p.72.

¹⁵⁷ Véase: DONNA, E. A. (2001), *Delitos contra la Integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2001, 158.

¹⁵⁸ GUTIÉRREZ, M. (1999), *Delitos sexuales, Aumento de las penas y su eficacia punitiva*, Euned, San José, 1999, p.101.

¹⁵⁹ GUERRA DE VILLALAZ, Aura, VILLALAZ DE ALLEN, Grettell, GONZALEZ HERRERA, Alberto, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Cultural Portobelo, 2017, p.200.

¹⁶⁰ EDWARDS, Op. Cit., p.70.

prostitución tanto el varón como la mujer, que de manera actual se dedica a esta actividad, es decir, es su *modus vivendi*, y que en este caso debe estar sometido a explotación sexual.

La *acción* punible consiste en *hacerse mantener*, aunque sea parcialmente. “Por hacerse mantener, la norma se refiere a la satisfacción de las necesidades habituales de alimentación, vivienda, vestido, etc., sin que sea preciso que derive la satisfacción total de las mismas¹⁶¹, y como se desprende de la norma el sujeto pasivo debe estar sometido a servidumbre sexual, y el rufián debe vivir de las ganancias obtenidas de la prostitución.

En lo que respecta a los *medios de comisión del delito*, la norma vigente introduce que su realización debe efectuarse mediante *amenaza o violencia*, de manera que la ilicitud que se castiga no alcanza otras formas en la que el rufián haya logrado que la prostituta le entregue el dinero, como puede ser a través de engaño, o que a su vez se logre con consentimiento del sujeto pasivo, algo excepcional en estos casos.

En el tipo subjetivo, es un delito doloso directo que requiere conciencia y voluntad de hacerse mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerce la prostitución, o que está sometida a servidumbre. Para tales efectos, debe tener claro que el beneficio recibido producto de la prostitución, ha sido consignado mediante amenaza o violencia.

En este delito no es admisible la forma culposa.

4.2.2. Formas de aparición delictiva

Se consuma el delito con el acto de hacerse mantener de la prostitución ajena, siendo un delito de resultado, pues efectivamente se lesiona la libertad sexual de la víctima, y además, es permanente, y es posible la tentativa.

Son autores, quienes se hacen mantener de la prostitución, y son admisibles las formas de participación criminal.

4.2.3. Penalidad

La pena para este delito es de cinco a diez años de prisión. No se establecen agravantes a diferencia de la legislación anterior que lo estimaba por razones de que fuere un menor de

¹⁶¹ MUÑOZ RUBIO/GONZALEZ FERRER, Op. Cit. p.111.

edad, o persona con discapacidad, o en situación de vulnerabilidad, y a nuestro modo de ver la pena es ínfima tratándose de actos que constituyen una explotación sexual.

5. Contribución al proxenetismo de menores

5.1. Determinaciones previas

El artículo 186, con antecedentes en la reforma penal de 2004 al Código Penal de 1982 y la reforma penal mediante Ley 21 de 2018, sanciona la contribución al delito de Proxenetismo, de la siguiente manera:

“Quien pague o prometa pagar en dinero o en especie o gratifique través a una persona menor que ha cumplido catorce años y sea menor de dieciocho años, o a una tercera persona, para realizar actos sexuales con aquellas, será sancionado con prisión de ocho diez años.

Cuando se trate de una persona que no ha cumplido los catorce años, la pena será de diez a quince años”.

Se trata de un hecho que sigue orientaciones internacionales en materia de trata de personas y explotación ajena, en virtud de la cual el derecho penal adelanta las barreras de protección penal, para castigar la *mera sollicitud* (demanda) o el pago o promesa de pago, independientemente de que se llegue o no a realizar los actos sexuales con el menor de edad, que no es más que un acto preparatorio punible.

Al igual que los delitos anteriores la libertad e integridad sexual es el bien jurídico protegido, que en este caso recae sobre una persona menor de edad, que puede sentirse atraído a aceptar la oferta para solventar problemas económicos o simplemente porque le atrae este estilo de vida, que inclusive pudiera darse a través de plataformas de citas para atraer a menores de edad, aunque las mismas aseguran que hay mecanismos de verificación de la edad y que están prohibidas para los menores de dieciocho años, pero nada quita que pueda colarse un menor de edad en las mismas.

En sentido contrario, son los menores de edad los que acceden voluntariamente a las redes sociales para conectarse con otras personas supuestamente de su edad, pero corren el riesgo de ser acosados, o explotados sexualmente.

5.2. Análisis de la figura delictiva.

5.2.1. Tipo de injusto: Tipo objetivo y subjetivo

Sujeto activo es indiferente, tanto una persona del sexo masculino como femenino., mientras que el *Sujeto pasivo*, solo puede ser la persona menor de edad, ya sea hombre o mujer, y en cuanto al número de personas, el precepto textualmente de manera numérica se refiere solo a “una”.

La *acción punible* viene descrita bajo varios verbos rectores: *pagar o prometer pagar* en dinero o especie o *gratificar*, a una persona que ha cumplido catorce años y menor de dieciocho, o a una tercera persona, para que realice actos sexuales.

En tal sentido, de manera alternativa, se castiga el acto sexual remunerado, en dinero, o en especie, o su gratificación, en la que el menor de edad es por un lado el que solicita tales compensaciones, o por el contrario, puede ser una tercera persona, que lo solicite en nombre de este.

Pero también puede suceder que exista una promesa de pagar, en dinero o en especie o de gratificar al menor de edad, en la que el menor de edad recibe directamente la misma, o sea un tercero el que la solicite.

En ambos casos, a mi modo de ver, no se exige en la norma que efectivamente, se realicen las relaciones sexuales con el menor de edad, pues de darse esta situación, se castiga en otros tipos penales, lo que evidentemente nos coloca ante un acto preparatorio elevado a categoría de delito.

El delito es *doloso*, requiere la conciencia y voluntad por parte del agente, de pagarle o prometerle pagar a un menor de edad o a un tercero, para realizar actos sexuales, con fines de dinero, especie o gratificarlo de otra forma, no se admite la culpa.

5.2.2 Formas de aparición delictiva

Por ser un delito de consumación anticipada, se presenta con el pago o promesa de pago, independientemente de que se realicen o no las relaciones sexuales, la tentativa no es posible.

5.2.3 Penalidad

La pena para este delito es de prisión de ocho a diez años. La pena será de diez a quince años cuando se trate de una persona que no ha cumplido los catorce años.

6. Libertad sexual y los nuevos modelos de prostitución y explotación sexual.

La libertad sexual es la libertad de elección en materia sexual, por ello cualquiera persona mayor de edad con consentimiento puede ejercerla, pero cuando es una mujer que lo hace por gratificación sexual se le conoce como prostituta, aunque más bien debería decirse “mujeres prostituidas”¹⁶², porque en realidad son esclavas sexuales.

Los derechos sexuales tienen tutela penal contra cualquier acto que los afecte, como abusos sexuales, o también contra los actos de proxenetas que promueven la explotación sexual o del rufián que vive de la prostitución.

La lucha contra la explotación sexual no es nada nuevo ni mucho menos la prostitución miseria humana que amenaza a los jóvenes de cualquier sexo que los convierte en un objeto sexual, pero la explotación sexual se reinventa y trae nuevos modelos para atraer a los jóvenes, y por supuesto que el internet y las redes sociales se han convertido en un espacio que facilita y promueve un mundo glamoroso, especialmente mujeres (Sugar baby), estudiantes universitarias que incita a un estilo de vida “sugar”, de apoyo económico, regalos, viajes costosos y demás lujos, que son pagados, en general, a cambio de favores sexuales con hombres (Sugar Daddy), casados mayores de 50 años de edad, con recursos económicos, que establecen un acuerdo en términos y condiciones.

El fenómeno cultural de “Sugar Daddy”, y también “Sugar Mommy”, se promueve en sitios web, cuenta con canciones, fragancias para caballeros, ropa para Sugar Baby, hasta hubo una colección de maquillaje retirada en España por su controvertido mensaje, y se ha

¹⁶² ANTONY, C., Perspectiva de la Criminología Feminista en el siglo XXI, Revista de Derecho Penal y Criminología y Ciencias Sociales, No.3, 2001, p.2

anunciado en camiones cerca de predios universitarios, con el lema “Mejora tu estilo de vida - Sal con un Sugar Daddy” en la que la Ministra de Bélgica, hace unos años denunció que estos” anuncios escandalosos llaman a la prostitución de la mujeres jóvenes”¹⁶³

Desde luego, que todas las personas mayores de edad son libres para decidir sobre su libertad sexual, y no faltan los cuestionamientos morales acerca del “sugar style” o estilo de vida Sugar, pero, tengamos presente que esto es riesgoso para los jóvenes, porque pueden ser víctimas de explotación sexual, de acoso, de tráfico de órganos, de estafa por un falso Sugar Daddy e inclusive ser castigados tributariamente.

Y, ciertamente, que quien domina esta relación, es el Sugar Daddy, tiene capacidad económica, lo hace para sentirse más vital y joven y revivir su juventud, a diferencia del “Sugar baby”, que siente que es una lotería porque consiguió el apoyo económico necesitado, y tal vez piense en un final feliz, al estilo de “Pretty woman” de Julia Roberts y Richard Gere.

En opinión de otros, Sugardating»,” es una práctica normalizada que puede llevar a la prostitución, que trata de alejarla de la tradicional explotación de la mujer encadenada o encerrada en una habitación, en la que se favorece con esto una vida de ensueños pero que a la larga es una trampa y puede ser una puerta a la explotación sexual, pues a manera de ejemplo, el ‘sugardaddy’ va exigiendo cada vez más y más de ella, al final la amenaza con quitarle el dinero que le iba a dar y estropearle la carrera profesional porque es una personas que tiene muchísimos contactos, ella va accediendo a cosas que ella inicialmente no quería hacer», ha explicado. Finalmente «se da cuenta de que se ha metido en la boca del lobo de la que es muy difícil salir». ¹⁶⁴ .

Sobre los riesgos y las afectaciones de derechos humanos, la Comisión de investigación de malos tratos a mujeres en España que forma parte de Plataforma Cedaw-Estambul-Beijing

¹⁶³ SAEED, SAHIM, Belgian ministers file complaint against ‘sugar daddy’ posters at university 9/26/2017

<https://www.politico.eu/article/belgian-ministers-file-complaint-against-sugar-daddy-posters-at-university/>

¹⁶⁴ SOTO, Macarena, Sugardating: una práctica normalizada que puede llevar a la prostitución, Madrid, 1º de julio de 2022 , [https:// efeminista.com/sugardating-practica-normalizada-prostitucion](https://efeminista.com/sugardating-practica-normalizada-prostitucion)

(CEB) ha denunciado que con esto “se trata de normalizar el trato sexista, los roles y los estereotipos de género, es una prostitución encubierta, y la plataforma de estas páginas suponen una captación para las redes proxenetas y perpetúan la visión de las mujeres como objetos de compra y venta, colaborando a engrosar la actividad criminal del sistema prostitucional”, por lo que en algunos países como España, se han empezado con campañas (Diaconia), para sensibilizar a los jóvenes sobre este fenómeno.

“Una investigación hecha recientemente por ABC(link is external) en Australia reveló que cientos de personas experimentan acoso y abuso sexual en Tinder, y lo más abrumador es que Tinder suele ignorar a quienes solicitan ayuda a la app luego de sobrevivir a alguna de esas situaciones. El estudio vuelve a poner en el candelero la necesidad de que haya intermediarios de internet, incluso en las empresas de citas en línea, que tomen medidas más activas para combatir la violencia de género que habilitan esas plataformas. El público exige cada vez más que las apps y los sitios web de citas como Tinder, Bumble, Grindr y Hinge asuman esta responsabilidad moral, pero la posición legal sobre el asunto es poco clara.”¹⁶⁵

En efecto, la tecnología es un medio que ha facilitado la captación de mujeres y niñas, pues se engancha a las mismas con el enamoramiento en redes sociales o con ofertas de trabajo falsas, y luego son trasladadas del lugar de origen al lugar donde serán explotadas sexualmente ¹⁶⁶ La cual ido eliminando la tradicional forma de prostitución.

De conformidad con la Fundación Scelles enfatiza que “La prostitución no es ni trabajo ni sexo. Es la mercantilización de la persona humana. Es la escandalosa explotación de los cuerpos de mujeres, niñas y niños, y en su Informe 5º Mundial (2019) a 35 países del mundo explica sobre este fenómeno global que traspasa fronteras, cuyo sistema de

¹⁶⁵ Divya Srinivasan<https://genderit.org/es/feminist-talk/tiendeme-una-trampa-y-acaba-conmigo-obligaciones-legales-de-las-apps-de-citas-2020>

¹⁶⁶ Véase: GARCIA, Dafne, La trata digita. Exposición sexual en línea.

www.pikaramagazine.com/2022/03/la-trata-digital-exposicion-sexual-en-linea/, 30 de marzo de 2022.

violencia estructurado afecta principalmente a niñas y mujeres, pero también a hombres, y lo peligroso de esto que el “proxeneta” está en tú casa, y llega con el teléfono o una computadora a las niñas, a las jóvenes y mujeres ¹⁶⁷.

Otros por su parte, expresan que “la situación no mejora en el contexto digital. Los sistemas de mujeres de compañía (*escorts*), así como el auge de plataformas de distribución de contenido íntimo como Only Fans, representan espacios de amplio riesgo para las mujeres. “Se debe revisar qué causas ponen a las mujeres en estas situaciones. Si una persona decide vender algún tipo de servicio debería de tener acceso a información sobre cómo protegerse”
¹⁶⁸

Y como se advierte, todo empieza con la subida de fotos normales, luego se siente motivada a colocar otras fotos sensuales como lo hacen sus amigas para ser populares en la red, quizás en un traje de baño, y luego de ello aparecen los proxenetas, con plataformas como Only Fans ¹⁶⁹

7. Conclusiones

En Panamá, como todo país del mundo no se escapa al proxenetismo, la prostitución no se castiga, se sanciona al proxeneta, y valga recordar, a Madame Thonya, la dama del proxenetismo que según señalan los medios de comunicación social manejaba cerca de 44

¹⁶⁷ ZURITA, Javier, El proxeneta está en tu casa, <https://medium.com/@zurita86/el-proxeneta-est%C3%A1-en-tu-casa-3ed693871b21>, julio 19, 2022.

¹⁶⁸ PICHARDO RAMIREZ, Roberto, Prostitución, desaparición y explotación sexual, principales efectos de la trata de mujeres, 8 de diciembre de 2010,

¹⁶⁹ Véase: ZURITA, Javier, Op. Cit. 2022.

mujeres y también ha habido condenas, pero por trata de blancas a ciudadanas extranjeras (2018), aunque las estadísticas de enero a junio 2022 no muestran ninguna denuncia.

Como hemos señalado previamente, las nuevas tecnologías favorecen y facilitan no solo la prostitución, sino también explotación y la trata de personas a nivel mundial, y ya dejado de venderse la primera en las calles sino digitalmente, se comparten anuncios publicitarios, y se discute por ejemplo en España si debe irse por el criterio abolicionista una nueva proposición de ley que prohíbe toda forma proxenetismo y persigue a las personas que se lucran con la explotación sexual de mujeres, pero sabemos que el asunto no es tan fácil¹⁷⁰

A estos efectos, valga señalar,¹⁷¹ “que la prostitución se mantiene y vincula a una cultura de la masculinidad construida socialmente, en el que a los hombres se le suponen unos impulsos sexuales irrefrenables que han de satisfacer de manera inmediata, y la sexualidad femenina es construida como objeto pasivo de satisfacción del deseo masculino. Así los hombres perpetúan este comercio, sin embargo, el hombre se mantiene oculto, girando todo el análisis en torno a la mujer prostituida, permaneciendo protegido en una sociedad que mira para otro lado, y en la que se explota tanto mujeres como hombres siguiendo ese modelo cultural patriarcal de consumo sexual”.

Y si pretendemos pensar en una regulación de la prostitución, ciertamente hay pros y contra, y llama la atención, que como bien se anota en las reflexiones de DIEZ GUTIERREZ¹⁷², afirman lo siguiente: “La regulación no beneficia a las mujeres que son

¹⁷⁰ GALIACHO, Juan Luis, Internet se convierte en el primer medio para consumir nuevas formas de prostitución, <https://elcierredigital.com/tecnologia/346325019/internet-primer-medio-consumir-nuevas-formas-prostitucion.html>

¹⁷¹ FERNÁNDEZ RAIGADA, R.I., Prostitución y trata con fines de explotación sexual: una visión desde la Enfermería Comunitaria, Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIDEC, ISSN 1988-5474, Vol. 11, N°. 1, 2018.

¹⁷² DIEZ GUTIÉRREZ, Enrique Javier, El papel de los hombres en la prostitución https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/5595/Papel_hombres_prostitucion_Enrique_Diez.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p.10

prostituidas, sino a los proxenetas que pasan a denominarse “empresarios del sexo”, dándoles un baño de respetabilidad y proporcionando a la industria del sexo mayor seguridad y estabilidad legal (de ahí su prisa porque se regule), a las redes de trata de blancas que se convierten en corporaciones empresariales que cotizan en bolsa como en Australia, y a los propios clientes-prostituidores, puesto que esto les colocaría en una situación de “normalidad” aceptable socialmente. La regulación expande y aumenta la demanda de la prostitución. Incentiva a los hombres a comprar a las mujeres por sexo en un entorno social más permisible y de mayor aceptabilidad. Aunque fuera verdad que un 5% de las mujeres que ejercen la prostitución lo hacen voluntaria y libremente, lo lógico sería que nos preocupáramos primero por solucionar el problema del 95% que no desea un contrato de prostituta sino un contrato de trabajo.

- Regular la prostitución como un trabajo, equivale a aceptar implícita y explícitamente un modelo de relaciones asimétricas entre hombres y mujeres, equivale a aceptar que los hombres tienen necesidades ineludibles que pueden ser satisfechas mediante el uso del cuerpo de las mujeres.

- Si reglamentamos la prostitución, integrándola en la economía de mercado, estamos diciendo que esto es una alternativa aceptable para las mujeres y, por tanto, si es aceptable, no es necesario remover las causas, ni las condiciones sociales que posibilitan y determinan a las mujeres a ser prostituidas. Además, a través de este proceso, se refuerza la normalización de la prostitución como una “opción para los pobres”.

- No se puede desvincular el tráfico de mujeres con la legalización de la prostitución, porque el tráfico es una consecuencia de la oferta y la demanda que rige el negocio de la prostitución. La legalización promueve el tráfico.

- Es imposible para las mujeres, especialmente para las mujeres de países empobrecidos, demostrar que ellas fueron forzadas a la prostitución o sexualmente explotadas en contra de su voluntad.

· Legalizarla es legalizar la violencia contra las mujeres porque la prostitución es "una forma de esclavitud moderna, un acto de violencia contra las mujeres, una ofensa a su dignidad y una grave violación a los derechos fundamentales".

Ahora bien, como queda de lo previsto la legalización de la prostitución no es una solución viable, y los países que la han acogido los resultados han sido contradictorios, en Holanda, resultó un fracaso, a diferencia de Suecia (1999), aprobó una ley que penaliza la compra de servicios sexuales y despenaliza la venta de dichos servicios, y se considera como una forma de explotación contra las mujeres, y ha establecido políticas públicas al respecto.

Es imprescindible, empezar a concientizar a los niños y jóvenes sobre el derecho a la libertad sexual y el respeto a los derechos humanos. Hay pues que reforzar la legislación penal contra la explotación sexual y la trata de personas, y a la vez “apostar por una intervención preventiva de las causas frente a la represora de las consecuencias, exigiendo al gobierno y a las administraciones erradicar la precariedad del mercado laboral y las condiciones de explotación que en él se viven, que provocan el que la prostitución sea a veces la única alternativa para poder pagar las deudas o mantener a la familia. En vez de beneficiarse de los impuestos recaudados de la industria del sexo, los gobiernos podrían embargar los bienes de la industria del sexo e invertirlos en el futuro de las mujeres que están en la prostitución proporcionando recursos económicos y alternativas reales”¹⁷³

Antes de terminar, los hechos estudiados constituyen formas de explotación sexual, que afectan la dignidad de las personas, su libertad sexual y porque no decir son una forma de violencia de género, en la que no podemos dejar de pasar desapercibido otras conductas delictivas, como, por ejemplo, el Turismo sexual.

¹⁷³ DIEZ GUTIERREZ, Op.cit.2012, p.8.

BIBLIOGRAFÍA

ANTONY, C., Perspectiva de la Criminología Feminista en el siglo XXI, Revista de Derecho Penal y Criminología y Ciencias Sociales, No.3, 2001.

AQUINO, Delito de Rufianería, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971.

ARANGO DURLING, V., Mujer violación y agresiones sexuales, w.w.wpenjurpanamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá.

AROCENA, G. , Delitos contra la Integridad Sexual, Córdoba, Advocatus, 2001.

BEGUE LEZAUN, J.J., Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Barcelona, Bosch, Casa editorial, 1999.

CANCINO, A. , Delitos contra el Pudor Sexual, Bogotá, Temis, 1983.

BOIX REIG, Javier, El delito de estupro fraudulento, Publicación del Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1979.

BRAMONT-ARIAS TORRES, L.A./ GARCÍA CANTIZANO, M. del C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lima, Editorial San Marcos., 1997.

CORIA, D. C. y CASTRO, C. S. M Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Aspectos penales y procesales, Lima, Grijley, 2000.

CORIAT, A., Los prostíbulos son una vía para legalizar el proxenetismo, Marisabel Saravia, octubre 23 de 2015, <https://www.melodijoadelita.com/2015/10/los-prostibulos-son-una-via-para.html>

DELVA BENAVIDES, J. E./ SAID GONZALEZ LOPEZ, I.,

Venta sexual digital: las redes sociales y su regulación internacional

<https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/3742/4055>

DIEZ GUTIÉRREZ, Enrique Javier, El papel de los hombres en la prostitución https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/5595/Papel_hombres_prostitucion_Enrique_Diez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DIEZ RIPOLLES, J. L., La protección de la libertad sexual. Insuficiencias penales y propuestas de reformas, Barcelona, Bosch, Casa editorial,1985.

DONNA, E. A., Delitos contra la Integridad sexual, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores,2001.

EDWARDS, C., Delitos contra la integridad sexual, Buenos Aires, Depalma,1999.

EFE, Prostitución digital: cambian prácticas, tiempos y lugares de encuentro

Valencia | EFE - 1 marzo, 2022 <https://efeminista.com/prostitucion-digital-cambian-practicas-tiempos-lugares>

FERNÁNDEZ RAIGADA, R.I., Prostitución y trata con fines de explotación sexual: una visión desde la Enfermería Comunitaria, Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIDEC, ISSN 1988-5474, Vol. 11, N° 1, 2018.

FUNDACIÓN SCELLES, 5º, Informe mundial de la Fundación Scelles. <https://frontabolicionistapv.blogspot.com/2019/06/5-informe-mundial-de-la-fundacion.html> junio 11/2019

GALIACHO, Juan Luis, Internet se convierte en el primer medio para consumir nuevas formas de prostitución, <https://elcierredigital.com/tecnologia/346325019/internet-primer-medio-consumir-nuevas-formas-prostitucion.html>

GARCIA, Dafne, La trata digita. Exposición sexual en línea.

www.pikaramagazine.com/2022/03/la-trata-digital-exposicion-sexual-en-linea/, 30 de marzo de 2022.

GAVIER, E. , *Delitos contra la libertad sexual*, Córdoba, Marcos Lerner Editorial Córdoba,2000.

GILL SUAZO, H. , Delitos contra el Pudor y Libertad sexual, Panamá,2000.

GUTIÉRREZ, M. , Delitos sexuales, Aumento de las penas y su eficacia punitiva, San José, Euned, 1999.

HINESTROZA, Annette, Madame Thonya” la dama del proxenetismo”, El Panamá América, 25 de octubre de 2017

MARTÍNEZ ROARO, M. , *Delitos sexuales*, México, Editorial Porrúa, 1975.

MORAS MOM, J. , Los delitos de violación y corrupción, Buenos Aires, Ediar,1971.

MUÑOZ RUBIO, C. E./ GONZÁLEZ FERRER, C. E., Delitos contra la Libertad y Pudor Sexual, Universidad de Panam,1989.

PICHARDO RAMIREZ, Roberto, Prostitución, desaparición y explotación sexual, principales efectos de la trata de mujeres, 8 de diciembre de 2010,

8 diciembre 2021 0 <https://desinformemonos.org/prostitucion-desaparicion-y-explotacion-sexual-principales-efectos-de-la-trata-de-mujeres>ROMANO, Bartolomeo, La tutela penale della Sfera Sessuale, Milano, Dott Giuffre editore, 2000.

SAIZ ECHEZARRETA, Anesa, FERNANDEZ ROMERO, Diana, ALVARADO LOPEZ, María Cruz, Prostitución y trata con fines de explotación sexual en la prensa digital española: Análisis comparativo de la producción informativa, <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0719->

SANCHEZ, Sonia, Prostitución, <https://www.unoentrierios.com.ar/la-provincia/la-prostitucion-es-violencia-definio-sonia-sanchez-n2722995.html>

SERRANO GÓMEZ, A., Derecho Penal, Parte Especial, Madrid, Dykinson, 2000.

SIERRA-RODRIGUEZ, Alba, ARROYO-MACHADO, Wenceslao, y BARROS-HURTADO, Domingo, La trata de personas en Twitter: Finalidades, actores y temas en la escena hispanohablante Domingo Barroso-Hurtado. Comunicar, n° 71, v. XXX, 2022 | Revista Científica de Educomunicación | <https://www.revistacomunicar.com/ojs/index.php/comunicar/article/view/C71-2022-06>

SOTO, Macarena, Sugardating: una práctica normalizada que puede llevar a la prostitución, Madrid, 1º de julio de 2022, [https:// efeminista.com/sugardating-practica-normalizada-prostitucion](https://efeminista.com/sugardating-practica-normalizada-prostitucion)

SROMJOVASAN, Dyvya, Tiéndeme una trampa y acaba conmigo: obligaciones legales de las apps de citas para combatir la violencia sexual, 8 de diciembre de 2020 Divya Srinivasan<https://genderit.org/es/feminist-talk/tiendeme-una-trampa-y-acaba-conmigo-obligaciones-legales-de-las-apps-de-citas-para>

TAMARIT SUMALLA, J. , La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual, Navarra, Aranzadi, Thompson-Civitas, 2002.

TELEMETRO, Proxeneta es condenada a 10 años de prisión por explotación sexual 12 de nov de 2018

<https://www.telemetro.com/nacionales/2018/11/12/proxeneta-condenada-prision-explotacion-sexual/1089126.html>

VALDO TIEGHI, R., *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1983.

VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge Enrique, *Delitos contra la libertad y pudor sexuales*, Ediciones fórum Pacis, Santa fe de Bogotá, 1993.

VERA MORALES, Kathia, La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas : Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta / [Preparado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos]. v. ; cm. (OAS. Documentos oficiales, OEA/Ser.D/XXV.25) <https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/Manual-La-violencia-de-genero-en-linea-contra-las-mujeres-y-ninas.pdf> Katya N. Vera Morales2022

ZURITA, Javier, El proxeneta está en tu casa, [https://medium.com /@zurita86/el-proxeneta-est%C3%A1-en-tu-casa-3ed693871b21](https://medium.com/@zurita86/el-proxeneta-est%C3%A1-en-tu-casa-3ed693871b21), Julio 19, 2022.

Privación Ilegal De La Libertad Frente A Las Detenciones Ilegales Y Secuestro

Campo Elías Muñoz Arango
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
campo.munoz@up.ac.pa / campoema@gmail.com
ORCID 0000-0003-2979-5153

Entregado: 28 de septiembre de 2022

Aprobado: 30 de octubre de 2022

RESUMEN

La protección penal contra la libertad individual no solo comprende la privación ilegal de la libertad, sino también otra multiplicidad de conductas delictivas en las que tienen como núcleo común castigar todos aquellos actos que afectan la libertad individual del sujeto pasivo, es decir, la libertad de locomoción, aunque también se destacan entre las mismas, rasgos diferenciadores, como sucede con el delito de secuestro, que es el ánimo de lucro el móvil del agente, mientras que en las detenciones ilegales, el agente no es responsable de la privación de libertad en un centro penitenciario, pero no hace nada para ponerle fin a esa irregularidad que afecta al sujeto pasivo.

ABSTRACT

Criminal protection against attacks on individual freedom not only includes the illegal deprivation of liberty, but also another multiplicity of criminal behaviors in which the common core is to punish all those acts that affect the individual freedom of the passive subject, that is, freedom of movement, although they also stand out among the same differentiating features, as happens with the crime of kidnapping, which is the agent's

motive for profit, while in illegal detentions, the agent is not responsible for the deprivation of freedom in a penitentiary center, but it does nothing to put an end to that irregularity that affects the passive subject.

PALABRAS CLAVES: libertad individual, ánimo de lucro, privación ilegal, secuestro, detenciones ilegales.

KEY WORDS: Individual freedom, profit motive, illegal deprivation, kidnapping, illegal detentions.

Sumario: 1. Introducción 2. El delito de privación ilegal de libertad 3. Las detenciones ilegales y su diferencia con la privación ilegal de libertad. 4. El secuestro y distinción con los otros delitos 5. Consideraciones finales

1. Introducción

En este trabajo pretendemos examinar el delito de privación ilegal de la libertad que atenta contra la libertad individual, derecho humano reconocido constitucionalmente, y a la vez hacer algunas referencias respecto a los delitos que igualmente afectan la libertad individual.

Si bien hay una multiplicidad de conductas incriminadas en el Código Penal que pudieran estar vinculadas con las afectaciones a la libertad individual, preferimos centrarnos en la privación ilegal de la libertad (art.149) y con ello también destacar las diferencias y semejanzas que se dan en otros delitos, como son las detenciones ilegales y el secuestro.

Por último, la libertad individual exige una tutela penal, puesto que con este comportamiento se restringe la capacidad ambulatoria de la persona, al estar privado de su libertad no solo por particulares sino también en ocasiones por servidores públicos, por detenciones ilegales, e inclusive por retenciones policiales de corto tiempo

2. El delito de privación de libertad

2.1 Introducción y bien jurídico protegido

La privación ilegal de la libertad se castiga en el artículo 149 del Código Penal, que dice lo siguiente:

“Quien ilegalmente prive a otro de su libertad será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Si la privación de libertad fue ordenada o ejecutada por un servidor público con abuso de sus funciones, la sanción será de dos a cuatro años de prisión”.

Con antecedentes en el Código Penal de 1982, se observa que establece una agravante cuando la privación ilegal de libertad la realiza un servidor público con abuso de sus funciones.

El artículo 21 del texto constitucional panameño nos dice que nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley, principio igualmente en convenios de derechos humanos.

La tutela penal recae sobre “la libertad ambulatoria, libertad de actuación, es decir, la capacidad del hombre para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.146.

“El fin de esta incriminación -dice MAGGIORE¹⁷⁵ no es defender la persona del aniquilamiento total de su libertad física, sino de las agresiones contra una parte de ésta, con más precisión, de las agresiones contra la libre facultad de movimiento”.

En ese contexto, el propósito de la norma es proteger a la persona contra todos aquellos actos que quieran aniquilar su libertad física de locomoción, es decir, su capacidad de moverse, actos arbitrarios que le impidan ir de un lugar a otro.

2.2. Análisis del delito

2.2.1 Tipo Objetivo y subjetivo

En primer lugar, tenemos al sujeto activo de esta infracción que puede ser cualquier persona, ya que la norma no establece ninguna cualidad específica en el sujeto. Se trata de un delito común y mono subjetivo¹⁷⁶, pues solo basta la intervención de un sujeto para que se configure el delito bajo examen.

La norma permite también que sea sujeto activo un servidor público el que prive al sujeto con abuso de sus funciones, sin ningún tipo de conducta que justifique su comportamiento, de manera que se castigue no sólo para quien ordena, sino también para quien cumple con dicha orden.

En cuanto al sujeto pasivo es la persona que sufre la privación ilegal de su libertad, que puede ser de cualquier edad o sexo o condición social o económica, en la que se afecta su capacidad de ambulatoria o de locomoción.

El Código Penal castiga los actos de privar, verbo rector, de la conducta típica. Así se priva de libertad de manera ilegal al sujeto pasivo por cualquiera persona, inclusive por un servidor público abusando de sus funciones.

¹⁷⁵ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Temis, Bogotá, 195, p.455.

¹⁷⁶ Véase: GUERRA DE VILLALAZ, Aura, VILLALAZ DE ALLEN, Grettel, GONZALEZ HERRERA, Alberto, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Cultural Portobelo, 2017, p.82.

MENDOZA TRONCONIS ¹⁷⁷ nos dice” que privar a una persona de su libertad personal es “poner un individuo a otro un impedimento a la actuación de su voluntad natural en relación con todo movimiento de ese sujeto pasivo”, de manera que se le prive del derecho de locomoción.

Hay muchas formas en que se puede privar a una persona de su libertad, ya sea encerrándola en una habitación para que no salga y pueda ir a otro lugar abierto, también atándola, o suministrándole drogas para que esté inconsciente, por lo tanto, puede emplearse cualquier medio de comisión que logre el propósito del agente del delito¹⁷⁸.

En general, estamos ante un delito de comisión, que implica que se pone en ejecución una conducta positiva de hacer algo. La omisión, por tanto, no es admisible en nuestra legislación.

Para efectos de la privación de libertad, no es relevante la duración de esta, pues se ha entendido que, aunque sea por breve tiempo se consuma el delito, y estamos ante un delito permanente, que se mantiene durante todo el tiempo en que el sujeto pasivo se halle privado de su libertad.

La expresión “ilegalmente” implica que el acto es contrario a la ley, es ilícito porque no se lleva a cabo por los procedimientos legales o no existe autorización para ello. No sería por tanto ilegal, si el servidor público tiene autorización para ello en el ejercicio de sus funciones, o cuando sorprende al sujeto in fraganti delito.

Por el contrario, es ilegal cuando el servidor público lo hace con abuso de sus funciones, o sin cumplir las formalidades prescritas por la ley”, o para perjudicar a otra persona.

¹⁷⁷ MENDOZA TRONCONIS, José’, *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Empresa El Cojo, Caracas, 1975, p.276.

¹⁷⁸ SERRANO GOMEZ, Alfonso, SERRANO GOMEZ MAILLO/ Alfonso, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, VASQUEZ GONZALEZ, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, 2021, p.139.

Estamos ante un hecho que solo puede ser realizado con dolo, por tanto, el sujeto tiene la intención de privar al sujeto pasivo de su libertad, sin ningún propósito en particular. La culpa no es admisible.

2.2.2. Causas de justificación

Como hemos indicado previamente, las privaciones de libertad por un servidor público en ejercicio de sus funciones no constituyen hecho punible, ni mucho menos la privación de libertad por un particular, en estado “infraganti”, pudiendo sumarse aquellos castigos moderados impuestos por los padres a los hijos que limitan la libertad, en virtud del derecho de corrección.

2.2.3 Formas de aparición delictiva

Estamos ante un delito instantáneo, se consuma en el momento de la privación de libertad, y afecta la libertad del sujeto, de manera que constituya una lesión a esa libertad. Además, se caracteriza por ser un delito permanente y de consumación anticipada¹⁷⁹.

La autoría y participación criminal no presenta ninguna particularidad, y se sigue las reglas generales, al respecto.

2.2.4. Consecuencias Jurídicas

El autor es castigado con pena de tres años de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana, en el tipo básico.

Hay una circunstancia agravante que aumenta la pena del sujeto activo, cuando concurre el hecho en la actuación de un servidor público que es de dos a cuatro años de prisión.

Es importante señalar, que el código vigente ha eliminado una serie de circunstancias agravantes previstas en la legislación anterior, y que a su vez no contempla circunstancias atenuantes.

¹⁷⁹ LAMARCA PEREZ, Carmen (Coordinadora), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3a edición, Colex, Madrid, 2015, p.91.

Nada impide que este hecho concurra con otros delitos como nos dice QUINTANO RIPOLLES¹⁸⁰, como es el supuesto del delito de usurpación de funciones públicas por quien finge ser autoridad o agente de este hecho.

3. Las detenciones ilegales y su diferencia con la privación de libertad.

3.1 Introducción

Son muchos los delitos contra la libertad, pero en este caso pasaremos a abordar las semejanzas y diferencias con las modalidades relacionadas con la Admisión o retención abusiva en una cárcel y connivencia con una detención ilegal, que son realizadas por servidores públicos, y más adelante, con el delito de secuestro.

En este contexto, los artículos 154 y 155 dicen lo siguiente:

Art. 154: “Quien esté encargado de la dirección de un centro penitenciario y admita a una persona en él, sin orden escrita de la autoridad competente o desobedezca o retarde indebidamente la orden de ponerla en libertad, será sancionado con prisión de uno a dos años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana”.

Art. 155 “El servidor público competente que, habiendo tenido conocimiento de una detención ilegal, omita o retarde tomar las medidas para hacerla cesar será sancionado con prisión de uno a dos años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana”.

Como primer aspecto, hay que señalar que es similar el bien jurídico protegido y el objeto material en estos delitos pues se protege la libertad individual y en el segundo caso recae sobre la persona privada o retenida por el agente de estos delitos.

3.2. Admisión o Retención Abusiva en una Cárcel

En el delito bajo examen, al igual que la privación ilegal de la libertad se protege la libertad individual, que en este caso es privado por un sujeto encargado de la dirección de una

¹⁸⁰ QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da., edición, 2 tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p.783.

prisión o cárcel, que tiene dentro de sus funciones solo admitir el internamiento de sujetos cuando haya orden de autoridad competente.

Y claro está, que en este caso no hay una justificación para admitir a esa persona en el centro penitenciario, por lo que se fundamenta el castigo para el agente que comete este hecho delictivo.

A diferencia de la privación ilegal de la libertad, el sujeto activo es un servidor público, el encargado de la dirección de una cárcel, siendo por tanto un delito especial. El *sujeto pasivo*, es la persona que es afectada en su libertad, por cualquiera de las modalidades previstas en la norma bajo examen.

En cuanto a la acción, es diversa a la privación ilegal de la libertad, sin embargo, se enmarca en hechos que impiden la facultad de locomoción del sujeto pasivo sin causa que lo amerite.

Así tenemos, que la conducta reviste tres formas distintas:

- a) admitir a una persona en la cárcel sin orden escrita de la autoridad competente o,
- b) desobedecer la orden de poner en libertad a alguna persona, cuando ello emana de la autoridad competente.
- c) retardar indebidamente la orden de ponerla en libertad.

Admitir es un comportamiento positivo, que implica dejar, ingresar; en la segunda, estamos ante una omisión, se rehúsa o se niega a poner en libertad, y por último, “retardar” indebidamente ponerla en libertad, lo que supone que tiene conocimiento de su encarcelamiento indebido.

El tipo subjetivo es doloso, sin que se exija un propósito o finalidad especial. Y estamos ante un dolo directo.

La culpa en el sujeto es impune, ya que este delito supone la intención y voluntad de cometer el hecho, situación que es ajena a los supuestos de culpa.

No hay ninguna particularidad respecto a la consumación, es un delito permanente al igual que la privación ilegal de la libertad.

La tentativa es admisible en la primera modalidad, más no en la segunda, pues en este caso la consumación se da o no, pero no es viable la tentativa, ya que estamos en presencia de un delito de omisión.

En cuanto a el autor es el encargado de la dirección de la cárcel que incurre en alguna de las modalidades antes examinadas, y este delito admite formas de participación en la primera modalidad, más no en la segunda, pues la participación es inadmisibles en los supuestos de omisión.

Para terminar, hay un aspecto que vale mencionar, y es que la pena en este delito es de prisión de uno a dos años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana, mientras que en la privación ilegal de libertad de tres años de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana, en el tipo básico, castigándose más grave los ataques a la libertad realizados por un particular, que en lo que respecta a cuando es un funcionario del centro penitenciario.

No se establecen circunstancias agravantes para este delito.

3.3 Connivencia con una detención ilegal (art.155)

El artículo 155 dice lo siguiente: “El servidor público competente que, habiendo tenido conocimiento de una detención ilegal, omite o retarda tomar las medidas para hacerla cesar será sancionado con prisión de uno a dos años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana”.

Como primer aspecto, hay que señalar que es similar el bien jurídico protegido y el objeto material en estos delitos pues se protege la libertad individual y en el segundo caso recae sobre la persona privada o retenida por el agente de estos delitos.

A diferencia de la privación ilegal de libertad, el sujeto no es responsable de la misma, sin embargo, permite o consciente que se dé la irregularidad de la detención ilegal del sujeto.

Se trata de una situación en la que el servidor público tiene conocimiento de que está afectada la libertad individual del sujeto, pero no hace nada para que se ponga fin a la misma.

El sujeto activo de este delito es un servidor público, siendo un delito especial, a diferencia del delito de privación ilegal de libertad. Sin embargo, hay que recordar que también puede serlo, pero se le agrava la pena en la privación de libertad.

En cuanto al sujeto pasivo, es la persona que está afectada, que ha sido detenida ilegalmente y que por tanto su privación de libertad es una irregularidad, en la que el servidor público, agente de este delito, no toma en consideración para devolverle su libertad. Por tanto, también está afectada la Administración de Justicia.

El comportamiento punible viene descrito por los actos de omitir o retardar adoptar tomar la medida pertinente o necesaria para hacer cesar una detención ilegal, cuando el servidor público tiene conocimiento de estos hechos por razón de sus funciones.

En este delito, solo puede serlo el servidor público que tiene conocimiento de la privación irregular de la libertad del sujeto pasivo en ejercicio de sus funciones, y que está obligado a ponerle fin a esa arbitrariedad.

El delito solo puede ser doloso, y la culpa no es admisible.

El delito se consuma tan pronto el agente que ostenta el deber en cuestión omite o retarda tomar las medidas para hacer cesar una detención ilegal u omite o retarde denunciarla a la autoridad correspondiente.

A nuestro juicio, la tentativa es inadmisibles, ya que en estos casos el sujeto hace lo ordenado por la norma lo hace en cuyo caso hay consumación o se incumple con él deber de actuar impuesto por la norma.

Es autor el servidor que omite o retarda el comportamiento impuesto por la norma bajo estudio, siempre que también ostente el deber consagrado en la misma.

La participación no es viable en el delito bajo examen, ya que sólo es responsable quien ostenta el deber de impedir que la detención continúe o quien debe denunciarla a la autoridad correspondiente.

La pena prevista para el servidor público que omita hacer aquello que la norma ordena es de uno a dos años de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

4. El delito de secuestro y su distinción con los otros delitos.

4.1 Introducción

Al examinar el delito de secuestro extorsivo determinaremos que tiene similitudes con el delito de privación ilegal de libertad, pues a través de este comportamiento delictivo se afecta también la libertad del sujeto pasivo, aunque hay diferencia respecto al modus operandi y los fines por parte del agente del delito que es obtener un provecho económico, al igual que con respecto a las detenciones ilegales porque el servidor público no es quien priva al sujeto de la libertad, pero tiene conocimiento de que su detención ilegal pero retarda, omite y en general, no hace nada para restablecerle la libertad.

El delito de secuestro castigado en el artículo 150 expresa lo siguiente:

“Quien secuestre a una persona para obtener de ello o de otra como precio de liberación, dinero, bienes, información, documentos con efecto jurídicos por acción o por omisión o algún provecho a favor suyo o de un tercero, aunque no logre el fin perseguido, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Igual sanción se impondrá a quienes en reparto de funciones o tareas participen en la comisión del delito brindando aportes dirigidos a garantizar su consumación, aunque esta no se haya producido por la intervención de las autoridades competentes, y a quienes tengan conocimiento de la comisión del delito y omitan informar a las autoridades”.

La pena señalada en este artículo se aumentará de un tercio a la mitad cuando el secuestro se ejecute:

1. En la persona que ostente inmunidad reconocida por el Derecho Internacional.

2. En un huésped o invitado del gobierno nacional o de cualquier ente público.
3. En un menor de edad con discapacidad, una mujer embarazada o una persona mayor de setenta años.
4. En la persona de un pariente cercano o a aprovechando la confianza depositada en el autor o en alguno de los copartícipes.
5. Con el fin de obligar al gobierno nacional o a cualquier otro gobierno que realice o deje de realizar un acto.
6. En la persona de un miembro de la Fuerza Pública, del Órgano Judicial, del Ministerio Público, de la Autoridad Nacional de Aduanas y otros estamentos de seguridad pública o de parientes de dichos funcionarios, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y que el hecho sea motivo del resultado del ejercicio de sus cargos.
7. Por un miembro de un grupo insurgente o del crimen organizado, o por persona que haya ingresado al país para ejecutar el hecho.
8. Por una persona que ha sido o es miembro de uno de los organismos de seguridad del Estado”.

A partir del Código Penal del 2007 el secuestro es un delito contra la libertad, y no el patrimonio, pues se le da más importancia a la libertad pues ciertamente se afecta gravemente esa libertad de locomoción al solicitar de manera coactiva dinero a cambio de la misma.

Estamos ante un secuestro extorsivo que afecta la libertad individual que requiere de una protección especial por parte del Estado, y técnicamente algunos prefieren referirse a este hecho como el delito de plagio o secuestro lucrativo, porque en efecto el sujeto activo tiene

como móvil principal privar de libertad a la persona para obtener un provecho económico¹⁸¹.

Se atenta contra la libertad ambulatoria por la detención o encierro, pero se le añade la exigencia de alguna condición, a cumplir por la misma persona encerrada o por un tercero, de manera que no puede haber secuestro cuando se mantiene encerrado a una persona durante un plazo para que no pueda intervenir en una votación que es decisiva¹⁸². Es ese medio coactivo empleado por el agente del delito lo que hace más grave el delito de secuestro frente a la privación ilegal de libertad, aunque en ambos se afecta la libertad de locomoción del sujeto pasivo.

Por lo que respecta, al sujeto activo del delito de secuestro, al igual que la privación ilegal de la libertad es un delito común, aunque en este delito por regla general el número de sujetos que intervienen siempre es más de uno.

No hay diferencias respecto al sujeto pasivo de este delito con la privación ilegal de libertad, lo cual puede ser cualquier persona, aunque es evidente que debe tratarse de un individuo que goza de cierta rentabilidad o tiene riqueza económica que lo hace atractivo al sujeto activo para realizar este delito. Por tanto, no solo es sujeto pasivo a quien se le priva la libertad, sino también conjuntamente con ello recae sobre quien es afectado en su patrimonio económico.

Además, llama la atención que el legislador establece un listado de posibles personas que pudieran ser sujetos pasivos del delito en la que se condiciona el aumento de la pena, situación que no ocurre con la privación ilegal de libertad.

Sobre el objeto material lo constituye el sujeto pasivo objeto del secuestro extorsivo y el objeto de beneficio que obtenga el sujeto activo.

¹⁸¹ GUERRA DE VILLALAZ, Op. Cit. p.81

¹⁸² ROMEO CASABONA, Carlos/ SOLA RECHE, Esteban, BOLDOVA PASAMAR (coordinadores), *Derecho Penal, Parte Especial*, Granada, 2016, p.137,

La conducta típica, consiste en “secuestrar, que para los efectos debe entenderse como la privación ilegítima de la libertad personal, para obtener de ella o de otra, como precio de liberación, dinero, bienes, información, documentos con efectos jurídicos.

La norma no establece los medios de comisión del delito, por lo que puede llevarse a cabo por cualquier medio idóneo, como suele ser el fraude, engaño, amenaza, coacción, etc. o intimidación de dañar o matar a la persona secuestrada¹⁸³

De igual forma, el presente delito es de daño, de peligro y de carácter permanente.

Hay otros comportamientos comprendidos en el secuestro como son brindar aportes o ayudas al secuestrador para que logre su cometido, que no es más que una participación criminal, elevadas a categoría de autoría, y en otro caso, omitir informar a las autoridades cuando se tenga conocimiento de un secuestro (conducta omisiva), en la que puede conjugarse acciones de un particular o un servidor público (art.83 C.P.P.), por ejemplo el de un médico que es llamado para atender y luego se entera de que la persona ha sido secuestrada.

El delito es doloso, al igual que sucede con la privación ilegal de libertad, sin embargo, el móvil del agente no es simplemente secuestrar sino lo que más le interesa es obtener como precio de liberación, dinero, bienes, información, documentos u otras cosas con efecto jurídico. Es pues, el ánimo de lucro lo que lleva al agente a cometer el secuestro.

Finalmente, el ánimo de obtener lucro debe ser inmediato y no posterior, y si el sujeto activo tiene como finalidad exigir el rescate con el objeto de ejercer un derecho no sería secuestro, sino ejercicio arbitrario de un derecho (art. 392).

En cuanto a la consumación coincide con la privación de libertad cuando se secuestra a la persona, y no es necesario que haya obtenido el rescate que ha solicitado a cambio de la libertad de la persona.

Sobre la tentativa es posible, BRAMONT ARIAS¹⁸⁴, nos dice que en la realidad práctica es difícil determinar los actos de inicio de ejecución del delito, y trae como ejemplo de

¹⁸³ Véase: MENDOZA TRONCONIS, Op. Cit p..214.

tentativa, cuando Jacinto y Federico, quienes quieren secuestrar a Heriberto, no logran su objetivo al lograr ese deshacerse de ellos cuando lo iban a subir al carro.

Son autores lo que realizan el secuestro y las conductas de omitir denunciar cuando tiene conocimiento de ello.

La participación criminal puede ser admisible, aunque debe tratarse de actividades distintas de las que establece el segundo párrafo del artículo 150, por lo que solo parece viable la instigación.

La pena es de prisión de quince a veinte años, y de igual forma será para los que participen en el hecho, y así como también a los que omitan denunciar el secuestro teniendo conocimiento de ello.

Se fijan atenuantes en el artículo 160, disminución a la mitad, si el autor pone espontáneamente en libertad a la víctima, antes de que se inicie investigación criminal, sin haber alcanzado el objeto que se propuso y sin causarle daño.

Finalmente, también se fijan penas más graves en atención a otros criterios, tales como, por ejemplo, a) con respecto a la persona que realiza el hecho, b) en relación con el sujeto pasivo c) para obtener determinados fines, aunque tales formulaciones sean desaconsejables.

5. Consideraciones finales

La privación ilegal de la libertad es un delito contra la libertad que atenta contra la libertad individual y al examinar este delito hemos apreciado que existen muchas semejanzas, pero también diferencias respecto a la multiplicidad de conductas que castiga el legislador panameño.

El bien jurídico común del delito de privación de libertad, como de las detenciones ilegales y del delito de secuestro lo constituye la libertad individual y hay un elemento común

¹⁸⁴ BRAMONT-Arias Torres, Luis Alberto/ GARCIA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Editorial San Marcos, Lima 1997, p.188.

respecto del sujeto pasivo, en cuanto se ve afectado su libertad ambulatoria, de locomoción por parte del agente del delito.

Ciertamente, que saltan a la vista diferencias respecto del sujeto activo del delito, en la privación ilegal como en el secuestro puede ser cualquier persona, mientras que en las detenciones ilegales es un servidor público.

Por lo que respecta a los móviles, en la privación ilegal de libertad no se requiere ninguna finalidad, tampoco podemos decir que en las detenciones ilegales se señala expresamente el mismo, pero puede haberlo, mientras que, en el secuestro extorsivo, es el ánimo de lucro lo que hace que el agente del delito secuestre a la persona para obtener un provecho económico.

Por lo demás, estamos ante delitos permanente, en la que el sujeto pasivo es indeterminado, puede ser cualquier persona de cualquier edad o sexo, aunque en el secuestro se agrava la pena tomando en cuenta la calidad del sujeto pasivo.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, J. R., Derecho Penal, Parte General y Especial. Comentarios al Código Penal, Panamá, Panamá, Imprenta Taller Senda, 2009.

ARANGO DURLING, V./ MUÑOZ POPE, C., Delitos contra la Libertad, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1989.

ARANGO DURLING, V., “El detenido y el respeto a su dignidad” en El Panamá América, 5 de agosto de 1996, p. 7-A “Privaciones ilegales de libertad y derechos humanos” en El Panamá América, 10 de agosto de 1998, p. 19-A.

ARBOLEDA VALLEJO, M./ RUIZ SALAZAR, J.A., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Leyer, 2001.

BANACLOCHE PALAO, J., La libertad personal y sus limitaciones, detenciones y retenciones en el Derecho español, Madrid, McGraw Hill, 1996.

BENÍTEZ MORENO, L., Libertad protegida, Introducción al estudio de los delitos contra la libertad y seguridad de las personas, Madrid, Colex, 1994.

BRAMONT-ARIAS TORRES, L.A./ GARCÍA CANTIZANO, M. del C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lima, Editorial San Marcos, 1997.

CAIROLI MARTINEZ, M., Curso de Derecho penal uruguayo, Parte Especial, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

DURAN, C., Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

DE HOYOS SANCHO, M., La detención por delito, Pamplona, Aranzadi, 1998.

GARCÍA MORILLO, J., El derecho a la libertad personal (Detención privación y restricción de libertad), Universidad de Valencia, 1995.

GARCIA VALDES, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., Lecciones de Derecho penal, Parte Especial, Adaptado a la docencia del Plan de Bolonia, Madrid, Edisofer, 2017.

GRIMA LIZANDRA, V., Los delitos de tortura y trato degradantes por funcionarios públicos, Universidad de Valencia, 1998.

GUERRA DE VILLALAZ, A., VILLALAZ DE ALLEN, G., GONZALEZ HERRERA, A. (2017), Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Panamá, Cultural Portobelo, 2017.

LAMARCA PEREZ, C., (Coordinadora), Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 3a edición, Madrid, Colex, 2020.

MAGGIORE, G., Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Editorial Tami, 1956.

MENDOZA TRONCONIS, J., Curso de Derecho Penal Venezolano, Caracas, Empresa El Cojo, 1964.

MORAS MOM, J./ DAMIANOVICH, L., Delitos contra la libertad, Buenos Aires, Ediar, 1972.

MUÑOZ ARANGO, C.E., El delito de secuestro, Anuario de Derecho No.48, 2019.
https://revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/1128/94

MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal, Parte especial, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., El delito de detención, Madrid, Editorial Trotta, 1992.

POLAINO NAVARRETE, M./ CARMONA SALGADO y otros, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, Marcial Pons, 1997.

POLAINO NAVARRETE, M., El delito de detención ilegal, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1982.

PORTILLAS CONTRERAS, G., El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, Madrid, Edersa, 1990.

QUINTANO RIPOLLES, A., Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, 2da., edición, 2 tomos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1972.

SALIDO VALLE, C., La detención policial, Barcelona, J.M. Bosch editorial, 1997.

SERRANO GOMEZ, A., SERRANO GOMEZ MAILLO/ A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VASQUEZ GONZALEZ, C., Derecho Penal, Parte Especial, Madrid, Dykinson, 2021.

SILVA SANCHEZ, J. M. (director), Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Atelier libros jurídicos, 7ª edición, 2021.

SOLSONA, E., Delitos contra la libertad, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1987.

Los Datos Abiertos Como Estrategia Para El Fomento De La Reactivación Económica En Pandemia En La República De Panamá

Elsa Fernández Aguilar
Universidad de Panamá
Directora general de la Autoridad Nacional de
Transparencia y Acceso a la Información
País: Panamá
elsa.fernandez@up.ac.pa
ORCID 0000-0001-9894-1586

Entregado: 1 de julio de 2022

Aprobado: 30 de septiembre de 2022

Resumen:

La pandemia del COVID -19, es el fenómeno más trascendental del siglo XXI, y se visualiza un antes y un después para la sociedad mundial. Algo característico de la infección por el coronavirus, es su alto grado de propagación teniendo como una de sus causas la gran conectividad propia de un mundo globalizado.

Cierto es, que muchos Estados, tienen como denominador común afectaciones focalizadas en el sector salud, en el sistema económico y el sociopolítico, por lo que la globalización, de la cual todos formamos parte, nos presenta un mayor desafío, ya que al permitir el intercambio de conocimientos, de bienes y servicios y de mercados sociales, exige una gobernanza de los distintos actores sociales a nivel del sistema internacional y local con la finalidad de buscar posibles soluciones al problema global que el COVID -19 género en el ámbito económico.

Ante este contexto internacional y local de crisis económica, el gobierno panameño en conjunto con diversos actores sociales, deben desarrollar planes de acción que busquen solución a las demandas sociales, e iniciar un proceso de apertura de datos abiertos relevantes (comercial), para generar la reactivación económica necesaria para el desarrollo humano y sostenible de todos.

Palabras clave: gobierno abierto, datos abiertos, reactivación económica, COVID-19 y pandemia.

Abstract: *The COVID -19 pandemic is the most transcendental phenomenon of the 21st century, and a before and after is visualized for world society. Something characteristic of the coronavirus infection is its high degree of spread, having as one of its causes the great connectivity of a globalized world.*

It is true that many States have as a common denominator focused affectations in the health sector, in the economic and sociopolitical systems, so that globalization, of which we are all part, presents us with a greater challenge, since by allowing the exchange of knowledge, goods and services and social markets, requires governance of the different social actors at the international and local system level in order to seek possible solutions to the global problem that COVID -19 has generated in the economic field.

Given this international and local context of economic crisis, the panamanian government, together with various social actors, must develop action plans that seek solutions to social demands, and initiate a process of opening relevant open data (commercial), to generate the economic reactivation necessary for the human and sustainable development of all.

Keywords: *open government, open data, economic reactivation, COVID-19, and pandemic.*

1. Introducción

Gracias a las tecnologías de la información, las entidades públicas han podido dinamizar su interacción con el ciudadano de una manera rápida y efectiva, como liquidación y pagos de impuestos, pagos de servicios públicos, peticiones y reclamos, entre otros, son trámites que se pueden hacer vía electrónica tal y como se hicieran presencialmente.

Todos esos trámites dejan una traza en la atención realizada vía electrónica la cual es susceptible de analizar y de la cual se pueden mejorar los modelos de atención, permitiendo saber la cantidad de recursos que se deben asignar para poder atender todas aquellas

solicitudes, y priorizar los servicios más utilizados. A estas trazas se les podrían realizar una apertura de datos para que tanto el sector gobierno como los mismos ciudadanos realicen dichos análisis y brinden soluciones que logren resultar en emprendimientos con todos los beneficios que ello traería.

Es por ello, que los datos abiertos hacen referencia a una pieza de contenido de las organizaciones, la cual es libre de usar, reusar y redistribuir por cualquier persona y organización. Por esto, el concepto de datos abiertos de gobierno (*open government data*) se refiere a los datos que se ponen a disposición de forma gratuita para el interés del público en general, para difundir y para su reutilización sin ningún tipo de limitaciones.

En este sentido, los datos abiertos guiarán a los gobiernos a desarrollar mecanismos de desarrollo para el interés colectivo, resaltando en ello los aspectos económicos para la participación e innovación de la sociedad (*Reiche & Hofig, 2013*). Visto de esta forma, los datos abiertos son un mecanismo de generación de valor en sí mismo tanto de información como económico, los cuales son de gran utilidad para la restauración de cualquier circunstancia socioeconómica que pueda agravar el bien común.

En concordancia a lo comentado, el presente artículo tiene como énfasis analizar la apertura de los datos abiertos de gobierno como fomento de reactivación económica en pandemia en la República de Panamá, pues la data es uno de los pilares para establecer estrategias económicas por parte de las entidades públicas, y con ello, la población tenga acceso a gran parte de la información que producen las diferentes entidades en post de mejorar su condición como ciudadano.

2. Aspectos generales

La pandemia del COVID -19, es el fenómeno más trascendental del siglo XXI, visualizando un antes y un después para la sociedad mundial. Algo característico de la infección por el coronavirus SARS-CoV-2, es que a diferencia de otras pandemias como la de la influenza en 1918, o la de la década del treinta o cincuenta, ahora existen más países contagiados, ya que su alto grado de propagación ha tenido como una de las causas la gran conectividad propia de un mundo globalizado. Ciertamente es, que muchos Estados no tenían experiencias previas de sucesos como estos, por lo que su denominador común ha sido afectaciones focalizadas en el sector salud, en el sistema económico y sociopolítico.

El año 2020 y 2021, han tenido un impacto en la economía mundial, especialistas consideran que se han visto implicadas actividades tanto económicas como comerciales, desde la producción hasta todo el ciclo que comprende el intercambio, distribución y consumo de los bienes y servicios del mercado, sin dejar de lado, aspectos financieros de las empresas, que inciden de manera directa, sobre casi las dos terceras partes del producto interno bruto de los países.

Es por ello, que la globalización, en la actualidad presenta un mayor desafío, pues, al permitir el intercambio de conocimientos, de bienes y servicios y de mercados sociales, exige una gobernanza de los distintos actores sociales a nivel del sistema internacional y local con la finalidad de buscar posibles soluciones al problema global que el COVID -19 género en el ámbito económico.

En atención, al “Análisis Socioeconómico del impacto del COVID-19 en Panamá, Estudio complementario: escenarios económicos prospectivos y alcance de las opciones de política en Panamá”, de junio de 2020: “La pandemia por COVID-19, producida por el virus Sars-CoV-2, ha detenido a la economía global de todas las economías del mundo, que se encuentran sufriendo los efectos de parar la actividad para contener el virus y salvar vidas.

Los pronósticos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) apuntan a una caída del comercio global de entre 13% y 32%, especialmente fuerte para el comercio de servicios. El estudio en mención señaló, que existe mucha incertidumbre y una recuperación rápida no es segura. En el caso específico del continente americano y de Panamá, no es alentadora. Las exportaciones en América del Norte podrían tener una contracción entre el 17% y 40% y en América del sur entre 12% y 31%. En las importaciones será entre 14% y 34% en América del Norte y entre 22% y 44% en América del Sur. Para Panamá este efecto reducirá fuertemente el tránsito en el canal”.

Sumado a lo anterior, de acuerdo con una publicación del diario La Estrella de Panamá, el Fondo Monetario Internacional (FMI), proyectó que la economía de Panamá se mantuvo con una contracción de 9.0% en 2020, lo cual no ocurrió en años anteriores pues era reconocida por expertos como una de las economías más progresivas de la región en virtud de la inversión en el sector de la infraestructura.

Ante este contexto internacional y local de crisis económica, es necesario que los Estados prioricen en trabajar en una gobernanza global, que permita la elaboración de estrategias mediante la creación o desarrollo de políticas públicas globalizadas, en especial ante las distintas secuelas del virus, donde los Estados como actores dentro de la gobernanza están llamados a realizar todos los esfuerzos que permitan la integración y cooperación de todos los actores políticos en pro del interés común que en este momento sigue siendo salvar vidas y reactivar la economía mundial.

Por consiguiente, ante este escenario, el gobierno panameño, debe desarrollar planes de acción en conjunto con los distintos actores sociales a fin de buscar solución a las demandas sociales, siendo así proyectar que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), como ente rector en materia de gobierno y datos abiertos lidere el proceso de apertura de los datos abiertos de gobierno relevantes (comercial), para la reactivación económica en pandemia.

Partiendo de lo comentado, es preciso determinar la importancia que tiene la apertura de los datos abiertos de gobierno como mecanismo de reactivación económica en pandemia en Panamá, pues través de una estrategia bajo un marco de interoperabilidad, se permita un portal de información hacia la interpretación de un lenguaje común de intercambio de datos, basado en la estandarización de elementos propios que establecen los ciudadanos al solicitar los servicios de la entidades tanto pública como privadas en atención a sus necesidades.

3. Datos abiertos de gobierno

Panamá, desde el año 2012, forma parte de Open Government Partnership (OGP), por sus siglas en inglés, es decir, de la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA); que es conocida como una iniciativa multilateral conformada por distintos países, que tienen como finalidad a través del desarrollo de planes de acción, cocreados por distintos actores políticos tanto del sector gubernamental, como del sector privado, incluidos dentro de estos a la sociedad civil, la academia, organizaciones no gubernamentales, periodistas, estudiantes, entre otros, el fomento de la transparencia, la capacitación de los ciudadanos, el combatir la corrupción y promover el uso de las tecnologías para fortalecer la gobernabilidad.

Esta República, por mandato legal adoptó, como definición de gobierno abierto, que “es aquel que promueve la transparencia a través del acceso a la información pública, la rendición de cuentas, la apertura de datos y el uso de las tecnologías; fomenta la participación y la colaboración de los ciudadanos para el mejoramiento de la gestión pública y de los servicios públicos; y brinda un espacio para el desarrollo de políticas públicas”.

Según lo anterior, un gobierno abierto, sería un espacio para la gobernanza, para la interrelación entre distintos actores políticos, que plantean una problemática social y buscan darle una solución, fundamentados en pilares como lo son la transparencia, la participación y la colaboración. En el caso de Panamá, se presentó en agosto de 2021, el IV Plan Nacional de Acción de Gobierno Abierto que comprende compromisos como son: Contrataciones Abiertas y Transparencia en la Infraestructura Pública, el fortalecimiento del Sistema Nacional de Información Ambiental en base a los estándares del Acuerdo de Escazú, Políticas Públicas de Educación en Sexualidad para Adolescentes y Jóvenes, Escuela de Abierto, Presupuestos Abiertos, entre otros, cuyo cumplimiento tiene un término de dos (2) años para su ejecución.

Debido a lo expuesto, enfatizaremos en el pilar denominado transparencia que, de acuerdo con la legislación panameña, señala que un gobierno transparente es aquel que promueve el acceso a la información y la rendición de cuentas de sus servidores públicos, mediante la apertura de datos que se generan de forma gratuita, accesible, completa y reutilizable.

En atención a la Ley No. 33, de 25 de abril de 2013, se crea Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), que es una institución pública, descentralizada del Estado, que actúa con plena autonomía funcional, administrativa e independiente en el ejercicio de sus competencias. De manera directa, su mandato es ser organismo rector en materia de derecho de petición y acceso a la información pública, participación ciudadana en la gestión gubernamental, protección de datos personales, transparencia, ética, gobierno abierto, datos abiertos y prevención de la corrupción a nivel gubernamental y del cumplimiento de convenios y tratados internacionales en las materias referidas.

La ANTAI, en atención al numeral cuatro del artículo seis de la Ley 33 de 2013, está facultada para: “Proponer ante los órganos del Estado políticas de transparencia y acciones contra la corrupción”, que garanticen el derecho humano de acceso a la información pública, por lo que se adopta la política pública de transparencia de datos abiertos de gobierno, el 24 de noviembre de 2017, mediante Decreto Ejecutivo No. 511, para desarrollar acciones en materia de datos abiertos en la gestión pública.

3.1. Concepto de datos abiertos de gobierno

El Decreto Ejecutivo No. 511, los define como: “Los datos recolectados y/o producidos por las instituciones públicas, puestos a disposición de los ciudadanos en formatos abiertos, para que puedan ser reutilizados y redistribuidos por cualquier persona, para cualquier propósito, incluyendo el re-uso comercial, libre de costo y sin restricciones, con el fin de posibilitar la lectura, el seguimiento y combinación con otras fuentes de información para generar nuevos servicios de valor.”

3.2. Características y ventajas de los datos abiertos de gobierno.

La información se compone de múltiples datos, que no son más que símbolos, hechos o elementos que genera toda la sociedad a grandes escalas, pero que es necesaria conocer, comprender y analizar, ya que esto permite tomar decisiones acertadas que den respuesta a las necesidades reales y que se basen en el examen producto de la utilización de datos.

De acuerdo con el numeral cuatro del artículo uno de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, que dicta normas para la Transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones, la información es: “todo tipo de datos contenidos en cualquier medio, documento o registro impreso, óptico, electrónico, físico, químico o biológico”.

El 17 de enero de 2018, a través de la Resolución-No.-DS-3513-2018, la ANTAI emitió la política pública de transparencia de datos abiertos de gobierno, adoptada mediante Decreto Ejecutivo No. 511 de 24 de noviembre de 2017, que en su artículo cinco establece que los datos deben tener como características básicas, ser accesibles, permitiendo su factible recorrido en línea; asimismo, ser integrales, es decir, ser detallados y sin procesar; gratuitos, sin costo alguno; no discriminatorios, al ser accesibles a todos los usuarios; ser de

libre uso; al ser legibles por máquina, permitiendo su procesamiento e interpretación por equipos electrónicos; primarios, al provenir de su fuente de origen; ser oportunos, en virtud de su actualización periódica; y permanentes en el tiempo ante futuras consultas.

Los datos abiertos suelen presentar varias ventajas para los distintos actores sociales y en especial para los gobiernos, ya que permiten conocer las demandas sociales y diseñar, planificar y evaluar las políticas públicas que permitirán buscar soluciones a las mismas, y construir nuevos escenarios.

Es importante señalar, que un dato por sí solo no logra su efecto, si no que el mismo debe aportar valor, ya sea promoviendo la innovación y el desarrollo inclusivo.

En definitiva, los datos abiertos de gobierno presentan diversas ventajas, debido a que constituyen una garantía de acceso a la información a los ciudadanos, son un mecanismo de transparencia gubernamental y de rendición de cuentas, permiten la participación ciudadana, generando conocimiento, creando investigaciones y cocreando valor ante los problemas sociales, y para el caso que nos ocupa al ser publicados por las entidades, producen servicios de valía, que pueden ser reutilizados y redistribuidos para cualquier propósito (comercial), por un sujeto (o una empresa) para innovar o volver a activar su crecimiento económico.

4. Política pública de apertura de datos abiertos de gobierno para la reactivación económica en pandemia

De acuerdo al artículo 3 de la Resolución-No.-DS-3513-2018, de 17 de enero de 2018, que desarrolla la política pública de los datos abiertos como tal, los mismos tienen como principios ser: abiertos por defecto, es decir, en formatos abiertos con un valor agregado para la sociedad y la economía; asimismo, deberán ser de calidad y cantidad, permitiendo la mayor cantidad de datos de valor para el uso de los ciudadanos; sumado a esto, que todos los interesados los puedan utilizar, lo que exige ser publicados en varios formatos que permitan ser procesados por las computadoras y de fácil comprensión para los usuarios; también que la liberación de datos mejore la gobernabilidad, ya que su apertura debe permitir formular respuestas que satisfagan necesidades; y que la publicación de datos sea para la innovación, pues mientras más beneficiarios de diversa índole los utilice las ventajas

en distintas áreas como científicas, periodísticas, económicas, sociales y políticas podrán lograr grandes desarrollos.

4.1. Los datos abiertos desde los objetivos de desarrollo sostenible (ODS 8, 16 y 17)

La política pública de apertura de datos abiertos evidencia ser de múltiple beneficio para distintos actores y en el caso de Panamá sería congruente vincularla a la agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), desde la perspectiva de los ODS ocho, referente al trabajo decente y crecimiento económico, el dieciséis, que trata sobre la Paz, Justicia e Instituciones Sólidas y el diecisiete respecto a las Alianzas para lograr los objetivos.

Es importante reflexionar que los momentos de crisis demandan de una meta gobernanza basada en la agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en especial el ODS diecisiete, que garantice las alianzas entre el Estado y el sector privado con el objetivo de lograr el desarrollo humano y la sostenibilidad de todos.

4.2. Beneficio de la apertura de los datos abiertos para el sector privado

Un proceso de apertura de datos señala la Organización de los Estados Americanos (2016) – Material Guía Curso Introducción a los Datos Abiertos, consiste en interrelacionar un gobierno abierto, un gobierno digital y los datos abiertos, facilitando la interoperabilidad entre las entidades públicas, permitiendo al gobierno posicionarse frente a la ciudadanía como una plataforma para la innovación social.

Existen experiencias en portales digitales donde países como Colombia, a través de Catálogo de Datos Abiertos; Argentina, con su aplicación de Buenos Aires Data y Brasil, mediante Data Viva, presentan información en temáticas referentes a la actividad mercantil, exportaciones, economía, empleos y otros.

Panamá, requiere elaborar una planeación para un proceso de demanda y posterior apertura de datos para la reactivación económica, por ende, deben suscitarse los escenarios entre los actores claves del sector público como del sector privado, quienes en conjunto pudieran realizar un inventario de datos, que permita identificar las demandas; con el objeto que instituciones públicas, como Ministerio de Comercio e Industrias, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Ministerio de Desarrollo Agropecuario, Dirección General de Contrataciones Públicas, Ministerio de Cultura.,

Autoridad de Turismo de Panamá, Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, Autoridad de Innovación Gubernamental, Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, la Asociación de Municipios de Panamá, por solo mencionar algunas, que guardan relación directa con la economía del país, puedan verificar el estado de la información solicitada, y priorizar el conjunto de datos públicos relevantes para su apertura, una vez hayan sido limpiados y valorados de cualquier excepción legal, y se seleccionen en formato abierto, se les asigne la licencia de uso y reutilización, y posteriormente se elija una plataforma para la publicación, comunicación y promoción de los datos.

El gobierno panameño, cuenta con una Guía de Apertura de Datos Abiertos para el sector gubernamental elaborada por el Grupo de Datos Abiertos, conformado por actores gubernamentales y de la sociedad civil, asimismo, existe un portal de datos conocido como <https://www.datosabiertos.gob.pa/>, el cual requiere ser promovido y fortalecido para que entidades tanto del gobierno central como de gobiernos locales, en virtud de la transparencia proactiva publiquen aún más datos, pero orientados a materias que permitan fomentar la innovación, el espíritu empresarial y la reactivación económica.

Ciertamente, que la estrategia de apertura de datos para la reactivación económica beneficiaría la sostenibilidad del desarrollo humano, el desarrollo internacional y local y la competitividad territorial necesarias ante las consecuencias de esta pandemia.

5. Conclusión

La pandemia del COVID -19, es un fenómeno que ha generado una crisis en toda la sociedad, afectando el sistema de salud, el sistema económico y en definitiva el sociopolítico. El año 2020 y 2021, ha significado un retroceso para la economía mundial, donde múltiples empresas producto del confinamiento como estrategia para detener la propagación del virus, han tenido que reducir la carga horaria laboral, suspender contratos, cerrar operaciones o incluso declararse en quiebra, por lo que se hace necesario diseñar políticas públicas que reactiven la economía de los países.

Panamá no escapa de esa realidad, y más por ser un país de servicios, donde se han visto directamente afectados los rubros de transporte y logística, infraestructura y comercio al por menor y mayor. En consecuencia, el gobierno panameño debe realizar sendos

esfuerzos en pro de la gobernabilidad, y crear las condiciones para una meta gobernanza, donde se involucren a todos los actores políticos a participar en el diseño y desarrollo de políticas públicas que tiendan a lograr recuperar el crecimiento económico de años anteriores.

En este sentido, Panamá cuenta con una ventaja que es un marco jurídico que adopta y desarrolla la política pública de transparencia de datos abiertos de gobierno, que si bien es de reciente data, permitiría a través de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), en conjunto con diversos actores sociales, crear las condiciones para elaborar una hoja de ruta que desarrolle el proceso de apertura de datos abiertos con enfoque económico, datos que sean producto de la producción y/o recolección de entidades públicas que guardan relación directa con el sistema económico, y una vez que el sector privado haya identificado las necesidades, el gobierno mediante sus instituciones verifiquen su estado, trabajen en la priorización del conjunto de datos públicos relevantes, garanticen su publicación, disponibilidad, interoperabilidad y calidad para su uso a través del portal <https://www.datosabiertos.gob.pa/> de forma tal, que se generen nuevos servicios de valor, los cuales puestos a disposición de los particulares (comerciantes individuales o colectivos) puedan ser utilizados para el ejercicio de las actividades económicas que incidirán de manera directa en el comercio y en la inversión local y extranjera en nuestro país.

Bibliografía

Constitución Política de la República de Panamá y Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional. (2004). “Texto conforme a la publicación de la Gaceta Oficial N° 25176 de 15 de noviembre de 2004.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). “Análisis socioeconómico del impacto del COVID-19 en Panamá. Estudio complementario: escenarios económicos prospectivos y alcance de las opciones de política en Panamá”. (2020, junio). https://www.pa.undp.org/content/panama/es/home/library/crisis_prevention_and_recovery/analisis-socioeconomico-del-impacto-del-covid-19-en-panama-estud.html

Decreto Ejecutivo No. 511 de 24 de noviembre de 2017. Que adopta la política

pública de transparencia de Datos Abiertos de Gobierno. (2017).

<https://www.antai.gob.pa/>.

"Economía de Panamá caerá 9.0% en 2020, pero es uno de los países con la mejor percepción de riesgo: FMI. (2020, octubre). Sección de Economía, viernes, 23 de octubre de 2020. <https://www.laestrella.com.pa/economia/201023/panama-caera-9-0-2020-paises-mejor-percepcion-riesgo-fmi>

Open Knowledge Foundation. (2015). <https://okfn.org/>.

Organización de los Estados Americanos (2016) – Material Guía Curso Introducción a los Datos Abiertos.

Reiche, K.J. & Hofig, E. (2013, july). Implementation of Metadata Quality Metrics and Application on Public Government Data. Conference: Computer Software and Applications Conference Workshops (COMPSACW), 37th Annual, https://www.researchgate.net/publication/261084088_Implementation_of_Metadata_Quality_Metrics_and_Application_on_Public_Government_Data.

Resolución No. DS-3513-2018 de 17 de enero de 2018. Por la cual se desarrolla la política pública de Transparencia de Datos Abiertos de Gobierno, adoptada mediante Decreto Ejecutivo No. 511 de 24 de noviembre de 2017. (2018). <https://www.antai.gob.pa/>

Resolución No. ANTAI-GAP-003-2019 de 15 de mayo de 2019. Por la cual se conforma la Comisión Nacional de Gobierno Abierto Panamá por el periodo 2019-2021 y se reconoce a sus miembros principales y suplentes. (2019). <https://www.antai.gob.pa/>.

Resolución No. ANTAI-PPTDAG-004-2019 de 16 de mayo de 2019. Por la cual se conforma el Grupo de Trabajo de Datos Abiertos Panamá por el periodo 2019-2021. (2019). <https://www.antai.gob.pa/>.

Resolución No. DGCP-ANTAI-001-2019 de 20 de mayo de 2019. Por la cual se aprueban los Estándares para la publicación de la información de los proyectos de infraestructura pública. (2019). <https://www.antai.gob.pa/>



La Protección De Datos Personales En Base A La Ley No. 81 De 26 De Marzo De 2019, “Sobre La Protección De Datos”

SARA CRISTINA ZEBALLOS BETHANCOURT
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
País: Panamá
sara_07505@hotmail.com
ORCID 0000-0003-2644-0656

Entregado: 25 de mayo de 2022

Aprobado: 30 de julio de 2022

RESUMEN:

Toda persona viva, tiene derecho a acceder a toda la información personal que este contenida en bases de datos o registros públicos y/o privados, y además podrá solicitar la rectificación de dichos datos, así como la protección de estos, o bien la supresión de conformidad a lo previsto en la Ley.

De esta manera, la información considerada como “personal” solamente podrá ser recogida para fines específicos, siempre que medie el consentimiento del titular de la información o por disposición de autoridad competente ello con sustente en la Ley.

Lo anterior, quiere decir, que la protección de datos es una garantía fundamental a la que tiene derecho toda persona, y que tal información no puede ser divulgada de manera libre, sino que esta tiene una serie de restricciones o limitaciones legales, y que la vulneración de dichos derechos, conlleva la aplicación de sanciones por parte de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, entidad que debe resolver las peticiones, quejas y denuncias que se promuevan por la violación por parte del responsable del tratamiento de los datos personales e imponer las correspondientes sanciones.

De esta manera, en la investigación se realiza un análisis de la Ley No. 81 de 26 de marzo de 2019, “Sobre la Protección de Datos” y del Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”, siendo estas las normas que regulan la materia de la protección de datos personales.

Palabras Clave: Almacenamiento de datos, base de datos, consentimiento, custodia de la base de datos, datos confidenciales, datos personales, eliminación o cancelación de datos, modificación de datos, responsable del tratamiento de datos, titular de los datos, transferencia de datos, tratamiento de datos.

ABSTRACT:

Any living person has the right to access all personal information contained in public and / or private databases or registries, and may also request the rectification of such data, as well as the protection of these, or the deletion in accordance with the provisions of the Law.

In this way, the information considered as "personal" may only be collected for specific purposes, provided that the consent of the owner of the information is mediated or by disposition of the competent authority this with support in the Law.

This means that data protection is a fundamental guarantee to which every person is entitled, and that such information cannot be disclosed freely, but that it has a series of restrictions or legal limitations, and that the violation of these rights entails the application of sanctions by the National Authority for Transparency and Access to Information, an entity that must resolve the requests, complaints and denunciations that are promoted by the violation by the person responsible for the processing of personal data and impose the corresponding sanctions.

In this way, the investigation carries out an analysis of Law No. 81 of March 26, 2019, "On Data Protection" and Executive Decree No. 285 of May 28, 2021 "That regulates Law 81 of 2019, on the Protection of Personal Data", these being the rules that regulate the matter of the protection of personal data.

Keywords:

Data storage, database, consent, custody of the database, confidential data, personal data, deletion or cancellation of data, modification of data, data controller, data owner, data transfer, data processing.

INTRODUCCIÓN

Hemos escogido el tema sobre la protección de datos y el deber de informar, ello debido a que, se trata de reciente data en la República de Panamá, toda vez que, en nuestro ordenamiento jurídico, se han incorporado nuevas disposiciones legales en las que se desarrolla este aspecto, de modo que se ha ido avanzando al regular temas que considero son novedosos y de gran impacto para la sociedad panameña.

En ese sentido, mi intención en esta investigación es realizar un análisis práctico del deber de informar, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley No. 81 de 26 de marzo de 2019, “Sobre la Protección de Datos” que fue publicada en Gaceta Oficial No. 27743-A de 29 de marzo de 2019. Es importante destacar que la referida Ley fue reglamentada a través del Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”.

En esa misma línea de ideas, el artículo 47 de la Ley 81 de 2019, dispone que “Esta Ley entrará a regir a los dos años de su promulgación”, es decir, que entró en vigencia el día 29 de marzo de 2021, de tal suerte, que la misma tiene poco tiempo de vigencia en la República de Panamá, es decir, que solamente tiene aproximadamente un año y 2 meses de aplicación en el país, y aún existen detalles que no son bien entendidos o comprendidos.

Cabe agregar que, la Ley sobre Protección de Datos Personales, establece como una función de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), lo relativo a la aplicación de sanciones, cuando se logre comprobar que, los derechos del titular de datos personales han sido infringidos.

De esta manera, para lograr una mayor comprensión de este tema por el lector, procederé a establecer primeramente un concepto de dato personal, para luego analizar las disposiciones legales vigentes en la República de Panamá sobre la protección de datos, para finalmente examinar algunos procesos tramitados ante la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI).

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN BASE A LA LEY No. 81 DE 26 DE MARZO DE 2019, “SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS”

Concepto de Protección de Datos:

Los datos personales son definidos por la Real Academia Española como “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, o de otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificable” (Real Academia Española , s.f.).

Por su parte, la Comisión Europea de la Unión Europea, define los datos personales como “cualquier información relativa a una persona física viva identificada o identificable. Las distintas informaciones, que recopiladas pueden llevar a la identificación de una determinada persona, también constituyen datos de carácter personal” (Comisión Europea de la Unión Europea , s.f.).

De lo antes planteado se colige que, los datos personales pueden consistir en cualquier tipo de información que corresponde a las personas físicas identificadas o que les permite identificarlas, refiriéndose exclusivamente a personas físicas, siendo estos datos de carácter personal.

Así a manera de ejemplo puedo indicar que los datos personales pueden ser los siguientes:

- Nombres y apellidos de la persona.
- Dirección o domicilio en el que pueden ser ubicados.
- Dirección de correo electrónico.
- Datos de localización como números de teléfono o celulares.
- Los datos y archivos que reposen en los expedientes clínicos, médicos y hospitalarios.

Concepto de protección de datos:

La biblioteca de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), indica que la protección de datos “se refiere a los derechos de las personas cuyos datos se recogen, se mantienen y se procesan, de saber qué datos están siendo retenidos y usados y de corregir las inexactitudes. Si la investigación involucra a personas, se deben considerar las obligaciones legales y éticas con respecto a compartir los datos”. (Biblioteca de la CEPAL , 2020)

La protección de datos consiste en las “medidas para garantizar y proteger los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y toda modalidad de su uso posterior de estos datos por los sectores público o privado, a los efectos de garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar (Real Academia Española , s.f.).

Dicho lo anterior, la protección de datos consiste en las medidas a través de las cuales se garantice y se protejan los datos de las personas que son recopilados en soporte físico, y que estos datos deben ser tratados y/o utilizados para los fines que la Ley destine.

De esta manera, las personas naturales, identificadas o susceptibles de identificación, tienen derecho a que se les protejan sus datos, para proteger libertades públicas y derechos fundamentales que son muy ligados a aspectos de intimidad persona, familiar y el honor.

La Protección de Datos en el ordenamiento jurídico panameño:

En nuestro ordenamiento jurídico, existen diversas normas jurídicas que regulan lo relativo a la protección de datos, que examinaré en base al orden jerárquico de las normas. En ese sentido, primeramente, tenemos la Constitución Política de la república de Panamá, luego la Ley No. 81 de 26 de marzo de 2019, “Sobre la Protección de Datos” y Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”.

Constitución Política de la República de Panamá:

La Constitución Política de la República de Panamá es la norma máxima de nuestro país y en esta se regula el acceso a la información personal en su artículo 42, mismo que procederé a citar a continuación:

“**Artículo 42.** Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley.” (Lo subrayado es nuestro).

De lo anterior se colige que, toda persona viva, tiene derecho a acceder a toda la información personal que este contenida en bases de datos o registros públicos y/o privados, y además podrá solicitar la rectificación de dichos datos, así como la protección de estos, o bien la supresión de conformidad a lo previsto en la Ley.

La información considerada como “personal” solamente podrá ser recogida para fines específicos, siempre que medie el consentimiento del titular de la información o por disposición de autoridad competente ello con sustento en la Ley.

Lo anterior, quiere decir, que virtud de lo regulado en el referido artículo, se entiende que, la protección de datos es una garantía fundamental a la que tiene derecho toda persona, y que tal información no puede ser divulgada de manera libre, sino que esta tiene una serie de restricciones o limitaciones legales.

Ley No. 81 de 26 de marzo de 2019, “Sobre la Protección de Datos” y el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”.

Este a nuestro parecer es un instrumento legal bastante novedoso y de ampliación reciente, por lo que consideramos que el estudio del contenido de sus disposiciones, resulta de interés para el lector.

En esta se establecen los principios rectores de la protección de datos, estableciéndose en el artículo 2 del instrumento legal en estudio los siguientes que a continuación detallo: Principio de lealtad, Principio de finalidad, Principio de proporcionalidad, Principio de veracidad y exactitud, Principio de seguridad de los datos, Principio de transparencia, Principio de confidencialidad, Principio de licitud y Principio de portabilidad.

Conceptos legales:

En el artículo 4 de la Ley 81 de 2019, se establecen una serie de términos dentro de los que procederemos a destacar algunos de los siguientes:

“**Artículo 4.** Para los efectos de esta Ley, los términos siguientes se entenderán así:

1. Almacenamiento de datos. Conservación o custodia de datos en una base de datos establecida en cualquier medio provisto, incluido el de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.
2. Base de datos. Conjunto ordenado de datos de cualquier naturaleza, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, organización o almacenamiento, que permite relacionar los datos entre sí, así como realizar cualquier tipo de tratamiento o transmisión de estos por parte de su custodio.
3.
4. Consentimiento. Manifestación de voluntad del titular de los datos, mediante la cual se efectúa el tratamiento de estos datos.
5. Custodio de la base de datos. Persona natural o jurídica, de derecho público o privado, lucrativa o no, que actúa a nombre y por cuenta del responsable del tratamiento y le compete la custodia y conservación de la base de datos.
6. Datos confidenciales. Aquellos datos que por su naturaleza no debe ser de conocimiento público o de terceros no autorizados, incluyendo aquellos que estén protegidos por ley, por acuerdos de confidencialidad o no divulgación, a fin de salvaguardar información. En los casos de la Administración Pública, son aquellos datos cuyo tratamiento está limitado para fines de esta Administración o si se cuenta con el consentimiento expreso del titular, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales o por las normativas que las desarrollen. Los datos confidenciales siempre serán de acceso restringido.

7.
9. Dato personal. Cualquier información concerniente a personas naturales, que las identifica o las hace identificables.
10.
11. Dato sensible. Aquel que se refiera a la esfera íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico; creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; afiliación sindical; opiniones políticas; datos relativos a la salud, vida, a la preferencia u orientación sexual, datos genéticos o biométricos, entre otros, sujetos a regulación y dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona natural.
12. Eliminación o cancelación de datos. Suprimir o borrar de forma permanente los datos almacenados en bases de datos, cualquiera que sea el procedimiento empleado para ello.
13.
15. Modificación de datos. Todo cambio en el contenido de los datos almacenados en bases de datos.
16.
17. Responsable del tratamiento de los datos. Persona natural o jurídica, de derecho público o privado, lucrativa o no, que le corresponde las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos y que determina los fines, medios y alcance, así como cuestiones relacionadas a estos.
18. Titular de los datos. Persona natural a la que se refieren los datos.
19. Transferencia de datos. Dar a conocer, divulgar, comunicar, intercambiar y/o transmitir de cualquier forma y por cualquier medio, de un punto a otro, intra o extrafronterizo, los datos a personas naturales o jurídicas distintas del titular, ya sean determinadas o indeterminadas.
20. Tratamiento de datos. Cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permita recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, asociar, disociar, comunicar, ceder, intercambiar, transferir, transmitir o cancelar datos, o utilizarlos en cualquier forma”.

Objeto de la Ley.

El artículo 1 de la Ley en estudio establece que tiene como objetivo “establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimientos que regulan la protección de datos personales, considerando su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos”

De este modo, el espíritu de esta Ley consiste en regular todo lo relativo a la protección de los datos personales que reposen en bases de datos públicas o privadas, de modo que, toda persona natural o jurídica bien sea de derecho público o privado, puede efectuar el tratamiento de datos, siempre que lo haga en apego a las disposiciones contenidas en la Ley y únicamente para los fines que establece la Ley, no para fines que sean distintos.

Siendo así lo anterior, al manejarse datos personales, deberá en todo tiempo respetar el ejercicio del derecho fundamental de los titulares de los datos que reposen en la base de datos, así como las facultades que esta Ley le reconoce.

Ámbito de aplicación de la Ley 81 de 2019.

En ese sentido, la Ley 81 de 2019, tiene como ámbito de aplicación los casos o supuestos siguientes, según lo expresa el Decreto Ejecutivo 285 de 28 de mayo de 2021:

- Las bases de datos que se encuentren en el territorio de la República de Panamá y almacenen o conserven datos personales de nacionales y extranjeros.
- El responsable del tratamiento de los datos personales esté domiciliado en la República de Panamá.
- Los tratamientos de datos cuyo origen o almacenamiento sea el territorio de la República de Panamá, con las excepciones previstas en la Ley 81 de 2019.
- Los tratamientos de datos realizados en el marco de una actividad comercial, por internet o cualquier otro medio de comunicación electrónica o digital, conforme a la Ley 51 de 2008, para garantizar la protección de datos personales en las actividades dirigidas al mercado panameño.

Los sujetos protegidos.

Cuando se hace referencia a los sujetos protegidos, se trata de los titulares de la información, que no son más que las personas naturales, mayores o menores de edad, están protegidos, siempre que estos datos los identifiquen o los hagan identificables.

En caso de fallecimiento del titular, la protección de estos datos, se regirán por lo dispuesto en el Código Civil de la República de Panamá. En caso de menores de edad, se le dará

prioridad al interés superior del menor, conforme a las leyes de la República de Panamá y los tratados internacionales que regulen la materia.

Derechos de los titulares de los datos o sujetos protegidos.

Como bien hemos explicado en el presente trabajo, toda persona tiene derecho sobre sus datos personales, de modo que explicaremos qué derechos mantienen los titulares de la información sobre sus datos, mismos que podrán ser ejercidos personalmente por su titular o por medio de representante legal.

Es importante destacar, que toda persona tiene una serie de derechos que podrá ejercer de manera personal y directa, una vez alcanzada la mayoría de edad, que, en la República de Panamá, lo es a los 18 años de edad. En caso de personas menores de edad y personas incapaces, el derecho lo ejercerán los padres, madres, acudientes, tutores o quienes ejerzan la guarda y crianza de menores e incapaces, quienes podrán actuar en representación de estos, para ejercer los derechos que le confiere la Ley y sus reglamentos.

Si bien es cierto, en la Ley 81 de 2019, específicamente se regulan los derechos de los titulares de la información, sin embargo, estos derechos son mínimos y no excluyente de otros derechos reconocidos en otras Leyes especiales de la República de Panamá, sobre la materia, especialmente a lo relacionado con al tratamiento y custodia de datos y también son irrenunciables.

En ese sentido, algunos de los derechos reconocidos en el artículo 15 de la Ley 81 de 2019, son los siguientes:

- **Derecho de acceso:**

Le permite al titular de la información obtener sus datos personales que se encuentren almacenados o sujetos a tratamiento en bases de datos de instituciones públicas o privadas, además de conocer el origen y finalidad para los cuales han sido recabados.

Lo anteriormente señalado significa que, quien ejerce la titularidad del derecho puede solicitarle al responsable del tratamiento de los datos que, la confirmación de si se están tratando o no los datos personales que le conciernen.

En todo caso si se están tratando los datos personales, el responsable del tratamiento de los datos, debe indicar la siguiente información:

1. Fines del tratamiento.
2. Categoría de datos personales de que se trate.
3. Los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicado los datos personales.
4. El plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser posible los criterios utilizados para determinar este plazo.
5. El derecho al ejercicio de la rectificación o cancelación de datos personales, o a oponerse a dicho tratamiento, o a la portabilidad de los datos.
6. Si los datos personales no se han obtenido del interesado, cualquier información de su origen.
7. La existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles a que se refiere la Ley 81 de 2019, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias de dicho tratamiento para el titular.

- **Derecho rectificación:**

Le permite al titular de la información poder solicitar la corrección, modificación o adición a los datos personales que reposen en una base de datos, los cuales sean incorrectos, irrelevantes, incompletos, desfasados, inexactos, falsos o impertinentes.

Para solicitar la rectificación de datos, en la solicitud que ensaye el titular, deberá detallar que datos deben ser rectificadas y la corrección, modificación o adición que debe realizarse, para lo cual debe acompañar la solicitud de los documentos que sustenten la inexactitud o el carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento.

En caso de haberse remitido a destinatarios la información contenida en la base de datos, toda rectificación deberá ser comunicada a todos y cada uno de los destinatarios. En caso de existir destinatarios de los datos, el responsable del tratamiento de los datos, lo comunicará al titular del derecho, si este así lo solicita.

- **Derecho de cancelación:**

El titular de la información puede solicitar que los datos personales que reposan en una base de datos sean eliminados por incorrectos, irrelevantes, incompletos, desfasados, inexactos, falsos o impertinentes, sin embargo, este derecho no es absoluto, sino que es limitado, por lo que primeramente detallaremos los supuestos en que se puede cancelar los datos, y en qué casos, los datos no podrán ser cancelados.

Según lo establece el Decreto Ejecutivo que reglamenta la Ley, cuando el titular solicite la cancelación de los datos, deberá indicar en su solicitud, cuales datos son los que deben ser cancelados, y deberá acompañar la solicitud de los documentos que sustenten la cancelación.

La solicitud de cancelación de datos por el titular únicamente solamente será procedente en los siguientes supuestos:

1. Los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo.
2. El interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento y este no se base en otro fundamento jurídico.
3. El interesado se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento.
4. Los datos personales hayan sido tratados ilícitamente.
5. Los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal que se aplique al responsable del tratamiento.

Una vez los datos contenidos en la base de datos hayan sido cancelados, el responsable del tratamiento deberá comunicarlo a todos y cada uno de los destinatarios, y comunicará al titular de dichos destinatarios, si este así lo solicitara.

En cuanto a las limitantes del derecho a la cancelación de datos, el Decreto Ejecutivo que reglamenta la Ley, establece una serie de excepciones en el artículo 28 del referido instrumento legal, por lo que procederé a examinar cada uno de estos supuestos.

En ese sentido, dispone que, la cancelación de datos no será procedente cuando el tratamiento sea necesario para los siguientes fines:

1. Para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.
2. Por razones de interés público en el ámbito de la salud pública.
3. Con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, en la medida en que el derecho de cancelación pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento.
4. Para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

- **Derecho de oposición:**

Le permite al titular de la información, en base a motivos fundados y legítimos relacionados con una situación en particular, negarse, oponerse a proporcionar sus datos personales o a que sean objeto de determinado tratamiento, así como a revocar su consentimiento.

Esta oposición la podrá ensayar el titular de la información en cualquier momento, por motivos que sean relacionados a su situación particular, a que datos personales le conciernen sean objeto de tratamiento.

Cuando se ensaye la oposición por el titular de la información, el responsable del tratamiento de los datos, dejará de darle tratamiento a los datos personales, pero, este podrá según lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021, acreditar motivos legítimos para el tratamiento, los cuales prevalezcan sobre los intereses, derechos o libertades del individuo, o para la formulación o defensa de reclamaciones.

En caso en que, el tratamiento de datos se dé para fines de mercadeo, el interesado podrá oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluyéndose la elaboración de perfiles, en la medida en que está relacionada con la citada

actividad de mercadeo, en estos casos al ensayarse la oposición, los datos personales dejarán de ser tratados.

Cuando se refiere a datos personales tratados con fines de investigación bien sea científica, histórica o estadística, el titular de la información en base a su situación particular, podrá oponerse, sin embargo, se exceptúan de dicha oposición cuando los datos personales sean tratados para el cumplimiento de una misión realizadas por razón de intereses públicos.

- **Derecho de portabilidad:**

Se refiere al derecho que mantiene el titular de los datos de obtener copia de los datos de forma estructurada, en un formato genérico y de uso común, que permita ser operado por distintos sistemas y transmitirlo a otro responsable.

Este derecho el titular de la información podrá ejercerlo en los siguientes supuestos:

1. El titular haya entregado sus datos directamente al responsable.
2. Sea un volumen relevante de datos, tratados de forma automatizada.
3. El titular haya dado su consentimiento para el tratamiento o se requiera para la ejecución o el cumplimiento de un contrato.

De esta manera, el titular de la información tendrá derecho a que los datos personales sean transmitidos directamente a él o que el responsable del tratamiento, lo transmita a otro responsable cuando ello fuera técnicamente posible, a través de medios seguros e interoperables. De este derecho se excluyen todos los datos que derivan de otra condición de licitud para el tratamiento o los que resulten de la elaboración propia del responsable del tratamiento.

Del consentimiento del titular de los datos personales para el tratamiento de los datos.

Para que los datos personales sean tratados, se requiere que el titular brinde el consentimiento, pero, primeramente, el responsable del tratamiento deberá explicarle en un lenguaje sencillo y claro, el destino y uso de los datos personales, así como también informarle de los derechos que este mantiene como titular de un dato personal, para cumplir las exigencias de que el consentimiento sea informado e inequívoco.

Luego de lo anterior, el titular de los datos deberá plasmar o dejar constancia que autoriza a que sus datos personales sean tratados, de modo que esta manifestación de voluntad debe obtenerla el responsable del tratamiento de los datos de una forma que permita su trazabilidad, ello mediante documentación escrita o electrónica, que le permita acreditar que el titular ha otorgado su consentimiento, lo que podrá efectuarlo por escrito o en formato electrónico, o bien por cualquier otro mecanismo que considere adecuado para tal fin.

En caso de que el consentimiento se otorgue por escrito, debe distinguirse el consentimiento de cualquier otro asunto que conste en el documento. En el caso del consentimiento de los menores de edad y personas incapaces, deberá otorgarse por persona que ostente su representación legal, es decir, por su acudiente, tutor o quien ejerza la guarda y crianza del menor.

Cuando se refiere al otorgamiento del consentimiento en temas relacionados a la salud o de cualquiera otro dato sensible, el consentimiento debe ser expreso e irrefutable.

Ahora bien, es necesario destacar que, el titular de un dato personal, también podrá revocar el consentimiento, lo que podrá realizar en cualquier momento, no obstante, el retiro del consentimiento, no afectará la licitud del tratamiento de los datos, previo a la revocatoria, salvo las excepciones que establece la Ley 81 de 2019.

Responsables del tratamiento de la información.

Se refiere a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, lucrativa o no, que se dedica al tratamiento de datos contenidos en base de datos, que deberá hacerlo con arreglo a la Ley 81 de 2019, “Sobre la Protección de Datos Personales” y el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”.

Para tales fines, el responsable del tratamiento de datos personales contenidos en base de datos, deberá establecer protocolos, procesos, y procedimientos de gestión y transferencia segura, protegiendo los derechos de los titulares sobre sus bases en aplicación de la Ley y sus reglamentos.

La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), con el apoyo de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, cuando se trate de aspectos relacionados con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs).

¿Qué sucede cuando el responsable del tratamiento de los datos es el Estado panameño?

Cuando el responsable del tratamiento de datos personales es alguna institución pública, solamente podrá efectuarse para los asuntos que son de su competencia y ello en apego a lo normado en la Ley 81 de 2019.

El custodio de la base de datos.

Cuando el responsable del tratamiento de los datos, por encargo o mandato designe un custodio, este, así como todo aquel que tenga acceso a los datos personales que reposan en la base de datos por razón de su relación a nivel jerárquico, deberá cuidar de estos con la debida diligencia, de manera que, será responsable al igual que el responsable del tratamiento de los datos, por los daños o perjuicios que ocasionen con su actuar. El custodio también deberá tener consentimiento del titular de los datos para su tratamiento, almacenamiento o transferencia.

¿Cuándo el responsable del tratamiento podrá realizar el tratamiento de la información?

Según lo dispone el artículo 6 de la Ley 81 de 2019, el responsable del tratamiento de los datos, solamente podrá tratar los datos siempre que se cumpla al menos unas de las siguientes condiciones que a continuación se detallan:

1. Que se obtenga el consentimiento del titular de los datos.
2. Que el tratamiento de los datos sea necesario para la ejecución de una obligación contractual, siempre que el titular de los datos sea parte.
3. Que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal para la cual el responsable de los datos esté sujeto.
4. Que el tratamiento de los datos personales esté autorizado por una Ley especial o las normativas que la desarrollan.

Fines de la utilización de los datos personales.

La persona que, de consentimiento para el tratamiento de datos personales, debe ser informada del propósito del uso de los datos. Estos datos personales deberán ser utilizados solamente para los fines determinados, explícitos y lícitos, que le fueron solicitados a su titular.

El responsable del tratamiento de los datos para darle un tratamiento distinto a los datos personales suministrados, se requiere que ocurran los siguientes supuestos:

1. Deberá solicitársele al titular consentimiento;
2. Que exista una Ley especial que permita dicho tratamiento;
3. Que sea necesario el cumplimiento de una obligación de naturaleza contractual, donde el titular de los datos sea parte;
4. Cuando una entidad pública en ejercicio de sus funciones legales u órdenes judiciales, los requieran.

En caso de tratamiento posterior de datos con fines de investigación, estudios, encuestas o conocimientos de interés público, no se requerirá el consentimiento del titular de los datos, siempre que estos sean anonimizados por quien sea el responsable de la custodia o tratamiento. La comunicación de los datos debe realizarse omitiendo señas que permitan la identificación de las personas.

Las bases de datos que mantengan datos personales.

Una base de datos es “la recopilación sistematizada y organizada de datos conexos, usualmente erigida o conformada a través de medios informáticos. Conjunto de datos organizado que permite obtener con rapidez diversos tipos de información” (Valleta, 2007).

De igual manera, la Ley 81 de 2019, establece que la base de datos es un conjunto ordenado de datos de cualquier naturaleza, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, organización o almacenamiento, que permite relacionar los datos entre sí, así como realizar cualquier tipo de tratamiento o transmisión de estos por parte de su custodio, que en el caso

aplicable a la investigación se refiere a aquellas, que contengan o den tratamiento a datos personales.

Las actividades de las bases de datos personales que impliquen el almacenamiento o transferencia de datos personales que sean confidenciales, sensibles o restringidos tanto de nacionales como extranjeros, se aplicarán las disposiciones contenidas en la Ley 81 de 2019 y el Decreto Ejecutivo Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021, salvo que se trate de una base de datos, que se regula a través de una Ley especial en la que se establezcan estándares técnicos mínimos necesarios para la correcta protección de los datos. Lo mismo ocurre cuando el responsable del tratamiento de los datos mantenga su domicilio en la República de Panamá.

Utilización de los datos personales.

Se entiende por transferencia de datos personales, dar a conocer, divulgar, comunicar, intercambiar o transmitir de cualquier forma y medio, de un punto a otro, en la República de Panamá o cualquier otro país, los datos de las personas naturales nacionales o extranjeras que reposen en una base de datos a personas naturales o jurídicas distintas a la persona de su titular, ya sean determinadas o indeterminadas.

En ese sentido, para efectos de hacer transferencia de datos personales, los responsables del tratamiento de la información, solamente podrán hacerlo cuando cuenten con consentimiento del titular de los datos personales, salvo las excepciones previstas en la Ley. Estas transferencias podrán ser a nivel nacional o internacional, y en caso de ser extrafronterizas, deberá cumplirse con los requisitos establecidos en el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021.

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 81 de 2019, establece en cuanto a la transferencia de datos personales que, los datos sensibles no pueden ser objeto de transferencia, salvo que se trate de los siguientes supuestos:

1. Cuando el titular haya dado su autorización explícita, salvo los casos que, por Ley, no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización.

2. Cuando sea necesario para salvaguardar la vida del titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos casos, los acudientes, curadores o quienes tengan la tutela deben dar la autorización.
3. Cuando se refiere a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso con autorización judicial competente.
4. Cuando tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este caso, deberán adoptarse las medidas conducentes a disociar la identidad de los titulares.

Obligaciones del responsable del tratamiento de datos personales.

- El responsable del tratamiento de datos personales contenidos en una base de datos, deberá establecer los protocolos, procesos y procedimientos de gestión y transferencia segura, debiendo proteger los derechos de los titulares sobre sus datos bajo los preceptos de la Ley.
- Toda persona que tenga acceso a datos o esté involucrada en el tratamiento de datos personales, bien sea en entidades públicas o privadas, tienen la obligación de guardar confidencialidad sobre los datos personales, siempre que se trate de datos o información que provenga o haya sido recolectada de fuentes que no sean de dominio o acceso público. Lo anterior aplica para datos y antecedentes de la base de datos. De igual manera, la obligación de confidencialidad persiste, aún a pesar de haber cesado actividades en el ámbito de tratamiento de datos personales.

Excepciones a la Protección de Datos.

En la Ley 81 de 2019, se establecen todos los datos que requieren autorización del titular de los datos personales para su obtención y/o tratamiento, sin embargo, establece en el artículo 8 del citado instrumento jurídico algunas excepciones, es decir, se regulan algunos supuestos que no requieren de autorización del titular de la información para ser obtenidos y/o tratados por el responsable del tratamiento. En estos casos, el titular de la información puede ejercer los derechos ARCO.

Puedo citar a manera de ejemplo algunos de las excepciones a los datos que no requieren autorización del titular de los datos personales, dentro de los que puede destacar los siguientes:

1. Los que provengan o que se recolecten de fuentes de dominio público o accesible en medios públicos.
2. Los que se recolecten dentro del ejercicio de las funciones propias de la Administración Pública en el ámbito de sus competencias.
3. Los de carácter económico, financiero, bancario o comercial que cuenten con el consentimiento previo.
4. Los que contengan las listas relativas a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes, como la pertenencia de la persona natural a una organización, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento.
5. Los que no son necesarios dentro de una relación comercial establecida, ya sea para la atención directa, comercialización o venta de los bienes o servicios pactados.
6. El tratamiento de datos personales que realicen organizaciones privadas para el uso exclusivo de sus asociados y de las entidades a que estén afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquellos.
7. Los casos urgencia médica o sanitaria.
8. El tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos.
9. El tratamiento que sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieren la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un menor de edad o una persona con discapacidad.

Responsabilidad por malos manejos de datos personales.

El mal manejo de datos personales implica distintos tipos de responsabilidades dentro de las que se incluye la responsabilidad administrativa ante la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), así como responsabilidad civil para

efectos de indemnizar los daños y perjuicios materiales y morales, por lo cual podrán presentarse demandas en ese sentido ante los Tribunales de justicia.

La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI) y su rol como rector en materia de protección de datos.

La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), es una institución pública que fue creada a través de la Ley 33 de 25 de abril de 2013 y en su artículo 6, regula lo relativo a las atribuciones y facultades establece como función de la referida entidad velar por el cumplimiento de la reserva y protección de datos personales, por lo que procederé a citar el referido artículo:

Artículo 6. La Autoridad tendrá las siguientes atribuciones y facultades:

1.....

17. Velar por la debida reserva y protección de los datos e informaciones en poder del Estado que conforme a la Constitución Política y a la Ley de Transparencia tengan carácter de información confidencial, información de acceso restringido y datos personales. (Lo subrayado es nuestro).

En ese mismo sentido, el artículo 36 de la Ley 81 de 2019, establece que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), podrá a través de la Dirección de Protección de Datos Personales, previa investigación correspondiente de las quejas, denuncias o solicitudes, imponer las sanciones a las personas naturales o jurídicas responsables del tratamiento de datos personales, así como al custodio de la base de datos, en las que se comprueben que se ha infringido los derechos del titular de los datos personales.

Dicho lo anterior, la Dirección de Protección de Datos Personales de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), se encargará de resolver las quejas, y peticiones que le sean presentadas, y que sus decisiones serán impugnadas mediante recurso de reconsideración en primera instancia ante la misma dirección y en segunda instancia, recurso de apelación ante el Director General de la referida entidad, que deben

ser sustentados dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que lo resuelve, con lo que se agota la vía gubernativa.

En caso de investigaciones en las que la Dirección de Protección de Datos Personales de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), considere que se ha incurrido en alguna infracción de la Ley 81 de 2019, o de su reglamentación, se podrá imponer una sanción que será fijada de acuerdo a la gravedad de las faltas, estableciéndose un monto que va desde mil balboas (B/. 1,000.00), hasta diez mil balboas (B/. 10,000.00).

Una vez en firme la resolución que impone la sanción, el sancionado deberá pagar la multa en el término que le sea concedido para tales efectos, ya que, si ello no sucede, se remitirán para el cobro de la multa a la Dirección General de Ingresos (DGI).

Es necesario agregar que, el artículo 36 de la Ley 81 de 2019, establece que se debería reglamentar el procedimiento a seguir dentro de las denuncias, quejas o solicitudes que se fundamenten en la violación a las disposiciones del referido instrumento jurídico, sin embargo, en el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”, se expresa en el artículo 60 que el procedimiento administrativo sancionador aplicable en estos casos se regirán por las normas generales de la Ley 38 del 2000, de modo que en la propia normativa, no se desarrolla un procedimiento para este fin, sino que se rige por un procedimiento administrativo general.

Las multas y sanciones aplicables.

En la Ley se establecen distintos tipos de faltas o infracciones, clasificándose en faltas leves, graves o muy graves, y se impondrán a los responsables de las bases de datos y demás sujetos alcanzados por el régimen de la ley y sus reglamentos. Tales faltas serán graduadas de conformidad a la gravedad de la falta que sea cometida.

De esta manera, las faltas serán sancionadas por la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información de la siguiente forma:

1. Falta grave, citación ante la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información.
2. Faltas graves, multas según su proporcionalidad.
3. Faltas muy graves:
 - a. Clausura de los registros de la base de datos, sin perjuicio de la multa correspondiente. Para ejecutar esta acción, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información deberá contar con la opinión formal del Consejo de Protección de Datos Personales, sin perjuicio de los recursos que esta Ley le concede al afectado.
 - b. Suspensión e inhabilitación de la actividad de almacenamiento y/o tratamiento de datos personales de forma permanente, sin perjuicio de la multa correspondiente.

Caso tramitado ante la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información.

Son muy pocos los casos tramitados en la entidad, sin embargo, examinaremos un caso práctico, sin dar mayores detalles de los datos de las partes involucradas en el proceso, de modo que estableceremos la pretensión ensayada en la denuncia, la oposición, la decisión de primera instancia y el recurso de reconsideración ensayado en contra de la resolución de primera instancia.

Contenido de la denuncia:

El motivo de la denuncia, según relata la denunciante, es que ha recibido llamadas por parte de la parte denunciada, por una deuda que mantenía con una entidad bancaria, la cual asegura no tener. Además, que no ha recibido ninguna notificación de dicha entidad bancaria que, informe que sus datos personales han sido transferidos por cesión de cartera, ni mucho menos que esta empresa presente algún título ejecutivo que le revistan de tal legalidad para contactarla, por lo que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), admite la queja sometida a su consideración.

Oposición a la denuncia ensayada:

Sobre el particular es importante destacar que la parte denunciada, al oponerse a la denuncia señala que, es una empresa que se dedica a la compra de carteras morosas de bancos y a gestionar la cobranza, por lo que producto de su actividad comercial, la entidad se dedica firmó contrato de cesión de carteras de crédito, sobre una cartera de clientes dentro de los que se encontraba la denunciante.

Que para poder hacer efectivo el cobro, es necesario contar con la información del cliente. La información que mantenemos del denunciante es consecuencia del contrato que celebramos con el banco y a su vez del contrato de servicios bancario celebrado por el banco y la hoy denunciante.

Decisión de primera instancia:

Que la Dirección de Protección de Datos de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), emitió resolución a finales de 2021, en la que sanciona a la parte denunciada por incumplir con lo normado en el Decreto Ejecutivo No. 285 del 28 de mayo de 2021, que reglamenta la Ley, 81 del 26 de marzo de 2019, y le imponer una multa por la suma de MIL DÓLARES (US\$. 1,000.00).

El recurso de apelación en contra de la resolución emitida:

En su recurso de apelación el recurrente señala que, la Autoridad, reconoce que no es un requisito “sine qua non” la aceptación o intervención del deudor, para que se perfeccione legalmente un contrato de cesión de crédito. Y este reconocimiento es significativísimo y no podemos dejar de lado este punto ya que, al ser cesionario del crédito, también lo somos de los datos que inicialmente obtuvo la entidad bancaria del que ahora es nuestro cliente. Mal podría la denunciante indicar, que se le está llamando a un número no autorizado, cuando mi representada obtuvo ese dato del banco y no requiere de la autorización de la cliente.

Sigue señalando el recurrente que, el artículo 8 de la Ley 81 de 26 marzo de 2019 es claro y en su numeral 3 manifiesta que no se requiere autorización para el tratamiento de datos

personales cuando se trate de carácter económico, financiero, bancario o comercial que cuenten con el consentimiento previo. Consentimiento que la denunciante otorgó al banco y que nos fue cedido en calidad de cesionaria de la entidad bancaria.

El funcionario que refrenda la resolución que confirma una multa a mi representada, obvió lo que su antecesor dictaminó y la Autoridad (en primera instancia) dice que es la recurrente la que confunde los criterios jurídicos. Nuestra postura es que la propia DIRECCIÓN DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES, DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN carece de criterios jurídicos unificados lo que en nada contribuye a quienes intentamos acceder a la justicia y sean ustedes quienes puedan brindarle a la ciudadanía justicia en sus fallos.

Que la Autoridad encargada de la primera instancia, resalta la importancia de verificar el cumplimiento íntegro del “deber de informar”, el cual se encuentra regulado en los artículos 14 y 15 del Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021. Ya la Autoridad ha señalado que nos reconoce como cesionarios de la entidad bancaria. Sin embargo, la naturaleza de ello, no nos hace conocedores del dato de primera mano. Consideramos que no nos pueden aplicar en igual medida como si obtuviésemos el dato directamente del titular.

Si revisan las comunicaciones a través de los correos electrónicos, esa es la intención de nuestra representada, tratar de hacer un contacto con lo que contamos para luego ponerle en conocimiento al que ahora es nuestro cliente del derecho que le merece.

Nuestras consideraciones finales sobre el caso práctico.

Luego de analizada la normativa jurídica que regula la materia, es decir, la Ley No. 81 de 26 de marzo de 2019, “Sobre la Protección de Datos” como el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”, podemos indicar que son instrumentos jurídicos que estimamos novedosos y de aplicación reciente, lo que ha traído consigo desconocimiento y confusión en la aplicación de tales disposiciones, tanto para los titulares de los datos, los responsables del

tratamiento de los datos, los custodios e inclusive para la propia Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI).

Estimamos que si bien es cierto el legislador patrio intentó regular lo relativo al tratamiento y protección de datos personales, sin embargo, somos del pensar que aún existen vacíos que deben ser regulados y que, en adición a lo anterior, existe en cierto modo un desorden en la estructuración de la Ley y del Decreto Ejecutivo que la reglamenta.

En ese sentido, a nuestro modo de ver las cosas, no existe una idea clara en materia de tratamiento y protección de datos, debido a que existe la dispersión de las normas.

A nuestro modo de ver las cosas, no existe una idea clara en materia de tratamiento y protección de casos, debido a que existe dispersión de normas, lo que crea confusión en la aplicación de las normas y reglas que regulan la materia.

En lo que respecta a la aplicación del proceso disciplinario establecido por la Ley 81 de 2019 y su reglamentación, por parte de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, consideramos que no se cumple a cabalidad lo relativo a la imposición de sanciones por incumplimientos de los preceptos establecidos en la Ley, ya que la Ley establece intrínsecamente la doble instancia, más no se aprecia con claridad a la hora de fallar, puesto que los encargados de decidir pueden actuar según las necesidades en las distintas instancias, lo que puede restarle objetividad a los criterios vertidos tanto en primera como en segunda instancia, inclusive se han emitido resoluciones, donde existe diferencias de criterio, lo que resulta evidentemente peligroso.

Además, nos llama poderosamente la atención, que en el artículo 43 de la Ley 81 de 2019, se permite la imposición simultánea de dos multas, en cuanto a las faltas muy graves, ya que se permite la imposición de multas pecuniarias, pero, también permite la clausura de bases de datos y la suspensión e inhabilitación de la actividad de almacenamiento y tratamiento de datos de forma temporal o permanente, lo que a nuestro criterio contraviene el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, que establece que, “nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”.

CONCLUSIONES

Luego de realizar un análisis de las disposiciones jurídicas que regulan la materia de tratamiento y protección de datos, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

- Que es interesante el hecho de que se regule la materia de tratamiento y protección de datos personales en la República de Panamá.
- Nos encontramos frente a normativas de aplicación reciente, de modo que existe confusión y criterios encontrados en cuanto a la interpretación de los artículos contenidos en la Ley No. 81 de 26 de marzo de 2019, “Sobre la Protección de Datos” que fue reglamentada a través del Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021 “Que reglamenta la Ley 81 de 2019, sobre Protección de Datos Personales”.
- Que tanto la Ley como su reglamentación está un poco dispersa y su estructuración bastante desordenada, por lo que se crea confusión en la aplicación de los temas regulados.
- Que se establece como función de la Dirección de Protección de Datos Personales de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, resolver en primera instancia las quejas, denuncias o solicitudes que se le presenten, pudiendo además conocer del recurso de reconsideración. En segunda instancia conocerá del recurso de apelación le corresponde al Director de dicha entidad.
- Que estas decisiones tanto de primera y segunda instancia que emite la Autoridad de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), evidencian, el desconocimiento de las normativas que regulan la materia de tratamiento y protección de datos personales.
- Que nos preocupa que, en el caso de las faltas de mayor gravedad, se impongan dos tipos de sanciones a saber, las multas y otras como el cierre de bases de datos o la inhabilitación para ejercer de manera temporal o permanente el tratamiento o custodia de datos, ya que esto contraviene en nuestra opinión el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá.

BIBLIOGRAFÍA:

- Biblioteca de la CEPAL . (18 de Diciembre de 2020). Biblioguías-Biblioteca de la CEPAL. Obtenido de Biblioguías-Biblioteca de la CEPAL: <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=495473&p=4398118#:~:text=La%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20se%20refiere%20a%20los,y%20%C3%A9ticas%20con%20respecto%20a%20compartir%20los%20datos.>
- Comisión Europea de la Unión Europea . (s.f.). Obtenido de https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_es#:~:text=Los%20datos%20personales%20son%20cualquier,constituyen%20datos%20de%20car%C3%A1cter%20personal.
- Real Academia Española . (s.f.). Real Academia Española. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/dato-de-car%C3%A1cter-personal#:~:text=Adm.,RGPD%20%2C%20art.>
- Valleta, M. L. (2007). Diccionario Jurídico . Buenos Aires: Valleta Ediciones.

Regulación De La Pesca Panameña

Oziel De Gracia
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
País: Panamá
oziel-h.degracia-h@up.ac.pa /odg_25@hotmail.com
ORCID 0000-0001-8474-2607

Entregado: 16 de septiembre de 2022

Aprobado: 30 de octubre 2022

Sumario:

I. Introducción, II. Sistema nacional de información y estadísticas pesqueras y acuícolas III. Ordenamiento y aprovechamiento pesquero IV. Tipos de pesca en panamá V. Licencia de pesca internacional, VI. Procedimiento sancionatorio administrativo VII. Conclusiones.

Resumen:

Lo que se busca a través de este artículo es dar a conocer las normas que rigen la pesca en Panamá, así como también las autoridades que supervisan todo el tema de la pesca en Panamá.

Palabras Claves:

ARAP, AUTORIDAD DE LOS RECURSOS ACUÁTICOS DE PANAMÁ, VEDA, PESCA ILEGAL, PESCA, LICENCIA DE PESCA, ZARPE, REGULACIONES, LEYES, AUTORIDADES.

Resume:

What is sought through this article is to make known the regulations that govern fishing in Panama, as well as the authorities that supervise the entire subject of fishing in Panama.

Keywords: ARAP, AQUATIC RESOURCES AUTHORITY OF PANAMA, VEDA, ILLEGAL FISHING, FISHING, FISHING LICENSE, SAILING, REGULATIONS, LAWS, AUTHORITIES.

I. Introducción

A través de este artículo buscamos dar a conocer las leyes que reglamentan la pesca en Panamá y cuáles son los procesos sancionatorios que se pueden dar por pesca ilegal y demás ilegalidades que se puedan cometer dentro del ámbito de la pesca, es importante recalcar que la entidad encargada de regular la actividad de pesca en Panamá es la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá (A.R.A.P.) y dicha institución es la encargada de administrar los recursos acuáticos del país que se encuentren en las aguas continentales, y en las áreas marinas que se encuentren bajo la soberanía de Panamá, dentro de las funciones que mantiene la autoridad podemos mencionar que es la encargada de reglamentar la pesca, acuicultura y actividades conexas a la pesca en todo el territorio nacional, todo esto establecido en una ley muy reciente, la ley 204 que data del 18 de marzo de 2021.

II. Sistema Nacional de Información y Estadística Pesquera y Acuícolas.

Una herramienta que aporta la ley 204 es el Sistema Nacional De Información Y Estadísticas Pesqueras Y Acuícolas.

La Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá deberá reglamentar cuales serán los procedimientos y los formatos de la recolección de información que deben transmitir todos los buques que se dediquen a la pesca o que sean de soporte a la pesca igual que las actividades que tengan que ver con la pesca.

De igual forma la ARAP deberá reglamentar los mecanismos que se utilizaran para recaudar la información de las personas ya sean jurídicas o naturales que se dediquen al almacenamiento, procesado y venta de los productos pesqueros y acuícolas, así como también de los productos que sean procesados a partir de estos.

La ARAP también deberá buscar los métodos para darle seguimiento a los buques pesqueros y a los que realicen actividades afines a la pesca mediante la utilización de VESSEL MONITORING SISTEM (V.M.S.) conocido como baliza, de hecho este monitoreo se da en la unidad de monitoreo de la ARAP en la dirección de inspección, vigilancia y control.

Este monitoreo se le dará a todas las Motonaves ya sean nacionales de Panamá o a las extranjeras que se dediquen a la pesca y actividades conexas que estén en aguas panameñas.

Al día de hoy este Sistema Nacional de Información y Estadística Pesquera y Acuícolas no se encuentra en pleno funcionamiento al ser la ley promulgada el año pasado, sin embargo, en la Autoridad De Los Recursos Acuáticos De Panamá se llevan los controles de la información de la que se habla en los párrafos anteriores.

III. Ordenamiento y Aprovechamiento Pesquero

A través de la autoridad se van a establecer las condiciones para llevar a cabo las actividades de pesca, así como también las embarcaciones aprobadas para esto, los lugares donde se puede realizar la pesca dentro de las aguas de Panamá, las temporadas de pesca, las especies que se pueden pescar y también los artes de pesca. Cabe mencionar con relación a esto que esta es la metodología con la que se pesca y la cual podríamos clasificar en dos tipos: activo y pasivo.

El pasivo son los más tradicionales, los generalmente usados en la pesca artesanal, en ellos la presa u objetivo va hacia el arte. Los activos son el que se persigue el objetivo o presa.

También será la encargada de tomar las medidas necesarias para la conservación, fiscalización y ordenación con el fin de combatir la pesca ilegal, no declarada no reglamentada. Importante mencionar que podrá hacer modificaciones para combatir la pesca ilegal en relación a los convenios internacionales que se firmen. Cabe destacar que no se le otorgará licencia de pesca a aquellas naves que se encuentren las listas de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) de algún organismo de pesca internacional.

Explicaré brevemente que comprende cada una:

Pesca ilegal: Se puede dar por buques nacionales o extranjeros, que estén pescando en aguas de un estado sin el permiso de este y otra forma que se puede dar es por buques que portan la bandera de un estado pero pescan en contra de las medidas de conservación adoptadas por el estado a que pertenecen y a los organismos internacionales a los que pertenece ese estado y que ha decidido seguir.

Pesca no declarada: Como el nombre lo dice esta pesca es la que no ha sido declarada o no ha sido declarada con exactitud olvidando detalles relevantes que pueden ir en contra de la legislación nacional y la otra forma es que en el área donde rige una organización internacional de pesca el buque no declare la carga que lleva o lo haga de forma inexacta en contra de las normas de dicha organización.

Pesca no reglamentada: Es la que se realiza en la zona que maneja una organización internacional de pesca y se hace por buques sin nacionalidad o por buques que pertenecen a un estado pero no adoptan las medidas de conservación de la organización por lo tanto no practican las formas de conservación de esa entidad, de igual forma pasa con las áreas de pesca que son manejadas por los estados en el que un buque sin nacionalidad contraviene las medidas de conservación de ese estado.

Los transbordos solo podrán ser en los puertos autorizados por la ARAP, destinados para esta actividad a través de la Resolución ADM/ARAP No°48 de 23 de septiembre de 2021 y los puertos destinados para esto son: Puerto de Vacamonte, Puerto Balboa, Puerto Armuelles, Panamá International terminal (PSA) Rodman, Puerto Petroamérica Terminal (PATSA) Rodman, Puerto Cristóbal, Puerto Melones y Puerto Isla Taboguilla.

La autoridad esta también encargada de la reglamentación de los Zarpes, el zarpe es el permiso que se entrega a las embarcaciones cuando van a salir de puerto y debe ser solicitado por embarcaciones nacionales que se dediquen a la faena de pesca, actividades relacionadas con la pesca y actividades conexas, de igual forma tiene que ser solicitado por naves internacionales que se encuentren en el territorio nacional.

Todo buque que se quiera nacionalizar, registrar, construir, modificar el buque para dedicarse a la actividad pesquera o actividades afines a la pesca deberá recibir una no objeción por parte de la ARAP para poder dedicarse a las actividades pesqueras y de igual forma una no objeción de la Autoridad Marítima de Panamá. La ARAP también se encargara de hacer cumplir a los astilleros u empresas, ya sea persona natural o jurídica que se encarguen de hacer las construcciones de las naves sin perjuicio de las normas establecidas para esto.

Todas las personas ya sean naturales o jurídicas que se dediquen a la pesca o actividades conexas deben estar inscritas en el Sistema Nacional de Información y Estadísticas Pesqueras y Acuícolas.

La pesca, actividades afines y actividades conexas se clasificaran en dos categorías: Comercial y No comercial.

Comercial:

- Pesca Artesanal o pequeña escala
- Pesca de mediana escala
- Pesca de gran escala
- Pesca de servicio Internacional.

No Comercial:

- Deportivo
- Consumo propio
- Investigación.

IV. Tipos De Pesca en Panamá

Pesca de consumo Doméstico

Esta es la pesca que se realiza como su nombre lo dice para consumo propio, familiares o vecinos. Esta pesca se realiza en riberas o playas y se utiliza artes de pesca rudimentarios y

con embarcaciones de igual manera rudimentarias como por ejemplo canoas. Las capturas que realicen los pescadores no podrán ser comercializadas.

Pesca de Pequeña Escala o Artesanal

Se tiene como pesca artesanal o de pequeña escala a la que es realizada por embarcaciones cuyo medio de propulsión es remos o motores fuera de borda, que pueden estar dotados o no de sistema de navegación y no utilizan técnicas mecanizadas de captura. Este tipo de pesca es exclusiva para panameños o cooperativas que estén formadas por pescadores nacionales, es nada más para panameños.

Este tipo de pesca solamente se puede realizar en aguas continentales y aguas que estén bajo la soberanía de Panamá y la ARAP será la encargada de reglamentar las características de las embarcaciones, las especies que se pueden pescar y los artes de pesca que se podrán utilizar para las faenas de pesca.

Esta licencia está regulada en la resolución ADM/ARAP No. 046 de 7 de septiembre de 2021. La misma, al igual que la de pesca internacional tiene una vigencia de dos años, se solicita de igual forma con 30 días de anticipación de su vencimiento y en caso de no ser renovada en un periodo de 4 años consecutivos será revocada de oficio.

Pesca de Mediana Escala

Para este tipo de pesca se consideran las embarcaciones que cuentan con motor interno o fuera de borda, que tienen instrumentos de navegación, con artes de pesca mecanizados y puede contar o no con sistema de refrigeración.

Esta se podrá realizar en aguas panameñas y deberá portar una licencia para este tipo de pesca.

Pesca de Gran Escala

Es la que se hace con buques con motor interno, dotados de instrumentos de navegación, con artes de pesca mecanizados cuentan con sistema de refrigeración, mayor autonomía para andar y más capacidad de carga que los antes mencionados.

Al igual que todas las anteriores solo se podrá ejercer en aguas que pertenezcan a la jurisdicción panameña.

Pesca de Servicio Internacional

La pesca de servicio internacional es aquella que se practica en las aguas fuera de la jurisdicción panameña y la embarcación debe estar registrada en Panamá.

Las embarcaciones que se dediquen a este tipo de pesca deben cumplir las regulaciones de pesca de los organismos internacionales en las zonas donde realizan sus actividades.

Estas embarcaciones no podrán realizar faenas de pesca en las aguas que estén bajo la jurisdicción panameña.

Actividades Relacionadas con la Pesca

Las actividades relacionadas a la pesca se podrán ejercer en aguas panameñas o fuera de aguas panameñas, la ARAP regulara las características del buque, las capacidades de bodega, zonas donde se realizara y tiene que cumplir con las reglamentaciones de convenios internacionales, organismos internacionales de pesca y se encargara de dar seguimiento y control de las actividades realizadas tanto en puerto como en el mar.

Ejemplo de esta actividad son los buques de trasbordo, estas son embarcaciones a las que los barcos pesqueros de captura de pesca internacional le pasan lo capturado y estas almacenan en bodegas refrigeradas y llevan a puertos para su descarga, es por esto que son considerada actividades de apoyo a la pesca.

Pesca Deportiva

Las capturas de este tipo de pesca no podrán ser comercializadas, esta actividad se podrá hacer con o sin buque, utilizando aparatos de faena de pesca personales y el motivo de la misma debe ser para esparcimiento, turismo o recreo. Este tipo de pesca al igual que la mayoría de las anteriores se podrá practicar en las aguas territoriales o bajo jurisdicción panameña y la ARAP de igual forma será la encargada de reglamentar las especies, los aparejos que se utilizaran para su práctica, zonas donde se podrá hacer así como de las

especies que estén protegidas, de las que se puedan pescar y también de los torneos de pesca deportiva ya sea en mar o tierra.

V. Licencias de Pesca Internacional

Todas las embarcaciones que se dediquen a la pesca, actividades afines o actividades relacionadas a la pesca, con excepción de las que se dediquen a la pesca para consumo propio deberán portar una licencia de pesca expedida por la Autoridad de los Recursos Acuáticos. Por dicha licencia las embarcaciones deberán pagar un monto de acuerdo a la licencia de pesca solicitada.

Con dicha licencia a las embarcaciones se les permitirá faenar, siempre y cuando cumplan las disposiciones de la ley y apliquen los medios para conservación de las especies. Estas serán intransferibles, como se entiende no podrán pasarse de un buque a otro ni alquilarse ni nada.

En caso de una pérdida total de un buque que mantenía licencia vigente, ya sea por causa fortuita o fuerza mayor al buque, de solicitarlo, se le podrá emitir una nueva licencia a otra embarcación siempre que mantenga características similares a la embarcación que se perdió.

La reglamentación vigente para las licencias de pescas se encuentra en el Decreto Ejecutivo 131 de 14 de abril de 2020.

La licencia de pesca internacional tendrá una vigencia de 2 años y se clasificara de la siguiente manera:

1. Licencias Internacional de Pesca de Captura.
2. Licencia Internacional de Pesca de Actividades Relacionadas a la Pesca.

Esto ha cambiado anteriormente la licencia se expedía por un año y se solicitaba renovación 30 días antes de su expiración, ahora con la nueva reglamentación se expide por el término de dos años y de igual forma se renueva con 30 días de anticipación. En caso de ser extemporáneo y no cumplir con el requisito de los treinta días la licencia saldrá con una nueva fecha.

El costo de las licencias anualmente es el siguiente:

Licencia	Precio
Licencia de captura con arte de pesca red de cerco.	\$. 10.00 dólares por cada tonelada de registro bruto.
Buques de captura con palangre.	\$/ 5,000.00 dólares
Buques con actividades relacionadas con la pesca cuyo tonelaje bruto sea hasta 5000 toneladas.	\$/ 5,000.00 dólares
Buques que realizan actividades relacionadas a la pesca cuyo tonelaje bruto sea de 5001 toneladas hasta 10.000 toneladas.	\$10,000.00 dólares
Buques con actividades relacionadas con la pesca cuyo tonelaje bruto sea más de 10,000 toneladas.	\$/ 15,000.00 dólares

VI. Proceso Sancionatorio Administrativo

El procedimiento sancionatorio administrativo podrá iniciar a través de una denuncia, las denuncias podrán hacerse a través de una persona natural o jurídica, un estado o alguna organización internacional de pesca; para los dos últimos estos mandaran la información ya sea de forma electrónica u otra vía o de forma oficiosa.

Una vez se le abra un proceso sancionatorio administrativo a una embarcación la ARAP se pondrá en contacto con la Autoridad Marítima de Panamá y suspenderá todo tramite que esté haciendo la embarcación para cancelación o cambio de propietario. De querer hacer el cambio el buque tendrá que aportar una fianza por la suma de un millón de dólares.

Una vez abierto el proceso sancionatorio a través de un proveído de apertura, la entidad encargada del caso en este proceso que nos ocupa será la ARAP quien tendrá 30 días para investigar lo denunciado. En caso de no haber fuertes elementos para que el proceso subsista se encargara de ordenar el cierre y archivar el mismo.

En caso del proceso seguir se notificará a través de edicto y la persona responsable de la embarcación tendrá 30 días hábiles para presentar la contestación en donde podrá incluir sus descargos y las pruebas que estimara conveniente. De no contestar, el proceso seguirá su curso y se fijara sanción 15 días hábiles después.

Una vez acabado el periodo de 30 días hábiles para la investigación ya mencionado anteriormente, la ARAP emitirá una resolución en donde se ordena la suspensión provisional de la licencia de pesca, solo se podrá presentar para la revocación de esta resolución el recurso de reconsideración ante la misma autoridad que la emitió. Esta resolución se le comunicara a la Autoridad Marítima de Panamá así como también a los organismos de pesca internacionales.

Una vez transcurrido los 30 días de la contestación 5 días hábiles después se evaluara si las pruebas son admitidas o no. Esto se notificara a través de una resolución que se fijara en edicto. Una vez pasada esta etapa se fijara otro edicto en donde se abrirá la etapa de prueba no mayor de diez días hábiles, que dará inicio una vez desfijado el edicto.

Concluida la etapa probatoria entra un periodo de alegatos finales por un periodo de 5 días hábiles.

Una vez concluido el periodo de alegatos la ARAP tendrá un plazo de 15 días hábiles para resolver el caso. En contra de esta resolución cabe el recurso de reconsideración ante la autoridad que la emitió 5 días hábiles después de que se desfije el edicto o cuando se notifiquen personalmente el día después de la notificación y también cabe en última instancia el recurso de apelación que se presentará ante la administración general. Esta es una modificación en relación con la ley que crea la ARAP y regula la pesca, ley 44 de 2006 en la que al encargada de ver los recursos de apelación era la Junta Directiva.

VII. Conclusión

A través de este artículo se puede observar lo que es la normativa de pesca en Panamá y como está reglamentada, de hecho hacemos énfasis en la ley que tiene poco tiempo de haberse creado, nos referimos a la ley 204 del 18 de marzo de 2021 que viene a remplazar en algunos puntos a la ley 44 de 2006 que es la ley que crea la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá. En el artículo se explica y se explica cuales son los tipos de pesca que existen en Panamá, los artes de pesca, cuales son los pasivos y cuáles son los activos; así como también se explica lo que es pesca ilegal, no reglamentada, la pesca no declarada, los puertos en donde las embarcaciones pueden hacer trasbordos y se hace mucho énfasis también en el tema de las embarcaciones de pesca de servicio internacional, ya que se tienen que regir por una serie de condiciones tales como: reglamentaciones del país que expide la licencia de pesca internacional y las de los organismos internacionales de pesca a los que el país pertenece, en este aspecto específico nos referimos a Panamá que es el país que nos incumbe. En fin es una buena guía para que las personas tengan un conocimiento de cómo se desarrolla este tema en Panamá.

Bibliografía

Pesca Con Ciencia (21 de febrero de 2022), PANAMÁ REAFIRMO LA LUCHA CONTRA LA PESCA ILEGAL, NO DECLARADA Y NO REGLAMENTADA, obtenido de <https://www.pescaconciencia.com/2022/02/21/13180/>

Ross Salazar, E. (2014). Artes, métodos e implementos de pesca. Fundación MarViva. San José, Costa Rica. 86p.

Organización de las naciones unidad para la Alimentación y la Agricultura (s.f.) Pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (pesca INDNR), obtenido de <https://www.fao.org/iuu-fishing/background/what-is-iuu-fishing/es/>

Resolución ADM/ARAP No°48 (23 de septiembre de 2021), Que establece medidas para autorizar la entrada a puerto panameño, a buques de pesca y de actividades relacionadas con la pesca de pabellón extranjeros, y dicta otra disposiciones.

Decreto Ejecutivo 131 (14 de abril de 2020), Que establece y reglamenta las licencias de captura y actividades relacionadas a la pesca para naves de pabellón nacional, de servicio internacional y dicta disposiciones para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal no declarada no reglamentada (INDNR).

Ley 204 (18 de marzo de 2021), Que regula la pesca y la acuicultura en la República de Panamá y dicta otras disposiciones.

Resolución ADM/ARAP No. 046 (7 de septiembre de 2021), por la cual se reglamenta la licencia de pequeña escala o artesanal en la República de Panamá

La Prueba Pericial En El Proceso Penal Acusatorio Panameño

Luis G. Peñalba R.
Universidad de Panamá
País: Panamá
luchogp26@hotmail.com
ORCID 0000-0002-5659-5619

Entregado: 15 de octubre de 2022
2022

Aprobado: 30 de octubre de

Resumen

En derecho, pueden presentarse casos sobre cuestiones relacionadas con la ciencia o cualquier otra facultad distinta al derecho. En tal caso, el conocimiento o la habilidad del juez pueden no ser suficientes para dar una opinión propia o juzgar cualquier evidencia relacionada y emitir su juicio. En tales casos, se llama a la persona experta con conocimientos en determinada área científica, para que le sirva al juez a encontrar la verdad: a esta persona se le conoce como perito. El punto focal de esta investigación presentada es analizar la influencia de la prueba pericial en todo proceso Penal en el Sistema Acusatorio panameño. Con ello se busca establecer su importancia dentro de un proceso investigativo y, a su vez, cómo se logra su veracidad. Para ello se realiza una investigación documental, en la que se obtiene como resultado que la prueba pericial es una herramienta esencial por su valor y confiabilidad.

Palabras claves: evidencia, proceso penal, prueba pericial, Sistema Penal Acusatorio.

Abstract

In law, cases can be filed on issues related to science or any other faculty other than law. In such a case, the knowledge or skill of the judge may not be sufficient to give an opinion of his own or judge any related evidence and render his judgment. In such cases, the expert person with knowledge in a certain scientific area is called to help the judge find the truth: this person is known as an expert. The focal point of this research presented is to analyze the influence of expert evidence in all criminal proceedings in the Panamanian Accusatory

System. This seeks to establish its importance within an investigative process and, in turn, how its veracity is achieved. For this, a documentary investigation is carried out, in which it is obtained as a result that the expert evidence is an essential tool due to its value and reliability.

Keywords: evidence, criminal proceedings, expert evidence, Accusatory Criminal System.

Introducción

Los juicios, en un principio, eran convencionales y no muy complicados. De hecho, el modo original de juicio, del que surgió el juicio por jurado, reunía a personas con conocimiento de los asuntos locales para decidir disputas basadas en su conocimiento preexistente. Exactamente lo contrario de la creencia convencional, aunque errónea, de que los jurados modernos deben ser completamente ignorantes de cualquier asunto relacionado con el litigio. Incluso, en una etapa relativamente temprana de desarrollo, surgirían situaciones que no involucrarían un conocimiento notorio por parte de los jueces y los jurados, y los testigos comenzaron a ser escuchados. A medida que la sociedad fue evolucionando y las cosas se volvieron más complejas, el conocimiento comenzó a estar más estratificado, esto trajo como consecuencias que para la resolución de los casos se comenzaron a utilizar las prácticas de profesiones, por ejemplo; que requieren evidencia de esas convenciones.

La prueba pericial en el proceso penal

Para una mayor comprensión del tema planteado se exponen, en primera instancia, los aspectos fundamentales que engloban el concepto de la prueba, ya que corresponde a la parte esencial en todo proceso de investigación. Martorelli (2017), señala que representa los recursos legales que permiten llegar a la verdad, por lo tanto, se denomina prueba a toda actividad judicial que tiene como objetivo principal el de encontrar la verdad, durante el proceso legal para así lograr la imputación de los cargos al sospechoso y culpable.

La prueba es el medio para dictar condena o proporcionar la absolución de la persona acusada; por lo tanto, su incorporación al proceso permite la verdad (Aizpud, 2016, p. 4). El concepto mismo de prueba no solo se entiende simplemente como aquel testimonio presentado por las partes involucradas, o aquellas que representan todas las pruebas

producidas en el juicio; en su lugar, es todo lo que implica una interacción entre un ser humano y sus observaciones, lo que presiona la naturaleza auto informativa del juicio a un nivel uniforme y más profundo de todo lo que se produce dentro y fuera de los hechos suscitados.

En tal sentido, (Ruiz, 2017) se hace oportuno indicar que, en el proceso penal panameño, que operaba hasta la “entrada en vigencia de la Ley 63 del 28 de agosto del 2008”, la prueba se regía por el principio de permanencia, de manera que la prueba obtenida con el inicio del sumario, se mantenía hasta el juicio y con esta se condenaba.

En cambio, con la entrada en vigencia del sistema *en comento*, empezó a regirse la prueba bajo los principios de mismidad, autenticidad e identidad de la prueba. Esto trajo como consecuencia que la prueba que dice haberse surtido en el juicio oral y que sirve de base para absolver o condenar a un ciudadano, debió haber nacido en el propio juicio después de someterse al interrogatorio y contrainterrogatorio. Esta misma suerte opera para los distintos medios de pruebas, dígame documental, testimonial y, por supuesto, la que es objeto de este estudio, (pericial), que a continuación se detalla, incluyendo sus definiciones, ¿quiénes la practican?, ¿cómo o en qué plasman su respectiva pericia?, ¿cómo se inserta en el caudal probatorio?, entre otros aspectos, que sirvan a los lectores para entender, de mejor manera, esta investigación.

La Prueba Pericial

En Derecho, pueden presentarse casos sobre cuestiones relacionadas con la ciencia o cualquier otra facultad distinta al Derecho. En tal caso, el conocimiento o la habilidad del juez pueden no ser suficientes para dar una opinión propia o juzgar cualquier evidencia relacionada y emitir su juicio. En tales casos, se llama a la persona experta con conocimientos en determinada área científica, para que le sirva al juez a encontrar la verdad. A esta persona se le conoce como perito; pero, la actividad que desarrolla este se le conoce como pericia y es la que se presenta en el juicio para que mediante su escrutinio pueda obtener la categoría de prueba pericial.

En tal sentido, se podría decir, entonces, que la prueba pericial es la opinión desde sus conocimientos o experiencia que dictamina un profesional denominado perito, con respecto a los acontecimientos que deben ser evaluados dentro de un proceso judicial. Por su parte, Santamaría (2018) afirma que el profesional, en este caso el perito, que la realice debe ser idóneo y con experiencia, ya que su evaluación tiene que ser objetiva, precisa y que, a su vez, cumpla con las formalidades legales. Esta prueba se presenta como un informe técnico redactado con un lenguaje comprensible, para evitar discrepancias a la hora del juicio.

La Prueba Pericial y su impacto en el Sistema Penal Acusatorio Panameño

De acuerdo con la abogada Pinzón, “en el sistema penal que regía anteriormente en Panamá (el sistema mixto inquisitivo) existía un principio *confessio est regina probationum*” (2021); es decir, confesión es la prueba reina. Con la entrada del nuevo sistema penal (Sistema Penal Acusatorio) este principio dejó de utilizarse, y fue sustituido por la prueba pericial; es decir, ya la confesión en sí no es suficiente para condenar a un sujeto, se deben practicar las pruebas periciales para corroborar que el testimonio es cierto. Sin embargo, esto no es un absolutismo, ya que existen delitos que no se pueden probar mediante pruebas periciales y se debe recurrir a otros medios, que serán abordados por el investigador en otro estudio.

Importancia de los peritajes

Santamaría argumenta que peritaje es prácticamente la conclusión a la cual llegan los peritos. Se representa como un informe técnico en donde se brinda toda la información con respecto a las pruebas presentadas (2018). En el “Código Procesal Penal de Panamá”, el artículo 406 nos habla sobre quiénes pueden practicar los peritajes.

Artículo 406. Procedencia. Solo podrá fungir como perito la persona natural que acredite, mediante el respectivo certificado o diploma, su idoneidad para la materia sometida a su experticia o dictamen. Se exceptúan los casos prácticos para los cuales no se requiere diploma o

certificado de idoneidad, en cuyo caso deberá acreditarse la experiencia. (Código Procesal Penal, 2008)

De lo señalado en la excerta legal citada se infiere, con claridad meridiana, que el perito solo puede ser una persona natural, al igual que debe poseer ciertos conocimientos que deben ser respaldados por certificaciones académicas, las cuales se conocen como idoneidad. Ahora bien, es importante indicar que el articulado orienta en el sentido de que, si por alguna razón en un caso en concreto o en alguna materia en especial no haya un especialista certificado, se podrá utilizar uno que cuente con basta experiencia en dicha materia.

A manera de conclusión en este apartado se podría anotar que, un perito es un profesional en su área o en distintas áreas; por lo tanto, posee un alto conocimiento y habilidad para desarrollar diversas funciones, con respecto al tema en aquella que ha adquirido los conocimientos necesarios para ejercer su función; y así, de manera profesional, brindar la información y su opinión sobre las pruebas presentadas, y dar su perspectiva sobre si la acusación es cierta o no. “Entonces, la prueba pericial es información u opinión dada por un experto en cualquier campo en el que se especialice esa persona, que resulta ser prueba en cualquier asunto” (Ruiz, 2017). En el campo del Derecho, el perito es una persona cuya opinión es aceptada por el juez en relación con cualquier hecho o prueba. Un perito que brinde una opinión debe ser solo sobre aquellos asuntos en los que tenga habilidades especializadas.

Siguiendo este orden de ideas en la investigación en comento, se hace oportuno en el siguiente apartado orientar al lector acerca del recorrido que hace la prueba pericial, desde que se obtienen o levantan los primeros indicios, la metamorfosis de indicios a medios probatorios en la audiencia respectiva, su presentación en el momento cumbre del proceso penal panameño, así como su evacuación y respectiva valoración, subrayando que dicho recorrido hará énfasis solamante en el tema objeto del presente artículo (la prueba pericial).

Rendición del informe Pericial

Llevada a cabo la pericia, el experto deberá levantar un informe que contendrá los resultados de su investigación, las conclusiones de cada una de las áreas que este haya

intervenido y tendrá, como finalidad, el apoyo gráfico que se le ofrece al juez o fiscal y a las partes interesadas, para una correcta y oportuna aplicación de justicia.

La legislación panameña manda los ítems que debe contener el informe pericial en el artículo 411 del Código procesal Penal de Panamá que son los siguientes:

“Artículo 411. Contenido del informe pericial. Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el Tribunal, su dictamen será fundado y contendrá, de manera clara y precisa” (2008), lo siguiente: detalle de los elementos que se han recibido, se identifica el problema a investigar, se expone el motivo del estudio, se señalan las observaciones realizadas y, por último, se formulan las conclusiones. El informe al ser culminado y para su entrega, debe estar debidamente firmado y con la fecha de entrega. Es preciso decir que aún cuando el perito presente su informe de manera escrita, en este sistema (S.P.A.), a diferencia del mixto inquisitivo, lo debe sustentar de forma oral en el juicio, por regla general, aunque el artículo 379 del C.P.P. señala algunas excepciones.

Ratificación presentada en el informe pericial

En el proceso penal, como se dijo en líneas precedentes, las pruebas deben practicarse oralmente, en este sentido los peritos deben presentar sus informes. De esta manera, la normativa les permite usar medios auxiliares; ya sea proyectores que contenga un video, audio del suceso o diapositivas que expongan lo sucedido, entre otros, para hacer las explicaciones de lo acontecido. Se procede a indicar la base legal de lo antes expuesto: El artículo 413 explica cómo deben rendir los peritos el informe pericial. Esto deben hacerlo oralmente en el juicio, al momento de estar rindiendo sus informes escritos se pueden consultar sus informes o las herramientas que estimen convenientes para su explicación.

Lo anterior hace alusión a que, como quiera que la prueba es practicada en el juicio oral, esto permite que opere el principio de contradicción entre las partes; es decir, que si bien es cierto que quien adujo al perito y su pericia tenga el derecho a presentar la pericia incohada al igual que a interrogar a sus peritos, no es menos cierto que la contra parte; es decir, quien no adujo ni la pericia, ni al perito, tiene el derecho de tratar de desvirtuar aquellas a través del conainterrogatorio.

Recusación de los Peritos

La recusación de los peritos es cuando se da un apartamiento de este en un proceso, por considerarse que su imparcialidad se encuentra en duda. El fundamento legal para hacerlos se encuentra en el artículo 417, donde se mencionan los escenarios por los cuales los peritos pueden sufrir una recusación, los cuales son los mismo que para los jueces. Estos están contenidos en los artículos “50 y 57 del Código Procesal Penal de Panamá”.

“El artículo 50 del Código Procesal Penal” (2008) habla sobre las causas que propiciaron una recusación, las cuales se pueden dar cuando: exista conflicto de intereses que afecten la imparcialidad, el parentesco, convivencia, amistad, enemistad. Por otro lado, el artículo 57 habla de cómo es el procedimiento para llevar a cabo una recusación.

Principales Pericias en el Proceso Penal

En Panamá existe una organización que se encarga de las pericias, quienes cuentan con un manual donde se enuncian sus principales pericias. La institución encargada, por ley, para realizar los peritajes de la administración de justicia es “el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la República de Panamá, esto con base en la Ley 50 de 13 de diciembre de 2006 y Ley 69 de 27 de diciembre de 2007” (Morales, 2020) que atribuye todos aquellos servicios en criminalística que presta la Policía Nacional. Esta entidad está a cargo de “brindar orientación científica y técnica a la administración de justicia” (Morales, 2020). Se procede, a continuación, a describir algunas de las pericias que llevan a cabo.

- **Pericia Médico Legal**

En ella se evalúa todo tipo de lesiones físicas que se presentan de manera visible o interna, también los delitos de tipo sexual, doméstico, análisis detallado de la edad, género, estado etílico, estado mental, físico.

- **Pericia Odontológica Forense**

Este tipo de pericia se puede utilizar para evaluar todas aquellas lesiones que son provocadas por mordeduras; de igual forma, lesiones en el área bucal, también se logra identificar el género, edad, entre otros aspectos.

- **Pericia Psiquiátrica Forense**

Dentro de las pericias que se pueden llevar a cabo mediante psiquiatría forense está que con ella se puede determinar el estado mental de una persona, para decretar qué tanto afecta su condición al momento de cometer un delito.

- **Pericia Psicológica Forense**

Esta pericia tiene como objeto la evaluación de víctimas en riesgo social, como menores de edad, embarazadas o determinar si tiene la capacidad para hacerse responsable de los menores de edad, también evaluación de las habilidades cognitivas y sociales de personas en situación de riesgo.

- **Pericia en Trabajo Social**

Esta pericia se encarga de evaluar, en conjunto con un equipo multidisciplinario, las familias en riesgos sociales o propensos a tener conflictos con la ley.

- **Pericia Patológica Forense**

Estos peritos se encargan de realizar la necropsia, examen antropológico forense, diligencia de levantamiento de cadáver y de exhumación.

- **Pericias de Criminalística de Campo**

Entre sus pericias tenemos la inspección que se realiza de manera detallada en todos los externos en donde han ocurrido los hechos.

- **Pericia en Identificación Criminal y Civil**

Estos peritos se encargan de tomar y cotejar los rasgos físicos de las personas con información digital; es decir, procesan las huellas dactilares, oculares, rasgos faciales, ya sea de personas vivas o muertas.

- **Pericia Forense de Explosión e Incendios**

Esta pericia está dirigida a inspeccionar, de forma preliminar, toda aquella escena en la que ha ocurrido un incendio, la inspección preliminar de la escena post explosión, estudios técnicos de artefactos explosivos y técnicos de granadas en mano.

- **Pericia en Trazología Forense**

Se encarga principalmente de la investigación detallada sobre las pisadas, ya sea de calzados o neumáticos de cualquier tipo, también se encargan de comparar estas huellas.

- **Pericia en Balística Forense**

Su función principal es el análisis balístico, comparación e inspección de su trayectoria, también recrea los hechos.

- **Pericia Fotográfica Forense**

Estos peritos se encargan, de la toma de vistas fotográficas, análisis a vídeo y fotográficos, y diligencia de prueba de quimioluminiscencia.

- **Pericia en Documentología Forense**

Estos peritos se encargan de analizar todos los manuscritos, escritura mecanografiada, sellos de goma, sello seco, cheques, protector grafía, timbres y especies valoradas, documento de identificación personal, tarjeta de crédito, papel moneda, seguridad de documento, marcas, escritura latente sopesadas, discos compactos y alteración.

- **Pericia en Planimetría Forense**

Estos peritos son los encargados de realizar las pericias técnico-topográficas, recreación de los hechos, reconstrucción de los hechos y la fijación de planimetría del lugar de los hechos.

- **Pericia en Accidentología Forense**

Este tipo de pericia se enfoca principalmente en la reconstrucción, de manera cronológica y estructurada, de los hechos ocurridos durante un accidente.

- **Pericia Morfológica Facial**

Estos peritos son los encargados del reconocimiento fotográfico en los libros, en carpeta, del retrato hablado, de la resaltación de características faciales, del retrato parecido por edad menor y adulto y la reconstrucción facial bidimensional.

- **Pericia de Seños y Signos**

Se encarga del análisis de tatuajes a privados de libertad, de tatuajes y cotejos, de identificación de tatuajes, análisis de tatuajes en personas fallecidas, el análisis de graffiti en escena del delito, cotejo e identificación de estos grafitis, y diligencias presión ocular, tatuaje o graffiti.

- **Pericia Informática Forense**

Esta pericia es la encargada del análisis a sistemas informáticos, a la información telefónica, en ella se recupera la información relacionada con delitos cibernéticos, de igual forma, para resolver algún delito de fraude, acoso.

- **Pericia en Auditoría Forense**

Esta pericia va dirigida a las inspecciones oculares y diligencias de auditoría.

- **Pericia Química Forense**

Se puede pedir esta pericia para el análisis de residuos de disparo, estudio distancia de disparo, análisis de acelerantes, de pinturas, cuerpos extraños, químicos de agua, fibras textiles industriales, de tinta y papel, de componentes de explosivos, productos químicos, tierra y vidrio.

- **Pericia Biológica Forense**

Esta pericia se utiliza para el análisis tricológico, de comparación, microbiológicos de agua e infecciones oculares en delitos ambientales.

- **Pericia Entomológica Forense**

Esta pericia se encarga de los estudios entomológicos para data de muerte.

- **Pericia Biomolecular**

La pericia biomolecular se encarga de las pruebas: “físicas de fuente de espectros de luz forense, serológica para semen humano, quimioluminiscencia, ADN humano, serológica para orina, serológica para embarazo, VIH, sífilis, hepatitis viral b, urinales, estudio parasitológico, prueba de ADN para identificación animal e identificación humana” (IMLCF, 2020).

- **Pericia en Sustancias Controladas**

Con esta pericia es posible identificar sustancias ilícitas o droga, precursores químicos, se pueden hacer diligencias de muestreo “prueba de campo y análisis de sustancias ilícitas recolectadas en campo y el desarrollo de perfil de drogas” (IMLCF, 2020)

- **Pericia Toxicológica Forense**

Con esta pericia se puede desarrollar el análisis de sustancias tóxicas presentes en el organismo como exceso de alcohol, drogas, pesticidas, intoxicación por cualquier tipo de alimentos.

Aducción, admisión y objeto de la prueba

El Sistema Penal Acusatorio, en Panamá, se ha enfocado en la oralidad. En este sistema se desarrolla primeramente la fase de investigación preliminar. Esta da inicio con la noticia criminal. En esta etapa se surten una serie de actuaciones por parte del Ministerio Fiscal, en busca de esos elementos mínimos de convicción que permitan llegar a la imputación. Posterior a ella, se abre entonces una investigación formal. Una vez terminada, se pasa a la etapa intermedia con la acusación. En ella se presentan, se aducen las pruebas periciales y las experticias, (entre otras); por último, viene el juicio oral donde se evacuan las pruebas periciales. Las bases legales que sustentan lo antes expuesto son las siguientes:

“El artículo 340, del Código Procesal Penal” (2008), explica que en el momento de la acusación se debe hacer el anuncio de las pruebas, presentar la lista de testigos y peritos, y detallar las generales de estos dos últimos en un sobre sellado. Es preciso aclarar que estos datos también pueden ser del conocimiento de la defensa. El auto de apertura a juicio oral debe contener las pruebas que se deberán rendir dentro de este, como lo prevé el artículo 346 al igual que se halla contenido en el artículo 349 del Código Procesal Penal.

Es durante la fase intermedia cuando se da la audiencia, en donde se formula la acusación y el indicio recabado en la fase de investigación pasa a ser medio probatorio. Para ello, las partes pueden llegar a algún acuerdo o convenio probatorio, el juez debe verificar si los demás involucrados aceptan y aprueban. En el Código Procesal Penal “la defensa puede proponerles a las demás partes dar por acreditados ciertos hechos no relacionados con la vinculación del imputado, los cuales no podrán ser discutidos en el juicio oral” (2008). El Juez de Garantías también podrá, sobre esta materia, proponer otros acuerdos probatorios a las partes; los acuerdos a que se lleguen deben insertarse en la resolución de apertura del juicio oral. Esto está contenido en el artículo 343 del Código Procesal de Panamá.

Práctica de las pruebas

La práctica de las pruebas, como ya se ha mencionado, debe practicarse en el juicio oral. Su base legal se encuentra contenida en el Código Procesal Penal de Panamá. Una vez se constituya el Tribunal de Juicio, como señala el “artículo 366” se debe verificar la presencia de los peritos. Posterior a esto, se llevará a cabo la presentación de cada una de las partes. Una vez realizado esto, se recibirá la teoría del caso de “cada una de las partes y

las pruebas periciales ofrecidas bajo la plena libertad de desahogo, según considere cada uno de los intervinientes en el proceso. Esto lo contemplan los artículos 367 y 369 del Código Procesal Penal” (2008), eso sí, siempre respetando el derecho al conainterrogatorio; ya que, nos encontramos en un sistema de corte adversarial.

Valoración de la prueba

Según lo establecido en el Sistema Penal Acusatorio, este aspecto es fundamental, por el hecho de que sin valoración no tiene validez la prueba, por lo tanto, este punto es realizado por aquel profesional preparado para observar y analizar, de una forma lógica y crítica, sin desviarse de lo sucedido. La base legal de esto se cita, a continuación:

Artículo 380. *Apreciación de la prueba.* Los jueces apreciarán cada uno de los elementos de prueba de acuerdo con la sana crítica. La apreciación no podrá contradecir las reglas de lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. El Tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida. (Código Procesal Penal, 2008)

Como se menciona en el artículo antes presentado; la prueba pericial, aunque le brinda al profesional denominado juzgador un punto más explícito de los hechos ocurridos, debe tomar en cuenta los demás elementos probatorios que se suministran en el juicio, ya que así se tendrá un mejor panorama de lo sucedido para brindar una sentencia objetiva según lo sucedido. Es aquí en donde toma relevancia vital el perito y su respectiva pericia. Cabe aclarar, como lo señaló el investigador en las primeras líneas, siempre y cuando se trate de delitos que requieran para su probanza un aporte científico, que se pueda desarrollar desde la pericia.

Conclusión

La prueba pericial tiene un profundo impacto en los juicios orales en Panamá, ya que de acuerdo a la sana crítica, es una técnica utilizada para la valoración de la misma en el proceso y que le sirve a las partes para demostrar sus pretensiones, de una manera más

acertada; ya que la prueba científica permite la comprobación científica de los medios probatorios y, como se ha manifestado desde el inicio de esta investigación, son de ayuda al tribunal para arribar a una conclusión; bien sea no culpable o culpable.

La prueba pericial del nuevo Sistema Penal Acusatorio panameño toma importancia por su confianza y objetividad dentro del proceso, como se ha observado en esta investigación. Los avances en cuanto a la incorporación de este sistema permitieron un proceso más equitativo y estructurado, basado en principios procesales que garantizan una justicia equitativa para todos.

En definitiva, la prueba pericial representa una fuente confiable para el Sistema Penal Acusatorio, ya que genera datos concisos sobre las pruebas de una forma detallada por un profesional o perito en dicha área, porque, como se pudo observar, existe un sin número de especialidades que cumplen un rol dentro de la maximización a la confianza para corroborar, de manera científica, técnica y práctica, los hechos litigiosos.

Bibliografía

- Aizpud, N. (2016). *La Prueba Ilícita y la Verdad Material en el Derecho Procesal Panameño*. Universidad de Panamá. Tesis presentada como uno de los requisitos para optar por el grado de Magister en Derecho Procesal. doi: <http://up-rid.up.ac.pa/72/8/nixia%20aizpud.pdf>
- Asamblea Nacional. (2008). *Código Procesal Penal*. Obtenido de <https://www.organojudicial.gob.pa/uplohttps://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-penal.pdf>
- Carbonell, M. (15 de diciembre de 2015). Seis formas de desacreditar a un “testigo experto”. *La Silla Rota*. Obtenido de <https://lasillarota.com/opinion/columnas/2015/12/14/seis-formas-de-desacreditar-un-testigo-experto-331953.html>
- Martorelli , J. (2017). La Prueba Pericial: Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial. *Derechos en Acción (ReDeA)*, 2(4), 130-139. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37709.pdf>

- Monterrey, N. (2019). *La eficacia de la prueba pericial aplicada a los procesos de filiación en la Provincia de Herrera*. Universidad de Panamá, Maestría tesis. Vicerrectoría de Investigación y Postgrado. Obtenido de http://up-rid.up.ac.pa/1833/1/niliuska_monterrey.pdf
- Páez, A. (Ed.). (2014). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*(40). Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100005
- Pinzón, D. (2021). *¿Qué es el sistema penal acusatorio?* Obtenido de Mc Donald y Asociados: <https://mcdonaldyasociados.com.pa/sistema-penal-acusatorio-panama/>
- Ruiz, L. (2017). *El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano*. Universitat Rovira i Virgili, Programa de Doctorado: Derecho, Colombia. Obtenido de https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI_.pdf
- Sánchez, J. (2017). *Prueba documental y material*. Obtenido de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4197_9_prueba_documental_y_material.pdf
- Santamaría, L. (27 de marzo de 2018). Dictamen pericial... *La Estrella de Panamá*. Obtenido de <https://www.laestrella.com.pa/opinion/columnistas/180327/dictamen-pericial>

Consideraciones Geopolíticas Del Canal De Panamá.

Amilcar Eliecer Bonilla Marín
Doctorando, Universidad de Panamá
País: Panamá
amilcarebm@gmail.com
ORCID 0000-0001-7442-8366

Entregado: 4 de julio de 2022

Aprobado: 30 de septiembre de 2022

RESUMEN

Este artículo tiene el propósito fundamental de presentar nuestra preocupación de la alternativa tomada por las autoridades panameñas para modernizar el Canal de Panamá, con una mejora a la estructura adecuada a la realidad existente a principios del Siglo XX, pero que no resulta apropiada para el Siglo XXI. Se habían presentado en el Tratado Jhonson Robles tres alternativas para modernizar el Canal de Panamá a saber: un canal a nivel por la Provincia de Darién, la ampliación de las esclusas del canal vigente y un canal a nivel por la ruta 10 en la Chorrera. Se optó por ampliar el tamaño de las esclusas vigentes para que pasen barcos de mayor calado, pero que no va a resolver a largo plazo la demanda, pues este sistema es obsoleto, costoso y lento lo que le limita la eficiencia y eficacia del canal, permitiendo, en consecuencia, que surjan alternativas de competencia en varios lugares del continente Americano.

PALABRAS CLAVES: Estructura, canal a nivel, profundidad mayor, Panamax, Neo-Panamax.

ABSTRACT

This article has the fundamental purpose of presenting our concern about the alternative taken by the Panamanian authorities to modernize the Panama Canal, with an improvement to the structure adequate to the existing reality at the beginning of the 20th century, but

which is not appropriate for the XXI century. Three alternatives had been presented in the Jhonson -Robles Treaty to modernize the Panama Canal, namely: a level canal through the Province of Darien, the expansion of the locks of the current canal and a level canal through route 10 in la Chorrera. It was decided to expand the size of the current locks so that boats with a greater depth can pass through, but this will not solve the demand in the long term, since this system is obsolete, expensive and slow, which limits the efficiency and effectiveness of the canal, allowing, consequently, that alternatives of competition arise in several places of the American continent.

KEYWORDS: Structure, level canal, greater depth, Panamax, Neo-Pan

I.- INTRODUCCIÓN

El estudio de las consideraciones geopolíticas del Canal de Panamá se inicia a principios del Siglo XX cuando los Estados Unidos apoyan la independencia de Panamá, con el objeto de celebrar un tratado con la Nueva República ya que el Tratado con Colombia sobre ese Canal había sido rechazado por el senado colombiano.

El nuevo gobierno de Panamá una vez efectuada la independencia, celebra un tratado con los Estados Unidos para la construcción, mantenimiento, saneamiento, protección y operación de un Canal Interoceánico que sería operado por los Estados Unidos a perpetuidad y actuarían en ese territorio como si ellos fueran soberanos.

En el transcurso de los años hubo muchos problemas de rebeldía de los panameños progresistas que se oponían a la presencia civil y militar de los Estados Unidos en este territorio. En 1964 se produjo un enfrentamiento de los estudiantes del Instituto Nacional que trataban de izar la bandera panameña al lado de la de los Estados Unidos y hubo 21 muertos.

El Canal se entregó a Panamá el 31 de diciembre de 1999 e inmediatamente empezó a regir el Tratado de Neutralidad permanente del canal que es a perpetuidad y en una de sus cláusulas dice que si Panamá en un futuro desea construir un canal a nivel sería con los

Estados Unidos y un tercer país que sería Japón, por lo que los progresistas panameños optaron por la ampliación del canal a través de esclusas más grandes.

1.2 CONTENIDO

Desde la firma del Tratado del Canal Interoceánico el 18 de noviembre de 1903 por Philippe Buneau-Varilla por la República de Panamá y John Hay por los Estados Unidos de América, surgen conflictos entre Panamá y los Estados Unidos de América, ya que a pesar de muchas reuniones no se llegaba a un acuerdo que eliminara las causas de los conflictos que reclamaban los panameños.

El 12 de junio de 1964, inician las negociaciones para los nuevos tratados del Canal de Panamá. El Presidente de los Estados Unidos Lyndon B. Jhonson el 18 de noviembre de 1964 anuncia la decisión del gobierno de los Estados Unidos de negociar un tratado completamente nuevo sobre el Canal de Panamá. La declaración Robles Jhonson de 1965 se firmó el 24 de septiembre de 1965 como declaración conjunta de los Presidente Marcos A. Robles por Panamá y Lyndon B. Jhonson por los Estados Unidos, donde se establecen los lineamientos dentro de los cuales se negociarían y acordarían los puntos y detalles concretos que constituirían las cláusulas específicas de un nuevo tratado del canal, entre Panamá y los Estados Unidos de América.

Este acuerdo entre otros puntos contemplaba la construcción de un Canal a nivel por la provincia de Darién, la ampliación del actual canal y la construcción de un Canal a Nivel por el Distrito de Chorrera, o Ruta 10.

Este acuerdo no fue ratificado por la Asamblea Nacional y quedó nuevamente convertido en un proyecto de acuerdo. Se siguen las negociaciones para lograr un acuerdo que cumpliera con las exigencias del pueblo panameño. El 7 de septiembre de 1977 fueron firmados los tratados Torrijos Carter que alcanzó el esfuerzo de muchas generaciones de panameños por alcanzar la plena soberanía en el territorio de la antigua Zona del Canal de Panamá. Ese Tratado finalizó el 31 de diciembre de 1999 a las 12:00 cumpliendo con el traspaso paulatino a la jurisdicción panameña el Canal de Panamá.

Ahora el Canal bajo la administración total de la República de Panamá, la institución panameña a cargo de la Administración del Canal de Panamá, la Autoridad del Canal de Panamá, propuso un proyecto de construcción de un tercer juego de esclusas después de años de estudios. El presidente panameño Martín Torrijos presentó el plan el 24 de abril de 2006 y los ciudadanos panameños lo aprobaron en un referéndum nacional el 22 de octubre de 2006 con 76.8% del voto. La dirección de la obra, destinada a doblar la capacidad del canal para permitir más tráfico, fue adjudicada a la empresa española Sacyr.-

Los detalles del proyecto contienen los siguientes componentes:

- Construcción de dos complejos de esclusas nuevas, uno en el Atlántico y otro en el Pacífico, cada uno de ellos con tres cámaras y con tinas adicionales para reciclaje de agua.
- Excavación de nuevos canales de acceso a las nuevas esclusas y ensanche de los canales de navegación existente.
- Profundización de los canales de navegación y elevación del nivel del agua de operación del lago Gatún.

Según lo estipulado en la Constitución Política de la República de Panamá, cualquier proyecto para ampliar el canal tiene que ser aprobado por el Consejo de Gabinete, por la Asamblea Nacional y por referéndum. El viernes 14 de julio de 2006, la Asamblea Nacional aprobó unánimemente el proyecto y también una Ley que ordenó un referéndum nacional sobre la propuesta. El referéndum de la Ampliación del Canal de Panamá fue celebrado el 22 de octubre de 2006 donde fue aprobado.

El Canal de Panamá ampliado fue inaugurado el 26 de junio de 2016. El 2 de marzo de 2018 la Autoridad del Canal de Panamá (ACP) anunció que 3000 barcos Neo-Panamax, demasiado grandes para transitar el canal antiguo, habían cruzado la ampliación durante sus primeros 20 meses de funcionamiento.

El Canal de Panamá tiene una capacidad limitada, determinadas por los ciclos de operación de las esclusas. La tendencia actual se dirige hacia un mayor tamaño de los barcos que lo transitan, demorándose más tiempo en la operación. La necesidad de constante mantenimiento periódico, debido a la edad del canal, obliga a cierres periódicos de alguna vía. Ante la creciente demanda generada por la globalización del comercio internacional, la Autoridad del Canal de Panamá estimó que la capacidad máxima sostenible del canal se sobrepasaría entre 2009 y 2012. Otro de los factores importantes es el tamaño de las esclusas, que restringen el tamaño máximo de los barcos que pueden transitar por el Canal, denominado Panamax.

Las dimensiones de las esclusas del actual canal son de 320,04m (1050 pies) de largo, 33.53m (110 pies) de ancho y 12.81m (42 pies) de profundidad, aunque los tamaños de servicios reales son menores (ejemplo, la longitud máxima utilizable de cada cámara de esclusa es de 304,8m (1000 pies).

La ampliación del canal permite el paso de los barcos Neo- Panamax, las nuevas cámaras de las nuevas esclusas construidas, son más grandes y miden 426,72m (1.400 pies) de largo, por 54,86m (180 pies) de ancho y 18,29 (59 pies) de profundidad, con dos nuevas compuertas rodantes a cada lado de las cámaras que son más grandes y pesadas del mundo. Las nuevas esclusas tienen capacidad para atender al 98% de la flota mundial de barcos. Destacando la flota portacontenedores con la capacidad de atender entre el 97 y 98% del total. Los pedidos Neo panamax, están en alza tras la apertura de las nuevas y enormes esclusas de tres niveles que permiten el paso entre los océanos Atlántico y Pacífico.

Desde 1930, todos los estudios de ampliación del canal establecieron que las alternativas más efectivas y eficientes para mejorar la capacidad del canal, es la construcción de un tercer juego de esclusas, con mayores dimensiones que las construidas en 1914. En 1939, los Estados Unidos iniciaron la construcción de esclusas adicionales, diseñadas para permitir el tránsito de buques comerciales y de guerra de dimensiones mayores que el tamaño de las esclusas existentes. En 1942, después de avanzar considerablemente las

excavaciones, los estadounidenses suspendieron la ejecución del proyecto debido al comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

En la década de los años 80 del Siglo XX, una comisión tripartita formada por Panamá, Japón y Estados Unidos abordó el tema nuevamente y como los estadounidenses en 1939, decidieron que un tercer juego de esclusas, era la alternativa más apropiada para incrementar la capacidad del canal. En posteriores estudios llevados a cabo por la Autoridad del Canal de Panamá como parte de su Plan Maestro, con un horizonte hasta el año 2025, ratifican un tercer juego de esclusas, más grandes que las existentes, que era más apropiado, más rentable, que aumentaría la capacidad del canal y que permitiría que la ruta marítima panameña continuara creciendo. Según la Autoridad del Canal, a través de su historia el canal continuamente ha transformado su estructura y se ha adaptado a las necesidades del comercio internacional, a las tecnologías del transporte marítimo para lograr su competitividad.

El Presidente Martín Torrijos en su discurso del 24 de abril de 2006, anunciando el inicio del proyecto de ampliación del canal dijo: “para decirlo de manera gráfica, (el canal) es como nuestro petróleo. Al igual que el petróleo que no ha sido extraído no vale nada, ya que para extraerlo hay que invertir en infraestructura; el canal requiere ampliar su capacidad para afrontar el crecimiento de la demanda de carga y generar más riqueza para los panameños”.

1.3 OPINIÓN DEL AUTOR SOBRE EL TEMA:

Luego de un relato de los problemas que han enfrentado las distintas generaciones durante la vigencia del canal de Panamá que terminó el 31 de diciembre de 1999 y dio inmediatamente el inicio del Tratado de la Neutralidad del Canal de Panamá con los Estados Unidos de América que es a perpetuidad, hago las siguientes reflexiones sobre las alternativas que tenía el país para hacer competitiva la vía y la decisión finalmente tomada por Panamá.

Es de considerar que Panamá tomó la decisión menos favorable al escoger el ensanche de las esclusas, descartando la construcción de un nuevo canal a nivel que estaba contemplado en el acuerdo Robles- Jhonson de 1967, el que no fue aprobado por la Asamblea Nacional. Sustento mi argumento en que Panamá debió tomar la Ruta 10 por la Chorrera de un canal a nivel por esa vía. Esta solución sería permanente y podía incrementar el comercio interno a través de servicios a todos los barcos que pasen por Panamá, situaciones que con el ensanche no se van a producir. El sistema de esclusas, es anticuado, muy costoso en mantenimiento, y conlleva un desperdicio de agua dulce que el país necesita para sus ciudadanos y que además se vierte al mar, perjudicando al pueblo con la falta de este valioso líquido y que es uno de los problemas más apremiantes de falta de agua para los ciudadanos.

Los ensanches en las esclusas que se sigan dando no dejan de ser estrategia de un sistema lento que entorpece la eficiencia y eficacia que solo un canal a nivel puede dar. Como Panamá no escogió la alternativa correcta van a venir nuevas alternativas para competir con Panamá por no prestar un servicio eficaz al aumentar la mercancía mundial.

El negocio del comercio mundial está dirigido a la costa este-oeste de los Estados Unidos ya que este país es el más grande vendedor y comprados del mundo, lo que lo hace atractivo para los navieros y el comercio internacional. En atención a ello, este autor se atreve a pronosticar que van a producirse ofertas de tipo terrestre a través de canales secos e incluso de canales a nivel que sería más eficientes en cuanto a permitir un tránsito más rápido, de más barato peaje, y por consiguiente, la mercancía se entregaría en un tiempo mucho más corto, en contra de tener que perder 3000 o 4000 kilómetros por Panamá para subir a la costa este u oeste de los Estados Unidos. Si no se eficiente y eficaz un negocio, se va a producir competencias para realizar el trabajo en mejores condiciones.

Hay proyectos y algunos ya iniciados por Colombia, Costa Rica, Nicaragua, México y se ha contemplado utilizar el Polo Norte como una vía navegable lo cual se puede realizar en cinco años una vez se tome la decisión final. Me parece que los grupos que tomaron la decisión de ampliación de una estructura obsoleta y no adecuada en una época donde la

tecnología es la norma no fue la mejor. En consecuencia, analizaron las alternativas con luces cortas y no como algunos estadistas que toman decisiones que predicen cómo serán las cosas dentro de los futuros 300 o 400 años y como decía el General Torrijos ver con luces largas las decisiones de Estado y, sobre todo, en este milenio donde la norma es el cambio y no aferrarse a los paradigmas del pasado.

CONCLUSION

Estimamos que la decisión que tomaron los panameños encargados de tomar las medidas fue fundamentalmente política, ya que muchos no querían hablar de un canal a nivel porque el Tratado de Neutralidad establece que si en un futuro Panamá decide construir un canal a nivel debe ser con los Estados Unidos y un tercer país que sería Japón. Creo que los norteamericanos si saben que ese canal no va a poder subsistir con esclusas ampliadas y esto puede derrumbar todas las esperanzas de Panamá de esta tacita de oro por no tomar la decisión correcta. El mundo ha cambiado y la tecnología ha transformado al mundo y lo seguirá haciendo cada día, por lo que aferrarse a paradigmas del pasado no son aliados de un mundo global y tecnológico.

BIBLIOGRAFÍA

- Dénain, A., Ensayo sobre los intereses políticos y comerciales del Istmo de Panamá, Panamá por José María Bermúdez, 1844.
- Duval Jr., Miles P., Cádiz a Catay. La historia de la larga lucha diplomática por el Canal de Panamá, prólogo de Carlos Manuel Gasteazoro, Editorial Universitaria, Panamá, 1973, segunda ed., Panamá, 1995.
- El Reino de Tierra Firme. Testimonios documentales del Panamá hispano, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Secretaría de Estado de Cultura, Museo del Canal Interoceánico de Panamá, mayo- junio de 2001.

- Fernández de Oviedo, Gonzalo, Historia General y Natural de las Indias, Islas y Tierra- Firme del Mar Océano, tomo segundo de la segunda parte, Publicado por la Real Academia de la Historia. Madrid, 1833.

ANEXOS

IMAGENES DEL INCIO DE LA CONTRUCCIÓN DEL CANAL DE PANAMA.

Imagen 1.0



Imagen 2.0



Imagen 3.0



Imágenes del repositorio: <https://pancanal.com/es/resena-historica-del-canal-de-panama/>

CANAL DE PANAMA HASTA 2007 PREVIO A INICIO DE LA AMPLIACIÓN

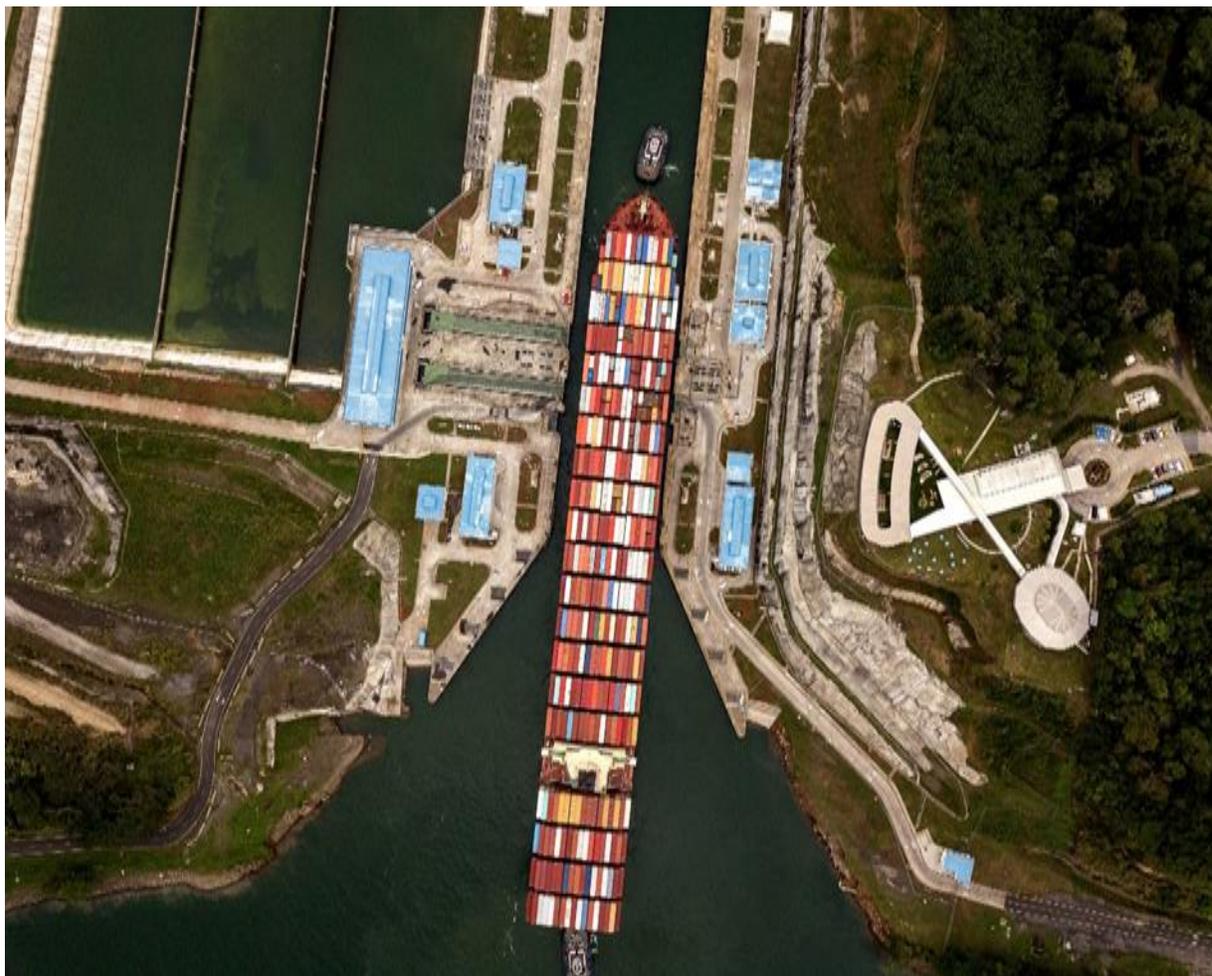


Imagen 4.0

Fuente: <https://conociendopanam.blogspot.com/2017/05/ampliacion-del-canal.html>

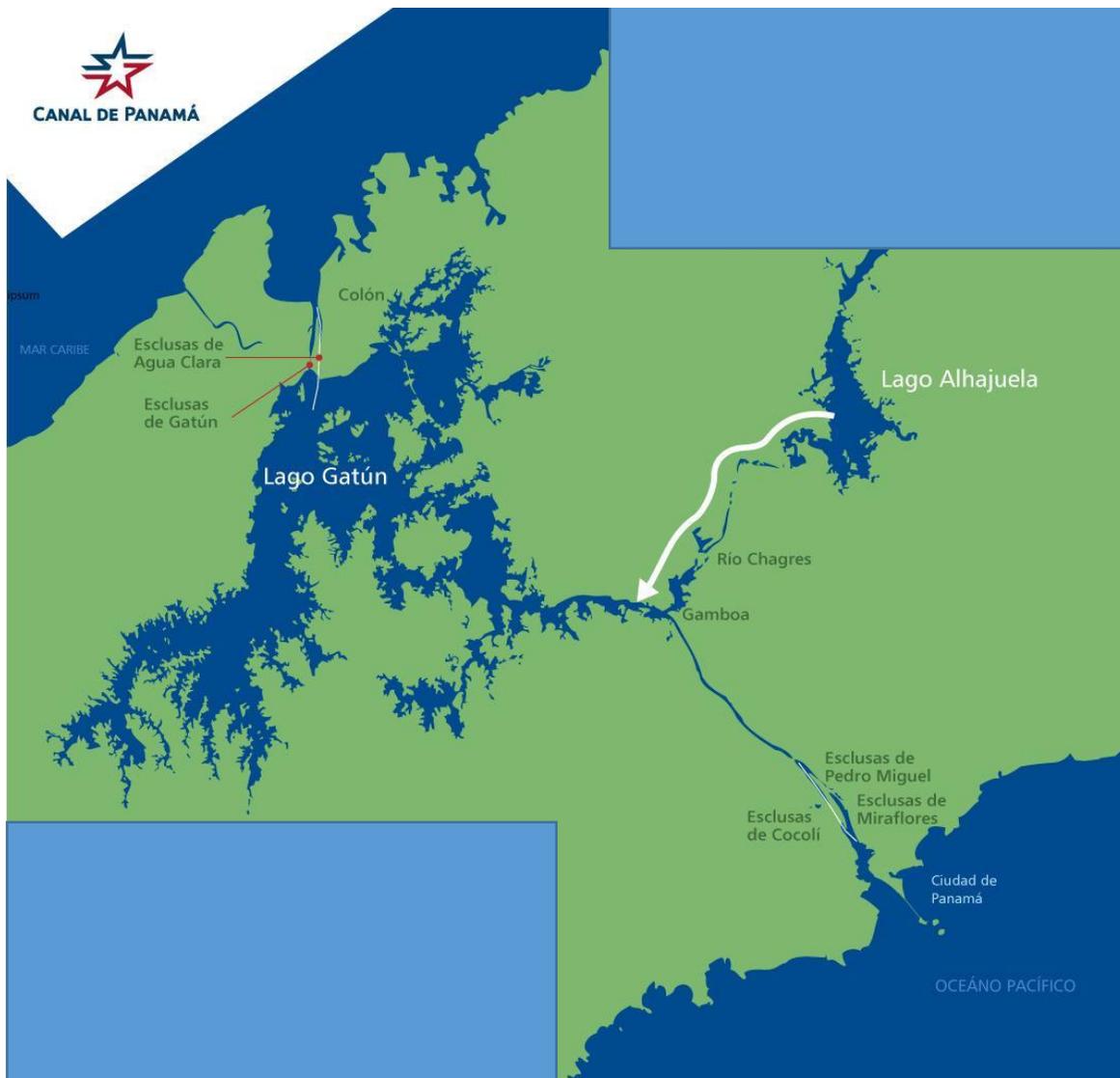
CANAL AMPLIADO, POSTERIOR INAUGURACIÓN 2014. BARCO ATRAVEZANDO

Imagen 5.0



Imágenes del repositorio: <https://pancanal.com/es/resena-historica-del-canal-de-panama/>

UBICACIÓN GEOGRÁFICA



Imágenes del repositorio: <https://pancanal.com/es/resena-historica-del-canal-de-panama/>

La Crisis Centroamericana, Panamá Y La Iniciativa De Paz Del Grupo De Contadora

Oscar Vargas Velarde
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
País: Panamá
oscar.vargas@up.ac.pa / oscar_vargasvelarde@hotmail.com
ORCID 0000-0002-5423-465X

Entregado: 26 de Julio 2022

Aprobado: 30 de septiembre de 2022

RESUMEN

Hace cuarenta años los problemas y los conflictos del istmo centroamericano estaban a punto de causar una guerra generalizada en la región. Panamá veía con mucha preocupación el escenario y junto a Colombia, México y Venezuela creó el Grupo de Contadora, un cuarteto diplomático, al que después se le unió el Grupo de Apoyo (Argentina, Brasil, Perú y Uruguay), el cual desplegó todos los esfuerzos políticos y diplomáticos, pese a las dificultades que presentaban países con intereses o vínculos en la región, que impidieron esa guerra y posibilitaron que los países centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), lograran a través de los acuerdos de Esquipulas una paz estable y duradera, el impulso de procesos democráticos y mecanismos eficaces de cooperación para el desarrollo.

PALABRAS CLAVE

Crisis centroamericana, Grupo de Contadora: Panamá- Colombia, México, Venezuela, Acta de Contadora Para la Paz y la Cooperación en Centroamérica, Acuerdos de Esquipulas

ABSTRACT

Forty years ago the problems and conflicts of the Central American isthmus were about to cause a generalized war in the region. Panama viewed the scenario with great concern and, together with Colombia, Mexico and Venezuela, created the Contadora Group, a diplomatic quartet, which was later joined by the Support Group (Argentina, Brazil, Peru and

Uruguay), which deployed all efforts politicians and diplomats, despite the difficulties presented by countries with interests or links in the region, which prevented that war and made it possible for the Central American countries (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua) to achieve, through the Esquipulas agreements, a stable and lasting peace, the promotion of democratic processes and effective cooperation mechanisms for development.

KEYWORDS

Central american crisis- Contadora Group: Panama- Colombia-Mexico-Venezuela- Contadora Act For Peace and Cooperation in Central America-Esquipulas Agreements

I. LOS PROBLEMAS Y LOS CONFLICTOS CENTROAMERICANOS

Los países centroamericanos, a saber: Costa Rica, El Salvador Guatemala, Honduras y Nicaragua, convertidos en Estados independientes a raíz del desmembramiento de la República Federal de Centroamérica, proclamada en 1924 y presidida por el general Francisco de Morazán, formada a escasos años del 15 de septiembre de 1821, fecha de la Independencia de las provincias de Centroamérica de la dominación española (que las aglutinaba en el Reino de Guatemala o Capitanía General de Guatemala), se hallaban seriamente agobiados por los conflictos y en riesgo de una guerra generalizada, a resultas de una herencia de sangre, injusticias, opresión, dictaduras y ansías de reivindicaciones políticas, económicas y sociales. Las asechanzas estaban al orden del día.

En Nicaragua, tras el triunfo en 1979 de la Revolución Sandinista sobre la noche oscura del somocismo, prolongada por la dictadura del general Anastasio Somoza Debayle, el hijo menor del sátrapa Anastasio Somoza García, había un Gobierno de izquierda ligado a Cuba, la Unión Soviética y las fuerzas progresistas internacionales, que se encontraba hostigado por la contrarrevolución en el norte, o sea, la autodenominada Resistencia Nicaragüense (RN), armada por los Estados Unidos de América y que usaba como asiento el territorio hondureño, fenómeno causante de peligrosas tensiones entre ambos Estados y que convirtió al Estado hondureño -regido por gobierno civil, bajo la sujeción del Ejército-, en una gran base militar estadounidense y en un país -caracterizado por una de las mayores pobrezas del continente- usufructuario de poderosa aviación. En el sur de Nicaragua, los

incidentes fronterizos espoleados por disidentes sandinistas de la Alianza Revolucionaria Democrática (ARDE), capitaneada por el comandante Edén Pastora, que montaban operaciones de guerrilla contra esta nación desde territorio costarricense creaban agrias disputas con Costa Rica, cuyo Gobierno civil y conservador creó una policía militarizada de mil hombres; todo esto unido a los crispados problemas migratorios y de refugiados nicaragüenses en suelo de su vecino país.

En El Salvador, nación víctima de regímenes de fuerza, la guerrilla izquierdista del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional había ganado tal desarrollo que sus acciones se transformaron desde 1979 en una guerra civil contra el poderoso Ejército que cada día cometía más excesos sobre la población civil y mayores violaciones de los derechos humanos, con prototipos simbólicos como el vil asesinato por paramilitares en una concurrida ceremonia religiosa de monseñor Oscar Arnulfo Romero, arzobispo de San Salvador, quien exigía en sus homilías el respeto de los derechos humanos o la masacre de El Mozote en la que un batallón de ese mismo Ejército asesinó a seiscientos civiles, en cifras aproximadas, entre hombres, mujeres y niños.

En Guatemala, ulterior a la Revolución de Octubre de 1944 y de dos gobiernos de genuina raigambre democrática, el del educador Juan José Arévalo y el del coronel Jacobo Arbenz Guzmán, derrocado este por el contubernio de la CIA, la *United Fruit Compañy*, los gobiernos antediluvianos de Centroamérica y del Caribe y una legión de militares retrógrados y mercenarios reclutados por los Estados Unidos de América, instalando en el poder a su títere, el coronel Carlos Castillo Armas, hubo la sucesión de los gobiernos dictatoriales o con barniz democrático, pero bajo estricto control castrense, que tensaron las relaciones políticas y sociales, y produjeron el incremento de las acciones de los grupos guerrilleros que en algún momento de la lucha armada modelaron su unificación y el aumento desmedido de la represión de gubernamental, en virtud de las operaciones del sanguinario Ejército Nacional hacia las capas medias, los elementos populares y las colectividades indígenas, cuya violación masiva y sistemática de los derechos humanos, masacres y genocidio causaba repudio universal.

En Honduras la beligerancia social afloraba en conflictos políticos que, asociados con la reciente guerra librada con El Salvador, “la Guerra del Fútbol”, y las serias tensiones enlazadas al sesgado curso del que hacía gala el Gobierno Sandinista, creaban un clima

enrarecido en la “sociedad catracha”, que se manifestaba en malestar real en la población, actos de violencia política o social, control ostensible de la cúpula militar sobre las altas autoridades civiles y el incremento de la presencia del Ejército norteamericano en esas tierras, amén de la política de sometimiento rampante que desarrollaba el Gobierno de los Estados Unidos en deshonra de esa nación en aras de convertirla en un gran “portaviones terrestre estadounidense”.

El escritor Gregorio Selser, con dureza, calificaba a Honduras, en el título de su libro, como una “república alquilada”. Al respecto decía que “La estrategia norteamericana en la región definió la posición de Honduras con respecto a sus vecinos y la situó como un brazo estratégico para llevar adelante su política contrainsurgente y contrarrevolucionaria, uno de cuyos eslabones fundamentales es la agresión a Nicaragua. La misma estrategia exigió -y el general (Gustavo) Álvarez en su cabeza conductora- el desarrollo de una guerra preventiva contra el pueblo hondureño, guerra que actualmente se encuentra en marcha y que, conjuntada con la política económica, permite señalar que la situación de las mayorías del país se halla caracterizada por el hambre y la represión”. (Selser, 1983).

En Costa Rica funcionaba una democracia liberal favorecida por su gran dosis de estabilidad, con tensiones sociales acrecentadas por efecto directo de las transformaciones ocurridas en Nicaragua, su frontera norte, y la ola de migrantes y refugiados que comenzó a copar su capacidad de absorción y la acción de escuadras armadas de opositores nicaragüense que comenzaron a atosigar desde el territorio tico al Gobierno heredero del ideal del general Augusto César Sandino, quien combatió la ocupación norteamericana y fue asesinado cobardemente por el general Anastasio Somoza García en ese empeño.

En este mundo de conflictos y tensiones en el istmo centroamericano subyacían en el desfiladero de la marginalidad de las clases sociales menos favorecidas por la riqueza y en el despeñadero de las injusticias seculares, derivadas de sistemas económicos, políticos y sociales, que generaron condiciones negativas, trocadas en el alejamiento de la democracia, la libertad, la justicia social y el respeto a los derechos humanos, etc. Estos problemas se fueron acumulando e hicieron su eclosión con tal magnitud que se hacía ineluctable dar paso a los mecanismos de diálogo y concertación con el objetivo de lograr el establecimiento en toda la región de la democracia, de regímenes de libertad, de la promoción y del respeto de los derechos humanos, del pluralismo y de la reconciliación

nacional, de la seguridad entre los Estados, de la autodeterminación de los pueblos y de la cooperación para el desarrollo económico y social.

El doctor Jorge E. Illueca, presidente de la República en 1984, comprendía la magnitud de esta crisis: “La situación del Istmo Centroamericano es permanente motivo de preocupación para mi Gobierno. La guerra civil en El Salvador, la violencia y el terror que se adueñan de los países del área poniendo en peligro la vida de la población encuentran su raíz en la inicua explotación del esfuerzo humano, las oprobiosas desigualdades económico sociales, los inveterados vejámenes a los derechos humanos y fueros democráticos que durante décadas han prevalecido en esa región americana. La confrontación armada actual es la fase extrema y crítica de la lucha secular e infructuosa de miles de hombres y mujeres de todas las edades, por establecer condiciones de vida decorosa, dentro del sistema económico, social y político que cada nación centroamericana escoja por sí misma, a cubierto de presiones e injerencias extrañas”. “A consecuencia de la guerra civil en Centroamérica, han ocurrido desplazamientos de gentes pacíficas e incursiones de elementos beligerantes a través de las fronteras que, a su vez, reactivan caducos litigios y originan choques entre las fuerzas armadas de los países afectados por tales movimientos. Están presentes allí las condiciones preliminares para el estallido de una conflagración que no tardará en alcanzar a toda la región y que, al ofrecer pretextos para la abierta intervención de potencias extrañas derivarían en un conflicto internacional de enorme proporción y complejidad”. (*Informe a la Nación...*, octubre de 1984).

Con la solución pacífica de estos conflictos y estas tensiones se evitaba la intervención extranjera, toda vez que el Gobierno del presidente estadounidense Ronald Reagan consideraba a Nicaragua una base de la expansión marxista-leninista de la Unión Soviética y Cuba en la región (política delineada en el documento *U. S. policy toward Nicaragua and regional negotiations*, cuya traducción sería “La política de Estados Unidos hacia Nicaragua y las negociaciones regionales”), que ponía en serio peligro la paz y la estabilidad de sus vecinos, tanto por su poderío militar como por el apoyo a los destacamentos insurreccionales que acometían contra algunos gobiernos del área; y al mismo tiempo, constituía una amenaza para la seguridad y los intereses de los Estados Unidos, de tal forma dicho Gobierno pretendía el desmantelamiento del régimen sandinista mediante una fórmula u otra; una de ellas mediante el apoyo, que en 1986 llegó a la alta

cifra de cien millones de dólares, a las fuerzas irregulares que combatían al Gobierno de Managua.

La República de Panamá venía abogando por esta solución pacífica de tales conflictos y así impedir que se desatara esa guerra generalizada, lo que haría factible el involucramiento directo de los Estados Unidos de América y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), que mantenían vínculos e intereses abiertos en la región, acontecimientos indeseados que, como axioma, afectarían no solo a los países vecinos, sino a toda América Latina y El Caribe.

El general Omar Torrijos antes de su muerte había ideado un plan de pacificación centroamericana, pero tal iniciativa naufragó con su deceso. Torrijos tenía toda la autoridad moral para hacer esa propuesta, que involucraba no solo a los centroamericanos, sino a los Estados Unidos, Cuba y otros países latinoamericanos y europeos, pues fue factor de primer orden con Carlos Andrés Pérez, presidente de Venezuela, Rodrigo Carazo, presidente de Costa Rica y finalmente el presidente Jimmy Carter, en la articulación y el respaldo a las fuerzas revolucionarias que durante más de veinte años, con el apoyo de Cuba, luchaban por derrocar al terrible régimen de Somoza y que le dieron la estocada definitiva. Además, había promovido la independencia de Belice y mediado en diferentes situaciones conflictivas ocurridas en El Salvador y en Honduras. Sin embargo, las autoridades panameñas querían preservar ese legado y no descansaban ni en preocupaciones, ni en la búsqueda de alternativas pacíficas.

El 5 de octubre de 1982, el entonces vicepresidente Illueca y presidente de la delegación de Panamá, en el debate general realizado en la Sesión Plenaria celebrada en el Trigésimo Séptimo Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al respecto expresó:

“Mi país no puede ser indiferente al clima de violencia y belicismo entronizado en la región. Ni por razones éticas, ni políticas, ni de seguridad. Las tensiones internas, a las que se han sumado las injerencias e interferencias foráneas de uno y otro signo —en apoyo de una y de la otra parte contendientes—, ya han generado una estructura de militarización de fuerzas y de alianzas que amenaza en cualquier momento con la generalización del conflicto. Ello tendría consecuencias incontrolables y

sangrientas, que inevitablemente comprometerán toda la situación internacional y destruirán la región.

Por tanto, desde la década pasada, Panamá ha venido desarrollando una política regional significativamente orientada a contribuir a que los problemas existentes en el área se solucionen pacíficamente. Procuramos evitar que en la región se continúe la espiral de confrontaciones internas –que ya toman proporciones genocidas-, y que generen situaciones bélicas entre los países hermanos. Hemos tenido sustanciales coincidencias con México y Venezuela en el interés común por la búsqueda de soluciones que puedan lograrse mediante negociaciones políticas multilaterales entre todas las partes en conflicto dentro de área.

También por ello, hemos desarrollado el principio, el derecho y el deber de sostener buenas relaciones con todos los demás países de la región –sin excepciones-, aunque tengan regímenes políticos diferentes del nuestro. Y con igual énfasis defendemos el principio, el derecho y el deber de preservar la neutralidad auto determinada de Panamá, tanto respecto a las fuerzas en conflicto dentro de la región como respecto a las superpotencias.

Estamos conscientes de que el diálogo permanente y el entendimiento mutuamente concertado con cada una de las otras naciones y fuerzas –dirigido hacia la distensión y la armónica convivencia-, son el único método que puede restaurar la seguridad del área, y salvar la seguridad internacional y la de nuestro propio país.

Queremos que Panamá sea un foro y un activo comunicador o intermediario para establecer acuerdos de distensión, y no una de las partes en confrontación. Por esto mismo, -y como parte de una de las mejores tradiciones diplomáticas de mi país-, hemos rechazado formar parte de bloques o de pactos excluyentes de cualquier naturaleza, aun cuando en ciertos casos no dudamos de la bondad de sus intenciones”. (Declaración..., 5 de octubre de 1982).

II. LA GESTIÓN DE PAZ DEL GRUPO DE CONTADORA

Como pensaba el alto funcionario panameño, en Gobiernos de otros países latinoamericanos también se compartía esa visión y aceptaron la invitación que se les formuló para que sus representantes se congregaran en Panamá e intentaran coadyuvar en

las soluciones a ese vórtice centroamericano, que estaba a punto de su desbordamiento y de la intervención militar de los Estados Unidos de América.

Por eso, los cancilleres de Colombia, México, Panamá y Venezuela se reunieron los días 8 y 9 de enero de 1983, en la isla de Contadora, ubicada en el Golfo de Panamá, en el océano Pacífico, con la participación del presidente Ricardo de la Espriella, del vicepresidente Jorge E. Illueca y del general Manuel Antonio Noriega, en donde se realizó el examen del escenario mundial y de las tareas pendientes, así como de los problemas políticos y económicos mundiales y regionales; por eso, preocupados por el complejo panorama en Centroamérica, avivado por la injerencia extranjera, formularon apremiante llamado a los países para que a través del diálogo y de la negociación se redujeran las tensiones y se establecieran los cimientos de un clima inalterable de convivencia pacífica y respeto mutuo entre los Estados.

De ahí entonces que los ministros de Asuntos Exteriores de estos cuatro países: Rodrigo Lloreda Caicedo (Colombia), Bernardo Sepúlveda Amor (México), Juan José Amador III (Panamá) y José Alberto Zambrano Velasco (Venezuela), emprendieron las gestiones con el fin de fomentar la confianza necesaria entre los países centroamericanos para la apertura del diálogo y de las negociaciones, acompañados de un espíritu constructivo y de esperanza, a efecto de contribuir con la paz estable y duradera, y con la cooperación para el desarrollo político, económico y social en esa región centroamericana.

Esos fueron los objetivos primarios del Grupo de Contadora, a pesar de que respetables académicos centroamericanos han considerado que este Grupo tenía “dos objetivos básicos: evitar la intervención unilateral de los Estados Unidos y moderar el cambio y el compromiso de Cuba y la URSS en la crisis” (Rojas Aravena, 1988).

Es cierto que el Grupo de Contadora se oponía a las políticas de fuerza y a la intervención. Pero, partía del supuesto de que los mejores caminos para lograr la paz, la democracia y la cooperación para el desarrollo en Centroamérica eran el diálogo y la negociación, los cuales permitirían llegar a los acuerdos perdurables que tanto necesitaban y anhelaban los pueblos que componen la región. La solución permanente se hallaba en el diálogo y en ningún momento en la confrontación o en la imposición. Ahora bien, no cabe duda de que al apelar al buen juicio de los países con vínculos e intereses en la región para que no adoptaran acciones que empeoraran los conflictos existentes, se estaba refiriendo a esos tres países y a

la sana idea de frenar la ayuda armamentista estadounidense e impedir su intervención militar, así como morigerar la ayuda soviética y cubana a uno de los países (Nicaragua) o fracciones en pugna (guerrilla salvadoreña). Lo incuestionable es -como puntualiza Leopoldo Villar Borda- que “Para nadie es un secreto que esta iniciativa iba a contravía de la política adoptada por el presidente estadounidense Ronald Reagan, que buscaba una solución militar al apoyar a los ‘contras’ para derrocar al régimen sandinista”. (Villar Borda, 2018).

En junio de 1983 se conocieron las denuncias del vicepresidente Illueca, a las cuales se le agregaron declaraciones del ministro de Relaciones Exteriores de Panamá, sobre los hechos que hacían barruntar las intenciones imperiales norteamericanas de invadir a Nicaragua e incrementar la guerra civil en El Salvador. El periódico sandinista *Barricada*, editado por Carlos Fernando Chamorro Barrios, se hizo eco de estas denuncias así:

“Panamá: protestan por el mal uso de la ‘Zona del Canal’

El Vice-Presidente panameño Jorge Illueca se pronunció contra el incremento de las fuerzas de Estados Unidos en el Istmo Centroamericano ‘que presagia una inminente invasión a Nicaragua y la vietnamización de El Salvador’.

Illueca añadió que las recientes declaraciones del saliente jefe del Comando Sur de Estados Unidos, General Wallace Nutting, ‘son contradictorias con la adhesión de este país a los acuerdos de paz en Centroamérica impulsados por el Grupo de Contadora’.

Nutting pidió recientemente que Estados Unidos aumentara el número de asesores militares en El Salvador y se involucrara más en la crisis en Centroamérica.

Un vocero de la cancillería panameña, por su parte, expresó hace unos días su preocupación sobre la realización de vuelos de reconocimiento sobre varios países de Centroamérica, desde las bases aéreas ubicadas en la Zona del Canal, hecho que fue confirmado por el mismo coronel William Hanksen del Comando Sur de los Estados Unidos.

Con anterioridad se había denunciado en diferentes medios de comunicación la realización de vuelos diarios de aviones militares norteamericanos hacia Centroamérica desde territorio panameño, cargados de armas.

Aclaró el canciller panameño que ‘las bases militares en el área del Canal deben responder a lo que se pactó en los Tratados Torrijos-Carter, o sea que deben ser utilizadas exclusivamente para la defensa del Canal’.

No queremos -añadió- que desde allí se inicien acciones de asistencia, de entrenamiento o de apoyo a cualquier acción militar que ocurra en el mundo no solo en Centroamérica”. (*Barricada*, 1983).

El periodista Jesús Ceberio, corresponsal en México del diario español *El País*, reportaba otros nubarrones que oscurecían el novel proceso pacificador. En efecto, el presidente provisional de El Salvador, doctor Arturo Magaña, acusaba al Gobierno mexicano de “mantener una actitud favorable a los sandinistas”. En tanto, “Los nicaragüenses ven con recelo a Panamá desde que el comandante de la guardia nacional, general Rubén Darío Paredes, hizo unas declaraciones en las que acusó a Cuba y Nicaragua de ser los principales responsables de la crisis centroamericana, llegando a amenazar con una ruptura de relaciones diplomáticas con ambos Gobiernos”, porque los gobiernos de esos países insistían “en exportar su revolución en Centroamérica”. (*El País*, 28 de febrero de 1984). Estas declaraciones ponían en tela de duda la imparcialidad de dos de los cuatro países del grupo mediador y su finalidad de auspiciar compromisos equilibrados entre todos los Estados centroamericanos. (*El País*, 28 de febrero de 1984).

En tales circunstancias se convocó la Cumbre Presidencial de Cancún. Para Ceberio, “Algunos observadores apuntan que la urgencia de la convocatoria de la *cumbre* puede deberse al riesgo creciente de una intervención militar directa norteamericana en la región. Nicaragua (cuyo régimen revolucionario es la *bestia negra* de Reagan en la zona) y El Salvador (donde el apoyo económico y militar de Washington no ha bastado para ganar la batalla a la guerrilla) serían los objetivos de esta intervención, que el presidente estadounidense ha negado repetidamente que esté considerando, aunque sin descartarla en caso de auténtica *amenaza* a su seguridad, como si se instalaran misiles soviéticos en Nicaragua”. (*El País*, 28 de febrero de 1984).

En “vista del agravamiento de los conflictos que ponen en peligro la paz de la región centroamericana”, la gestión de los cancilleres del Grupo de Contadora recibió el impulso de los presidentes de Belisario Betancur, de Colombia; Miguel de la Madrid, de México;

Ricardo de la Espriella de Panamá y Luis Herrera Campins, de Venezuela, quienes se congregaron a mediados de julio en Cancún, en el Caribe mexicano, para "fortalecer la gestión diplomática y la negociación política".

En ese conclave los mandatarios analizaron "la evolución de la situación regional, los principales problemas que obstaculizan su solución y las posibles bases para lograr una paz justa y duradera", así como las incidencias de la gestión y las expectativas de paz, y en ese famoso balneario expidieron la Declaración de Cancún sobre la Paz en Centroamérica, que en sí misma constituye un programa general para garantizar la paz en esa región.

Los presidentes hicieron un llamamiento a la paz en el que se condenó "la injerencia extranjera en la región", se pidió "la retirada de todo el personal civil y militar no perteneciente a los países de la zona" y se solicitó el "incremento de la ayuda para solucionar los problemas socio-económicos de la región, con amplios plazos de financiación y bajos intereses".

Este programa general de paz, aceptado y enriquecido por los gobiernos centroamericanos, fue capital para que la labor del Contadora rindiera inmediatos frutos. Esos gobiernos aprobaron por consenso el 8 de septiembre de 1983 el *Documento de Objetivos*, que establecía veintiún principios fundamentales, el marco de referencia para la negociación de un acuerdo general de paz, seguridad y cooperación del área.

En el Trigésimo Octavo Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, presidido por el doctor Jorge E. Illueca, el concierto de las naciones brindó un fuerte respaldo al Grupo de Contadora, al aprobar por consenso una histórica resolución por la paz en Centroamérica, cuyo proyecto fue presentado por Nicaragua, enriquecido con los aportes Costa Rica. Todos los jefes de Estado o de Gobierno o los representantes de los países que intervinieron en las discusiones del proyecto concordaron en considerar la declaración de los presidentes en Cancún como el "único camino hacia la paz para la región centroamericana". (Naciones Unidas. *Documentos oficiales*, 1983).

III. LA DENUNCIA CONTRA CONDECA

En la mitad de los conflictos y las negociaciones se conocieron informaciones internacionales realmente lamentables para la reputación de Panamá, porque daban cuenta de una presunta política de doble cara; pues, por un lado, participaba en las gestiones del Grupo de Contadora y, por el otro, estaba en connivencia con los enemigos del proceso de

paz y tomaba parte en los preparativos para dicha intervención armada en el Istmo centroamericano.

El vicepresidente de Panamá, Jorge E. Illueca, el mencionado 11 de noviembre de ese mismo año, en ejercicio de las atribuciones derivadas de su cargo, compareció a la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, en donde presentó el informe constitucional sobre el Presupuesto de Rentas y Gastos del Estado y el Plan Nacional de Desarrollo, correspondientes a lo acontecido desde el 12 de octubre de 1982; no obstante su disertación escrita, en un momento se apartó del texto y se refirió a ese asunto espinoso por sus implicaciones nacionales e internacionales, que aparecía en notas de prensa provenientes de los Estados Unidos de América, las cuales exponían que Panamá formaba parte del Consejo de Defensa de Centroamérica (CONDECA) y que los jefes militares de Guatemala, El Salvador, Honduras y Panamá preparaban, en violación de las gestiones de paz del Grupo de Contadora, la invasión de Nicaragua.

El vicepresidente denunció alto y claro la maniobra. Desmintió que la República de Panamá -que estaba “marchando a un proceso de democratización, de institucionalización”- fuera integrante de CONDECA, “Convenio que resulta repulsivo para la conciencia internacional porque allí se expresan en términos muy claros que el arquitecto de ese Convenio fue ANASTASIO SOMOZA de ingrata recordación y se dice que los padres de este Convenio es el Comando Sur que está ubicado en territorio panameño”.

Cuando se esgrimía el nombre de nuestro país en informaciones sobre el traslado de tropas de Panamá a El Salvador con esos fines, lo utilizaban equivocadamente porque se trataba de “una base militar extranjera y tiene nombre de Comando Sur pero que quede claro la dignidad nuestra exige que se nos respete, así como lo exigieron esos jóvenes oficiales nacionalistas de la Guardia Nacional que hace pocas semanas detuvieron un tren con tropas norteamericanas que querían pasar por el territorio nacional sin cumplir con los requerimientos del Tratado Torrijos-Carter...”

Ante otra información de que las fuerzas militares de CONDECA se proponían invadir tanto a Nicaragua como a El Salvador, expresó: “nosotros no estamos en esa jugada, nosotros no estamos en CONDECA haciendo jugada contra Nicaragua, nosotros exigimos respeto por el honor nacional...”

Por último, preguntó si los representantes de Corregimientos estaban de acuerdo con que se invadiera a Nicaragua y estos respondieron que no. “Pero yo quisiera oírlo en forma más decidida en una forma más decidida, estamos en contra de la intervención, estamos nosotros a favor de que se respete el derecho a la libre determinación de los pueblos”, volvió a preguntar. La respuesta de estos humildes representantes del pueblo panameño fue afirmativa de forma categórica. (Informe a la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos..., 11 de octubre de 1983).

El periodista Demetrio Olaciregui, siempre muy informado en cuestiones de seguridad, geoestratégica y política, aseguraba a más de treinta años de los sucesos, que el general Manuel Antonio Noriega, quien había respaldado al Gobierno panameño en la formación del Grupo de Contadora “como mecanismo de mediación para evitar la guerra centroamericana” -es más, en algún momento participó en la reunión inaugural de los cancilleres en enero de 1983-, “siguiendo instrucciones de los Estados Unidos trató de reactivar el Consejo de Defensa Centroamericano (CONDECA)”. (*La Estrella de Panamá*, 6 de junio de 2017).

Esta afirmación es más que creíble si se toma en consideración que el derrocado general Noriega, en el juicio que le siguieron los norteamericanos en Miami, bajo la acusación de narcotráfico, reconoció sus vínculos con la Agencia Central de Inteligencia (CIA); empero, descuidaba el valioso, trillado y sempiterno dato de que los Gobiernos de los Estados Unidos no tienen amigos, sino que defienden sus intereses y cuando las circunstancias así lo exigieron, empotrados en esos intereses, le pidieron -demanda que se convirtió en amenaza- en el marco de la sucia operación Irán-Contras (por medio del teniente coronel Olivert North, consejero de Seguridad Nacional de la Casa Blanca, en reunión que realizaron en un hotel de Londres, según destapó el diario barcelonés *La Vanguardia* hace poco), que permitiera convertir al territorio nacional en “un descanso para la Contra”; en realidad, que Panamá fuera centro de operaciones de la contrarrevolución nicaragüense, solicitud objetada, según el diario, por la reprobación y los conflictos internos que podían acarrear tal medida (*La Vanguardia*, Barcelona, 8 de octubre de 2019); objeción la cual selló su destino, aunque el mismo Noriega ubicaba el germen de su adversidad con la nación norteaños unos meses después cuando el almirante John Poindexter, así mismo consejero de Seguridad Nacional del presidente Reagan (North estaba ya procesado por el

escándalo de dicha operación Irán-Contras, mediante la cual -por el bloqueo de fondos dictado por el Congreso, por medio de la Enmienda Boland, a la Casa Blanca-, se vendían armas a la República Islámica de Irán en forma secreta para financiar a la “contra” nicaragüense) vino a Panamá con la misma propuesta y lo amenazó con desalojarlo del poder por su negativa.

Debe entenderse entonces que, a la luz de la información suministrada por Olaciregui, la oposición pública y férrea del vicepresidente Illueca contribuyó a que abortaran tales pretensiones, contrarias a las gestiones pacificadoras realizadas por los gobiernos del Grupo de Contadora.

No obstante, a Illueca le pasaron la factura, tal como se dice en frase coloquial en nuestro país. El diario *La Prensa*, en febrero de 1984, testimoniaba que “La posición del mismo Illueca estuvo ensombrecida en noviembre del año pasado que se le relevó ‘interinamente’ de la Vicepresidencia, después de pronunciar un discurso negando las informaciones de que Panamá de que participaría con Honduras, Guatemala y El Salvador en el Consejo de Defensa Centroamérica”. “Illueca dijo que CONDECA era ‘un acuerdo repulsivo a la conciencia internacional, pues su principal arquitecto fue (el fallecido presidente nicaragüense) Anastasio Somoza y padre el Comando Sur’ de las fuerzas norteamericanas que aún tiene su sede en Panamá”.

El político e historiador Carlos Calzadilla ahonda en otras peculiaridades: “Panamá había adquirido compromisos en el ‘Grupo de Contadora’ de buscar la paz en la región”. Illueca “Criticó y rechazó la gestión asumida por los militares, el Jefe del Comando Sur y de las Fuerzas de Defensa, el comandante Manuel Antonio Noriega, ‘*que tomaron decisiones políticas ajenas a los procedimientos administrativos y constitucionales de ambos países y que comprometían a Panamá en acciones dudosas en Centroamérica*’. Esta censura que el mismo Dr. Illueca destaca ‘*que para muchos fue temeraria, pero positiva*’, en esos momentos, fue un enfrentamiento al comandante Noriega. Era una censura a su acción de enviar armas y pertrechos de guerra a la ‘contra’ nicaragüense. Además nos deja la sensación de la doble actitud de Noriega, por un lado respaldaba la paz y por el otro se congraciaba con los norteamericanos. El doble juego de Noriega fue superado de manera coherente por la oligarquía ‘*su lealtad a sí misma y su lealtad al imperialismo*’” (Illueca). “Esta participación nos dice el Dr. Illueca le costó que se le desplazara de la Vice-

presidencia de la República. Más tarde se operó un cambio cuando ocupó la Presidencia de la 38ª Asamblea General de las Naciones Unidas y se le ascendió a la Presidencia de la República en reemplazo del licenciado De la Espriella, que fue destituido”. (Calzadilla, 2003).

IV. EL RESPALDO DE LA ONU AL GRUPO DE CONTADORA

El tema intitulado: “La situación en Centroamérica: amenazas a la paz y seguridad internacionales, iniciativas de paz”, fue sometido al Trigésimo Octavo Período de Sesiones de la Asamblea General por el doctor Illueca, su presidente. En la 53.ª Sesión Plenaria celebrada en ese mes de noviembre de 1983, el organismo expidió la extensa e importante resolución, que citaba la del Consejo de Seguridad, en los términos de alentar las voluntades del Grupo de Contadora y de hacer el llamado urgente a todos los países interesados de dentro y fuera de la región para que cooperaran plenamente con dicho Grupo, mediante el diálogo franco y constructivo y así encontrar soluciones a las discordancias que los separaran; y revalidaba los principios y los propósitos de la Carta de la ONU sobre la obligación de los Estados de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la de la fuerza en contra de la soberanía, integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado; así como el derecho inalienable de todos los pueblos a determinar su forma de gobierno y elegir su sistema económico, político y social sin intervención extranjera, coerción o limitación alguna.

Centroamérica era un caos completo. La ONU sentía seria preocupación y coincidía con el Grupo de Contadora, en que los conflictos internos en los países centroamericanos tenían su etiología en las condiciones económicas, políticas y sociales que prevalecían en cada uno de ellos y no debían ubicarse en el marco de la confrontación Este-Oeste. Abrigaba honda preocupación por el agravamiento de las tensiones y esos conflictos, y por el incremento de los actos de injerencia y de agresión foráneos contra los países de la región, que amenazaban la paz y la seguridad internacionales; de modo que existía la necesidad de contribuir al logro de la paz sobre pedestales sólidos que posibilitaran el auténtico proceso democrático, el respeto de los derechos humanos y el desarrollo económico social. Es más, en las últimas semanas habían aumentado en número y en intensidad los incidentes armados, los conflictos fronterizos, los actos de terrorismo y sabotaje, el tráfico de armas y las acciones desestabilizadoras en los países de la región y contra ellos; agravados con la

presencia militar de los países fuera de la región con las acciones abiertas y encubiertas y la utilización de territorios vecinos para actos de desestabilización, incrementando la tensión en el área, la prolongación del conflicto armado en algunos países y la intervención extranjera.

En tal vorágine, la Asamblea General tomaba en cuenta los avances perfilados por los ministros de Relaciones Exteriores del Grupo de Contadora y de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Honduras y Nicaragua para identificar los temas de preocupación y proponer mecanismos adecuados para su consideración; la Declaración de Cancún sobre la paz en Centroamérica, los deberes que debían adoptar los países de esa región y de fuera de la región y la ratificación de los países centroamericanos del *Documento de Objetivos*, “base de entendimiento para las negociaciones que deberán emprenderse a la brevedad posible a fin de preparar los acuerdos y adoptar los mecanismos necesarios para formalizar los acuerdos y asegurar los sistemas adecuados de verificación y control”.

De este modo, reconociendo el amplio apoyo internacional a los esfuerzos del Grupo de Contadora por encontrar una solución pacífica y negociada de los conflictos que afectaban a la región, reiteró el derecho a vivir en paz y a determinar el futuro libre de toda interferencia o intervención foránea; afirmó que el respeto a la soberanía e independencia es esencial para el logro de la seguridad y la coexistencia pacífica de los Estados centroamericanos; condenó los actos de agresión contra la soberanía, la independencia y la integridad territorial de los Estados, que habían ocasionado la pérdida de vidas humanas y daño irreversible a su economía, impidiendo atender las necesidades de desarrollo económico y social de los pueblos; instó a los Estados, dentro o fuera de la región, para que se abstuvieran de continuar o iniciar operaciones militares, con el objetivo de ejercer presión política que agravaran la ambiente regional y entorpecieran el esfuerzo de negociación del Grupo de Contadora de mutuo consentimiento con los gobiernos centroamericanos; e instó para que este Grupo persistiera en su empresa pacificadora con el respaldo efectivo de la comunidad mundial y la franca cooperación de los países interesados de dentro y fuera de la región.

VI. LA GESTIÓN DE PAZ EN LA REGIÓN CENTROAMERICANA Y EL GOBIERNO PANAMEÑO

El 9 de enero de 1984, cumplido un año de la constitución del Grupo de Contadora y del arranque de la gestión pacificadora, los gobiernos centroamericanos, acogieron por consenso el documento *Normas para la ejecución de los compromisos asumidos en el Documento de Objetivos*, que estableció tres comisiones de trabajo para que estudiaran los problemas centroamericanos y formularan sus recomendaciones a la reunión conjunta de cancilleres del Grupo de Contadora y de los países centroamericanos.

Las alamedas de la paz llevaron al ahora presidente Jorge E. Illueca a reunirse en el Palacio Presidencial, apenas unas semanas después de asumir la Presidencia de la República con los cancilleres del Grupo de Contadora e intercambiar puntos de vista sobre Centroamérica y analizar los avances y las acciones hacia el futuro del cometido. Para el mandatario, estas *Normas para la ejecución de los compromisos asumidos en el Documento de Objetivos*, constituían un avance significativo “en la etapa de la negociación directa”.

El gobernante recibió un informe de los ministros, que se congregaron en la ciudad de Panamá en una nueva ronda de conversaciones. El presidente “reafirmó la firme decisión del pueblo y Gobierno panameño de impulsar activamente los empeños diplomáticos del Grupo, a fin de concretar prontamente los avances registrados hasta el presente”. “El Presidente de la República y los Cancilleres del Grupo de Contadora coincidieron en augurar positivos resultados a las reuniones ministerial y técnica que comenzaron (...) en Panamá y de las cuales está pendiente la comunidad mundial”. En las reuniones ministeriales, los cuatro ministros se “concentraron en la situación del área Centroamericana y cambiaron impresiones sobre algunos hechos concretos como las próximas elecciones en Nicaragua, El Salvador, Guatemala y Panamá”. (Rodríguez, en *La Estrella de Panamá*, 0 de abril de 1984).

En la visita oficial del presidente Luis Alberto Monge, llevada a cabo en la ciudad de David, los mandatarios de Costa Rica y Panamá analizaron “la grave situación que vive Centroamérica” y estimaron que la reunión del Grupo de Contadora, que por esos días tenía lugar en Panamá “es vital para la paz en el área”. El presidente Monge atribuía al Grupo de Contadora “haber alejado el peligro” de la guerra en la región que en 1982 y 1983 “parecía inminente”. “Al margen de las dificultades perseveramos en nuestro apoyo a Contadora”. “El día que no podamos apoyar a Contadora es que nos hemos resignado a la guerra”, agregaba. (*La Estrella de Panamá*, 18 de marzo de 1984).

En la visita oficial del presidente de México, Miguel de la Madrid, en el marco de su gira por América Latina, que incluyó Brasil, Argentina, Colombia y Venezuela, los gobernantes panameño y mexicano conversaron sobre los avances y los retrocesos en Centroamérica y los progresos del Grupo de Contadora; no dejaron duda de que “la tensión en el área Centroamericana se ha agravado” y, por tal razón, “se mostraron preocupados por la búsqueda de soluciones al respecto, a través del ‘Grupo de Contadora’, del cual sus dos países forman parte”. El presidente De la Madrid apostillaba que “la violencia en la región se ha agravado, lo cual ha hecho peligrar no solo las relaciones de los países centroamericanos, sino también del hemisferio”. El “alcance de la paz se enmarca dentro de las gestiones del ‘Grupo de Contadora’; no obstante, este organismo (...) no tiene a su alcance la real solución”. “Eso corresponde a los pueblos centroamericanos y a sus respectivos gobiernos, a través de la voluntad de logra la paz”. El presidente panameño manifestó que “la presencia de México ha sido determinante en la búsqueda de una solución a los conflictos regionales en virtud de su liderazgo político en Latinoamérica”. (Declaración Conjunta..., 7 de abril de 1984).

La visita a la ciudad de Panamá del doctor Javier Pérez de Cuéllar, secretario general de la ONU al doctor Jorge E. Illueca, presidente de Panamá y de la Asamblea General de la ONU, fue motivo halagüeño para que ambos pasaran revista a los asuntos regionales y mundiales, además de los proyectos que el país llevaba a cabo con el Sistema de las Naciones Unidas: programa de cooperación técnica internacional y programa de pobreza crítica. El secretario general, acto seguido de ser informado por el canciller Ortega Durán, del status de la gestión del Grupo de Contadora, garantizó al mandatario panameño su personal respaldo moral y activo a tales gestiones. (*La Estrella de Panamá*, 3 de abril de 1984).

En el Palacio de las Garzas asimismo el presidente Illueca -acompañado de la Primer Dama de la República, la doctora Luzmila Arosemena de Illueca, ex decana de la Facultad de Enfermería de la Universidad de Panamá y de dos de los miembros de su Gabinete, a saber: el Lcdo. Oydén Ortega Durán, ministro de Relaciones Exteriores y el doctor Alberto Calvo, ministro de Salud-, recibió al doctor Ramón Álvarez Gutiérrez, subdirector de la Organización Panamericana de la Salud, para explorar acciones en el campo de la salud que contribuyeran a la solución de los problemas centroamericanos. El primer mandatario

comprometió todas las fuerzas de su Gobierno en el desarrollo del programa que se iba a implementar con un Plan de Necesidades Prioritarias de Salud en Centroamérica y Panamá, “reafirmando la voluntad de lograr objetivos propuestos por el Grupo de Contadora para asegurar la paz en Centroamérica a través de la solución de los agudos problemas sociales de los países del área”.

También recibió, junto al vicepresidente Ozores Typaldos, al reverendo Jesse Jackson, aspirante a la candidatura presidencial demócrata en los Estados Unidos de América, quien visitaba a Panamá, uno de los cuatro países que buscaban una solución pacífica en Centroamérica, pues temía una solución militar, que envolvería a los Estados Unidos y podría ser mucho peor que la guerra de Vietnam. En la entrevista, el presidente Illueca se mostró complacido y dijo que la visita del político estadounidense “conlleva un mensaje de paz”. “La tarea de Jesse Jackson es quizás más valiosa que el aporte económico que se puedan hacer a las naciones para encontrar la paz, ya que es una tarea de humanidad y entendimiento”. “Sin lugar a dudas esta gira es de grandes beneficios en la búsqueda de la paz de Centroamérica”. (*La Estrella de Panamá*, 23 de junio de 1984).

VII. EL ACTA DE CONTADORA Y SUS VICISITUDES

Las comisiones de trabajo, previstas por las *Normas para la ejecución de los compromisos asumidos en el Documento de Objetivos*, instaladas el 19 de febrero de 1984 e integradas por representantes de las naciones centroamericanas y del Grupo de Contadora, desarrollaron los asuntos políticos, de seguridad y de cooperación económico-social y rindieron sus informes el 30 de abril del mismo año.

El Grupo mediador ordenó, sistematizó e integró integrar las recomendaciones y los acuerdos emanados de estas comisiones de trabajo y se dedicó a elaborar los proyectos de instrumentos políticos y jurídicos necesarios para materializar los acuerdos alcanzados y establecer los mecanismos adecuados para su cumplimiento.

Este delicado trabajo condujo a dividendos precisos que hicieron posible la entrega a los gobiernos centroamericanos del proyecto de *Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica*. El Acta recogía los compromisos de carácter políticos, los de seguridad y los económico-sociales, así como los mecanismos de ejecución y seguimiento de esos compromisos, y también los protocolos adicionales que estarían

abiertos a la suscripción de todos los países que tuvieran un interés genuino en contribuir a la solución de la crisis centroamericana.

El presidente Illueca, en su Informe a la Nación, explicaba este proceso, así: El “Grupo de Contadora dio un paso firme de la planificación y la solución de la crisis centroamericana, al elaborar el proyecto de acuerdo denominado ‘Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica’. En dicha Acta se recogen las contribuciones que, en un trabajo conjunto, han realizado los cinco Gobiernos centroamericanos y los cuatro de Contadora”.

“Este proyecto de Acta se elaboró respetando fielmente el texto de los compromisos y recomendaciones adoptados en consenso en las Comisiones de Trabajo. Constituyen un verdadero esfuerzo para establecer un marco normativo que refleje la diversidad y complejidad de los problemas y asuntos inherentes al conflicto”.

“Durante los días 9 y 10 de junio de 1984, los Cancilleres del Grupo de Contadora realizaron una gira por los países centroamericanos, con el fin de entregar el ‘Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica’ a los Jefes de Estado de Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala, con la solicitud de que hicieran sus comentarios por escrito, para mediados del mes siguiente. Posteriormente, los días 23 y 24 de junio de 1984, los Vicecancilleres del Grupo de Contadora efectuaron una gira para recibir los comentarios, observaciones y propuestas de los cinco Gobiernos centroamericanos al ‘Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica’. El resultado obtenido fue la aceptación, en mayor o menor grado, de dicho documento como base de negociación y la solicitud de una reunión del Grupo Técnico (Contadora y Centroamérica) a nivel de Viceministros, a mediados del mes de agosto, para continuar el proceso negociador con base en el Acta”. (Informe a la Nación..., octubre de 1984).

El 7 de septiembre los cancilleres del Grupo de Contadora y los cancilleres de los países centroamericanos llevaron a cabo una reunión definitoria en la ciudad de Panamá, acto seguido del encuentro del Grupo Técnico, compuesto de vicecancilleres y otros funcionarios ministeriales. En su encuentro previo de coordinación, los ministros de Contadora analizaron “la actual situación centroamericana y la presencia militar en el área

de Estados Unidos y de otras naciones”, tal como declaró a los medios de prensa el ministro panameño Ortega Durán

El Grupo de Contadora al mismo tiempo revisó el Acta, al cedazo de las propuestas y las observaciones formuladas por los cinco gobiernos centroamericanos, desde que el documento, indiscutible tratado integral en aspectos de paz, seguridad y cooperación, les fue entregado en visita que delegados especiales realizaron a las cinco capitales centroamericanas, lo que permitió elaborar la versión revisada del *Acta de Contadora* en un ensayo por integrar las distintas aportaciones y conciliar aquellos aspectos en que todavía subsistían divergencias. Acto seguido, Grupo les instaba a suscribir los aspectos esos negociados y aceptados por contenidos en el Acta a los gobiernos centroamericanos.

El presidente Illueca (quien declinó la invitación del Comando Sur de abordar un helicóptero estadounidense y visitar el portaaviones de la Marina de Guerra de los Estados Unidos surto en el mar Caribe, con el objetivo de que pasara revista a su tripulación, sus pilotos de combate y sus tropas, invitación formulada con la abierta y vulgar maquinación de mostrarlo ante los países del continente y, por qué no decirlo, del mundo, alineado con los planes guerreristas), expuso el rol del Grupo de Contadora en las contribuciones al proceso de paz, dado el avance cincelado en los asuntos contenidos en el *Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica* y la incorporación de las propuestas de los países de esa región, en vista del proceso de consultas y diálogo tras las observaciones formuladas por los países involucrados. En tal virtud, reconoció que el *Acta de Contadora*, en su versión revisada, que brotó de la “VII Reunión Conjunta de Ministro de Relaciones Exteriores del Grupo de Contadora y de los países centroamericanos el 7 de septiembre de 1984, alcanzó progresos importantes en el proceso negociador”, de modo que esta versión revisada “resuelve la generalidad de los planteamientos formulados por los gobiernos de Centro América”. Los “Ministros de Relaciones Exteriores (del Grupo de Contadora) pusieron de relieve que, en la aplicación de las fórmulas de avenencia, la tarea fundamental corresponde a los países centroamericanos”. Fue primordial el acuerdo de seguir manteniendo el permanente proceso de consulta y “asegurar la eficaz coordinación que es necesaria”. Contadora había cumplido su rol mediador y ahora le correspondía a los centroamericanos, con la ayuda de los demás países, comprobar su voluntad y su decisión

políticas con respecto al documento negociado por todas las partes y que contribuiría con la paz estable y duradera, y la cooperación para el desarrollo.

El presidente mostraba su inocultable satisfacción por los progresos hacia la paz de esa ronda de negociaciones y, ante los reiterados cuestionamientos de la efectividad de la gestión negociadora, reiteraba su convicción de que Contadora seguía siendo “la única vía para la pacificación de la región”. “No se me hable del futuro de Contadora. Contadora es algo que está funcionando. Las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos no pueden trabajar en ese campo. A Contadora es la que hay que abanicar y dar las gracias”. La “crisis institucional en la ONU y la OEA ha demostrado que Contadora es la única fórmula que ha trabajado como mecanismo pacificador en Centroamérica”. “Contadora es una realidad, es la única fórmula, el único mecanismo. Eso debe entenderlo la opinión pública”.

Por esos días de aliento, dadas las expectativas de que los países centroamericanos suscribieran el *Acta de Contadora*, la gestión de paz contaba con el respaldo de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Comunidad Europea, las internacionales partidistas (la Internacional Socialista, la Internacional Demócrata Cristiana y otras), la Iglesia Católica y otras congregaciones religiosas, y los múltiples actores de la denominada sociedad civil.

El presidente del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros de Cuba, el doctor Fidel Castro Ruz, en extremo ligado al Gobierno sandinista de Nicaragua, desde que recibió en La Habana la Declaración Cancún para la paz en Centroamérica, emitida del 17 de julio de 1983, por los presidentes del Grupo de Contadora, venía abogado por el diálogo y el acuerdo político con soluciones constructivas para Centroamérica, en vez de la confrontación, que se fundamentaran en “los principios de la no intervención, autodeterminación, igualdad soberana de los Estados, la cooperación para el desarrollo económico y social y la solución pacífica de las controversias”. En ese conflicto, el Grupo de Contadora había “hecho una contribución importante a la paz”. (*Matutino*, 17 de febrero de 1984).

En Cartagena de Indias, el presidente del Gobierno español, Felipe González, en agosto de 1984, expresó que, gracias a las iniciativas del Grupo de Contadora, se había evitado la

generalización del conflicto en América Central e invitó al Grupo de Contadora a pasar del plano disuasivo al plano operativo para “lograr la paz definitiva en la región”.

Unas semanas después, el presidente cubano, en visita oficial a Madrid, afirmó que el Grupo de Contadora “ha sido y es una esperanza de paz en Centroamérica” y el presidente del Gobierno español apostilló que “cada vez estamos más cerca de lograr la paz en Centroamérica”. Cónsono con la declaración del presidente Castro, el doctor Carlos Rafael Rodríguez, vicepresidente cubano prometió en la ONU la disposición de Cuba de retirar de Nicaragua los asesores militares si los centroamericanos aprobaban el *Acta de Contadora* (ya en su versión revisada).

La Unión Soviética proponía su apoyo al Grupo de Contadora y al arreglo pacífico y equitativo al conflicto centroamericano. Una delegación parlamentaria del Soviet Supremo, encabezada por Iván Capitónov, secretario del Comité Central del Partido Comunista de la Unión Soviética (PECUS), que por esos días se hallaba de visita oficial en México, en declaración conjunta con las autoridades anfitrionas, no ocultaba su preocupación por “la continua tensión en América Central y la necesidad de que se lograra un arreglo pacífico y justo en la región, con base en el respeto estricto del derecho de los pueblos al desarrollo independiente, sin intervención ninguna en sus asuntos internos”. Así mismo, en su participación, durante los primeros días de la segunda quincena de septiembre, en la Trigésima Novena Asamblea General de la ONU, Andréi Gromyko, ministro de Relaciones Exteriores de la Unión Soviética, del Gobierno de Konstantin Chernenko, elevado este a secretario general del PECUS y presidente del Presídium de la URSS, aseveró que “el proceso de pacificación en Centroamérica sí contribuye a la distensión en el área y presenta alternativas a las vías de fuerza”. Al año siguiente, Eduard Shevardnadze, nuevo canciller, en virtud del fallecimiento de Chernenko y el ascenso de Mijaíl Gorbachov a secretario general del PECUS, en declaraciones conjuntas en Argentina, Brasil y Uruguay declaraba el respaldo de su país a la solución latinoamericana de los problemas centroamericanos y a los esfuerzos del Grupo de Contadora y de otros países en interés de un arreglo justo que respondiera a los intereses de los pueblos de Centro América. (Mejía González, 1986).

La República Popular China, por boca de Huang Hua, consejero de Estado y ex ministro de Relaciones Exteriores de ese país (en esa condición participó en las sesiones del Consejo de Seguridad de la ONU, celebradas en Panamá en 1973 y votó a favor de la causa

anticolonial de nuestro país), en encuentro con una delegación del Congreso de México, expresó que su Gobierno estaba unido al Grupo de Contadora para culminar con la pacificación de Centroamérica, “así como para oponerse a la carrera armamentista y defender la paz mundial”. Mientras que el ministro del Exterior de ese país, Wu Xwedian, en visita oficial a México, reiteró el respaldo total de su Gobierno a las gestiones que realizaba el Grupo de Contadora para lograr “una solución pacífica en los conflictos centroamericanos” y se manifestó en contra de la intervención de las superpotencias en los problemas de los pueblos en vías de desarrollo”. (*La Prensa*, 30 de marzo de 1984).

En la carta al presidente Illueca, el presidente Reagan hizo constar su complacencia por el empeño de nuestro país en la empresa por la paz en Centroamérica movido por el diálogo comprensivo y ofrecía el respaldo a las metas bosquejadas por el Grupo de Contadora. (*Matutino*, 23 febrero de 1984).

Y el presidente electo de Panamá, Nicolás Ardito Barletta, en su gira por Europa manifestó en Madrid que “en mi reciente viaje a Washington”, puede comprobar que “Estados Unidos está apoyando la política del Grupo de Contadora de manera mucho más positiva que hace un año”. “¿Se trata de un giro de la política de Estados Unidos?, pues sí. Como no”. (*La Estrella de Panamá*, 12 de septiembre de 1984).

El propio Ronald Reagan -quien gozaba de extraordinaria popularidad como gobernante, la cual no disfrutó como actor de cine en películas tipo B, producidas por Hollywood-, en su calidad de presidente de los Estados Unidos, al ser proclamado candidato presidencial por la convención del Partido Republicano para un segundo mandato, borraba de la memoria sus promesas de paz y recordando sus mejores tiempos de macarthismo como presidente del Sindicato de Actores cuando denunció a otros actores por “actividades antiamericanas” ante el comité senatorial de Joseph MacCarthy -aunque el móvil indisputable de esas denuncias, asevera el historiador Richard h. Rovere, en libro sobre este controvertido senador, editado por la Universidad de California en 1959 (*Senator Joe McCarthy*), estuvo ligado a las disputas con otros sindicalistas por su manejo anómalo de los fondos de la organización-, en sentido adverso declaraba con bombos y platillos: “Cerca de nuestra patria, continúa una lucha por la supervivencia de Estados Latinoamericanos libres...aliados nuestros que combaten valientemente para evitar triunfos comunistas promovidos por la Unión Soviética y Cuba”. “Nuestra política es simple, no vamos a

traicionar a nuestros amigos, premiar a los enemigos de la libertad ni permitir que el temor de la retirada se transforme en la política de los Estados Unidos, especialmente en este hemisferio”. Ya “demostramos nuestra determinación en una misión para rescatar estudiantes norteamericanos en la isla prisionera de Grenada”. (Es ostensible que se refería a la sangrienta invasión de sus fuerzas militares a ese país). Es más, la Agencia Central de Inteligencia en meses antes había minado puertos nicaragüenses y Nicaragua demandó a los Estados Unidos por esos hechos ante la Corte Internacional de Justicia en la Haya. En actitud belicista, buques de la Marina de Guerra de los Estados Unidos se aproximaron “más que nunca a las costas de Nicaragua”, en el océano Pacífico. (*La Estrella de Panamá*, 19 de septiembre de 1984; en tanto, “un helicóptero norteamericano sobrevoló una base militar sandinista a 4.5 kilómetros de Managua”. (*La Estrella de Panamá*, 24 de agosto de 1984).

En esas declaraciones ambivalentes, George Shultz, secretario de Estado de esa nación, en la Asamblea General de la ONU, aseguraba que el Gobierno norteamericano siempre había “apoyado el proceso de pacificación en América Central”, aun cuando “nunca” se comprometió al respaldo de “un proyecto para la paz en la región”. Al buen interprete: paz sí, pero nos hacemos a un lado ante “un proyecto para la paz” y ese único proyecto que estaba en la palestra pública era el preparado por el Grupo de Contadora y los centroamericanos.

Y otro signo negativo y raro, por decir lo menos, de uno de los actores de la región, el presidente de Costa Rica Luis Alberto Monge, mandatario que debía apostar por el éxito de Contadora y la pronta signatura de un arreglo entre los centroamericanos, días antes de la reunión de cancilleres en Panamá, en una conferencia de prensa, descartaba al Grupo de Contadora, cuando dijo que este “no puede hacer más de lo que ha hecho por la paz en Centroamérica y no queda otra alternativa que la Organización de Estados Americanos (OEA)”. (*La Estrella de Panamá*, 31 de agosto de 1984).

La refutación del presidente Illueca a tal propuesta fue elocuente; ni OEA ni ONU, Contadora era el camino correcto. El ministro de Relaciones Exteriores de Panamá, Oydén Ortega Durán, también fue claro en que Contadora existe “porque existe la problemática región” y los integrantes del Grupo “han hecho todo lo que tenían que hacer”. “A Contadora quisieran acorralarla contra las cuerdas, pero no pudieron. Se equivocaron, pues

Contadora hizo su trabajo. Ahora les toca a los países centroamericanos”. El canciller de México, Bernardo Sepúlveda Amor, así mismo, desestimó la idea de otra iniciativa mediadora, porque” la OEA no es el medio idóneo” para tales objetivos. (*La Estrella de Panamá*, Panamá, 11 de septiembre de 1984).

El presidente de Colombia, Belisario Betancur, en ese intrincado panorama -en el banquete que ofreció en Bogotá en homenaje al presidente De la Madrid- mostraba su escepticismo, pues todo el proceso de paz había sido como el nadar contra la corriente o las corrientes. Si bien comprendía las dudas de Estados Unidos, la Unión Soviética y Cuba, “los responsables de la mayoría de los suministros de armas y hombres”, en torno a las gestiones de paz de los cuatro países que promovían “una América Central libre de dominaciones hegemónicas y capaz de forjar ella sola su propio destino”, frustrado por la inercia centroamericana y la insuficiente buena voluntad de las grandes potencias interesadas en la región, en infrecuente actitud, acusó sin tapujos a los Estados Unidos y la Unión Soviética “de entorpecer los esfuerzos de Contadora, “al intensificar el envío de armamentos a las naciones involucradas en el conflicto regional”. (*La Estrella de Panamá*, 28 de marzo de 1984).

El presidente Illueca desde el despunte de su gestión había asegurado: “Panamá va a seguir jugando un papel en Contadora con una gran fe de que nuestros hermanos centroamericanos resuelvan sus problemas en la mesa de negociación”. De ahí entonces que, en Nueva York, propuso una reunión en las Naciones Unidas de los ministros de Relaciones Exteriores del Grupo de Contadora, con representantes de los Estados Unidos, Cuba y la Unión Soviética para discutir todas las fórmulas posibles en el camino de sellar la paz estable y duradera en Centroamérica, en donde los países de esa región tenían el deber de firmar el *Acta de Contadora* y así manifestar fehacientemente su voluntad política de paz y cooperación para el desarrollo. El mandatario invitó a los ministros de Contadora para acudir a la Asamblea de la ONU y “quitar la incitativa a los Estados Unidos, a los centroamericanos, a Nicaragua, a Cuba y a la Unión Soviética”. Al mismo tiempo, estimulaba a los Estados miembros de la Organización para que solicitaran a los cinco Estados involucrados de manera directa en la crisis centroamericana la rúbrica y la aplicación del *Acta de Contadora*. (*La Estrella de Panamá*, 19 de septiembre de 1984).

En el discurso inaugural del Trigésimo Noveno Período de Sesiones, pronunciado el 18 de septiembre -conmemoración del Día Internacional de la Paz-, el mandatario panameño exhortó a todos los delgados de más de ciento cincuenta de los países integrantes de las Naciones Unidas, para que sus gobiernos instaran a las naciones centroamericanas a suscribir el *Acta de Contadora para la Paz y Cooperación* y así acabar la crisis político-militar en América Central. El Grupo de Contadora, decía Illueca, “ha desempeñado satisfactoriamente su papel en el proceso de negociación e insistió en que ahora los gobiernos de América Central tienen la responsabilidad de demostrar la voluntad política de alcanzar la paz, suscribiendo el Acta de Contadora”. En paralelo, “La comunidad internacional podía contribuir a que se alcanzara esa meta exhortando a los cinco Gobiernos centroamericanos para que dieran el paso histórico de la firma y ejecución del Acta de Contadora, que es el puente de oro para transitar armónicamente hacia la paz y la cooperación en la América Central”. (*La Estrella de Panamá*, 24 de septiembre de 1984).

En la declaración conjunta suscrita en Panamá por los presidentes Illueca y Alfonsín -este provenía de Nueva York, donde participó en la Asamblea General de la ONU-, ambos “mandatarios reafirmaron su apoyo a la iniciativa de paz que viene gestionando Contadora, reiterando que ésta es la instancia adecuada para procurar la solución pacífica a las tensiones y los conflictos centroamericanos”. “Consideraron, asimismo, que dicho Grupo de continuar vigente, con el más amplio apoyo internacional mientras aún haya peligro de guerra en el área”. “A la vez exhortaron a los países centroamericanos a adoptar en breve plazo el ‘Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica’, y a los países con vínculos e intereses en la zona de abstenerse de realizar acciones que puedan originar más problemas en el área o dificulten el cumplimiento de los objetivos de Contadora”. (Declaración Conjunta..., el 26 de septiembre de 1984,

La visita oficial a Panamá del presidente Duarte, quien venía de Colombia y Venezuela, fue aprovechada por el mandatario salvadoreño para decir que no bastaba con signar el Acta de Contadora, sino que lo importante era el cumplimiento de su contenido obligacional; acusaba a Nicaragua de “injusta e inconsecuente por apoyar la guerrilla salvadoreña”. Los guerrilleros debían dejar las armas e incorporarse al proceso democrático.

(*La Estrella de Panamá*, 23 de septiembre de 1984). En su Declaración Conjunta con el presidente Illueca, ambos mandatarios “Reafirmaron que el Grupo de Contadora es la instancia adecuada para promover la solución de los graves y peligrosos conflictos y tensiones regionales y señalaron los progresos que el Grupo viene logrando en el esfuerzo por resolverlos mediante el entendimiento entre todas las partes interesadas. Coincidieron también en instar a los países con vínculos e intereses en la zona a apoyar decididamente a la gestión de Contadora y abstenerse de propiciar o realizar acciones que obstruyan o contraríen el proceso o los fines de dicha gestión”. (*La Estrella de Panamá*, 23 de septiembre de 1984).

El ministro de Relaciones Exteriores, Ortega Durán, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, “criticó duramente” a los Estados Unidos de América cuando condenó “las actividades logísticas, de inteligencia, planificación o adiestramiento militares”, que tenían lugar desde Panamá hacia otros países. La “prolongación de bases y tropas estadounidenses en territorio panameño fue autorizada por los Tratados del Canal de Panamá de 1977 ‘con el exclusivo propósito de contribuir a la protección del canal’”. Por consiguiente, “toda actividad de tales bases y tropas que sea ajena a su exclusiva misión de proteger este canal contradice los tratados”, en alusión directa a las actividades que los norteamericanos llevaban a cabo en Centroamérica, avivando los conflictos, en respaldo los contrarrevolucionarios que luchaban para derrocar al Gobierno sandinista y de las fuerzas de seguridad de El Salvador, enfrentadas a la guerrilla del Farabundo Martí. (Ortega Durán, 1985).

Los ministros de la Comunidad Económica Europea, España y Portugal, en reunión con los cancilleres centroamericanos y los del Grupo de Contadora, veintiún ministros en total, en conclave celebrado en San José, Costa Rica, impugnaron cualquier solución surgida de “la fuerza de las armas” y abogaron por el fortalecimiento de las fórmulas políticas de pacificación. Asimismo, se comprometieron a respaldar el plan de paz elaborado por Contadora, aumentar la cooperación con los países de la región e impulsar el incremento de la asistencia financiera a la región para acabar con la violencia y la inestabilidad. (*La Estrella de Panamá*, 30 de septiembre de 1984).

Con respecto al texto de la versión revisada del Acta de Contadora, los gobiernos de Nicaragua y Guatemala exteriorizaron su disposición de suscribirla; el canciller de

Guatemala, Fernando Andrade Díaz, indicó que aceptaba el documento “sin adiciones ni modificaciones” y otro tanto hacía el Gobierno sandinista, por vía de su canciller, el Padre Miguel D’Escoto Brockmann, oferta esta última que el Departamento de Estado de los Estados Unidos descalificó en el acto, tachándola de “hipócrita”, porque uno de los puntos del Acta eran las elecciones libres y en Nicaragua “no se posibilitaba la plena participación de los partidos de oposición en las próximas elecciones”; mientras que los gobiernos de El Salvador, Honduras y Costa Rica formularon observaciones y comentarios que desde su punto de vista debían ser incluidos en tal instrumento. Costa Rica, a través del ministro de Relaciones Exteriores, Carlos José Gutiérrez, se centraba en el tema de los mecanismos de verificación y control que, según su Gobierno, debían mejorarse.

Desde que el Grupo de Contadora entregó a los gobiernos centroamericanos la versión revisada del *Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica*, los Estados Unidos de América plantearon que este proyecto era insuficiente. El informe del Consejo de Seguridad dado a conocer en octubre, observaba que el Gobierno norteamericano había adoptado la política “de bloqueo efectivo al Acta de Contadora”, porque no recogía sus inquietudes y sus posiciones.

Los gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Honduras y con menor beligerancia el de Guatemala, prepararon el 20 de octubre de 1984, lo que denominaron el Acta de Tegucigalpa, que incluía posiciones que respondían a sus necesidades de seguridad y otras que inconcusamente venían de Washington.

El Grupo de Contadora llevó a cabo un extenso y amplio proceso de consulta y negociación con los países centroamericanos con miras a examinar las observaciones y los comentarios que el documento suscitaba. Dentro de su papel de aproximación y de busca del consenso, incorporó al Acta las propuestas que perfeccionaban y mejoraban su presentación, le permitían más precisión sin modificar el equilibrio de los compromisos comprendidos en el documento que debían asumir las partes.

Este lento proceso de afinación del Acta, que contó con la participación de los centroamericanos, se prolongó hasta el 6 de junio de 1986, cuando les fue entregado el último proyecto de Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica.

En paralelo, debe mencionarse que los gobiernos de Argentina, Brasil, Perú y Uruguay resolvieron en Lima, constituir el Grupo de Apoyo a Contadora, que evolucionó hacia un

mecanismo de intercambio sistemático de información, de consultas para coordinar las gestiones diplomáticas que adelantarán la negociación, de ejecución de acciones políticas para una pronta conclusión del Acta y, luego también, de auspicio de su cumplimiento efectivo.

VIII. ESQUIPULAS II Y SUS EFECTOS

El arreglo entre los Estados centroamericanos tuvo lugar a los cuatro largos años y seis meses del lanzamiento del proceso de Contadora, es decir, el 7 de agosto de 1987, cuando fue suscrito por los presidentes constitucionales de Nicaragua, Daniel Ortega; de El Salvador, José Napoleón Duarte, de Guatemala, Vinicio Cerezo; de Honduras José Azcona Hoyo y de Costa Rica; Oscar Arias Sánchez, el acuerdo sobre la paz, la seguridad y la cooperación en la zona, en la ciudad guatemalteca de Esquipulas, que fue la coronación de los esfuerzos tenaces del Grupo de Contadora -con el respaldo del Grupo de Apoyo-, gracias a los compromisos contraídos, en la secuencia de las intensas negociaciones celebradas entre los gobiernos centroamericanos, en el *Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica*, así como de la iniciativa presentada por el presidente de Costa Rica, Arias Sánchez, la cual fue armonizada por el Grupo de Contadora con las iniciativas y las aspiraciones de los demás países involucrados, y las preocupaciones, los aportes y las aprensiones de Nicaragua.

En virtud del proceso de paz, del acuerdo suscrito, de su cronograma de cumplimiento y de su mecanismo de verificación -que fueron objeto de amplio respaldo del Grupo de Contadora, del Grupo de Apoyo, de la Organización de Naciones Unidas, del Movimiento de Países No Alineados, de la Organización de Estados Americanos, de la Comunidad Económica Europea, de la Unión Soviética, de Cuba y de sectores importantes del Congreso y de la sociedad civil estadounidense- se pusieron fin a las tensiones entre los países centroamericanos y a los conflictos armados internos, con sus efectos directos en la reducción de los armamentos y de las fuerzas militares, y en el desmonte de la contrarrevolución nicaragüense, que en 1985 sumaba más de quince mil hombres y trescientos nueve ataques en territorio nicaragüense, algunos de ellos a profundidad en dicho territorio, según cifras del politólogo francés Alain Rouquié brindadas en su libro *Guerra y paz en América Central*, editado en 1994, por el Fondo de Cultura Económica de México.

El acuerdo de Esquipulas II trajo consigo el convenio de paz y reconciliación, suscrito en el Castillo de Chapultepec, México, en 1992, tras dos años de negociaciones, entre el Gobierno salvadoreño y la guerrilla del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, que coordinaba a cinco organizaciones: Fuerzas Populares de Liberación “Farabundo Martí” (FPL), Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), Resistencia Nacional (RN), Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos (PRTC) y Partido Comunista Salvadoreño (PCS), dado que ambas partes se comprometieron al cese de las hostilidades y al desarme, mientras que el Gobierno de Alfredo Cristiani, del derecha Partido Alianza Republicana Nacionalista (Arena), en suplemento inseparable, a la puesta en curso de reformas constitucionales acordadas para transformar el sistema político.

Para quien esta obra escribe, en los años ochenta, pese al fragor de los combates, la reconciliación entre los salvadoreños no resultaba un ideal irrealizable o fuera de todas las previsiones, tal como se lo manifestaba a diplomáticos europeos y asiáticos que concurrían a su despacho, en la segunda ocasión al manejo de la Dirección General de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, porque el Gobierno del presidente Alfredo Cristiani, pese a su matriz ideológica reaccionaria y fascistoide (Alianza Republicana Nacionalista, ARENA), era un mandatario pragmático, paradójicamente tenía una visión y un compromiso de paz y gozaba del respaldo incondicional de la derecha política salvadoreña, los empresarios, los militares y varias porciones de las capas medias, en definitiva, del todopoderoso sector *cachureco* del país (como se les dice en Centroamérica a los conservadores en asuntos políticos), cansado de la desgastante guerra civil, apoyo fundamental del que había carecido su antecesor el presidente democristiano José Napoleón Duarte, más ideológico que pragmático. Desde esa posición de fuerza política, económica y social, el presidente Cristiani pudo sortear los tropiezos intestinos, empinarse sobre las dificultades y llegar a los arreglos necesarios y razonables con la izquierda armada para pacificar el país.

En Guatemala, asimismo, Esquipulas II allanó el camino al acuerdo de paz y reconciliación celebrado en 1996, entre el Gobierno guatemalteco y la guerrilla de ese país, denominada Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), configurada por el Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP), la Organización del Pueblo en Armas (ORPA) y las Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR), cuyas negociaciones empezaron desde 1987.

En Nicaragua, el Gobierno Sandinista y el directorio de la contrarrevolución nicaragüense, en marzo de 1988, “a fin de contribuir a la reconciliación nacional y en el marco de los Acuerdos de Esquipulas II”, realizaron en Sapoá, en el departamento de Rivas, con la participación como testigos y garantes el cardenal Miguel Obando y Bravo, obispo de Managua y Joao Clemente Baena Soares, secretario general de la OEA, las negociaciones enrumbadas al cese de las operaciones militares ofensivas en todo el territorio nacional y el Gobierno y a título de ellas, decretó una amnistía para esas fuerzas irregulares, les proveyó ayuda humanitaria, procedió con el diálogo nacional, garantizó la libertad de expresión y su participación en igualdad de condiciones en las próximas elecciones.

Honduras fue convertida por el Gobierno del presidente Reagan en una gran base militar estadounidense con más de cinco mil soldados. Estados Unidos tenía su política sobre los conflictos centroamericanos razonada desde la perspectiva del conflicto Este-Oeste, entre el Este comunista y “totalitario” y el Oeste capitalista y “democrático”, entre la Unión Soviética y “sus satélites” y los Estados Unidos de América, “sus cofrades” o “sus acólitos”. Desde antes de la Guerra Fría, durante y después de concluida esta, Centroamérica ha formado parte del “primer círculo geopolítico de los intereses norteamericanos”. La estrategia contrarrevolucionaria estadounidense suministró los mejores aviones de combate a la Fuerza Área Hondureña e instaló “La gigantesca Base de Palmerola”, cerca de Comayagua y “otras en Puerto Lempira, al borde del río Coco; en Puerto Castilla funcionó un centro de entrenamiento militar, y había tantos soldados y aviones extranjeros que el país fue calificado como ‘portaviones insumergible’”, dice Edelberto Torres-Rivas con conocimiento de causa. (Torres-Rivas, 2007).

Con Esquipulas II, estas bases militares debían desmantelarse: los conflictos entre Honduras y Nicaragua, en el calendario de cumplimiento, fueron desapareciendo y la contrarrevolución nicaragüense dejó de tener cualquier justificación que Estados Unidos le atribuyera. “Hacia el final del decenio, la ocupación militar norteamericana fue desapareciendo a raíz del fin del sandinismo” anota también el mismo Torres-Rivas. No obstante, los Estados Unidos siguieron manteniendo la presencia militar y casi una década después de Esquipulas II, el presidente liberal y democrático Carlos Roberto Reina se propuso sin éxito la revisión del convenio militar respectivo. Hoy en día opera allí, con la base restrenada con el nombre de Enrique Soto Cano, la Fuerza de Tarea Conjunta-Bravo

(Joint Task Force-Bravo), que según la explicación de su oficina de relaciones públicas “lleva a cabo una variedad de misiones en América Central que van desde brindar apoyo a las operaciones del Gobierno de EE.UU. para combatir la delincuencia transnacional hasta brindar asistencia humanitaria, de socorro en desastres y fomentar la cooperación”. En realidad, según arguyó el 8 de marzo, 2019 la agencia de prensa *Inter Press Service*, es “autoridad central coordinadora de las fuerzas militares de los Estados Unidos actuando en la región de Centroamérica”.

La democracia liberal se ha desenvuelto con soltura y con algunas asperezas en la región. Hasta el 2005, según Torres-Rivas, “Ocurrieron elecciones cuya calificación es que no han sido fraudulentas, en un clima de competencia relativa, que ya reflejan un cierto pluralismo, candidatos civiles, la libertad de expresión y elementos de tolerancia”. “*Se trata (...) de una instauración de lo nuevo y no de la restauración de prácticas olvidadas*”. (Torres-Rivas, 2007).

En Guatemala, “el proceso de paz puso fin a un conflicto armado, propició el desmantelamiento del régimen contrainsurgente y aprobó recomendaciones sustantivas para construir la democracia”. Si bien existen elecciones libres, “el régimen democrático aún no es funcional a las necesidades de una sociedad pluriétnica, donde las diferencias culturales exigen políticas democráticas creativas y más incluyentes”. (Torres-Rivas, 2007).

En El Salvador, el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional se transformó en partido político y ha participado en todos los procesos electorales, cuatro de los cuales fueron ganados por la derechista ARENA (Alianza Republicana Nacionalista), hasta que alcanzó el poder político en dos elecciones presidenciales 2009 y 2014; en estas últimas, llevó a la presidencia de la República al comandante guerrillero, Salvador Sánchez Cerén. Perdió las del 2019 ante un ex miembro de la organización política y ex alcalde de San Salvador, llamado Nayid Bukele, quien se ha caracterizado por sus actitudes y políticas autoritarias.

En Nicaragua, el Frente Sandinista de Liberación Nacional convocó a elecciones presidenciales en marzo de 1990 y su candidato el presidente Daniel Ortega Saavedra fue derrotado. Reconoció su descalabro, “dio así una importante contribución a la institucionalización democrática” y entregó el Gobierno a doña Violeta Barrios de Chamorro -viuda el periodista Pedro Joaquín Chamorro Cardenal, asesinado por Somoza-,

quien al tomar el poder la Revolución Sandinista había pertenecido a la Junta de Reconstrucción Nacional (1979-1980), presidida por el comandante Daniel Ortega Saavedra. Posterior a dos presidentes liberales elegidos en el país, el expresidente Ortega Saavedra regresó a la Presidencia en el 2007 y tras un pacto con ex presidente Arnoldo Alemán, que reformó la Constitución Política, logró reelección en dos períodos con la consiguiente consunción por el largo ejercicio del poder, aunado a la frustrada reforma del régimen de pensiones en perjuicio de sus pobladores más vulnerables, que lo sometió a una fuerte presión popular en las calles para la convocatoria de sufragios libres y anticipados. Hoy, tras elecciones generales con siete candidatos opositores encarcelados, su cuanto mandato consecutivo y su legitimidad están seriamente cuestionados.

En Honduras, hubo “un recorrido electoral” (con siete presidentes elegidos, si se cuentan desde 1982 cuando se adoptó la última Constitución Política), que convertía a ese país “en una democracia estable, sobre una base socioeconómica de carencias y crisis” (Torres-Rivas). En realidad, la democracia estable vino a dar fruto después de los acuerdos de Esquipulas II. Gregorio Selser tilda lo que ocurría en este país durante los años anteriores a dichos acuerdos como una “dictadura militar constitucionalizada”, en donde “gobernaba una trilogía compuesta en orden de importancia el procónsul John Dimitri Negroponte (embajador de Estados Unidos), el general Gustavo Álvarez Martínez (jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas) y Roberto Suazo Córdova”, presidente de Honduras (1982-1986). (Torres-Rivas, 2007). La estabilidad política alcanzada se vio perturbada por el golpe cívico-militar efectuado al presidente liberal José Manuel Zelaya, consumado el 28 de junio de 2009 y las acusaciones muy creíbles de fraude electoral en los comicios generales de 2017, que permitieron al conservador Juan Orlando Hernández, del Partido Nacional, ocupar en un nuevo período la silla presidencial. La elección presidencial del 28 de noviembre de 2021 puso a prueba el sistema democrático en este país, con tres periodos consecutivos de gobierno del Partido Nacional, y en ellas triunfó abrumadoramente la candidata de izquierda, la señora Xiomara Castro, del Partido Libertad y Refundación (LIBRE) y esposa del expresidente Zelaya, quien es la primera mujer que ejerce la jefatura del Estado en Honduras, acompañada por su vicepresidente Salvador Nasralla, quien fue privado de su legítima victoria en dichas elecciones presidenciales del 2017.

En Costa Rica, el proceso democrático-liberal se mantiene desde 1949, porque desde aquel año en que el presidente de la Junta de Gobierno José Figueres, después de la guerra civil, fundó la Segunda República y expidió la nueva Constitución, por dicha esa nación no ha transitado por las andanzas de los otros países centroamericanos.

El tema de la cooperación para el desarrollo se potenció con la llegada de la paz. Mauricio Herdocia Sacasa, quien fuera secretario general interino del Sistema de Integración Centroamericana, explica: la “nueva ronda de integración se inicia en 1987 con los Acuerdos de Esquipulas II que establecieron el Procedimiento para Alcanzar la Paz Firme y Duradera en Centroamérica. Este esfuerzo dividió la historia regional en un antes y en un después y sentó las bases actuales del proceso de integración. Entramos nuevamente en una etapa política de la integración, pero esta vez ya con nuevos elementos interdependientes derivados de la gestión de Contadora”. “En vías de superación los conflictos internos de Centroamérica, parecía llegada la hora para un nuevo relanzamiento de lo político. Surge así la idea de establecer un nuevo marco institucional en Centroamérica que retomara el papel político de la Reunión de Presidentes y del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores”. “Surge así en 1991 el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que otorga al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el papel de órgano principal de coordinación de la integración que tendría en sus manos la elaboración de la agenda y la preparación de las Reuniones de Presidentes, así como la representación de la región ante la comunidad internacional”. (Herdocia Sacasa, 2004).

IX. LAS MEZQUINDADES Y EL RECONOCIMIENTO

Hoy en día cuando en círculos intelectuales y políticos de la región centroamericana se habla y se escribe de ese proceso de paz, soslayando la contribución desprendida del Grupo de Contadora, debe recordarse que, en realidad, fue con su inmensa ayuda como se obtuvo el éxito del proceso de paz y se evitó la guerra generalizada. Es cierto que la responsabilidad de hallar las rutas de la pacífica convivencia recaía en esencia en la cabeza de los mismos centroamericanos. Bien anotaba el doctor Bernardo Sepúlveda, secretario de Relaciones Exteriores de México, “el logro de la negociación depende en definitiva de la voluntad y la decisión para alcanzar la paz mostrada efectivamente por los cinco centroamericanos involucrados directamente en los conflictos”. Ellos fueron los actores de los conflictos y a ellos atañía ponerse de acuerdo en las soluciones. El “Grupo de Contadora

-bien afirma el escritor Ramiro Acosta Cerón- rompió los muros del tradicionalismo, inercia e ineficacia de la diplomacia y de los organismos internacionales llamados a buscar, propender y defender la paz; a la vez que abrió nuevos caminos en las relaciones internacionales”. (Acosta Cerón, 2002). El Grupo de Contadora y el Grupo de Apoyo -dice Sepúlveda Amor- “actuaron invariablemente con un propósito claro de encontrar soluciones equilibradas y respetuosas para todos los Estados de la región, sin excepciones de ninguna naturaleza”. (Sepúlveda Amor, en *Relación de Contadora*, 1988).

Me basta para este ensayo reproducir la opinión autorizada de cuatro distinguidos centroamericanos, que hacen formal y positiva mención de la ingente iniciativa de América Latina, cuajada por el esfuerzo del Grupo de Contadora, con la colaboración del Grupo de Apoyo, la cual prevaleció majestuosa sobre la guerra, a saber:

-el doctor Mauricio Herdocia Sacasa, antes citado, delegado por Nicaragua en las negociaciones de paz, quien fue miembro del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, valora que, en 1983 surgió “la extraordinaria visión de un grupo de países latinoamericanos interesados en contribuir al restablecimiento de la paz y la concordia en Centroamérica. El Grupo de Contadora, al que se le une a continuación el Grupo de Apoyo, inició un poderoso esfuerzo de mediación que llevó a la elaboración, tras sucesivos documentos, del Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica en 1986”. “Ese documento genuinamente latinoamericano contemplaba ya una nueva visión del mundo y concebía la seguridad como un elemento estrechamente ligado a la democracia y al desarrollo. Nunca Centroamérica, desde ese entonces, dejaría de estar marcada por esa visión multidimensional en su proceso integracionista”. “Los Acuerdos de Esquipulas II constituyeron, realmente una versión comprimida del Acta de Contadora, debidamente calendarizada, dotada de un alto sentido pragmático y equilibrado”. (Herdocia Sacasa, 2004).

-el doctor Edelberto Torres-Rivas, profesor e investigador guatemalteco de gran crédito, intelectual, quien reconoce que “la influencia de este Grupo fue decisiva al crear el ambiente que facilitó las Cumbres presidenciales en la región, que culminaron con la firma de Esquipulas II”. (Torres-Rivas, 2007).

-el profesor Gabriel Aguilera Peralta, también intelectual guatemalteco, quien pese a su concepto del fracaso de Contadora solo porque no que se pueden lograr el cierre del *Acta*

-por las presiones que recibieron algunos países centroamericanos del “Coloso del Norte”-, sí reconoce “que su larga mediación cumplió la misión de desactivar la crisis, probablemente evitó la intervención armada directa del gobierno norteamericano de la época y creó condiciones que permitieron a los Estados centroamericanos asumir ellos mismos la negociación conocida como *Procedimiento de Esquipulas*”. (Aguilera Peralta, 1999).

-el doctor Augusto Zamora, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Madrid, integrante también del equipo negociador nicaragüense en el proceso de paz, quien asevera que “el proceso de Contadora significó un inédito resurgimiento de la identidad latinoamericana frente a la hegemonía de Estados Unidos”. En vía inversa a las opiniones citadas, enjuicia con mucha severidad a Esquipulas II, cuando dice: “En más de un sentido, el proceso de Esquipulas II fue el lado opuesto al de Contadora, en una relación similar, mutatis mutandis, a la que existió entre el doctor Jekyll y Mr. Hyde. Si Contadora fue expresión de la mejor tradición de la solidaridad latinoamericana, Esquipulas II fue hija directa de la tradición de la intervención extranjera, expresión de la ordalía que, desde su misma independencia, los países de la región deben sufrir como consecuencia de su sumisión a potencias extrarregionales: Gran Bretaña en el siglo XIX, Estados Unidos en el siglo XX”.

(Zamora, octubre de 1997).

En honor a la verdad, debe decirse que en la reunión conjunta de cancilleres centroamericanos y del Grupo de Contadora, celebrada en Tegucigalpa, después de un detallado análisis de las propuestas presentadas por Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua al “Plan Arias”, los centroamericanos solicitaron al Grupo de Contadora su colaboración para que se confeccionara un texto que ordenara y sistematizara las valiosas contribuciones de las partes. “Cumpliendo su labor de mediación, una vez más Contadora llevó a cabo una integración unitaria de los diversos textos, tomando como la mira fundamental el objeto de incorporar todos los elementos que representaban un enriquecimiento de las versiones originales, interpretando con la más estricta objetividad las distintas propuestas y acercando con un espíritu de conciliación, proyectos que no en todos los casos aparecían absolutamente compatibles”.

Como integrante del equipo técnico que participó por Panamá, orientado por los ministros Juan José Amado III, Oydén Ortega Durán, Fernando Cardoze, Jorge Abadía Arias y Jorge Eduardo Ritter, que se sucedieron en el cargo, y con el viceministro José María Cabrera Jované, en las gestiones de paz, del inicio hasta su terminación, salvo el interregno de nueve meses en que estuve comprometido con otras actividades públicas, puedo asegurar que hoy la región goza de la convivencia pacífica y de la cooperación entre los pueblos gracias al conjunto de voluntades que aglutinó la gestión del Grupo de Contadora (pese a las fuerzas oscuras que abierta o de modo encubierto se empeñan en desconocer su contribución), en las que nuestro país fue pionero en la iniciativa, prestó sin interés ni egoísmo alguno su territorio en incontables oportunidades para las reuniones y las conferencias internacionales; proporcionó apreciables recursos materiales y humanos, defendió el proceso pacificador dentro y fuera de sus fronteras, advirtió de las intromisiones de las superpotencias mundiales en el área, invitó al presidente nicaragüense a realizar una visita oficial y se le convenció de que siguiera jugando un rol importante en el proceso de Panamá cuando Honduras, El Salvador y Guatemala se negaron a suscribir el Acta de Contadora; hizo gala de su prudencia y su discreción, y realizó propuestas a favor de la paz de suyo importantes, entre ellas, la iniciativa en la reunión técnica que destrabó negociaciones en horas de la madrugada -en la ardua labor de integrar los mejores elementos del texto del *Acta de Contadora* y del Plan Arias, con las propuestas de Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala- en el marco de la mencionada reunión conjunta entre los ministros del Grupo de Contadora y los centroamericanos celebrada en Tegucigalpa, pocos meses antes de Esquipulas II, como se conoce también el *Procedimiento para establecer una paz firme y duradera en Centroamérica*.

La “participación de Panamá en el Grupo de Contadora -anotaba con acierto el presidente Illueca- responde a la más clara tradición bolivariana y a su vocación pacifista. Ella entraña la unidad y la solidaridad latinoamericana contra la dominación extranjera y articulación de mecanismos de cooperación para superar las diferencias que pudiesen surgir entre los Estados del Hemisferio. Así como la inquebrantable voluntad de continuar como centro armonizador de los intereses, ideales y aspiraciones de las naciones hermanas”.

Por todo lo que significó el sacrificio generoso y desinteresado de nuestro país en esas vicisitudes, es menester atesorar el reconocimiento de un participante extranjero, el

presidente de México, Miguel de la Madrid, quien en su visita de oficial a la ciudad capital, durante la Presidencia del doctor Illueca, en simple y compendiosa expresión, sin mezquindad destacó “la importancia que para el ‘Grupo de Grupo de Contadora’ ha constituido Panamá como sede por su posición estratégica y su vocación por la Paz”. (*La Estrella de Panamá*, 8 de abril de 1984). Fue una expresión concisa, pero no menos rotunda. No hay lugar para la dubitación.

El presidente Illueca, al condecorar a los cancilleres del Grupo de Contadora, el 8 de junio de 1984, en el Salón Amarillo del Palacio Presidencial, había ratificado por enésima vez el rol de Panamá en su política ineludible, ante las diferencias intergubernamentales, de la búsqueda de las vías de avenimiento en el campo de las relaciones internacionales, cuando dijo: “La Nación panameña a través de su participación en el Grupo de Contadora fortalece su vocación pacífica, su repudio a la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, su interés en promover relaciones equitativas entre los países y los pueblos, y su inquebrantable voluntad de continuar como centro armonizador de los intereses, ideales y aspiraciones de las naciones Latinoamericanas”. (*La Estrella de Panamá*, 10 de junio de 1984).

El ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, uno de los fundadores del Grupo de Contadora, en esa ceremonia, haciendo gala de desprendimiento ponderaba el aporte valioso del doctor Jorge E. Illueca, a la iniciativa de paz. Así, el doctor Rodrigo Lloreda Caicedo, en representación de los cancilleres del Grupo dijo: “El Presidente Jorge Illueca, en cierta forma, fue fundador también del Grupo de Contadora, como lo fue su país y su Gobierno. Estuvo desde la primera reunión que celebramos en la propia Isla; contribuyó con su inteligencia y con sus buenos consejos y con su moderación para que pudiera enderezar sus esfuerzos con criterio de equilibrio, de justicia, de permitir incorporar a los países Centroamericanos a esta gestión. A él, entonces, debemos también buena parte de la inspiración que han tenido los Presidentes de nuestros cuatro países y que naturalmente ha permitido que se contagien lo propios países Centroamericanos, que son en definitiva los protagonistas de su propio destino, arquitectos de su provenir, los que tienen que tomar las decisiones, a veces difíciles, de forjar condiciones propicias para la paz”. (*La Estrella de Panamá*, 10 de junio de 1984).

Las contribuciones del doctor Jorge E. Illueca como canciller, vicepresidente y presidente de la República de Panamá, y como presidente de la Asamblea General de la ONU, a la paz en Centroamérica son notorias. Sus aportes, a través de su prestigio y su intervención directa en los asuntos internacionales, favorecieron la gestión de Contadora de forma inestimable, de un valor que solo la identificación puntual de esas contribuciones permite tener la noción integral de las titánicas actividades diplomáticas, políticas y económicas realizadas, que fueron indispensables en la dificultosa calzada hacía a la cordial avenencia entre esas naciones y la paz firme y duradera para el bienestar de esos pueblos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ACOSTA CERÓN, Ramiro. *Los nuevos sujetos del Derecho Internacional*.1.^a edición, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2002.

AGUILERA PERALTA. Gabriel. “La reconversión militar en Centroamérica”, *África-América Latina*, Cuadernos N.º 9, revista de análisis sur-norte para una cooperación solidaria, España, 1999.

BETANCUR, Belisario. “El triunfo de la libertad”. Intervención histórica del presidente Belisario Betancur ante la Asamblea General de la ONU el 5 de octubre de 1983, en diario *El Herald*. (<https://www.elheraldo.co/Colombia/el-triunfo-de-la-libertad-575538>).

CALZADILLA G., Carlos. *Historia sincera de la República (Siglo XX)*. Segunda edición, Editorial Universitaria Carlos Manuel Gasteazoro, Universidad de Panamá, Panamá, 2003.

CALLONI, Stella; CRIBARI, Rafael. *La ‘guerra encubierta’ contra Contadora*. Centro de Capacitación Social, Panamá, 1983.

CARDONA, Jorge. *Días de memoria*. Editorial Aguilar, Bogotá, 2009.

CEPEDA ULLOA, Fernando; PARDO GARCÍA-PEÑA, Rodrigo, et. al. *Contadora. Desafío a la diplomacia tradicional*. Universidad de los Andes, Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1985.

ENCARIBE. “Jorge Enrique Illueca Sibauste (1918-2012)”, en *Enciclopedia de Historia y Cultura del Caribe*. Fundación Global Democracia y Desarrollo de la República Dominicana, 2018.

(<http://www.encaribe.org/es/article/jorge-enrique-illueca-sibauste/1858>).

Foreign relations of the United States 1977-1980. Volume XVI, Central America, 1973–1976. Department of State; Office of the Historian, editor: Nathaniel L. Smith; general editor: Adam Howard, United States Government Publishing, Washington D. C., 2017.

HERDOCIA SACASA, Mauricio. “La integración centroamericana: una tercera vía”. (http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_2004_Mauricio_Herdocia_Sacasa.pdf).

Informe a la Nación del Dr. Jorge E. Illueca, presidente de la República de Panamá. Panamá, octubre de 1984.

Informe de la Comisión Nacional Bipartita sobre Centro-América. Prefacio por Henry A. Kissinger. Macmillan Publishing Company, New York, 1984.

ILLUECA, Jorge E. *Por la patria, por la democracia*. (Discursos, mensajes y alocuciones del presidente de la República de febrero a octubre de 1984), Publicación de la Dirección General de Información y Relaciones Públicas del Estado, Panamá, 1984.

_____ *Al socaire. Obra periodística (2000-2008)*. Editorial Sibauste, Panamá, 2008.

_____ “Discurso en la Asamblea General de la ONU. 20 de septiembre de 1983”, en revista *Tareas* N.º 140, Centro Latinoamericano “Justo Arosemena”, Panamá, enero-abril de 2012.

LEIS, Raúl. “El Comando Sur, poder hostil”, en revista *Nueva Sociedad* N.º 81, Fundación Friedrich Ebert (FES), enero-febrero, 1986. (http://nuso.org/media/articles/downloads/1352_1.pdf).

MARTÍNEZ DE VEGA, Zoilo G. *América Central. Alarma mundial*. 1.ª edición, Compañía General de Ediciones, S. A., México, D. F., 1981.

_____ *Las guerras del general Omar Torrijos*. La reconquista del Canal. Editorial Planeta, México, 2020. (1.ª reimpresión: 2021)

MEJÍA GONZÁLEZ, Adolfo. *México y la Unión Soviética en la defensa de la paz*. Agencia de Prensa Nóvosti, México, 1986.

Memoria anual que presenta a la Honorable Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, el ministro de Relaciones Exteriores, su excelencia Juan José Amado
III. República de Panamá, Panamá, octubre de 1982

Memoria anual que presenta a la Honorable Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, el ministro de Relaciones Exteriores, su excelencia Oydén Ortega Durán. Centro de Impresión Educativa del Ministerio de Educación, Panamá, octubre de 1983.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Memoria presentada a la Honorable Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, el Dr. Jorge E. Illueca, ministro de Relaciones Exteriores.* (Inédita). Panamá, octubre de 1981. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

MORALES PADRÓN, Francisco. *Historia de unas relaciones difíciles (EEUU-América Española).* Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Manuales Universitarios, Sevilla, 1987.

NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio. *Un mundo aparte. Aproximación a la historia de América Latina y el Caribe.* Ediciones de la Torre, Madrid, 1994.

OJEDA GÓMEZ, Mario. *Retrospección de Contadora. Los esfuerzos de México para la paz en Centroamérica (1983-1985).* 1.ª edición, Centro de Estudios Internacionales del Colegio de México, México D. F., 2007.

OLACIREGUI, Demetrio. “La última oportunidad de Noriega”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, viernes 16 de junio de 2017.

ORTEGA DURÁN, Oydén. *Contadora y su verdad.* Editor García Blanco, Panamá, 1985.

PÁEZ MONTALBÁN, Rodrigo. “El proceso de negociación del Grupo de Contadora”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, número especial, Secretaría de Relaciones Exteriores, México D. F., 2013. (El papel de la política exterior de México en el proceso de paz en El Salvador). (<https://revistadigital.sre.gob.mx/images/stories/numeros/ne2013/paezm.pdf>).

PARDO RUEDA, Rafael. *Entre dos poderes.* De cómo la Guerra Fría moldeó América Latina. Tomo I, Prisa Ediciones, Distribuidora y Editora Aguiar, Taurus, Alfaguara, S. A., Bogotá, 2014.

Relación de Contadora. Presentación de Bernardo Sepúlveda Amor. Investigación de Mónica Ortiz Taboada. Edición de Víctor Flores Olea. Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Economía, México, D.F., 1988.

RÍOS TORRES, Ricardo Arturo. *La épica de la soberanía*. 2.^a edición, corregida, Tribunal Electoral, Panamá, 2017.

RODRÍGUEZ, Indalecio. “Los cancilleres centroamericanos analizan la crisis centroamericana”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, martes 10 de abril de 1984.

ROJAS ARAVENA, Francisco. “La Unión Soviética y Centroamérica”, en revista *Foro Internacional* N.º 4 (112), Vol. XXVIII, Colegio de México, México, D. F., abril-junio de 1988.

SAMPER PIZANO, Daniel. *Insólitas parejas*. 1.^a edición, Penguin Random House Grupo Editorial S. A. S., Bogotá, 2019.

SELSER, Gregorio. *Honduras, república alquilada*. Prólogo de Juan Arancibia. Mex/Sur Editorial, S. A., México, D. F., 1983.

_____ “Las bases de EE. UU en Panamá. El destino del Comando Sur y de la Escuela de las Américas”, en revista *Nueva Sociedad* N.º 63, Fundación Friedrich Ebert (FES), noviembre-diciembre, 1982.

(http://nuso.org/media/articles/downloads/999_1.pdf).

TORRES-RIVAS, Edelberto. “Qué democracias emergen de una guerra civil”, en *La democracia en América Latina, un barco a la deriva*”, Waldo Ansaldi, director, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

VARGAS VELARDE, Oscar. “El Grupo de Contadora y el conflicto centroamericano”, en revista *Lotería* N.º 368, Lotería Nacional de Beneficencia, Panamá, septiembre-octubre de 1987.

VILLAR BORDA, Leopoldo. *Virgilio Barco. El último liberal*. (Prólogo de Roberto Pombo). Intermedio Editores SAS, Bogotá, 2018.

ZAMORA, Augusto. “Contadora y Esquipulas 10 años después”, en *Envío*, N.º 187, revista mensual de información de Nicaragua y Centroamérica, Universidad Centroamericana (UCLA, Managua, octubre de 1997.

DIARIOS Y REVISTAS CONSULTADOS (NOTICIAS Y DOCUMENTOS)

“Afirma el Presidente Illueca. Contadora debe concretar pronto sus logros”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, martes 28 de febrero de 1984.

“China apoya gestión de Contadora”, en diario *La Prensa*, viernes 30 de marzo de 1984.

“Condecoran a Cancilleres de Contadora”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 10 de junio de 1984.

“Contadora es esperanza de paz. Afirma Fidel Castro”, en diario *Matutino*, Panamá, viernes 17 de febrero de 1984.

“Contadora no puede hacer más; la alternativa es la O.E.A. Afirma el presidente Monge”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, viernes 31 de agosto de 1984.

“Contadora única vía para la paz, Illueca”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, martes 11 de septiembre de 1984.

“Duarte destaca que en ningún momento cedería el poder a la guerrilla; ‘este poder solo le pertenece al pueblo’. Firmó Declaración Conjunta con el Dr. Illueca y se reunió con Barletta”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 23 de septiembre de 1984.

“El Derecho Internacional, la gestión de Contadora y el Tratado de Neutralidad, destacó Illueca”, en diario *Matutino*, Panamá, martes 7 de febrero de 1984.

“‘El diálogo para la paz’, reafirman presidentes. Monge e Illueca”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 18 de marzo de 1984.

“El general Rubén Darío Paredes se erige en el único heredero político del líder panameño Omar Torrijos”. (Corresponsal Jesús Ceberio), en diario *El País*, Sección Internacional, Madrid, 28 de febrero de 1984.

“‘El lucro no puede simbolizar a la patria’. Un solo territorio, una sola bandera. Hay que panameñizar más al Estado. Torrijos siempre presente”. (Discurso del presidente Illueca al recuperar Fuerte Gulick y el cierre de la Escuela de las Américas), en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, martes 2 octubre de 1984.

“El presidente de México Miguel de la Madrid destacó importancia del Grupo de Contadora”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 8 de abril de 1984.

“Estados Unidos, Cuba y Rusia entorpecen al Grupo de Contadora. Acusa el Presidente colombiano”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, miércoles 28 de marzo de 1984.

“La CEE apoya el Plan de Paz de Contadora. En la reunión de San José”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 30 de septiembre de 1984.

“Las manobras militares de Estados Unidos en Centroamérica”, en revista *Envío* N.º 54, (digital), información sobre Nicaragua y Centroamérica, Universidad Centroamericana (UCA), Managua, diciembre de 1985. (<http://www.envio.org.ni/articulo/475>).

“Los presidentes del ‘grupo de Contadora’ se reúnen el fin de semana en México, ante la acumulación de signos bélicos en Centroamérica”, en diario *El País*, Sección Internacional, Madrid, viernes 15 de julio de 1983. (https://elpais.com/diario/1983/07/15/internacional/427068008_850215.html).

“Marina de E. U. cerca a costas de Nicaragua”. (Agencia de prensa ANSA), en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, miércoles 19 de septiembre de 1984.

“Nueve cancilleres buscan una fórmula para la paz para C. América. Aquí a través de Contadora”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, viernes 7 de septiembre de 1984.

“ONU debe instar a Centroamérica firmar el Acta de Contadora. Illueca ante la ONU”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, miércoles 19 de septiembre de 1984.

“Panamá no participará en maniobras”, en diario *La Prensa*, Panamá, miércoles 28 de marzo de 1984.

“Panamá no participará en maniobras militares”. (Texto de la Declaración de la Cancillería panameña), en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, miércoles 28 de marzo de 1984.

“Panamá seguirá jugando con gran fe su papel en Contadora, Illueca”, en diario *Matutino*, Panamá, sábado 25 de febrero de 1984.

“Positivamente apoya Estados Unidos al Grupo de Contadora. Asegura el Presidente Electo”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, miércoles 12 de septiembre de 1984.

“Panamá: protestan por mal uso de la Zona del Canal”, en diario *Barricada Internacional*, N.º 66, año III, órgano de difusión para el exterior del Frente Sandinista de Liberación Nacional, Managua, lunes 6 de junio de 1983.

“Reagan expresa satisfacción por Contadora y elecciones en Panamá”, en diario *Matutino*, Panamá, jueves 23 febrero de 1984.

“Reagan reitera la lucha contra el comunismo y por la paz en A. L. Al ser proclamado anoche”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, viernes 24 de agosto de 1984.

“Renunció el Presidente De la Espriella y asumió el Vicepresidente Jorge Illueca. Se garantiza celebración de elecciones el 6 de mayo”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, martes 14 de febrero de 1984.

“Sale a luz relato de una reunión en Londres entre el coronel Olivert North y Noriega”. (Carmen Carrasco, corresponsal en ciudad de Panamá), en diario *La Vanguardia*, Barcelona, martes, 8 de octubre de 2019. (<https://lavanguardia.com>).

“Secretario General de la ONU ofrece apoyo al Grupo de Contadora. En busca de la paz”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, martes 3 de abril de 1984.

“Se reunieron Presidentes Monge-Illueca”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, lunes 30 de abril de 1984.

“Teme una solución militar a la violencia en C. América. Jackson llama al diálogo”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 24 de junio de 1984.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

“Declaración Conjunta” de los presidentes Luis Alberto Monge, de la República de Costa Rica y Jorge E. Illueca, de la República de Panamá, con motivo de la visita oficial realizada a la ciudad de David, provincia de Chiriquí, por el presidente de la República de Costa Rica, los días 16 y 17 de marzo de 1984, publicada en el diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 18 de marzo de 1984.

“Declaración Conjunta” de los presidentes Miguel de la Madrid, de los Estados Unidos Mexicanos, y Jorge E. Illueca, de la República de Panamá, con motivo de la visita oficial realizada a la ciudad de Panamá, por el presidente de la República de los Estados Unidos Mexicanos, el 7 de abril de 1984. Panamá, 7 abril de 1984.

“Declaración Conjunta” de los presidentes José Napoleón Duarte, de la República de El Salvador y Jorge E. Illueca, de la República de Panamá, con motivo de la visita oficial realizada a la ciudad de Panamá, por el presidente de la República de El Salvador, el

22 de septiembre de 1984, publicada en el diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, domingo 23 de septiembre de 1984.

“Declaración Conjunta” de los presidentes Raúl Alfonsín, de la República Argentina y Jorge E. Illueca, de la República de Panamá, con motivo de la visita oficial realizada a la ciudad de Panamá, por el presidente de la República Argentina, el 26 de septiembre de 1984, República Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina, Buenos Aires.

“Declaración hecha por el doctor Jorge E. Illueca, presidente de la delegación de Panamá, en el debate general realizado en la Sesión Plenaria celebrada por la XXXVII Asamblea General de las Naciones Unidas el 5 de octubre de 1982”. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“Declaración pronunciada por Jorge E. Illueca (Panamá), presidente saliente de la Asamblea General, en la apertura del Trigésimo Noveno Período de Sesiones de la Asamblea General”, Nueva York, martes, 18 de septiembre de 1984. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“Discurso de Dr. Jorge E. Illueca, presidente de Panamá, en la inauguración del XXXIX Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, lunes 24 de septiembre de 1984.

“Discurso de Dr. Jorge E. Illueca, presidente de Panamá, el 11 de octubre de 1984. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“Discurso pronunciado por el vicepresidente de la República de Panamá, Dr. Jorge E. Illueca, en la VII Conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados, durante la Sesión Plenaria celebrada en la ciudad de Nueva Delhi, India”, el 10 de marzo de 1983. (Archivos del Dr. Enrique M. Illueca).

“Informe a la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos sobre la Ejecución del Presupuesto de Rentas y Gastos del Estado y del Plan Nacional de Desarrollo

durante el período comprendido entre el 12 de octubre de 1982 y el 11 de octubre de 1983”. Panamá, 11 de noviembre de 1983. (Archivos del (Dr. Enrique M. Illueca).

“Iniciativas del Grupo de Contadora”, en diario *La Estrella de Panamá*, Panamá, miércoles 29 de febrero de 1984.

Naciones Unidas. Asamblea General. Trigésimo Octavo Período de Sesiones. *Documentos oficiales*. 52.^a Sesión Plenaria, Presidencia de Sr. Jorge E. Illueca (Panamá). New York, jueves, 10 de noviembre de 1983.

“Palabras pronunciadas por el Dr. Jorge E. Illueca, presidente de la República, al condecorar a los cancilleres del Grupo de Contadora, en el Salón Amarillo del Palacio Presidencial”. Panamá, 8 de junio de 1984.

“Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 38.º período de sesiones”, en Biblioteca Dag Hammarskjöld, Organización de Naciones Unidas, New York. (<https://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/38>).

Aspectos Éticos Y Legales De La Telemedicina En Panamá: Presente, Futuro E Inteligencia Artificial

Bruno Ow Young
Universidad De Panamá
Maestrando en Bioética
País: Panamá
brunoowyoung@gmail.com
ORCID 0000-0002-3080-6692

Entregado: 14 de octubre de 2022

Aprobado: 30 de octubre de 2022

RESUMEN

Este estudio, se enfoca en una realidad actual y de vital importancia para el país. Para ello, primero revisita los antecedentes históricos y legales relativos al desarrollo de la telemedicina en Panamá. A continuación expone algunas de las principales definiciones sobre telemedicina contenidas dentro de la legislación panameña y algunas dadas por importantes instituciones de EEUU e Italia. Hecho esto, y ya teniendo ciertas nociones básicas una cierta evolución histórica y conceptual de la telemedicina se hará una lectura de las principales leyes que regulan y norman la telemedicina en Panamá. Finalmente, como último punto, se revisan las guías de la OMS sobre ética y gobierno de las AI, lo que constituye una invitación a actualizar la legislación existente desde.

PALABRAS CLAVE

Telemedicina, Telesalud, inteligencia Artificial, Protección de Datos, Consentimiento Informado, Ética y Gobierno, *Accountability*/rendición de cuentas, Desarrollo Tecnológico.

ABSTRACT

This study focuses on a current reality of vital importance for the country. To do this, it first revisits the historical and legal background related to the development of telemedicine in Panama. Next, it exposes some of the main definitions on telemedica contained within the Panamanian legislation and some given by important institutions of the USA and Italy. Once this is done, and having certain basic notions and a certain historical and conceptual evolution of telemedicine, a reading of the main laws that regulate telemedicine in Panama will be made. Finally, as a last point, the WHO guidelines on ethics and governance of AI are reviewed, which constitutes an invitation to update the existing legislation since.

KEYWORDS

Telemedicine, Telehealth, Artificial intelligence, Data Protection, Informed Consent, Ethics and Government, Accountability, Technological Development.

INTRODUCCION

Ya está terminando el año 2022, y en estos últimos meses, se ha dejado entrever, desde lo podríamos llamar una narración puramente anecdótica del autor, desde esa mirada personal que él mismo ha dado a los fenómenos sociales recientes, una cierta actitud esperanzada y confiada en la idea de un mejor futuro. Pero, la celebración ha sido apocada y silenciosa, casi escéptica, pues el tiempo del encierro que terminó, y el uso de la mascarilla, aunque limitado a muy pocos espacios, siguen sin levantar su sombrío velo; y, sobre las lecciones aprendidas, muchas no han sido aún registradas, analizadas, ni mucho menos enseñadas. En este sentido y, en la medida de lo posible, el presente artículo pone su atención sobre una cuestión que ha resultado, nacional e internacionalmente, como efecto directo de la pandemia del COVID-19: el enorme salto técnico-científico que ha dado la telemedicina y sus distintas aplicaciones, específicamente la inteligencia artificial y/o los sistemas de manejo de datos y toma de decisión autónomos. Mirando hacia un futuro más o menos distante, es posible afirmar que estas, las AI y las distintas tecnologías TIC utilizadas en telesalud, presentan grandes ventajas para la salud, pero indiscutiblemente, también son causa de enormes perplejidades, poniendo complejas preguntas éticas y legales. ¿Cuál será

el efecto de las AI sobre los empleos del personal de salud cuando se automaticen el proceso de ingreso o el de seguimiento y monitoreo? ¿Quién asumirá la responsabilidad del diagnóstico automatizado? ¿Cómo se puede garantizar el consentimiento informado a distancia sin interactuar directamente con las personas, o quien nos dice que no está sujeta a presiones externas por parte de terceros?

ASPECTOS ETICOS Y LEGALES DE LA TELEMEDICINA EN PANAMÁ: PRESENTE, FUTURO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES¹⁸⁵

La telemedicina aparece por primera vez en la historia panameña, como una realidad concreta con aplicaciones y usos para el ejercicio de las prácticas médicas en 1999. Esto ocurre en el marco de la creación del Centro de Documentación e Informática Médica (CDIM) en la Facultad de Medicina de la Universidad de Panamá y gracias al apoyo del Arizona Telemedicine Program (ATP). De estos primeros esfuerzos surge el Proyecto Nacional de Telemedicina, el mismo tenía como objetivo desarrollar un plan de carácter interinstitucional. Lo que resultó, ya en el 2002, y como veremos con mayor detalle más adelante, en los primeros avances en materia de regulación: Resolución No. 472 del MINSA. Además, cabe señalar, que durante esos primeros años, gracias a los esfuerzos realizados por el Ministerio de Salud de la República de Panamá (MINSA) y la Caja de Seguro Social de Panamá (CSS), la telemedicina experimentó un proceso de expansión por todo el territorio nacional.

Apenas habían pasado poco más de 5 años, cuando ya en el año 2005 existía el Programa Nacional de Telemedicina y Telesalud (PNTT), se aprobaba una nueva versión el Decreto No. 472 del 2002, y se creaba el Programa de Telemedicina Rural y los Programa de Teleradiología y Telemedicina dirigidos a población penitenciaria.

¹⁸⁵ Silvio Vega. Artículo IX. *Programa Nacional de Telemedicina y Telesalud en Panamá*. CEPAL (2010) *Salud electrónica en América Latina y el Caribe: avances y desafíos*. Naciones Unidas. Chile.

Silvio Vega, médico y pionero en la telemedicina en Panamá, quien hasta el 2010 fue Presidente de la American Telemedicine Association Latin American and Caribbean Chapter (ATALACC), en el texto *“Salud Electrónica en América Latina y el Caribe: Avances y Desafíos”* (presentado por CEPAL en el 2010), primero habla con gran entusiasmo de los primeros años en que se desarrolla la telemedicina, de cómo en Panamá, donde la tecnología celular llegó más tarde que en otros países de la región, se dieron grandes avances en la materia. Luego, menciona algunas dificultades surgidas durante los años siguientes, por ejemplo: de cómo las diferencias culturales en las comarcas y zonas rurales pueden dificultar el trabajo del personal de salud. Finalmente, cae sobre los retos futuros, poniendo énfasis en tres aspectos: a) educación, formación y capacitación; b) seguir los procedimientos indicados y realizar el mantenimiento regular de los equipos; y c) la buena comunicación con las autoridades locales. A lo que cabría agregar, en conocimiento de los vaines de la caprichosa democracia: asegurar que la voluntad política de los representantes destine los recursos económicos y humanos para lograr todo lo anterior, pues como bien dice el doctor Vega: *“hay que cambiar las baterías después de cumplida su vida útil.”*

Para concluir con esta breve presentación de los antecedentes históricos y legales en materia de telesalud en Panamá, es fundamental presentar los documentos y/o textos legales tal como aparecen en la Gaceta Oficial y algunos puntos:

- Resolución No. 472 de 6 de agosto de 2002, creó la Comisión de Gestión del Programa Nacional de Telemedicina de Panamá. MINSA
- Resolución No. 272 de 29 de julio de 2005, por la cual se crea el Programa Nacional de Telemedicina y Telesalud. MINSA. Esta última, en su Artículo Octavo deroga todas las disposiciones de la Resolución No. 472.

Ambas resoluciones se sustentan sobre el Decreto de Gabinete 1 de 15 de enero de 1969, Artículo 2, por el cual se establece que: *“Corresponderá al Ministerio de Salud el estudio, formulación y ejecución del Plan Nacional de Salud”*. Pero más importante, se sustentan sobre dos hechos/fenómenos: 1) la rapidez con la que se desarrollan nuevas Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC) y 2) como son adoptadas casi de inmediato por el sector salud. Todo sumado pone, en manifiesto, sin lugar a dudas, la necesidad imperante

de que el MINSA legisle las actividades derivadas del desarrollo de dichas tecnologías,, inter e intra institucionales.

Como veremos a continuación, dando un salto a nuestro actual presente, año 2022, desde el 2005 al día de hoy, el desarrollo tecnológico en los últimos 17 años, especialmente en materia de salud, ha sido más grande que el de las cuatro décadas anteriores. Por lo que nos encontraremos, no solo legislaciones más recientes y abarcadoras, sino además, la necesidad urgente de actualizar nuestra forma de comprender la telesalud en general.

ALGUNAS DEFINICIONES DE TELESALUD

Primero, cabe señalar que en los decretos anteriores (472 y 272) no existe una definición de los conceptos, la misma aparecerá solo hasta el 2021 en la Ley 203 de 18 de marzo 2021¹⁸⁶. Para efecto de esta Ley, el Artículo 2 de esta ley, está exclusivamente dedicado a definiciones:

- *Telemedicina. Provisión de servicios de salud a distancia, en los componentes de promoción, prevención recuperación o rehabilitación, por profesionales de la salud idóneos que utilizan las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) destinadas y avaladas para este fin, y que les permite intercambiar datos reales de forma automática sincrónica o asincrónica con el propósito de facilitar el acceso de la población a servicios de salud de alta calidad a distancia.*
- *Telesud. Conjunto de actividades relacionadas con la salud, servicios y métodos, los cuales se llevan a cabo a distancia con la ayuda de las tecnologías de la información y telecomunicación. Incluye, entre otras, la telemedicina y la teleeducación en salud.*

Además, se incluyen conceptos completamente nuevos, y como se podrá ver en el siguiente punto, cambian radicalmente lo que se comprendía originalmente por telemedicina: teleeducación en salud, telespecialista, proveedor tecnológico, prestador de servicios, inteligencia artificial, firma electrónica, HL7 y otros. Cabe agregar, que en respuesta a la

¹⁸⁶ Ley No. 203 (18 de marzo de 2021). *Que establece los lineamientos para el desarrollo de la telesalud en Panamá y dicta otras disposiciones.* Gaceta Oficial Digital, Asamblea Legislativa. 18 de marzo de 2021. No. 29244-A

velocidad con la que se da el desarrollo tecnológico, la presente investigación, enfatizará y abogará por una revisión de la reciente legislación. En este sentido y, con el fin de allanar el camino hacia el siguiente punto, es importante invitar a quienes estén leyendo a cuestionar y preguntar: en relación al sistema de Respuesta Operativa de Salud Automática R.O.S.A.¹⁸⁷, implementado a partir de marzo de 2020 y el inicio de la pandemia del COVID-19, ¿qué se podría inferir respecto a la fecha en que se aprueba la Ley 203 de 18 de marzo de 2021?

Otras definiciones de telemedicina son:

- *“Telemedicina es el uso de información electrónica y tecnología de telecomunicación para recibir la atención médica que necesita mientras practica distanciamiento social. Todo lo que necesita es un teléfono o dispositivo con Internet para continuar su atención médica mientras se protegen usted y su proveedor de atención médica del COVID-19. Hable con su médico para determinar si el uso de telemedicina es apropiado para sus necesidades de salud.”* (CDC - EEUU)¹⁸⁸
- *“Por telemedicina se entiende un método de prestación de servicios de atención de la salud, a través del uso de tecnologías innovadoras, en particular Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), en situaciones donde el profesional de la salud y el paciente (o dos profesionales) no se encuentran en la misma localidad. La telemedicina implica la transmisión segura de información y datos médicos en forma de textos, sonidos, imágenes u otras formas necesarias para la prevención, diagnóstico, tratamiento y posterior seguimiento de los pacientes.”* (Ministero della Salute - Italia)¹⁸⁹

¹⁸⁷ PAHO. (23 de marzo de 2020). *Inteligencia artificial, la herramienta de Panamá para contener el COVID-19.* <https://www.paho.org/es/noticias/23-3-2020-inteligencia-artificial-herramienta-panama-para-contener-covid-19#:~:text=Panam%C3%A1%2C%2023%20de%20marzo%20de,hacerse%20la%20prueba%20de%20Coronavirus>.

¹⁸⁸ CDC. (5 de octubre de 2020) *Telemedicina, ¿qué significa y por qué le debería importar?* <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/global-covid-19/telemedicine-sp.html>

¹⁸⁹ Ministero della Salute. (Julio 2012). *TELEMEDICINA Linee di indirizzo nazionali.* https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_2129_allegato.pdf

- *“Telesalud es un término general que describe el uso de tecnologías de telecomunicaciones en apoyo de la atención médica clínica, la educación y la salud pública.⁴ Los servicios de telesalud incluyen no solo las videoconferencias tradicionales, sino también el correo electrónico, los dispositivos de control remoto de pacientes e incluso el fax. La tecnología Telesalud permite que los médicos y otros proveedores consulten y ayuden con la interpretación de datos y la atención del paciente independientemente de la separación geográfica. Por ejemplo, un radiólogo especializado puede leer imágenes avanzadas para un médico de atención primaria en un área remota.” (Telehealth and medicine today - EEUU)¹⁹⁰*

ENTONCES, LA TELESALUD, ¿HA EVOLUCIONADO?

Atendiendo las definiciones anteriores y el artículo del médico Silvio Vega, se hace patente un hecho: que entre la telemedicina de 1999 y la telemedicina de hoy, existe una brecha abismal, pues la actual tiene una variedad de funciones distintas y nuevas que hace 20 años ni siquiera se pensaban posibles. Y el motivo es que nadie hubiese podido prever la relación e interacción humano - máquina, que las personas mantienen con sus aparatos móviles. Dicho esto, solo hay una respuesta posible: si, definitivamente ha evolucionado.

La última definición que se da en el punto anterior, tiene un perfecto ejemplo de lo que originalmente era comprendido por telemedicina: una forma de compartir documentos y archivos médicos inter o intra institucionalmente entre profesionales de la salud. Un ejemplo local es la comunicación que existe entre la sala de urgencias y los departamentos de imagenología y rayos x al interno de la CSS, o el hecho de que desde un principio, cuando se introduce la telemedicina en Panamá, existe intercambio de información entre el ATP en Arizona e instituciones hospitalarias panameñas. En este sentido, cabe destacar que muchas y muchos profesionales de la salud participaron de este proceso. Uno de ellos, fue el internacionalmente reconocido Adam Rios, premiado por sus avances en la lucha contra el virus del VIH. En resumidas cuentas, atendiendo el aspecto hermenéutico del sentido y la

¹⁹⁰ Pirtle, C. Payne, K. Drolet, B. (27 de junio de 2019) Telehealth: *Legal and Ethical Considerations for Success*. <https://telehealthandmedicinetoday.com/index.php/journal/article/view/144/173# Citations>

comprensión del término telemedicina, es evidente que ha ocurrido un un cambio profundo¹⁹¹.

Actualmente, año 2022, la realidad es completamente distinta. En países con un elevado índice de desarrollo humano, poca desigualdad, gran desarrollo tecnológico, o bien, los llamados países de primer mundo, las tecnologías en el campo de la telemedicina están monitoreando en tiempo real a pacientes cardíacos, con insuficiencia renal crónica y diabetes. En Estados Unidos de Norteamérica existen programas de salud mental, no solo a distancia, sino además, a través de inteligencia artificial en aplicaciones móviles¹⁹². Y en Panamá, como decíamos antes, si bien no tenemos el mismo nivel de desarrollo de la telemedicina y telesalud, durante la pandemia hubo un sistema de diagnóstico y geolocalización de los posibles pacientes con COVID-19. Y los programas y modelos epidemiológicos computarizados utilizados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y en Panamá para pronosticar el comportamiento de la pandemia, fueron los mismos, ya sea que se basaran en datos hospitalarios, en R.O.S.A., u otros, fueron una aplicación directa de la inteligencia artificial y de sistemas de telemedicina.

PRESENTE - LEY 203 DE 18 DE MARZO DE 2021¹⁹³

Respondiendo a la pregunta a la que se invitó contestar en la sección de las definiciones: hay desfase entre la implementación de R.OS.A. y la Ley 203, y es evidente que la Ley siguió al hecho, mas no a una injusticia. Por ello, no es motivo de mayores debates, ni de especial preocupación, pues se trata de una práctica, y quizás la más común, en el campo de la jurisprudencia. Ejemplos hay muchos, a continuación se nombraran dos que están vinculados al tema tratado: a) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue posterior a las monstruosidades ocurridas durante la primera mitad del siglo XX. b) Los principios bioéticos, que fueron posteriores a Nuremberg, a que se hicieran públicas las

¹⁹¹ Laptev, V. Ershova, Inna. Feyzrakhmanova D. (29 de diciembre de 2021) *Medical Applications of Artificial Intelligence (Legal Aspects and Future Prospects)*. Multidisciplinary Digital Publishing Institute. Suiza.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ley No. 203 (18 de marzo de 2021). *Que establece los lineamientos para el desarrollo de la telesalud en Panamá y dicta otras disposiciones*. Gaceta Oficial Digital, Asamblea Legislativa. 18 de marzo de 2021. No. 29244-A

violaciones de los derechos humanos en Manchuria y a otro sin número de experimentos y prácticas investigativas poco éticas.

Desde una postura optimista y favorable, queda indicar que se trata de una legislación justa y necesaria. Pues contiene las principales aplicaciones tecnológicas recientes de la telemedicina y de las TIC aplicadas a la salud, y busca garantizar y proteger los derechos humanos y los principales principios de la bioética y/o ética médica. En este sentido, con el deseo de exponer brevemente los aspectos más relevantes de la Ley, citamos algunos de los artículos fundamentales:

Artículo 3. Principios de la telesalud. En este artículo se mencionan derechos humanos fundamentales como la universalidad e igualdad en el acceso a la salud. Además, se menciona el principio bioético de la beneficencia, que hace un balance entre beneficios y riesgos para los pacientes y costos para la institución.

Artículo 5. Responsabilidades de los prestadores de servicios. El prestador de servicio puede ser privado o público (ej. hospitales). Todas las responsabilidades están atravesadas por un principio fundamental: la seguridad de los pacientes y de su información. En este sentido, se establece como requerimiento que el proveedor debe estar debidamente autorizado. Sobre lo que volveremos en un siguiente punto.

Artículo 6. Consentimiento informado. Este último, debido a la forma como operan las aplicaciones móviles presenta varios retos, no solo para autorizar tratamientos y/o intervenciones, pues, el manejo de datos y la “*privacy*” de los pacientes también puede ser utilizada sin haber sido debidamente informada y consentida. Un ejemplo de lo anterior son las declaraciones de conformidad con las políticas de las páginas web, los cookies y las aplicaciones móviles. Pues se trata de textos poco accesibles, o dicho de otra forma, es muy distinto un texto con letras diminutas en la pequeña pantalla del móvil con un botón de aceptar, si se le compara a reunirse personalmente con un médico en su oficina y firmar un documento con un bolígrafo. El artículo 6. no menciona ni remite a la legislación específica

sobre el tema del consentimiento informado en salud: Ley 68 de 20 noviembre de 2003¹⁹⁴. Respecto a esta última, actualmente, se puede encontrar en la Gaceta el Anteproyecto de Ley No. 245, por el cual se busca modificar la Ley 68. Es, sin lugar a dudas, un esfuerzo para armonizar lo establecido por la ley 203 de telemedicina, los principios del consentimiento informado y la Ley 81¹⁹⁵, además, de alinear los sistemas de información digital con estándares internacionales como el Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA).

Artículo 8. Comunicación entre usuarios de telesalud y el personal de salud. En el punto cuatro se establece que se deberá garantizar el tratamiento confidencial de la información de conformidad con la legislación que reglamenta la protección de datos. Se hace alusión a la existencia de dicha reglamentación, pero no se remite a la misma: Ley 81 de 26 de marzo de 2019. Es importante señalar que esta última no vale solamente para salud. La Ley 81, será reglamentada por el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021. Como se dijo anteriormente, en el Artículo 6, sobre consentimiento informado, la Ley 81 aparece como punto fundamental en los artículos 6, 11, 12, 13 del Anteproyecto de ley 245¹⁹⁶, por el cual se modifica la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003.

Artículo 10. Categorías de telemedicina. Se Establecen y definen las distintas categorías y/o formas de telemedicina. Lo que reafirma el párrafo sobre la evolución de la telemedicina.

Artículo 11. Responsabilidad en el uso de plataformas tecnológicas en telemedicina. Como veremos a continuación, cuando comparemos las guías diseñadas por la OMS en relación a la inteligencia artificial, este artículo carece del principio de Accountability y/o rendición de cuentas, por parte de los proveedores.

¹⁹⁴ Ley No. 68 (20 de noviembre de 2003). *Que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y decisión libre e informada.* Gaceta Oficial, Asamblea Legislativa. 25 de noviembre de 2003. No. 24935

¹⁹⁵ Ley No. 81 (26 de marzo de 2019). *Sobre Protección de Datos Persona.* Gaceta Oficial Digital. Asamblea Legislativa. 29 de marzo de 2019. No. 287443-A

¹⁹⁶ Anteproyecto de Ley No. 245 (7 de marzo de 2022). *Que modifica la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003 que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y decisión libre e informada.* Asamblea Nacional, Comisión de Trabajo, Salud y Desarrollo Social. https://asamblea.gob.pa/APPS/SEG_LEGIS/PDF_SEG/PDF_SEG_2020/

Artículo 12. Calidad y disponibilidad de datos. Vuelve y recae sobre las responsabilidades del prestador de servicio.

Artículo 13. Tratamiento de la información. Vuelve a sugerir la Ley 81 de sobre protección de datos personales.

Artículo 17. Plataformas tecnológicas para la telesalud. Se señala que todos los componentes de las plataformas tecnológicas utilizadas en telemedicina deberán cumplir con el estándar HL7.

En los demás artículos contenidos en la Ley 203 que legisla en materia de telemedicina y telesalud en Panamá, 24 en total, se regula el personal/autoridades e instituciones competentes: MINSA, CSS, y para todo lo relativo a los sistemas tecnológicos y su implementación, la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental (AIG); se garantiza la capacidad tecnológica, la capacitación del personal de salud; y se definen otros conceptos y normativas: derechos y obligaciones relativos a la implementación de la telesalud y telemedicina en Panamá. Queda abierta una invitación cordial para que las y los interesados en conocer a profundidad esta Ley puedan leerla con detenimiento a visitando el sitio de la Gaceta Oficial:

(https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29244_A/GacetaNo_29244a_20210318.pdf).

Continuando con nuestro quehacer cuestionador, con el análisis de la legislación actual, es evidente que la Ley 203 desde un primer análisis general, presenta tres grandes problemáticas: 1) la relación con la ley 81, 2) la relación con la ley 68, y 3) la poca legislación respecto a los proveedores y desarrolladores de tecnologías TIC y servicios. En respuesta a estas tres problemáticas a continuación se introducen dos secciones: la primera sobre las leyes vinculadas, la segunda sobre las guías de la OMS respecto a Accountability o rendición de cuentas por parte de proveedores¹⁹⁷, desarrolladores y sistemas de

¹⁹⁷ WHO. (2021). *Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance.* <https://www.who.int/publications/i/item/9789240029200>

inteligencia artificial. La última introduce un aspecto nuevo que aún no está regulado, y son los principios éticos puestos en práctica por la misma inteligencia artificial.

DE LAS LEYES DENTRO DE LA LEY 203 Y SUS PROBLEMÁTICAS

Siguiendo la pirámide de Hans Kelsen, de leyes dentro de leyes, el ejemplo que por jerarquía es el más elevado, el de la ley que es contenida por todas las demás leyes: es la constitución. En este sentido, renombrar lo que señala la misma, ciertamente parece completamente innecesario. Pero en el caso específico de una ley tan novedosa como lo es la Ley 203, no cabe por ningún pretexto utilizar la pretensión de que se puede legislar a través de implícitos. Ya decía el filósofo y novelista Umberto Eco, que “*si no se dice no existe*”, que hay que ser literariamente explícito.

LEY NO. 68 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2003

El objetivo de la ley 68 es regular los derechos y obligaciones de los pacientes, personas sanas, profesionales, centro y servicios de salud públicos y privados en materia de información y de decisión libre e informada.

El consentimiento informado, no es únicamente un principio ético, es un derecho humano, y es protegido y regulado por la legislación internacional. Es un aspecto fundamental de uno de los derechos humanos de primera generación: el respeto por la autonomía y la dignidad de la persona, que se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se le puede encontrar en el Código de Nuremberg de 1947 y en la Declaración de Helsinki de 1964. Y desde la época de Hipócrates en la Grecia Antigua ocupaba un papel importante dentro de la práctica médica.

Primer problema: las medidas de aislamiento y/o distanciamiento social, no fue resultado de una decisión libre, además, iba en contra de un derecho humano fundamental que es la libertad de movilidad. Desatendiendo lo establecido por el Capítulo IV de la Ley 68.

Segundo problema: Atendiendo los artículos 2, 13 y los artículos contenidos en el Capítulo VII de esta Ley, y luego de entrevistar a Luis Ossa tecnólogo médico en la provincia de Chiriquí y al profesor Nicholas Beliz de la UTP, ambos con experiencia en el uso e

implementación de la telemedicina. Podemos concluir que desde la aplicación de los sistemas de telemedicina en el año 2002, no se ha cumplido con el enunciado sobre la confidencialidad de la información, el acceso a la información aun hoy octubre 2022 está abierto para cualquier empleado y/o ex-empleado en los hospitales que se han implementado los sistema de telesalud de imágenes.

Tercer problema: Atendiendo los artículos 5, 6, 7, 8 y 9, y como veremos en el siguiente punto sobre la Ley 81, presentan diversas contradicciones. La primera y más importante es justamente la responsabilidad exclusiva del médico de garantizar el cumplimiento del derecho de la información (Art. 6). Quiere decir, que aun pecando de ser repetitivo y redundante, es responsabilidad del médico asegurarse personalmente de que la persona/paciente y familiares estén correctamente informados. Cabría agregar en el Artículo 9, y plantear la dificultad en determinar desde los medios digitales, si una persona está en capacidad de decidir libremente.

Cuarto problema: en toda la extensión de la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003 “Que regula los derechos y obligaciones de los pacientes en materia de información y decisión libre e informada” no hay ni un solo artículo ni capítulo dedicado a la HL7, tecnologías TIC, inteligencia artificial, ni al tema de la telesalud y telemedicina.

LEY 81 DE 26 DE MARZO DE 2021

El objetivo de la Ley 81 es *“establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimiento que regulan la protección de datos personales, considerando su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, por parte de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, lucrativas o no, que traten datos personales en los términos previstos en esta Ley.”*

Lo primero que cabe indicar es que esta es la única ley en materia de datos e información, quiere decir que trata las tecnologías TIC y aspectos de automatización en los artículos 4 y 19, pero la misma no regula de manera extensiva aspectos complejos como el machine learning, big data, inteligencia artificial y otros conceptos propios del tema.

En los puntos 6, 19 y 20 del Artículo 4 donde se dan definiciones necesarias para la lectura de la misma ley, se definen los principales términos relativos a la confidencialidad de la información y el manejo de la información.

En los puntos 7 y 8 del Artículo 8. Se indica que no se requiere de autorización para el tratamiento de datos personales en casos de urgencia médica o sanitario o para fines históricos, estadísticos y científicos. Ambos puntos plantean varios problemas y/o dificultades si se atiende a los protocolos de la ética de la investigación establecidos por Comité Nacional de Bioética de la Investigación (CNBI) y en lo indicado por la ley 68.

El Artículo 19 regula decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos personales. Lo que plantea problemas diversos desde una perspectiva médica.

El Artículo 20 indica que los profesionales de salud pueden recolectar y procesar datos personales relativos a la salud física o mental de ex-pacientes y/o personas que anteriormente estuvieron bajo su cuidado y atención, remitiendo a otras leyes (Ley 68). Atendiendo los principios básicos sobre el derecho al consentimiento informado, ¿no se está descuidando algunos aspecto éticos y legales: el paciente puede terminar su relación con el médico, que toda información que el paciente debe ser por su consentimiento?

Los artículos 26 y 27 son los únicos, entre las tres leyes 203, 68 y 81, donde se menciona la responsabilidad jurídica de los operadores que gestionan las redes públicas o que prestan servicios de comunicación. Por otra parte, no se menciona en ningún lugar aspectos relativos al desarrollo mismo de la inteligencia artificial, específicamente a problemas relativos a la responsabilidad de los programadores, ingenieros, desarrolladores, y otros, además de la responsabilidad que puede recaer sobre el sistema de AI por una decisión autónoma.

FUTURO - GUIA PARA UNA ÉTICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Sobre la inteligencia artificial (o su acrónimo en inglés AI), podemos decir con toda seguridad que la vertiginosa velocidad con la que evolucionan sus aplicaciones en la secuenciación genómica, diagnosis, proyeccion y pronostico de epidemias, interpretación de imágenes digitales, entre otras, han transformado y acelerado la investigación y el

tratamiento efectivo de muchas enfermedades. Un ejemplo, es que gracias a dichas tecnologías, comparando los procesos actuales con los del año 2000, cuando se publicó la primera secuencia del genoma humano, no solo se ha acortado el tiempo que tarda la investigación, sino que además se han logrado reducir los costos en proporciones astronómicas, pues, lo que en el año 2000 costaba cientos de millones de dólares y muchos meses, hoy se logra con pocos miles y en menos de una semana. La curva exponencial, es vertiginoso desarrollo, está claramente manifestada en la Ley de Moore sobre densidad de microchips y en la Ley de Rendimientos Acelerados del futurólogo Kurzweil¹⁹⁸.

No obstante las ventajas derivadas de estos impresionantes progresos científicos, sean en tiempo y dinero, en cantidad y calidad de los productos y servicios, atendiendo lo tratado hasta ahora en los párrafos anteriores, vemos como aparecen nuevos retos, cada vez más complejos, sean en su justa distribución, auditoría, administración, legislación, entre otros. En respuesta a ello, la OMS ha creado una guía para la ética de la inteligencia artificial aplicada a la salud. La misma va desde el problema de la genómica e ingeniería genética, hasta el monitoreo y seguimiento de una epidemia global, todo esto, no sin antes pasar por el desarrollo de drogas, los diagnósticos primarios, las imágenes computarizadas, la cirugía robótica, la promoción de nuevas políticas y medidas sanitarias, entre otros temas de vital importancia.

Con esta guía, y considerando la experiencia de R.O.S.A. y demás aplicaciones de la AI con amplia distribución global durante la pandemia, se manifiesta de forma concreta, el porqué debemos volver a la Ley 203 de 2021, pues, uno de los mayores retos actuales y futuros, es justamente es indudablemente la ética y gobierno de la inteligencia artificial en todas sus aplicaciones para la salud humana. La justificación que da el guía, es el resultado de revisar las distintas actuaciones por parte de la empresa privada y los gobiernos durante la pandemia. Una de estas fue la inversión en el orden de los poderes entre ciertos gobiernos y una empresa privada proveedora de tecnologías y soluciones informáticas: Google creó una aplicación móvil de seguimiento (tracking) con ciertos estándares técnicos

¹⁹⁸ Bostrom N. (2003). *Ethical Issues in Advanced Artificial Intelligence*. <https://nickbostrom.com/ethics/ai>

distintos a los regulados por los gobiernos, finalmente varios gobierno cambiaron y adaptaron sus estándares a los establecidos por la corporación multinacional.

A continuación mencionaremos las principales aplicaciones de las AI en salud y algunos de los retos éticos propuestos por la OMS:

Aplicaciones:

Investigación Médica

Desarrollo de Drogas

Administración del Sistema de Salud

Programas de Salud Pública

Otras: asistencia remota, diagnóstico y predicción.

Retos:

Equidad, Inclusión o Distribución Justa

Privacidad y Protección de Datos

Responsabilidad de lo Actores

Comercialización

Autonomía en la Toma de Decisiones

Sesgo - wrong data input - wrong result output

Tomando en consideración nuestro contexto local, el primer paso necesario es diseñar proyectos que sirvan al desarrollo de nuevas legislaciones, pues la velocidad en que avanza la tecnología y los conocimientos científicos históricamente ha demostrado superar los avances en jurisprudencia. Respecto a las mismas leyes y su contenido, en principio, deberían seguir a manera de guía los lineamientos éticos de la OMS en lo relativo a la AI,

respetar a cabalidad y de forma extensiva los derechos humanos y los objetivos de desarrollo humano:

- Proteger la autonomía
- Promover el bienestar humano, la seguridad humana y el interés público
- Garantizar la transparencia, la explicabilidad y la inteligibilidad
- Fomentar la responsabilidad y la rendición de cuentas
- Garantizar la inclusión y la equidad
- Promover la inteligencia artificial que sea receptiva y sostenible

Como se ha visto, queda mucho por hacer y por actualizar. Desde los distintos comités de bioética de Panamá, el CNBI, los institutos de tecnología, el MINSA y la CSS y con particular atención, desde el SENACYT y el AIG (como se indica en la ley 81 y 203), deberán redactarse iniciativas legales que regulen el uso y desarrollo de la inteligencia artificial (AI) en el campo de la salud. Si bien la historia nos enseña que la creación de la ley le sigue a los actos inhumanos y monstruos, una mirada hacia el futuro también nos puede enseñar a prevenir, sin temor a detener el avance, con el compromiso de apoyar las iniciativas tecnológicas y científicas sin comprometer o ni arriesgar la vida y dignidad humana. Estamos a tiempo para tomar el control de las máquinas y de poner límites a las corporaciones de tecnología.

CONCLUSIONES

Partiendo de una idea expuesta por la OMS en su guía sobre AI y estudios recientes recientes de las Naciones Unidas, que para el año 2030 se espera que aproximadamente el 18% de empleos en todas las áreas, incluyendo salud, sean ocupados y/o realizados por equipos autónomos e inteligencia artificial, es necesario pensar más allá de nuestra legislación actual. Esto quiere decir investigar y teorizar desde la academia, quiere decir realizar proyectos de ley que fomenten el desarrollo de nuevas políticas de Estado, quiere decir asumir una responsabilidad política con mirada hacia el futuro.

De todo lo anterior, se puede inferir que es necesario un cambio de actitud general respecto a la ley y a la jurisprudencia. Pues ser reactivos, no solo resulta mucho menos que insuficiente, resulta en el detrimento general del Estado, su población e instituciones. En este sentido, la disciplina que constituye la futurología propone una aproximación metodológica necesaria como instrumento para la comprensión de las realidades actuales desde una proyección hacia el futuro. Quiere decir, asumir el control de la evolución humana, y dejar de depender de la incierta selección natural, ya sea en lo social, en lo biológico, en lo económico y en cualquier otro aspecto de la vida humana.

En concreto, la conclusión más patente alcanzada por el presente estudio, es que existe una desarmonía entre las leyes actuales. Estas, entran en clara contradicción en varios artículos. Por esta razón, sin agregar ni restar, lo primero que cabe hacer es delimitar las categorías de actuación de las respectivas leyes, todo, haciendo uso del derecho comparado como metodología rectora. Con esta metodología (derecho comparado) y bajo el supuesto de que actualmente existe una extensa normativa dentro del sector privado y corporativo: ISO, SOX, HIPAA y otras estandarizaciones y guías de cumplimiento (compliance), concluimos que para efectos de crear una legislación en materia de tecnología TIC y AI en telemedicina en un país con un mínimo desarrollo de nuevas tecnologías como es el caso de Panamá, es necesario comparar las normas y regulaciones corporativas, los estándares internacionales como el caso de las ISO¹⁹⁹²⁰⁰, el derecho internacional público y privado²⁰¹, y las leyes nacionales de los países donde se desarrollan las tecnologías TIC y AI que se están distribuyendo globalmente y de las que se hace y hará mayor uso en Panamá.

BIBLIOGRAFIA

¹⁹⁹ Naciones Unidas. (1996) *El Derecho internacional como Lenguaje de las Relaciones Internacionales*. United Nations Publications. Suiza.

²⁰⁰ ISO. (mayo de 2021) ISO 13131:2021. Health informatics - Telehealth services - Quality planning guidelines. ISO.

²⁰¹ Barrios A. (21 septiembre 2018). *International Standardization and the Agreement on Technical Barriers to Trade*. Cambridge University Press. Inglaterra.

- Ley No. 203 (18 de marzo de 2021). *Que establece los lineamientos para el desarrollo de la telesalud en Panamá y dicta otras disposiciones.* Gaceta Oficial Digital, Asamblea Legislativa. 18 de marzo de 2021. No. 29244-A
- Ley No. 81 (26 de marzo de 2019). *Sobre Protección de Datos Persona.* Gaceta Oficial Digital. Asamblea Legislativa. 29 de marzo de 2019. No. 287443-A
- Ley No. 68 (20 de noviembre de 2003). *Que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y decisión libre e informada.* Gaceta Oficial, Asamblea Legislativa. 25 de noviembre de 2003. No. 24935
- Anteproyecto de Ley No. 245 (7 de marzo de 2022). *Que modifica la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003 que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y decisión libre e informada.* Asamblea Nacional, Comisión de Trabajo, Salud y Desarrollo Social. https://asamblea.gob.pa/APPS/SEG_LEGIS/PDF_SEG/PDF_SEG_2020/PDF_SEG_2022/2022_A_245.pdf
- PAHO. (Julio 2020). *COVID-19 Y TELEMEDICINA Herramienta de medición del nivel de madurez de las instituciones de salud para implementar servicios de telemedicina.* PAHO. https://www3.paho.org/ish/images/toolkit/COVID-19-Telemedicine_RATool-es.pdf
- PAHO. (2016) *Marco de Implementación de un Servicio de Telemedicina.* http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/28413/9789275319031_spa.pdf?sequence=6
- PAHO. (23 de marzo de 2020). *Inteligencia artificial, la herramienta de Panamá para contener el COVID-19.* <https://www.paho.org/es/noticias/23-3-2020-inteligencia-artificial-herramienta-panama-para-contener-covid-19#:~:text=Panam%C3%A1%2C%202023%20de%20marzo%20de,hacerse%20la%20prueba%20de%20Coronavirus>.
- PAHO. (octubre 2016). *eHealth in the Region of the Americas: breaking down the barriers to implementation. Results of the World Health Organization's Third Global Survey on eHealth*

<https://iris.paho.org/handle/10665.2/31286>

- PAHO. (julio 2016) *eHealth Conversations. Using Information Management, Dialogue, and Knowledge Exchange to Move Toward Universal Access to Health*.
<https://iris.paho.org/handle/10665.2/28392>
- Silvio Vega. Artículo IX. *Programa Nacional de Telemedicina y Telesalud en Panamá*. CEPAL (2010) *Salud electrónica en América Latina y el Caribe: avances y desafíos*. Naciones Unidas. Chile.
- CDC. (5 de octubre de 2020) *Telemedicina, ¿qué significa y por qué le debería importar?*
<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/global-covid-19/telemedicine-sp.html>
- Tuckson, Reed. Edmunds, M. Hodgkins, M. (19 de octubre de 2017). *Telehealth*. The New England Journal of Medicine. EEUU.
- TIGO Panama. (29 de octubre de 2021). *Ley de código ético para la inteligencia artificial*. <https://blog.tigo.com.pa/tigo-business/ley-de-codigo-etico-para-la-inteligencia-artificial/>
- Zuiderveen F. (2018). *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*. Directorate General of Democracy, Council of Europe. Austria.
- Ministero della Salute. (Julio 2012). *TELEMEDICINA Linee di indirizzo nazionali*.
https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2129_allegato.pdf
- Salud Digital (2020). *El Presidente de Panamá, Laurentino Cortizo, aprobó la ley que impulsa la creación de un sistema de Telesalud en todo el país*. Fundación Carlos Slim. <https://saluddigital.com/es/comunidades-conectadas/gobierno-de-panama-aprueba-ley-para-la-creacion-del-sistema-de-telesalud/#:~:text=%E2%80%99CLA%20Ley%20tiene%20por%20objeto,inform%C3%B3%20la%20presidencia%20de%20Panam%C3%A1>.
- OECD. (14 de enero de 2022). *The Strategic and Responsible Use of Artificial Intelligence in the Public Sector of Latin American and the Caribbean*.
<http://t4.oecd.org/countries/panama>

/the-strategic-and-responsible-use-of-artificial-intelligence-in-the-public-sector-of-latin-america-and-the-caribbean-1f334543-en.htm

- Pirtle, C. Payne, K. Drolet, B. (27 de junio de 2019) *Telehealth: Legal and Ethical Considerations for Success*.
<https://telehealthandmedicinetoday.com/index.php/journal/article/view/144/173#citations>
- WHO. (2021). *Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance*.
<https://www.who.int/publications/i/item/9789240029200>
- Bostrom N. (2003). *Ethical Issues in Advanced Artificial Intelligence*.
<https://nickbostrom.com/ethics/ai>
- COCIR Advancing Healthcare. (Septiembre 2020). *Artificial Intelligence in EU Medical Device Legislation*.
https://www.cocir.org/fileadmin/Position_Papers_2020/COCIR_Analysis_on_AI_in_medical_Device_Legislation_-_Sept._2020_-_Final_2.pdf
- Laptev, V. Ershova, Inna. Feyzrakhmanova D. (29 de diciembre de 2021) *Medical Applications of Artificial Intelligence (Legal Aspects and Future Prospects)*. Multidisciplinary Digital Publishing Institute. Suiza.
- Naciones Unidas. (1996) *El Derecho internacional como Lenguaje de las Relaciones Internacionales*. United Nations Publications. Suiza.
- Barrios A. (21 septiembre 2018). *International Standardization and the Agreement on Technical Barriers to Trade*. Cambridge University Press. Inglaterra.
- CCHP. (2018). *HIPAA and Telehealth*. <https://cdn.cchpca.org/files/2018-09/HIPAA%20and%20Telehealth.pdf>
- ISO. *ISO?TS 13131 : 2014 (EN) Health informatics - Telehealth services - Quality planning guidelines*. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:ts:13131:ed-1:v1:en>

- ISO. (mayo de 2021) ISO 13131:2021. Health informatics - Telehealth services - Quality planning guidelines. ISO.

Función Del Notario En Las Voluntades Anticipadas Como manifestación De La Autonomía De La Persona Según La Ley 68 De 2003.

Alexander Valencia Moreno
Notario Undécimo de Circuito de Panamá
País: Panamá
alexandervalencia9@hotmail.com
ORCID 0000-0003-1659-4061

Entregado: 15 de mayo de 2022

Aprobado el día: 30 de agosto de 2022

SUMARIO. El Notario en Panamá, desarrolla una función pública delegada por el Órgano Ejecutivo, para dar fe pública a ciertos actos e instrumentos, a propósito que resulten fidedignos frente a terceros. En ese sentido, en el marco del documento de voluntades anticipadas reglamentadas por el Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012, la participación del Notario en este documento es con el propósito de dar fe pública de la veracidad del documento, por las implicaciones posteriores que conlleva; por que como señala el artículo 1727 de nuestro Código civil, en el Notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante el deben pasar.

PALABRAS CLAVE. Notario, función pública, fe pública, voluntades anticipadas, autenticidad.

SUMMARY. *The Notary in Panamá, develops a delegated public function by the Executive Body, to give public faith to certain acts and instruments, so they are reliable before third parties. In this sense, within the framework of the advanced directive document regulated by Executive Decree No, 1458 of November 6, 2012, the Notary's participation in this document is for the purpose of attesting publicly to the veracity of the document, for the subsequent implications that it entails, because, as stated in article 1727 of our Civil Code, the law deposits public faith in the Notary regarding the acts and contracts that must pass before him.*

KEYWORDS. *Notary, public function, public faith, advance directive, authenticity.*

Contenido

1. Aproximación al tema. 2. Regulación de la actividad notarial. 3. Funcionamiento de la actividad notarial. 4. Voluntades anticipadas. 4.1. Precisión conceptual y alcance. 4.2. Propósito fundamental. 4.3. Contenido y limitaciones. 4.4 Formalización y la función del Notario para su validez: notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, de tribunales y de otros institutos oficiales,

1. Aproximación al tema.

En el campo del Derecho notarial hay una potestad legítima delegada por el Estado a los Notarios para que lo contenido en los documentos que expiden en debida forma se tenga por verdadero, que a la vez garantiza la autenticidad documental, llamada “fe pública”, esa tutela de la fe pública es una labor de suma importancia para la seguridad jurídica de un país. Esta enorme responsabilidad es confiada por el Ejecutivo a cada uno de los Notarios Públicos de la República de Panamá, es por eso que la actividad notarial implica el desarrollo permanente de una función pública, independientemente del debate nacional, doctrinal y jurisprudencial que pueda ocurrir con relación a la figura del notario y su naturaleza jurídica, es claro que estas personas ejercen una función pública. Y, así lo ha reconocido la Procuraduría de la Administración en reciente opinión vertida con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 81 de 26 de marzo de 2019, sobre protección de datos personales, reglamentada por el Decreto Ejecutivo N° 285 de 28 de mayo de 2021.²⁰²

Según la doctrina colombiana²⁰³ el notariado, como producto de la costumbre, asume en cada lugar especiales tradiciones y características. La doctrina con base en la función que desarrolla el Notario, y dejando a salvos matices accesorios que constituyen variedades dentro de un determinado grupo, ha establecido dos tipos fundamentales: el notariado anglosajón de tipo inglés, y el notariado latino o de tipo francés; al notariado anglosajón se llama también “notariado privado”.

Es de mucho interés saber, para los fines de legalidad y autenticidad de los actos sometidos al notariado anglosajón que, “el Notario anglosajón actúa sin vínculo alguno con el Estado, por ello produce un documento privado; su intervención no hace al documento solemne, ni siquiera auténtico, pues la autenticidad o veracidad se refiere no al contenido, sino solamente a las firmas de los intervinientes. De igual manera, al notario anglosajón nada le interesa la ilegalidad del documento, su ilicitud o irregularidad formal; su función es la de dar fe, en este caso privada, de que la firma fue puesta ante sí y es la propia de quien la

²⁰² GONZALEZ MONTENEGRO. Rigoberto: Procurador de la Administración, Panamá, 22 de octubre de 2021

²⁰³ USUGA VARELA, Ocaris y Usuga O., Adriana: Estudios de Derecho Notarial: Tercera edición, actualizada y adicionada, ediciones doctrina y ley Ltda, Bogotá Colombia, p. 2015, p.31

estampa en su presencia, esto porque en esos países la forma instrumental no tiene la virtualidad que tiene en los latinos, ni el Estado inviste a los notarios del poder de dar fe²⁰⁴. Así, el Notario anglosajón puede ser un médico, u arquitecto, un mecánico, un barbero, un odontólogo, etc.

A diferencia del anglosajón, “el Notario latino tiene que ser un profesional del derecho, porque de no ser así degrada su función. Nadie duda ni discute que el notario aplica el derecho en todas sus formas; tiene que obedecer las leyes que regulan su función para lograr la perfección del instrumento que produce, y además cumplir en la realidad todas las leyes casi inimaginables que tengan relación con el acto que solemniza y con el interés tributario del Estado, como son el Derecho civil, el Derecho mercantil, el Bancario, el Tributario, etc.”²⁰⁵. Se le llama también “Notario Público”, porque ejerce una función pública. Es importante resaltar que el nombre de “notariado latino”, no tiene nada que ver con la proveniencia del derecho latino, sino porque en estos países es donde se ha tenido influencia sus características. Ambos poseen características distintas que guían la manera de realizar la práctica notarial y el servicio que se ofrece a los usuarios en la vida cotidiana. Más ampliamente aun, el notariado latino es aquel que corresponde a aquellos países que han recibido la tradición jurídica del "Civil law" (la mayor parte de Europa y América Latina, entre otros), en contraposición al notariado anglosajón, que pertenece a aquellos países que heredaron la tradición jurídica del "Common law" (tales como Estados Unidos, Inglaterra, Australia, gran parte de Canadá, etc.); fundamentalmente este notariado es de origen inglés. Es importante señalar que el fin último de la institución del notariado es brindar seguridad jurídica a través de la fe pública; sin embargo, existen grandes diferencias entre las instituciones notariales de cada tradición jurídica.

El notariado de tipo latino es el único capaz de cumplir a cabalidad con la misión de dotar de auténtica seguridad jurídica y legalidad, gracias a las siguientes características que se confieren al Notario:

1. En el notariado de tipo latino, el Notario es un particular que, aunque coadyuva con el Estado, no es un funcionario público, por lo que no recibe ninguna remuneración a cargo del

²⁰⁴ Ibidem, p.32

²⁰⁵ Ibidem, p. 35

erario público federal o local, lo que se traduce en plena autonomía en su actuación y la absoluta imparcialidad en su ejercicio, por la función pública que ejerce.

2. El Notario funciona como un profesional del derecho que asesora jurídicamente a las partes, contrario al Notario anglosajón que no asesora a las partes y solamente se le exige un cierto nivel cultural, no necesita ser profesional del derecho.

3. En el notariado latino, los instrumentos son de la autoría del Notario, es decir, que él mismo los redacta bajo su estricta responsabilidad, tienen por tanto fuerza legal y valor probatorio pleno; además los conserva, siendo posible la reproducción de copias fieles y exactas de estos a solicitud de los interesados.

Nuestro sistema corresponde al notariado latino, puesto que es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, y calificar y expedir las copias que dan fe de su contenido; se trata de un particular designado por el Ejecutivo para que cumpla con esa función pública, pero no recibe emolumento por sus servicios, por lo que no se le reconoce como servidor público.

2. Regulación de la actividad notarial

En cuanto al marco legal de regulación de la función notarial, en Panamá, no contamos con ningún estatuto notarial, a diferencia de otros países como Colombia, por ejemplo, que cuenta con un Estatuto notarial que alcanza más de 200 artículos, España, Costa Rica, entre otros, que sin cuentan con un estatuto notarial. La figura del Notario en Panamá, está regulada por las disposiciones que aparecen en el Código Administrativo, el cual establece en el artículo 2120 que para ser Notario se requieren las mismas cualidades que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, su nombramiento recae en el Ejecutivo, con la particularidad que no recibe emolumento por su servicio, no forma parte la planilla estatal. Además, siguiendo la estructura del Código civil panameño, vemos que el Libro Quinto está reservado, para “Del Notariado y Registro Público” y específicamente el artículo 1716 del Código civil, establece claramente que las funciones del notario sólo pueden ejercerse por cada notario dentro de su circunscripción del respectivo circuito de notaría, sancionando de nulo todos los actos o contratos que fuera de tal circunscripción autorizare

un notario en su carácter oficial. En nuestro medio los Notarios como particular, coadyuvan con su labor o función al cumplimiento de las finalidades estatales, sin que por este hecho se conviertan en servidores públicos. Y, es que la naturaleza jurídica del cargo de Notario, en atención al marco regulatorio de su actividad, es la de un particular que presta una función pública, con la disposición de satisfacer necesidades generales, bajo la modalidad de descentralización por colaboración con la administración, con el fin de asegurar la prestación de eficiente de servicio notarial.

3. Funcionamiento de la actividad notarial. Nuestro Código civil en su estructura no ha establecido un sistema integral que diseñe “el funcionamiento de la actividad notarial”; no obstante, partiendo de las premisas que recoge el propio estatuto civil panameño al referirse a las disposiciones comunes en de Libro Quinto, Título I del Notariado, Capítulo I de los Notarios Públicos, se puede decir que: a). “la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia pública conforme a la ley, están a cargo del Notario Público” art. 1715, b). “las funciones del notariado sólo pueden ejercerse por cada Notario dentro de su circunscripción del respectivo Circuito de Notaría; todos los actos y contratos que fuera de tal circunscripción autorizare un Notario en su carácter oficial, son nulos..” art. 1716 c.c. y c) .“en el Notario deposita la ley la fe pública respecto a los actos y contratos que ante él deben pasar, y su confianza respecto de los documentos que se pongan bajo la custodia del mismo Notario” art. 1727 c.c.

Entre los fines del Estado está el asegurar y garantizar la convivencia pacífica de un grupo humano; en otras palabras, proteger el interés social. Por medio de la función notarial se presta el servicio que requiere el conglomerado social para satisfacer la necesidad de alcanzar la seguridad jurídica en sus relaciones particulares. Además, es deber fundamental del Estado reglamentar los negocios y contratos de los particulares, a fin de darle legalidad, autenticidad y publicidad a los actos que ellos celebran. Respecto a los actos y contratos, el legislador panameño, siempre ha depositado la fe pública en el Notario, para que con la intervención de ese funcionario queden ellos amparados de una presunción de veracidad, que los hace aptos para imponerse por sí mismo en las relaciones jurídicas y para exigir su cumplimiento, si ello fuere necesario, a través del poder coercitivo del Estado. Es así como más allá de las funciones del notario previamente anotada, en el Notario

deposita la ley la “fe pública” respectos de los actos y contratos que ante el deben pasar y su confianza respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo Notario, por mandato del artículo 1727 del Código civil.

Siendo así, el notariado es una función pública que se presta por el Notario e implica el ejercicio de la fe notarial. La doctrina colombiana²⁰⁶ ha reconocido que el notariado es un servicio público prestado por los notarios. Siguiendo con ese pensamiento, en el sistema panameño la función notarial se ejecuta por un particular que recibe la denominación de Notario, agente privado que cumple funciones administrativas, en virtud de la delegación de competencia estatal. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de octubre de 1996²⁰⁷, hace énfasis en la función fedataria del Notario al decir que: “toda vez que ejercen por delegación del Estado, la función de dar fe pública”. Sobre el particular²⁰⁸, en Colombia, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado, en sentencia de octubre 26 de 1990, señala la naturaleza jurídica de la función que ejercen los notarios, en los siguientes términos:

“La función que desarrollan los notarios es por su esencia una función pública, como que son estos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la jurisdicción contencioso administrativo.....”

Esa función pública es la que otorga plena autenticidad a las declaraciones que se realizan ante el Notario, con la cantidad de Notarios que hay en cada circuito notarial, el Notario sólo puede ejercer sus funciones a petición de los interesados, quienes tienen plena libertad de elegir el Notario que deseen. Este servicio público o función pública que prestan los notarios, es de carácter esencial, fundamental, básico para la convivencia pacífica y el desarrollo normal de las relaciones jurídicas, porque viene a satisfacer una necesidad general y continua, de tal manera que su interrupción puede generar problemas sociales y alterar la vida en la sociedad, puesto que en todas las actividades de la

²⁰⁶ ROYS GARZON, Eliana Margarita: La responsabilidad civil del notariado, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, Colombia, 2021, p. 46

²⁰⁷ Sentencia de 7 de octubre de 1996, M.P. Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera

²⁰⁸ Cit. Por USUGA VARELA, y otros: ESTUDIOS DE DERECHO NOTARIAL, tercera edición, actualizada y adicionada, ediciones doctrina y Ltda, Bogotá Colombia, 2015, p. 93

sociedad: públicas o privadas, es necesario cumplir con requisitos que exigen la participación de la función notarial.

Hablar del funcionamiento de la actividad notarial es referirse al quehacer día a día del Notario, la actividad que por disposición de la ley puede desarrollar; desde el punto de vista legal, el Notario es un dador de fe pública, un fedatario. En este sentido, siguiendo la doctrina colombiana²⁰⁹ tenemos que “bajo la denominación control de legalidad, tradicionalmente se designa cualquier intervención del Notario tendente a sujetar el acto jurídico solemne al imperio de la legalidad o a la regularidad de su forma, sin distinción alguna”. En definitiva, la función pública que desarrolla el Notario en el ejercicio de su función lo que busca es el control de legalidad y el control de seguridad formal; es que la ley exige un control de legalidad para el acto jurídico y otro para el cumplimiento de los requisitos de la forma jurídica. Ejemplo, el caso de las escrituras públicas, los testamentos, los poderes generales, las voluntades anticipadas, etc.

4. Voluntades anticipadas. Cuando se trata de toma de decisiones clínicas, por parte de una persona, llegado el momento en que se encuentre en una situación en que las circunstancias que ocurran no le permitan expresar personalmente su voluntad sobre actuaciones médicas referidas a tratamientos, cuidados y medidas de soporte vital, relacionadas con una enfermedad o lesiones que el paciente ya padece o que eventualmente podría padecer, la Voluntad Anticipada es quizás el más valioso instrumento para la protección del derecho que tienen las personas de tomar decisiones sobre su cuerpo y su salud. Se perfila como un documento voluntario que contiene instrucciones que manifiesta una persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, y como previsión de no poder tomar decisiones en el futuro, declara, de forma libre, consciente e informada su **voluntad** sobre las preferencias en materia de tratamientos médicos, que solamente surtirá efectos cuando no pueda expresar su voluntad por cuestiones adversas a su estadio de salud. En nuestro país el derecho a suscribir un documento de voluntades anticipadas aparece por primera vez en la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003 que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada, reglamentada posteriormente mediante Decreto Ejecutivo N° 1458 de 6 de noviembre de 2012.

²⁰⁹ USUGA VARELA, Ocaris y CORONEL G., Carlos E.: Ob. Cit., p. 8

4.1. Precisión conceptual y alcance. Conforme lo señalado en el artículo 2 numeral 14 del Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012, que reglamenta la ley 68 de 2003, el documento de voluntades anticipadas es aquel dirigido al médico responsable, o equipo médico, en el cual una persona mayor de edad o menores emancipados, conforme al Código de la Familia, dejan constancia de los deseos, previamente expresados, sobre las actuaciones médicas en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. Este documento permite a las personas proyectar su autonomía en el tiempo; ya que esta manifestación encuentra su fundamento en el derecho a la autonomía decisoria de su salud como derecho personalísimo de los individuos, derechos humanos que surgen de los instrumentos internacionales, amparados por el precepto constitucional. Su alcance se manifiesta en un derecho que tiene todo mayor de edad y los mayores de 16 años o menores emancipados al que se le reconoce capacidad, de dejar constancia, manifestar sus deseos e instrucciones por escrito, sobre el tratamiento o cuidados que el médico y el equipo sanitario que le atiendan respetarán, cuando se encuentre en una situación que no le sea posible expresar su voluntad. El documento de voluntades anticipadas tiene el mismo alcance de la voluntad testamentaria. Es por eso que se le puede llamar también testamento de vida.

4.2 Propósito fundamental. Teniendo en cuenta que estas voluntades anticipadas van dirigidas al médico o equipo médico, según lo plantea la norma, aquellas presentan similitud con el consentimiento informado, por lo tanto, debe entenderse que se encuentran dentro del extenso marco jurisprudencial al respecto. En tal sentido, siguiendo lo normado en el Decreto Ejecutivo, el propósito fundamental de estas voluntades es incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas, aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de muerte; por otro lado, tiene como fin ayudar a interpretar las instrucciones y servir de orientación para la toma de decisiones clínicas llegado el momento en que se encuentre en una situación en que las circunstancias que ocurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. Además, en el marco de esas voluntades, la persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto de la donación total o parcial de sus órganos para fines terapéuticos, docentes o de investigación, una vez llegado el momento de su muerte. La norma permite que se designe a un representante cuando no pueda expresar su voluntad por sí misma,

siendo ésta la única interlocutora válida y necesaria con el médico o el equipo sanitario. En definitiva, la norma en mención es un paso fundamental para proteger los derechos de los panameños a decidir de manera libre y previa respecto a la vida y a la toma de decisiones clínicas llegado el momento en que se encuentre en una situación en que las circunstancias que ocurran no le permitan expresar personalmente su voluntad.

4.3 El contenido y limitaciones. El documento del cual venimos analizando, no es para insertar cuestiones imprecisas, incoherente, ni mucho menos que vulneren la *lex artis* por la que debe guiarse el facultativo. Por mandato legal, esa manifestación de voluntad debe contener la expresión del año, mes y día en que se otorgue y de forma detallada:

a) *Cualquier decisión que se deba tomar en el ámbito personal, con respecto a los momentos finales de su vida u otras situaciones de graves limitaciones físicas y psíquicas.*

b) *Las situaciones sanitarias concretas que deseen se tomen en cuenta, ya sea de aceptación o rechazo de determinados tratamientos o cuidados, incluida la fase terminal, sobre todo cuando se tenga información de probabilidades evolutivas, en el caso de enfermedades crónicas.*

c) *Las instrucciones y límites sobre las actuaciones médicas ante las situaciones sanitarias previstas que expresen la aplicación o no de tratamientos, cuidados y medidas de soporte vital para prolongar la vida tales como de tipo cardiopulmonar, diálisis, conexiones a respirador, nutrición e hidratación artificial y otras.*

d) *La designación de un representante para que actúe como interlocutor válido y necesario que lo sustituya en la interpretación y cumplimiento de las instrucciones, en caso de que no pueda expresar su voluntad ante el médico y equipo sanitario responsable.*

A manera de ejemplo: *La persona puede manifestar de forma anticipada para que ante determinada circunstancia se le suministren los medicamentos necesarios para disminuir al máximo el malestar, el sufrimiento psíquico y/o el dolor físico. O puede de forma anticipada, dejar constancia, que sin perjuicio de la decisión que tome, se le garantice una asistencia necesaria, de calidad para procurarle una muerte en paz. En el caso de las personas que profesan la religión de los Testigos de Jehová*

Siempre, en cada casa, se debe tener en cuenta que las voluntades anticipadas encuentran su propósito, en caso de encontrarse la persona, en una situación en la que las circunstancias no le permitieran expresar libremente su voluntad.

Esas instrucciones sobre actuaciones médicas referidas a tratamientos, cuidados y medidas de soporte vital, relacionadas con una enfermedad o lesiones que el paciente ya padece o que eventualmente podría padecer, son reflejo de lo que la propia ley reconoce como derecho a la

autonomía del paciente, su voluntad expresa; no obstante, esa autonomía tiene ciertas limitaciones, en el sentido de que las instrucciones *no pueden ser contrarias al ordenamiento jurídico, a la buena práctica clínica, a la mejor evidencia científica disponible o las que no corresponden con el supuesto hecho que el sujeto ha previsto al momento de emitirlas*. En ese sentido, los médicos o equipo médicos destinatarios de la voluntad del paciente no deben tener en cuenta estas instrucciones; en todo caso, hacer las anotaciones pertinentes en el expediente clínico, siguiendo el mandato legal. La ley ha contemplado que el paciente puede actuar a través de su representante, el cual queda facultado para conocer la voluntad su representado, participar en el proceso de deliberación previa; pero no puede contradecir el contenido del documento y actuar siguiendo los criterios y las instrucciones expresadas en él; además, la actuación del representante va encaminada a asegurar que sus decisiones se tomarán teniendo en cuenta el interés del paciente.

El documento de voluntades anticipadas es revocable o modificable siempre y cuando se sigan los mismos procedimientos que se exige para su constitución. Corresponde a la administración del hospital adoptar las medidas necesarias para garantizar la voluntad anticipada del paciente, que puede ser entregada al hospital por la propia persona que la otorgó, sus familiares o el representante e incorporarse al expediente clínico del paciente. Aunque la norma nada dice al respecto de la eutanasia, somos del criterio que cualquier manifestación anticipada que den indicios a la práctica de la eutanasia se debe tener por no expresada; ya que nuestro país no ha legalizado las prácticas eutanásicas; de tal manera que el médico o equipo médico que se encuentre con este desafío, podrá invocar la imposibilidad de seguir las instrucciones del firmante de la voluntad anticipada, y, es que los galenos deben seguir su formación académica y velar por el mejor interés de los pacientes acorde con la *lex artis* en el marco de esas manifestaciones autónomas.

4.4 Formalización y la función del Notario para su validez. El documento de declaración de voluntades anticipadas debe otorgarse en las condiciones que exige la ley; su formalización exige que puede ser cualquier persona mayor de edad y los mayores de 16 años de edad; que se dé, ya sea ante notario o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad, por disponerlo así el artículo 34 de la ley 68 de 2003. La participación del Notario en este documento es con el propósito de dar fe pública de la veracidad del documento, por las implicaciones posteriores que conlleva; por que como señala el artículo 1727 de nuestro Código civil, en el Notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante el deben pasar. Corresponde preguntarnos hasta donde la formalidad -del notario y testigos- que exige la norma interfiere con el mismo espíritu de la propia ley 68 y su reglamentación; pero, además, se constituye en un mecanismo que pudiese dilatar el

ejercicio autónomo de decidir libremente, si tomamos en cuenta que se le carga un costo económico a todas luces injusto, porque en nuestros sistemas, todo trámite, o acto que se realice ante Notario, acarrea el pago de derechos; lo cual no ocurre con el consentimiento informado. En efecto, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en sentencia de 5 de abril de 2021²¹⁰, con meridiana claridad ha sentenciado que:

Esa función que ejerce el notario, por cuya virtud imprime autenticidad al documento y obligatoriedad o efecto vinculante respecto de la escritura pública, surge de la autonomía privada por la declaración o comportamiento (manifestación de voluntad) realizado ante el notario, en un proceso espontáneo en el que el notario garantiza la libertad de los comparecientes y vela por la seguridad jurídica.

En el proceso de análisis del propósito fundamental del documento de voluntades anticipadas habíamos adelantado que aquel documento guarda similitud con el consentimiento informado y, además, están regulados en el mismo texto legal. No cabe la menor duda que este documento de voluntades anticipadas protege los derechos de los panameños a la autonomía de decidir libremente aspectos relacionados con su salud y vida; no obstante, somos del criterio que al imponer requisitos de solemnidad a la voluntad anticipada; en primer lugar, va en contra del propio espíritu de las normas que regulan los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada que en síntesis velan por el consentimiento informado; en segundo lugar, se perfila como una especie de barrera para el ejercicio de esos derechos. Imponerle solemnidad y trámite especial al documento de voluntad anticipada, pareciera que supone una mejor implementación de esas voluntades; no obstante, a nuestro juicio es retorcer la visión misma de la voluntad del paciente y parcializarse en un aspecto que es genuino de la persona. La misma precitada ley 68 de 2003 que regula el consentimiento informado, por ningún lado exige la participación de notario, ni de testigos para su validez,

Cuando la norma en el artículo 34 dice: “El documento de voluntades anticipadas, deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con su autor,

²¹⁰ Sentencia de 5 de abril de 2021, M.P., Olmedo Arrocha, expediente 308-18

como si se tratara de un testamento...” y agrega: “.....ante notario...” ; reitero, contradice los artículos precedentes de la misma ley, porque vulnera principios fundamentales.

En definitiva, somos del criterio que la norma en mención, independientemente de cualquier falencia o permisibilidad a la autonomía del paciente, da un paso positivo en cuanto a la posibilidad de decidir respecto a la donación total o parcial de sus órganos para fines terapéuticos, docentes o de investigación.

Bibliografía Básica

- Código civil de la República de Panamá. Editorial Mizrachi & Pujol, Panamá, mayo de 2018
- Código Administrativo de la República de Panamá
- Decreto Ejecutivo 285 de 28 de mayo de 2021
- Ley 68 de 25 de noviembre de 2003
- Decreto Ejecutivo 1458 de 6 de noviembre de 2012
- Ley 81 de 26 de marzo de 2019
- Ley 68 de 25 de noviembre de 2003
- ROYS GARZON, Eliana Margarita: La responsabilidad civil del notariado, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, Colombia, 2021
- USUGA VARELA, Ocaris y Coronel G., Carlos: Los controles a cargo del Notario en la escritura pública, ediciones doctrina y ley, Bogotá Colombia, 2019
- USUGA VARELA, Ocaris y Usuga O., Adriana: Estudios de Derecho Notarial: Tercera edición, actualizada y adicionada, ediciones doctrina y ley ltda, Bogotá Colombia,
- Sentencia del 29 de diciembre de 2021. M.P. Olmedo Arrocha, exp. 390502021
- Sentencia de 5 de abril de 2021, M.P., Olmedo Arrocha, expediente 308-18
- Sentencia de 7 de octubre de 1996, M.P. Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera

Recensión

Obra: *La Demanda Civil Ordinaria, construcción técnica del libelo de demanda y su emplazamiento*, Librería y Editorial Barrios y Barrios, Panamá, 2022, 232 pág.

Autor: *Boris Barrio González*

Por: Dylan Hernández
Universidad De Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Panamá
hernandezdylan133@gmail.com
ORCID 0000-0003-1945-1939

Entregado: 14 de Octubre del 2022

Este libro abarca en cómo se debe presentar un libelo de demanda de manera adecuada, señala técnicas para poder ejecutarla. Se denomina libelo de demanda el instrumento del cual se deriva inmediatamente el derecho reclamado, y por tanto, debe ser llevado al proceso al momento de presentar la demanda.

Con estas técnicas podemos aprender a elaborar una demanda, para que surta efecto de manera estratégica.

Es importante tener claro que esta clase de demanda debe pasar por una serie de requisitos y es debidamente revisado de manera formal para su aprobación y así se ejecute debidamente.

Recensión

Obra: “Un Concepto de Derecho Constitucional. Problemática del Derecho Constitucional Convencional” Círculo de Escritores S.A., Panamá, 2022.

Autor: Dr. Rigoberto González Montenegro.

Por: Rodrigo De La Cruz Luna
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Panamá
rodrigo.delacruz@up.ac.pa
ORCID 0000-0001-8296

Entregado: 13 de octubre de 2022

Aprobado:

La obra que vamos a tratar es de la autoría del Dr. Rigoberto González Montenegro “Un Concepto de Derecho Constitucional. Problemática del Derecho Constitucional Convencional” se basa en dos ideas básicas complementarias; la primera tiene como objetivo dar forma y aclarar el concepto de derecho constitucional, mientras que la segunda destaca la transformación del concepto como se ve en la legislación supranacional de derechos humanos.

El autor enfrenta al reto de desarrollar un concepto de derecho constitucional y el desplazamiento que se produjo desde el punto de vista de los parámetros normales de la protección de los derechos humanos.

En conclusión, la metodología, formulación, desarrollo y transformación de estas reflexiones forman parte de un trabajo mayor emprendido por el autor para brindar reflexiones iniciales sobre el estudio y comprensión del derecho constitucional panameña, esto desde una perspectiva doctrinal.

Compilación De Leyes de la República de Panamá Aprobadas Por La Asamblea Nacional En El Año 2022.

CAMILO RODRIGUEZ QUIROS
ORCID 0000-0002-9769-9123
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá.

Ley 284 de 2022. De 14 de febrero de 2022.

SOBRE EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y QUE SUBROGA LA LEY 31 DE 2010

Gaceta Oficial Digital N°29476-C de 14 de febrero de 2022.

Ley 285 de 2022. De 15 de febrero de 2022

Que crea el sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia y dicta otras disposiciones.

Gaceta Oficial Digital N°29477-C de 15 de febrero de 2022.

Ley 286 de 2022, De 22 de febrero de 2022.

QUE MODIFICA LA LEY 105 DE 2013, QUE CREA EL PROGRAMA PARA LA PROMOCIÓN Y MODERNIZACIÓN AGROPECUARIA Y AGROINDUSTRIAL

Gaceta Oficial Digital N°29482-C, de 22 de febrero de 2022.

Ley 287 de 2022. De 24 de febrero de 2022.

QUE RECONOCE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO RELACIONADAS CON ESTOS DERECHOS

Gaceta Oficial Digital N°29484-A de 24 de febrero de 2022.

Ley 288 de 2022. De 10 de marzo de 2022.

QUE CREA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Gaceta Oficial Digital N°29492-A, de 10 de marzo de 2022,

Ley 289 de 2022. De 24 de marzo de 2022.

QUE PROMUEVE LA CONVIVENCIA SIN VIOLENCIA EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Gaceta Oficial Digital N°29502-A, de 24 de marzo de 2022.

Ley 290 de 2022. De 24 de marzo de 2022.

QUE DECLARA PRIORIDAD NACIONAL EL FOMENTO Y DESARROLLO DEL TURISMO INDÍGENA SOSTENIBLE Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Gaceta Oficial Digital N°29502-A, de 24 de marzo de 2022.

Ley 291 de 2022. De 31 de marzo de 2022.

QUE ADOPTA MEDIDAS DE CONCIENTIZACIÓN NACIONAL SOBRE EL 20 DE DICIEMBRE DE 1989

Gaceta Oficial Digital N°29507-B de 31 de marzo de 2022.

Ley 292 de 2022. De 01 de abril de 2022.

QUE MODIFICA LA LEY 4 DE 2006, QUE REORGANIZA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIRIQUÍ

Gaceta Oficial Digital N°29508-B de 01 de abril de 2022.

Ley 293 de 2022. De 01 de abril de 2022.

QUE DECLARA EL 22 DE JULIO DE CADA AÑO DÍA NACIONAL DE LA POLLERA

Gaceta Oficial Digital N°29508-B de 01 de abril de 2022.

Ley 294 de 2022. De 06 de abril de 2022.

QUE ESTABLECE LOS LINEAMIENTOS GENERALES PARA LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCATIVAS DIRIGIDAS A LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA EDUCACIÓN.

Gaceta Oficial Digital N°29511-B, de 06 de abril de 2022.

Ley 295 de 2022. De 25 de abril de 2022.

QUE INCENTIVA LA MOVILIDAD ELÉCTRICA EN EL TRANSPORTE TERRESTRE

Gaceta Oficial Digital N°29523-A, de 25 de abril de 2022.

Ley 296 de 2022. De 26 de abril de 2022.

QUE CREA NUEVOS CORREGIMIENTOS EN EL DISTRITO DE PENONOME, PROVINCIA DE COCLE, Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN.

Gaceta Oficial Digital N°29524-B, de 26 de abril de 2022.

Ley 297 de 2022. De 27 de abril de 2022

DEL PLAN COLMENA

Gaceta Oficial Digital N°29526-C, de 28 de abril de 2022.

Ley 298 de 2022. De 28 de abril de 2022.

QUE CREA EL CORREGIMIENTO VACAMONTE, SEGREGADO DEL CORREGIMIENTO VISTA ALEGRE, DISTRITO DE ARRAIJÁN, PROVINCIA DE PANAMÁ OESTE

Gaceta Oficial Digital N°29526-C, de 28 de abril de 2022.

Ley 299 de 2022. De 05 de mayo de 2022.

QUE CONFIGURA LOS CIRCUITOS ELECTORALES PARA LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS

Gaceta Oficial Digital N°29530-B, de 05 de mayo de 2022.

Ley 300 de 2022. De 06 de mayo de 2022.

QUE MODIFICA LA LEY 16 DE 2018, QUE CREA EL FONDO DE DESARROLLO GANADERO

Gaceta Oficial Digital N°29532-A, de 09 de mayo de 2022.

Ley 301 de 2022. De 12 de mayo de 2022.

QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE PANAMÁ

Gaceta Oficial Digital N°29535-A, de 12 de mayo de 2022.

Ley 302 de 2022. De 31 de mayo de 2022.

QUE ESTABLECE EL PROGRAMA DE FORMACIÓN EN MATERIA DE EDUCACIÓN EN SEXUALIDAD Y AFECTIVIDAD

Gaceta Oficial Digital N°29548, de 31 de mayo de 2022.

Ley 303 de 2022. De 31 de mayo de 2022.

QUE CREA LAS EMPRESAS DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO

Gaceta Oficial Digital N°29548, de 31 de mayo de 2022.

Ley 304 de 2022. De 31 de mayo de 2022.

QUE ESTABLECE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS SISTEMAS DE ARRECIFES CORALINOS, ECOSISTEMAS Y ESPECIES ASOCIADOS EN PANAMÁ

Gaceta Oficial Digital N°29548-A de 31 de mayo de 2022.

Ley 305 de 2022. De 31 de mayo de 2022.

QUE DECLARA EL MES DE JUNIO DE CADA AÑO MES DE LA FAMILIA

Gaceta Oficial Digital N°29548-A de 31 de mayo de 2022.

Ley 306 de 2022. De 01 de junio de 2022.

QUE ESTABLECE MEDIDAS TRIBUTARIAS PARA LOS PROCESOS CONCURSALES DE INSOLVENCIA Y REORGANIZACIÓN CONCILIADA Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN

Gaceta Oficial Digital N°29549-A de 01 de junio de 2022.

Ley 307 de 2022. De 01 de junio de 2022.

POR LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS SOBRE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN ASUNTOS ADUANEROS, CELEBRADO EN PANAMÁ, EL 28 DE ABRIL DE 2021

Gaceta Oficial Digital N°29549-A de 01 de junio de 2022.

Ley 308 de 2022. De 01 de junio de 2022.

QUE MODIFICA LA LEY 8 DE 2002, RELATIVA A LA ESTRATEGIA DE COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS PRODUCTOS ORGÁNICOS

Gaceta Oficial Digital N°29549-A de 01 de junio de 2022.

Ley N° 309 de 2022. De 01 de junio de 2022.

QUE CREA EL ÁREA ECONÓMICA ESPECIAL DE AGUADULCE Y LA TERMINAL PORTUARIA MULTIPROPÓSITO

Gaceta Oficial Digital N°29551-B de 06 de junio de 2022.

Ley 310 de 2022. De lunes 06 de junio de 2022.

QUE MODIFICA LA LEY 80 DE 1960, QUE LE OTORGA PROTECCIÓN Y AYUDA AL MOVIMIENTO DE BOY SCOUTS Y MUCHACHAS GUÍAS DE PANAMÁ

Gaceta Oficial Digital N°29551-B de 06 de junio de 2022.

Ley 311 de 2022. De 06 de junio de 2022.

QUE ADICIONA UNA DISPOSICIÓN A UN PARÁGRAFO DEL CÓDIGO FISCAL

Gaceta Oficial Digital N°29551-B de 06 de junio de 2022.

Ley 312 de 2022. De 06 de junio de 2022.

QUE MODIFICA UNA DISPOSICIÓN DEL CÓDIGO FISCAL

Gaceta Oficial Digital N°29551-B de 06 de junio de 2022.

Ley 313 de 2022. De 16 de junio de 2022.

QUE ESTABLECE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA TITULACIÓN DE LOTES DE 100 A 450 METROS CUADRADOS PARA VIVIENDAS UNIFAMILIARES EN ÁREAS URBANAS Y PERIURBANAS

Gaceta Oficial Digital N°29558-B de 16 de junio de 2022.

Ley 314 de 2022. De 20 de junio de 2022.

QUE MODIFICA LA LEY 80 DE 2012, QUE DICTA NORMAS DE INCENTIVOS PARA EL FOMENTO DE LA ACTIVIDAD TURÍSTICA, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Gaceta Oficial Digital N°29561-A de 21 de junio de 2022.

Ley 315 de 2022. De 30 de junio de 2022.

QUE PROHÍBE EL USO, IMPORTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA, CIGARRILLOS ELECTRÓNICOS, VAPORIZADORES, CALENTADORES DE TABACO Y OTROS DISPOSITIVOS SIMILARES, CON O SIN NICOTINA, EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Gaceta Oficial Digital N°29568-B de 30 de junio de 2022.

Ley 316 de 2022. De 18 de agosto de 2022.

QUE REGULA SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERESES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Gaceta Oficial Digital N°295602-A de 18 de agosto de 2022.

Ley 317 de 2022. De 23 de agosto de 2022.

QUE CREA EL PATRONATO AGROTURÍSTICO EN LA COMARCA NGÄBE-BUGLÉ

Gaceta Oficial Digital N°29605-A de 23 de agosto de 2022.

Ley 318 de 2022. De 23 de agosto de 2022.

QUE CREA LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO, PROMOCIÓN, DIVULGACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE LOS VALORES FAMILIARES, CÍVICOS, ÉTICOS Y MORALES

Gaceta Oficial Digital N°29605-A de 23 de agosto de 2022.

Ley 319 de 2022. De 24 de agosto de 2022.

QUE ESTABLECE EL MARCO REGULATORIO GENERAL PARA PATRONATOS, CONSEJOS DE GESTIÓN PÚBLICA, COMISIONES, PROGRAMAS Y OTRAS ENTIDADES SIMILARES CREADOS POR EL ESTADO

Gaceta Oficial Digital N°29606-B de 24 de agosto de 2022.

Ley 320 de 2022. De 24 de agosto de 2022.

QUE MODIFICA ARTÍCULOS DE LA LEY 14 DE 1993 Y LA LEY 122 DE 2013, RELATIVOS AL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES

Gaceta Oficial Digital N°29606-B de 24 de agosto de 2022.

Ley 321 de 2022. De 29 de agosto de 2022.

POR LA CUAL SE APRUEBA EL CONVENIO SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO, 2019, (NÚM.190), ADOPTADO POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN GINEBRA, EL 21 DE JUNIO DE 2019

Gaceta Oficial Digital N°29609-B de 29 de agosto de 2022.

Ley 323 de 2022. De 31 de agosto de 2022.

QUE ESTABLECE EL ESCALAFÓN PARA LOS PROFESIONALES DE LA BIBLIOTECOLOGÍA Y LAS NOMENCLATURAS DE CARGOS, NORMAS, ASCENSOS Y RECONOCIMIENTO POR LOS AÑOS DE SERVICIO

Gaceta Oficial Digital N°29611-A de 31 de agosto de 2022 N° 29611-A

Ley 324 de 2022. De 31 de agosto de 2022.

QUE REGULA Y RECONOCE EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ORTESISTA-PROTESISTA

Gaceta Oficial Digital N°29611-A de 31 de agosto de 2022.

Ley 325 de 2022. De 01 de septiembre de 2022.

QUE FOMENTA LA ORIENTACIÓN SOCIOCUPACIONAL EN LOS CENTROS EDUCATIVOS OFICIALES Y PARTICULARES DE LA EDUCACIÓN MEDIA A NIVEL NACIONAL

Gaceta Oficial Digital N°29612-B de 01 de septiembre de 2022.

Ley 326 de 2022. De 05 de septiembre de 2022.

QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA INCENTIVAR LA PRODUCCIÓN, PROCESAMIENTO Y DESARROLLO DEL CAFÉ

Gaceta Oficial Digital N° 29615-B del 05 de septiembre de 2022.

Ley 327 de 2022. De 29 de septiembre de 2022.

QUE DICTA EL PRESUPUESTO DE LA AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 1 DE OCTUBRE DE 2022 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Gaceta Oficial Digital N° 29633 – A del 29 de septiembre de 2022.

Ley 328 de 2022. De 10 de octubre de 2022.

QUE ESTABLECE LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Gaceta Oficial Digital N°29643 del 13 de octubre de 2022.

Ley 329 de 2022. De 11 de octubre de 2022.

QUE ESTABLECE LA OBLIGATORIEDAD DE LA REALIZACIÓN DE TAMIZAJES NEONATALES Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Gaceta Oficial Digital N°29643 del 13 de octubre de 2022.

Ley 330 de 2022. De 20 de octubre de 2022.

QUE INSTITUYE EL FESTIVAL NACIONAL DEL SOMBRERO "PINTAO" Y CREA SU PATRONATO

Gaceta Oficial Digital N° 29648-C de 20 de octubre de 2022.

Ley 131 de 2022. De 24 de octubre de 2022

Que establece el marco jurídico para regular las bibliotecas públicas en la República de Panamá.

Gaceta Oficial Digital N°29650-C de 24 de octubre de 2022.

Criterios de Publicación

Para conocer criterios de publicación acceder al sitio:

<https://centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa/sites/centroinvestigacionjuridica/files/2021-08/Criterios%20de%20publicaci%C3%B3n.pdf>

Declaratoria de autoría:

<https://centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa/sites/centroinvestigacionjuridica/files/2021-08/DECLARATORIA%20DEL%20AUTOR.pdf>